

Vol. XX

Septiembre 2018

N.º 60

REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO

• PRESENTACIÓN

Pascual Sala Sánchez

ARTÍCULOS

- UNA NUEVA NORMATIVA CONTRACTUAL PÚBLICA: UN FIN EN SÍ MISMO O UN PASO PARA EL CAMBIO
Alberto Palomar Olmeda
- LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y SU FISCALIZACIÓN
Manuel Aznar López
- LOS CONTRATOS MENORES EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO
Mario Garcés Sanagustín
- LA ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA POR MEDIOS EXTERNOS
Javier Tena Ruiz
- FRACCIONAMIENTO REGULAR E IRREGULAR DEL OBJETO DEL CONTRATO
Javier Vázquez Garranzo
- NOVEDADES EN LA CENTRALIZACIÓN DE COMPRAS EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO
Isabel Gallego Córcoles
- LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 9/2017
Teresa Moreo Marroig
- LA AUDITORÍA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN EL MARCO DE LA NUEVA LEY 9/2017
José Ignacio Valero Escribano
- LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DESDE LA PERSPECTIVA SOCIAL
Antonio Ramón Rodríguez Castaño y Carmen Sanjurjo González

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

- SEGUNDO CUATRIMESTRE DEL AÑO 2018
Javier Medina Guijarro y José Antonio Pajares Giménez

PUBLICACIONES

- RECENSIÓN DE LA OBRA «LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. COMENTARIOS, CONCORDANCIAS, JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA E ÍNDICE ANALÍTICO»
Carlos Cubillo Rodríguez



TRIBUNAL DE CUENTAS

REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO

VOL. XX

Septiembre 2018

N.º 60

CONSEJO EDITORIAL

- DIRECTOR:** **Pascual Sala Sánchez**
(Tribunal de Cuentas)
- Ángel Antonio Algarra Paredes**
(Tribunal de Cuentas)
- Susana Casado Robledo**
(Ministerio de Hacienda)
- Carlos Cubillo Rodríguez**
(Tribunal de Cuentas)
- Gregorio Cuñado Ausín**
(Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos)
- Andrés Fernández Díaz**
(Universidad Complutense)
- Dolores Genaro Moya**
(Tribunal de Cuentas)
- M.ª Luz Martín Sanz**
(Tribunal de Cuentas)
- Vicente Montesinos Julve**
(Universidad de Valencia)
- Carmen Moral Moral**
(Tribunal de Cuentas)
- José Pascual García**
(Intervención General de la Administración del Estado)
- José Manuel Suárez Robledano**
(Tribunal de Cuentas)
- Juan Velarde Fuertes**
(Real Academia de Ciencias Morales y Políticas)
- SECRETARIO:** **Antonio Ramón Rodríguez Castaño**
(Tribunal de Cuentas)

REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO aborda las principales materias económicas y jurídicas que afectan a la gestión pública, a su control y a las responsabilidades derivadas de la irregular administración de los recursos públicos y va dirigida a investigadores y profesionales.

El contenido completo de los ejemplares puede consultarse en la página web del Tribunal de Cuentas www.tcu.es.

PERIODICIDAD: Cuatrimestral

EDITA: Tribunal de Cuentas -
c/ Padre Damián, 19 - 28036 Madrid
recex@tcu.es
<http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/>

PRODUCCIÓN Y MAQUETACIÓN: Moonbook, S.L.

ISSN: 1.575-1333

DEPÓSITO LEGAL: M. 8.696-1999



Índice

	<i>Págs.</i>
<i>Presentación</i> , por Pascual Sala Sánchez	5
Artículos	
• <i>Una nueva normativa contractual pública: un fin en sí mismo o un paso para el cambio</i> , de Alberto Palomar Olmeda	11
• <i>La colaboración público-privada y su fiscalización</i> , de Manuel Aznar López	31
• <i>Los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público</i> , de Mario Garcés Sanagustín	99
• <i>La acreditación de la solvencia por medios externos</i> , de Javier Tena Ruiz	117
• <i>Fraccionamiento regular e irregular del objeto del contrato</i> , de Javier Vázquez Garranzo	137
• <i>Novedades en la centralización de compras en la ley 9/2017 de contratos del sector público</i> , de Isabel Gallego Córcoles	189
• <i>La ejecución del contrato tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017</i> , de Teresa Moreo Marroig	219
• <i>La Auditoría de Contratos del Sector Público en el Marco de la Nueva Ley 9/2017</i> , de José Ignacio Valero Escribano	259
• <i>La contratación pública desde la perspectiva social</i> , de Antonio Ramón Rodríguez Castaño y Carmen Sanjurjo González	295
Legislación y jurisprudencia	
• <i>Segundo Cuatrimestre del año 2018</i> , por Javier Medina Guijarro y José Antonio Pajares Giménez	313
Publicaciones	
• <i>Recensión de la obra «Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentarios, concordancias, jurisprudencia, legislación complementaria e índice analítico»</i> , por Carlos Cubillo Rodríguez	361

Presentación

Pascual Sala Sánchez

Director

El número 60 de la Revista Española de Control Externo es un número monográfico dedicado a la Ley de Contratos del Sector Público de 2017.

Principia la Revista con un artículo introductorio realizado por Alberto Palomar Olmeda que trata de situar la reforma de la normativa de contratos en el contexto general de la reforma de la gestión pública y del estatuto al que están sometidas las Administraciones Públicas, e intenta concretar algunos de los elementos novedosos de la reforma y de apuntar el desarrollo posterior en otros trabajos más específicos.

A continuación Manuel Aznar López nos habla de la colaboración público privada y su fiscalización, diciéndonos que dicha colaboración no es una novedad pues en el Derecho romano ya se contemplaba la concesión administrativa. En España se estableció un específico contrato de colaboración público privada en 2007, que fue escasamente utilizado y que desapareció en 2018 con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público y la Unión Europea ha aprobado, desde los años noventa del pasado siglo, diversos documentos sobre la colaboración público privada. Tanto España, como otros países europeos de su entorno, han realizado fiscalizaciones sobre la materia y el Tribunal de Cuentas Europeo ha llevado a cabo un Informe Especial en 2018. El control externo de la colaboración público privada presenta interesantes perspectivas en ámbitos tales como la planificación y la evaluación, la

transparencia, la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, la equidad y la calidad.

Mario Garcés Sanagustín trata la cuestión de los contratos menores, aspecto este de gran trascendencia habida cuenta del volumen que representan en el monto total de la contratación pública y por la importante reforma que ha supuesto en esta materia la nueva Ley de contratos del sector público.

Dentro de la importante cuestión de la solvencia para contratar, Javier Tena Ruiz de centra en las posibilidades que contiene la nueva Ley para acreditar la misma con medios externos al licitador, tratando la nueva regulación y las posibilidades que da la misma, así como los conflictos que plantea con otras figuras como la subcontratación.

El trabajo de Javier Vázquez Garranzo sobre el fraccionamiento regular e irregular de los contratos aborda dos cuestiones relacionadas con el objeto del contrato: su fraccionamiento para eludir la aplicación de ciertas normas, y la división en lotes para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos.

Las novedades en la regulación de la centralización de compras constituye el objeto del artículo de Isabel Gallego Córcoles, en el que nos dice que la creación del modelo de centralización en España ha planteado algunas cuestiones conflictivas, que abarcan desde su propia naturaleza hasta el ámbito subjetivo de los acuerdos marcos adjudicados por las distintas centrales y su trabajo se ha centrado especialmente en explicar cómo la Ley ha tratado de resolver estas cuestiones.

Teresa Moreo Marroig trata en su trabajo de la ejecución del contrato. Se centra especialmente en las novedades de la Ley de contratos del sector público y en la importancia que tiene el control de la ejecución. La exposición se divide en dos partes, en la primera se analizan las novedades generales para todos los contratos, fundamentalmente referidas a las condiciones especiales de ejecución, las penalidades y la subcontratación. En la segunda parte se presenta un análisis personal del nuevo régimen de la modificación de los contratos.

A la auditoría de los contratos públicos desde el prisma de la nueva Ley se refiere el artículo de José Ignacio Valero Escribano. El autor ha planteado su trabajo adaptando el formato de un programa de trabajo, bajo un enfoque eminentemente práctico, y

recoge, sistemáticamente ordenadas, las principales pruebas de auditoría a realizar en cada una de las fases por las que discurre un proceso de contratación pública, incluyendo el análisis previo de la población a auditar y del sistema de control interno, así como el posterior de la publicidad desplegada, concurrencia alcanzada y de la eficacia, eficiencia y economía obtenida en las licitaciones.

Antonio Ramón Rodríguez Castaño y Carmen Sanjurjo González tratan de los aspectos sociales de la Ley de contratos del sector público, realizando un estudio de la relación entre la contratación pública y lo social: las políticas sociales y las normas sociales. Después de una introducción, que aborda con carácter general la cuestión contemplando los tres grados de relación entre los contratos y la actividad social y más concretamente las políticas sociales, se centran en desarrollar el aspecto social de la contratación pública, tratando lo previsto en las directrices europeas y en la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. Finalizan reflejando los aspectos sociales concretos de la nueva Ley haciendo una exegesis desde el punto de vista procedimental contemplando por tanto dichos aspectos en cuanto a su incidencia en la preparación de los contratos, en la licitación y adjudicación de los mismos concluyendo con su ejecución. El trabajo pretende haber realizado una aproximación a las posibilidades que da la Ley para actuar en el mundo social a través de la contratación pública.

Por último Carlos Cubillo Rodríguez aporta una recensión sobre la obra *«Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentarios, concordancias, jurisprudencia, legislación complementaria e índice analítico»*, un libro colectivo elaborado por José Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, José Manuel Suárez Robledano y Rafael Martín del Peso García. El comentario de este texto pone, sobre todo, de relieve su solidez doctrinal y utilidad práctica.

ARTÍCULOS

Una nueva normativa contractual pública: un fin en sí mismo o un paso para el cambio

Alberto Palomar Olmeda

Profesor Titular (Acred) de Derecho Administrativo

RESUMEN

El presente trabajo trata de situar la reforma de la normativa de contratos en el contexto general de la reforma de la gestión pública y del estatuto al que están sometidas las Administraciones Públicas. Se trata de intentar concretar algunos de los elementos novedosos de la reforma y de apuntar el desarrollo posterior en otros trabajos más específicos.

PALABRAS CLAVE: contratación administrativa, gestión pública, objetivos sociales, modificaciones contractuales, legalidad presupuestaria, plurianualidad de gasto.

ABSTRACT

The present work tries to situate the reform of the regulations of contracts in the general context of the reform of the public management and of the statute to which the Public Administrations are subject. The aim is to try to specify some of the novel elements of the reform and to point out the subsequent development in other more specific works.

KEY WORDS: *Administrative hiring, public management, social objectives, contractual modifications, budgetary legality, multiannual spending.*

ÍNDICE

1. Planteamiento general.—2. Asegurar una eficiente utilización de los fondos para conseguir un mejor control del gasto público. —3. Vinculación con los fines institucionales.—4. La lucha contra la corrupción en el ámbito de la contratación administrativa.—5. Una problemática recurrente que gira sobre la necesidad de programación y planificación de la gestión pública.—6. Un marco jurídico complejo que exigirá tiempo para su acoplamiento y ajustes.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La publicación 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) supone una nueva regulación de los contratos públicos. Casi podríamos decir que la modificación de esta normativa se ha convertido en un clásico en la ordenación jurídico administrativa del Sector Público, al menos, desde 1995 que se vienen encadenando un conjunto de normas con diferente justificación y, también, con diferente alcance.

El número de reformas no es, en sí mismo, un elemento peyorativo ni condicionante pero es claro que refleja una inquietud del legislador (nacional y europeo) por dotar a la Administración de un régimen de provisión de bienes y servicios que cumpla los objetivos generales de funcionamiento de la Administración. No cabe negar que muchas, o algunas, de las referencias se han hecho siempre desde la patología que supone la corrupción que, claro está, ha puesto en la contratación administrativa uno de sus objetivos más preciados hasta llegar, realmente, a convertirse en una de las justificaciones de las medidas o las soluciones impuestas.

Adicionalmente es cierto que la incidencia del Derecho comunitario es, igualmente, perceptible. Se trata de una incidencia que procede o encuentra su justificación en otro ámbito: la libre circulación de bienes y servicios y el evitar las restricciones en el marco de la competencia. En último término esta es la justificación última de la propia presencia comunitaria en una regulación que, de otra forma, podría quedar en el ámbito de la organización interna de los Estados y de su propia dirección de los asuntos públicos.

Enlazando con esta segunda idea podemos indicar que la reforma actual encuentra en ella una justificación más que notable. De hecho, la propia denominación del Texto establece la justificación más relevante y la propia razón de ser de la misma: cumplir las determinaciones del Derecho Comunitario.

En el Preámbulo de la norma se establece su propia justificación en la forma siguiente:

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

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

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

Como consecuencia de esto se añade, en el plano de la justificación la indicación siguiente: «... Con esta normativa, la Unión Europea ha dado por concluido un proceso de revisión y modernización de las vigentes normas sobre contratación pública, que permitan incrementar la eficiencia del gasto público y facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública, así como permitir que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes. Asimismo, se hacía preciso aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar diversos aspectos resaltados por la Jurispru-

dencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública, lo que también ha sido un logro de estas Directivas».

De esta forma podríamos decir que el Derecho comunitario cumple el círculo virtuoso de, históricamente, relegar a la normativa nacional para posteriormente asegurar algunos elementos centrales como la concurrencia de cara a la preservación del derecho de la competencia y, finalmente, acabar en una regulación prácticamente completa que afecta no solo a las Administraciones Públicas tradicionales sino también al Sector Público e, incluso, en otra norma específica a aquellos sectores especiales de clara relevancia pública y, en gran medida, gestionados por entes privados.

Siendo éste el objetivo central es claro que no es el único y que el propio apartado II del Preámbulo aclara que se trata de lograr una mayor transparencia en la contratación pública y, adicionalmente, conseguir una mejor relación calidad-precio.

Finalmente en un tercer plano (no jerárquico) de definición de los objetivos a cumplir por la LCSP se añaden otros objetivos, socialmente muy interesantes, pero adelantemos que complejos de insertar en el marco convencional clásico de la contratación administrativa. En concreto, se alude a la simplificación administrativa, mayor acceso de las PYMES, el cumplimiento de los objetivos sociales (discapacitados, etc....).

No obstante esto, la LCSP lo que ha querido es establecerlos de una forma positivada y ordenada. Sobre esta base podemos indicar que estos principios, son, en esencia, tres cuyo mínimo alcance pasamos a analizar:

- a) Garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.

Moreno Molina ha señalado, desde el principio, que «en un marco interpuesto por el Derecho comunitario europeo, la nueva Ley española reconoce desde su artículo 1.º que el fundamento de toda la normativa de contratación es el respeto a los principios generales de la contratación pública...»¹ y, específicamente, dentro del mismo el de concurrencia y publicidad.

¹ Moreno Molina, J.A. Ob. cit. Pág. 53.

La importancia de estos principios venía siendo recogida y admitida por la jurisprudencia. Así lo reconoce la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), de 17 octubre 2000 Recurso de Casación núm. 3171/1995. (RJ 2000\8917) cuando señala que «...a) Entre los principios esenciales que rigen la contratación administrativa, está la igualdad de acceso entre las distintas empresas dedicadas a la contratación pública y el procedimiento de contratación, como ya reconoció la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1976 (RJ 1976\4068), tiende a garantizar el interés público, mediante la articulación de tres principios cardinales de la licitación, que en la cuestión examinada aparecen vulnerados: el principio de publicidad, el principio de libre competencia y el principio de igualdad de oportunidades...»

Es cierto que, además, se contenían formulaciones del mismo tenor en otros precedentes judiciales. A modo de ejemplo, la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), de 22 junio 2005 (RJ 2005\9388) en la que se afirma que «...La sujeción a los principios de publicidad, concurrencia y ausencia de discriminación establecidos en el art. 11 de la LCAP son requisitos ineludibles en la contratación de las administraciones públicas. Pero, además de respetar tales principios un elemento esencial para la celebración de contratos administrativos, al igual que en el ámbito de derecho privado (Art. 1544 CC) es la existencia de un precio cierto, tal cual estatuye el Art. 14 LCAP (de igual número en el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RDLeg. 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP y similar al precedente art. 12 Ley Contratos del Estado de 1965 que, además, determina que se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido....».

Antes de cualquier otra consideración es necesario indicar que se incluyen en este apartado dos referencias que aunque se pueden presentar juntas tienen, también, un cierto componente susceptible de ser diferenciado. Desde esta perspectiva la libertad de acceso a las licitaciones tiene un contenido nítidamente ligado con la contratación administrativa mientras que la publicidad y la transparencia constituyen una plasmación específica de una formulación más amplia y ambiciosa que alcanza al con-

junto de la actuación administrativa de la que la contratación es, por tanto, una mera manifestación.

En este punto podemos indicar que la libertad de acceso a las licitaciones y la publicidad de las mismas constituyen un elemento que forma parte indisoluble de la contratación administrativa en cuanto se trata del vehículo para conseguir el cumplimiento de principios que forman parte del propio Estatuto de la Administración ex artículo 103.1 de la CE y dentro de los mismos en ejecución del principio de imparcialidad y de servicio al interés general.

b) Adaptación al derecho y a las exigencias comunitarias

Es cierto, sin embargo, que la propia reformulación de la LCSP —como en general de las leyes sobre contratación administrativa de los últimos años— tiene un objetivo adicional de carácter comunitario y que se centra, precisamente, en conseguir que pueda crearse un marco esencial en el que todos los interesados de la Unión europea puedan participar en la contratación administrativa dando con ello cumplimiento sui generis al principio de libertad de circulación de bienes y servicios.

A partir de estas referencias se establecen otras que enlazan con la objetividad del funcionamiento administrativo y con su proyección instrumental que no es otra que la transparencia que pasamos a analizar.

c) Mejor adaptación a los principios constitucionales de funcionamiento de la Administración.

Con carácter general podemos señalar que el principio de funcionamiento objetivo de la Administración es de aquellos que se encuentran en el ámbito del artículo 103 de la Constitución. Las dificultades de su concreción han sido reiteradamente denunciadas por la doctrina (Nieto)². Sin embargo, como resaltó, desde el principio, Garrido Falla «no es una frase que haya aparecido casualmente al redactar el Proyecto; está puesta con

² Nieto García, A.: «La Administración sirve con objetividad los intereses generales». Estudios sobre la Constitución Española. Tomo III. Pág. 2227. En este trabajo cita el de Frierich, C. J.: «El hombre y el Gobierno». Traducción española 1968. Págs. 505 y ss. en las que define la objetividad como «aquella cualidad que permite a una persona superar sus opiniones personales y sus prejuicios, de modo vea el objeto o la situación tal como es...».

toda intención...»³. Sin perjuicio de esta intención es lo cierto que su incorporación fue cuestionada en sus efectos prácticos. Así Nieto indicó que «la bienintencionada declaración constitucional no podrá oponerse nunca a esta realidad; pero no por ello debe infravalorarse su importancia...»⁴. No obstante el perfil general, es lo cierto que su proyección en este ámbito es más modesta ya que se enlaza como el principio de transparencia que es claramente instrumental en el ámbito de la Administración Pública.

Es lo cierto que una forma de control de la actuación administrativa es, precisamente, la transparencia, esto es, la capacidad de los interesados y de los ciudadanos en general de conocer el funcionamiento de la Administración en general y de los expedientes, en particular⁵.

En este sentido es necesario indicar que algunos de los derechos contemplados en el artículo 13 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicables a todas las personas y no sólo a los interesados concretos en los expedientes administrativos, pueden contribuir a establecer unas pautas de comportamiento y funcionamiento de la Administración Pública abierta a los ciudadanos y en los que los intereses y derechos de éstos se antepongan a los de la propia Administración.

Su formulación real exige concreción en las distintas normas sectoriales que irán recogiendo las diferentes formas de plasmar la transparencia bien sea mediante la creación de órganos de control y participación en los que participen los agentes sociales representantes de los intereses generales.

En lo que se refiere a la transparencia, y como instrumental de la misma la publicidad, debemos insistir en que se trata de una manifestación específica de un principio más amplio.

³ Garrido Falla, E.: «Comentarios a la Constitución». Madrid. 1985. Págs. 1425.

⁴ Nieto García, A.: «La Administración sirve con objetividad los intereses generales». Estudios sobre la Constitución Española. Tomo III. Pág. 2230.

⁵ Este tema ha sido analizado por Sánchez Morón, M. en diversos trabajos:
— «El principio de participación en la Constitución española». Revista de Administración Pública núm. 89. Madrid. 1989.

— La participación del ciudadano en la Administración pública. Madrid 1980.

— Participación, neocorporativismo y Administración económica. Estudios sobre la Constitución Española. Tomo V. Madrid. 1991. Págs. 3943- 3977.

La transparencia de la Administración Pública no es sólo una exigencia constitucional y administrativa sino, además, una nueva forma de ver la actuación administrativa. La funcionalidad y la operatividad que para este supuesto pueden aportar las nuevas tecnologías son sumamente importantes y, de hecho, algunas de las nuevas leyes que se han publicado recientemente y que ponen énfasis, precisamente, en la utilización de la tecnología como elemento de facilitar la transparencia y el conocimiento de la actuación de las Administraciones Públicas. Señala Piñar, sobre este punto, que «la transparencia hace referencia a tres elementos: el proceso de elaboración de decisiones por los entes públicos ha de ser abierto y participado, las decisiones tienen que ser motivadas y razonables; la información que sirve de base a las decisiones debe ser, en la medida de lo posible, accesible al público. En su Rapport 1995 sobre La transparence et le secret, el Consejo de Estado francés señala que la transparencia hace referencia a realidades diferentes: por un lado, la voluntad de informar a los ciudadanos sobre las medidas que les afecten y más en general sobre sus actividades, pero también al medio de evitar que la opacidad en la adopción de las decisiones haga saltar las sospechas de favoritismo, corrupción o arbitrariedad...»⁶

Al tema, desde otra perspectiva, se refiere Prats i Catalá cuando ubica la gobernanza como nueva forma de gestión de lo público como la gestión de redes. Así señala que «frente a estas amenazas, las redes de gobernanza presentan aspectos positivos que están justificando su uso y extensión: * la formulación e implementación de políticas se enriquece con la información, el conocimiento y la colaboración aportados por los diversos actores sociales; * Las políticas y su implementación pueden alcanzar una mayor aceptación y legitimación social, consiguiendo una ejecución menos costosa y más efectiva; * La participación interactiva y simétrica supone que una amplia variedad de intereses y valores serán tenidos igualmente en cuenta, lo que favorece el principio democrático; * las redes incrementan las capacidades unilaterales de los gobiernos para orientar la definición y solución de las cuestiones sociales, incrementándose así su efectividad y eficacia...»⁷.

⁶ Piñar Mañas, J.L.: «Revolución» (Ob. cit.) Pág. 66 y 67.

⁷ Prats i Catalá, J.: «De la Burocracia al Management, del Management a la Gobernanza». Madrid. 2005. Pág. 145.

2. ASEGURAR UNA EFICIENTE UTILIZACIÓN DE LOS FONDOS PARA CONSEGUIR UN MEJOR CONTROL DEL GASTO PÚBLICO⁸

Establece el artículo 31.2 de la CE que «...2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía...». Respecto de este precepto ha señalado Cazorla que «la norma determina el “telos” del gasto público: la asignación equitativa de los recursos públicos. Esta es la directriz que debe guiar la actuación de los poderes públicos en la materia. Se trata del verdadero principio de justicia material en el gasto público. A continuación, la norma proclama dos exigencias económico-financieras de buena administración, que completan la regulación del gasto público. Tales exigencias son que «su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía»⁹.

⁸ En relación con esta conexión puede verse la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7), de 17 octubre 2000, Recurso de Casación núm. 3171/1995 (RJ 2000\8917), en la que se afirma que «...El segundo de los motivos de casación se fundamenta en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, citándose al efecto la vulneración de los artículos 2, 128 y 138 de la Constitución Española, 3 y 63 de la Ley de Contratos del Estado, 197 y 198 del Reglamento General de Contratación del Estado y el artículo primero de la Ley 16/1989, de 17 de julio, así como la jurisprudencia aplicable.

En primer lugar, la sentencia recurrida no causa vulneración del artículo 128 de la Constitución, que permite, en el párrafo segundo, a la Ley, reservar al sector público recursos o servicios especiales y una interpretación literal y sistemática del precepto obliga a entender que dichos servicios esenciales de una Comunidad, no tienen por qué ser recursos naturales o económicos, pues se puede abarcar a servicios de indudable importancia o esencialidad, como sucede en la cuestión examinada, y reconoce la sentencia impugnada, al haberse operado una actuación pública substrayendo al sector privado, por bloques propuestos en el pliego de las condiciones, de una serie de servicios que limitan la concurrencia, razones que determinan la ausencia de vulneración del artículo 128 de la Constitución.

Además, no estamos ante un caso de exclusión del régimen jurídico de la gestión de un servicio público, puesto que tal régimen se erigió como punto fundamental en el contrato que había de suscribirse, en donde el concesionario aparece como gestor de servicio público y surge la concesión administrativa, actuando la potestad accesoria del concesionario para posibilitar el objeto principal, que es la realización del servicio por el empresario gestor, y que se concreta en el alquiler de vehículos de motor.

En consecuencia, estamos ante un contrato de gestión de servicio público, que se sujeta a los artículos 62 y siguientes de la Ley de Contratos del Estado y 196 y siguientes del Reglamento General de Contratación del Estado, preceptos que pese a la invocación que realiza la parte recurrente, no aparecen infringidos en la cuestión examinada y no estamos ante un contrato administrativo especial que la parte actora pretende encuadrar dentro del artículo cuarto de la Ley de Contratos del Estado...».

⁹ Cazorla Prieto, L.M.: «Comentarios a la Constitución». 3.^a Ed. Madrid. 2001.

Esta simple referencia nos sitúa en un entorno ciertamente claro en el que el gasto público debe estar directamente conectado con el cumplimiento del principio de eficiencia que, a estos efectos, es un trasunto legal del principio de economía constitucionalmente formulado. En este sentido insiste Cazorla en que «para la doctrina económica la eficacia muestra la relación ente los objetivos a satisfacer previamente el logro efectivo de los mismos. Por el contrario la eficiencia apunta hacia la relación entre los resultados obtenidos y los factores o medios necesarios para tal fin...»¹⁰.

Desde esta perspectiva podemos señalar que lo que intenta la LCSP es proyectar la idea de eficiencia y su versión económica —la eficiencia— sobre las decisiones de gasto que supone la contratación administrativa que solo está justificada cuando forme parte de las necesidades ineludibles de la Administración y que, además, debe estar presidida en el conjunto de decisiones alternativas que puede orientar la contratación administrativa. De esta forma podemos indicar que el principio de eficiencia se proyecta sobre el conjunto de las decisiones administrativas en materia de contratación para conseguir que la satisfacción de las necesidades se haga con la menor utilización de fondos públicos.

Es cierto que el principio de eficiencia está asegurado por el sometimiento de la actividad administrativa a un conjunto de controles que tienden a asegurar el mismo. Recordemos, en este punto, que es a este principio al que responde el conjunto de la actuación interventora¹¹ (téngase en cuenta lo que dispone el artículo 142 de la LGP cuando señala los objetivos de la misma e incluye el de «...c) Evaluar que la actividad y los procedimientos objeto de control se realiza de acuerdo con los principios de buena gestión financiera y, en especial, los previstos en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria...») y la propia función que corresponde al Tribunal de Cuentas (Ley Orgánica 2/1982, de 12 mayo según el artículo 9 de su Ley cuando señala que «...1. La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas se referirá al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía...»).

¹⁰ Cazorla Prieto, L.M.: Comentarios... Ob. cit. Pág. 743.

¹¹ La Exposición de Motivos de la LGP señala sobre este punto que «...Se establecen a su vez en dicho capítulo las modalidades, que son la función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública, los principios de actuación y los deberes y facultades del personal controlador, regulándose por último los informes generales de control a remitir al Consejo de Ministros, y las especialidades normativas del control de las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social...».

3. VINCULACIÓN CON LOS FINES INSTITUCIONALES

Finalmente nos encontramos en este punto con uno de los principios que pueden identificarse como más obvios en la conformación del régimen público del funcionamiento administrativo. Se trata de conectar la actividad contractual con el propio funcionamiento del órgano administrativo y de las necesidades de éste.

El principio, como se indica, no puede ser más obvio. Si la contratación administrativa responde, en esencia, a la cobertura de necesidades que la misma no puede atender con sus propios medios es evidente que la conformación de la actividad que trata de obtener los mismos en el exterior solo está justificada cuando realmente se trate de una necesidad real y cuando esté directamente con los fines y competencias de la propia organización contratante.

En el ámbito concreto de la LCSP es el artículo 28 de la misma el que establece que «...1. 1. Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación....».

Es cierto que la idoneidad y la conexión con los fines institucionales debe tener un reflejo especial en el ámbito de la gestión pública y, en concreto, debe ser uno de los elementos que nucleen el control de eficacia de las Administraciones Públicas que, aun hoy, sigue siendo una auténtica asignatura pendiente ya que aunque prevista en la LOFAGE y, actualmente, en la Ley 40/2105, de 1 de octubre (art. 3) no ha encontrado su hueco natural y sigue preterida por los controles de carácter económico que realmente son los únicos que tienen tradición e implantación.

4. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Adicionalmente a lo que acaba de indicarse el evidente e, incluso, explícito que gran parte de la sociedad española ha puesto en la contratación administrativa sus ojos para la prevención de la corrupción.

Los acontecimientos vividos en los últimos años en la vida social española han hecho que sea la figura del contrato administrativo uno de los objetos de control esencial porque es cierto que la patología de la actuación pública que, ahora, se analiza en los juzgados penales ha tenido, en un número importante de supuestos, a la contratación administrativa como objeto central. Realmente las dos únicas «salidas» de dinero público hacia los particulares se producen con la contratación administrativa y con el régimen de subvenciones, cuestiones ambas que están claramente en el foco de la atención mediática actual por estar dilucidándose en el ámbito penal algunos de los casos más representativos del mal funcionamiento de ambas instituciones.

La cuestión central en la prevención de la corrupción, que, sin duda, constituye un objetivo compartido por todos, es la solución adoptada. Tal y como se está enfocando, parece que la esencia de la solución es la reducción de los márgenes de libertad de los órganos de contratación. Para ser exactos, de los márgenes de apreciación y valoración que son los que pueden llevar a la adjudicación de un contrato. Esta reducción o, cuando menos, matización de los márgenes de apreciación es una constante y demuestra el daño institucional que ha propiciado la corrupción porque esta reducción del margen de apreciación no es siempre una buena noticia.

La Administración, sus fines y sus actividades se han vuelto actividades complejas en las que la solución única y sin matices no es, precisamente, la solución más idónea. Los matices ligan con la mejor provisión de bienes y, por ende, con el ajuste a las necesidades de la organización pública. No es el momento de incidir en esta cuestión de una forma más compleja pero sí de indicar que la histórica subasta o el criterio único —en la terminología actual— supone una limitación que, necesariamente redundará en contra de la propia eficacia.

El problema es cómo devolver la confianza en el funcionamiento administrativo y, por supuesto, cómo establecer sistemas de control que hagan posible el debate y el cuestionamiento de los márgenes de apreciación que legítimamente deben corresponder a los órganos administrativos. Sin embargo, la inexistencia de controles no debe conducir, como en gran medida está ocurriendo, a limitar la apreciación. El control tiene su esencia y su funcionamiento y su inexistencia o su falta de operatividad no debe conducir a la reformulación del esquema de apreciación sino a la implantación de los

controles necesarios y suficientes para justificar una actuación correcta de dicha potestad.

El control y la necesidad de encontrar una línea clara en su introducción nos permite algunas consideraciones específicas en función del tipo de control y de la finalidad que se busque con el mismo:

a) Jurídico. El control de carácter jurídico tiene como objetivo esencial asegurar el procedimiento y la elección de la oferta considerada como más ajustada a los criterios y normativa que delimita el propio contrato.

En este punto puede decirse que la introducción del denominado recurso especial y la creación de los tribunales de contratos han transformado los límites y la percepción del control jurídico que, esencialmente, era, hasta ese momento, un control cuya esencia era, finalmente, indemnizatorio. Ahora tanto por los tiempos de resolución como por la posibilidad de adopción de medidas cautelares las resoluciones de los tribunales de contratos llegan a tiempo y, por tanto, pueden producir efectos tanto en el ámbito de la adjudicación como de la ejecución del contrato.

b) Económico. El control económico tiene una doble dimensión. De un lado, la interna, que consiste en el control por la intervención respectiva del crédito y de las características del gasto y el cumplimiento de los requisitos esenciales en relación con la adjudicación.

En esencia podríamos indicar que este tipo de control no ha funcionado, históricamente, de forma negativa porque demuestra que, formalmente, las cosas se han hecho bien desde la perspectiva del cumplimiento de los requisitos de tal carácter que establecen las normas.

Es cierto, sin embargo, que la realidad ha cuestionado seriamente la efectividad de este tipo de control ya que la mayor parte de los casos que ahora se reparten en la geografía española demuestran que la legalidad formal no es suficiente en el ámbito del control porque haciendo los «papeles» correctamente puede estarse cometiendo una infracción administrativa o, incluso, un delito. Esto demuestra que los problemas están en una fase diferente a la conexión con la línea de gasto público y presupuestación que es a la que corresponde el control económico de carácter interno.

Esta perspectiva ha de completarse, sin embargo, con la existencia de órganos de control externo y en esencia con la labor del Tribunal de Cuentas. Respecto de este órgano sería muy injusto no indicar que en su funcionamiento y operatividad ha habido un cambio sustantivo en los últimos años y que su capacidad de detectar problemas de funcionamiento o patologías complejas en el funcionamiento de los órganos administrativos es, ahora, mucho más elevada que en otros tiempos.

Es cierto, sin embargo, que aunque dicho cambio y dicha reflexión es claramente perceptible no lo es, en esencia, la obligación de implementación de las medidas o de corrección de las irregularidades detectadas. Si no existe responsabilidad contable, las recomendaciones y las circunstancias detectadas tiene un alcance ciertamente limitado y, en muchos casos, no sirven ni para cambiar el funcionamiento del respectivo órgano especialmente cuando se refieren a responsables administrativos que no son lo que tienen la dirección pública en ese momento.

Sin negar la importancia del control económico hay, también, que reconocer e incidir en su insuficiencia general para el control de las organizaciones y éste es, precisamente, uno de los problemas que claramente se perciben en las organizaciones públicas en la actualidad.

c) Eficiencia. El control de eficacia fue introducido en el ámbito Administrativo por la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado que se le atribuía a los órganos superiores del departamento sobre el conjunto de la actividad administrativa de los órganos que componían la estructura del respectivo departamento.

Con vocación de análisis podemos indicar que su delimitación específica no se concretó en momento alguno, su diferencia respecto de la eficacia económica no se trazó y la falta de objetivos de las respectivas organizaciones llevaron a que su instauración pudiera considerarse como un efecto óptico, como una esperanza más que cualquier otra cosa.

Hoy la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público ha señalado en el artículo 3 una serie de principios que inspiran el funcionamiento de los órganos administrativos. En lo que aquí interesa conviene recordar lo que establece el artículo 3 cuando determina que la actuación y relaciones de

la Administración deben ajustarse, entre otros, a los siguientes principios:

«...g) Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas.

h) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados.

i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales

j) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos...».

Adicionalmente y, desde otra perspectiva, se incluya como uno de los principios rectores el de la «responsabilidad por la gestión pública...».

Esto nos permite decir que el marco jurídico, al menos desde la perspectiva de los principios, está suficientemente claro aunque no pueda decirse que, desde la entrada en vigor de la Ley 40/2015, sean reconocibles ni se hayan presentado iniciativas que realmente abunden en una línea práctica y de cumplimiento de los objetivos expuestos.

Realmente, sin embargo, el legislador pide programación desde normas diversas. En este sentido, por ejemplo, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de Estabilidad Presupuestaria se refiere en el artículo 5.º al principio de plurianualidad de la actuación administrativa y en el artículo 7 a que «...1. Las políticas de gasto público deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. 2. La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público...». En el mismo sentido y, desde otra perspectiva, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre establece en el artículo 6.º que «...2. Las Administraciones Públicas publicarán los planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijen objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución. Su grado de cumplimiento y resultados deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración, en la forma en que se determine por cada Administración competente. En el ámbito de la Administración

General del Estado corresponde a las inspecciones generales de servicios la evaluación del cumplimiento de estos planes y programas....».

Estos dos ejemplos nos ponen sobre la pista de lo que el legislador ha querido introducir en las regulaciones de los últimos tiempos. Se trata de buscar la programación, los objetivos y la incidencia plurianual del gasto desde la perspectiva presupuestaria.

El marco legal para el establecimiento del control de eficacia está suficientemente diseñado o apuntado desde el marco normativo pero es lo cierto que el impulso real de este tipo de reformas nunca ha acabado de llegar porque la línea implementación de políticas públicas de gestión no ha formado parte, tradicionalmente, parte de las agendas políticas que han pensado, muy a menudo, que la fuerza transformadora de las pautas de actuación derivan directamente de la ley. Lejos de esto desde la gestión y desde la ciencia política se ha demostrado hasta la extenuación que las políticas públicas exigen algo más que el mero apunte legal y exigen compromiso y organización para la implementación y retroalimentación como consecuencia de la evaluación de las medidas expuestas.

d) De Directivos

La lógica consecuencia del planteamiento al que nos acabamos de referir es la exigencia de responsabilidad a los directivos públicos como consecuencia de la evaluación de los objetivos respecto de la misma función. Si analizamos la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado se comprueba que existen una serie de principios inspiran el ejercicio del cargo¹². Es lo cierto, sin

¹² El artículo 3 de la Ley 3/2015, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración general del Estado señala los siguientes principios como inspiradores del funcionamiento de la Administración

«...1. El ejercicio del alto cargo queda sometido a la observancia, además de a las disposiciones de buen gobierno recogidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, especialmente a los siguientes principios:

- a) Interés general: servirán con objetividad a los intereses generales.
- b) Integridad: actuarán con la debida diligencia y sin incurrir en riesgo de conflictos de intereses.
- c) Objetividad: adoptarán sus decisiones al margen de cualquier factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares, o cualesquiera otras que puedan estar en colisión con este principio.

embargo, que esta norma eludió el régimen de responsabilidad y que se centra en el ejercicio de alto cargo desde la perspectiva subjetiva de lo que se espera en lo personal y en el comportamiento de los altos cargos. La gestión, la responsabilidad por la gestión no figura entre los elementos que condicionan o permite el ejercicio del alto cargo. Otro tanto ocurre con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno que establece en el artículo 26 de la Ley una serie de principios de buen gobierno pero que, finalmente, tampoco contiene un régimen acabado de reproches para los que, simplemente, son malos gestores públicos y no cumplen los objetivos de su respectiva organización.

La ausencia de objetivos públicos y explícitos y la falta de responsabilidad de los directivos públicos en su confección o elaboración y su medición y comprobación de que se cumplen los mismos son elementos que lastran la gestión pública actual y la sitúan en entornos organizacionales de otro momento y de otro tiempo.

5. UNA PROBLEMÁTICA RECURRENTE QUE GIRA SOBRE LA NECESIDAD DE PROGRAMACIÓN Y PLANIFICACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público contempla, como acabamos de exponer, una serie de principios que inspiran la gestión pública. Específicamente se incluye en el artículo 3.º g) el de planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas al que se añade en el apartado h) el de la eficacia en el cumplimiento de los objetivos y en el apartado i) el de Economía, suficiencia, y adecuación estricta a los objetivos fijados. Desde una perspectiva complementaria se incluyen el de economía, suficien-

d) Transparencia y responsabilidad: adoptarán sus decisiones de forma transparente y serán responsables de las consecuencias derivadas de su adopción.

e) Austeridad: gestionarán los recursos públicos con eficiencia y racionalizando el gasto.

2. Los principios enunciados en el apartado anterior informarán la normativa aplicable al ejercicio de las funciones y la actividad de los altos cargos. Servirán asimismo de criterios interpretativos a la hora de aplicar las disposiciones sancionadoras. Su desarrollo y las responsabilidades inherentes a su eventual incumplimiento se regularán por las normas vigentes sobre buen gobierno en su correspondiente ámbito de aplicación...»

cia y adecuación estricta de los medios a los fines instituciones y el de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

El precepto citado encuentra, como hemos indicado, precedente en la LOFAGE y representa elementos esenciales para la gestión pública moderna y, realmente, nos sitúa ante una de las grandes carencias de la gestión pública de nuestro país: La programación y la planificación.

Estas carencias se proyectan sobre el conjunto de ámbitos que integran la gestión pública y de los que la actividad contractual no deja de ser un elemento instrumental. Si pensamos seriamente podemos ver que la actividad contractual es, en esencia, una labor de aprovisionamiento de bienes y servicios para la cobertura de las necesidades derivada, a su vez, de la necesidad de cumplir los objetivos y las tareas de la respectiva organización. Este aprovisionamiento se produce, por tanto, con una relación directa de la respectiva organización y el cumplimiento de los fines que a la misma corresponden.

Esta conexión entre necesidades y fines es consecuencia de la programación y de la validación de la misma en el ámbito presupuestario que, como hemos visto, ha introducido un amplio giro a favor de la plurianualidad. Se cumple así el «circulo virtuoso», la programación es una actividad previa y de carácter interno, que se valida por los órganos superiores y se ratifica en el compromiso presupuestario que es la validación económica de los objetivos.

La actividad de programación es, esencialmente, una actividad de planificación y por tanto, de temporización de las necesidades en función de los objetivos a satisfacer.

La falta de programación está, sin duda, en el fondo de muchos problemas que achacamos a la normativa contractual. El fraccionamiento de contratos, las «facturas en los cajones», los contratos de urgencia (incluso, en otros tiempos, los de emergencia), la falta de motivación o, incluso, la falta de delimitación del objeto del contrato en términos de imparcialidad y objetividad y no predeterminación del perfil son elementos que se mitigarían si las Administraciones Públicas tuvieran que programar y ubicar el respectivo contrato en el marco estratégico de la propia organización. Lejos de esto y, lejos de las determinaciones legales es, cada vez más frecuente, que la improvisación, la urgencia y la falta de vinculación estratégica sean los elementos que inspiran el funcionamiento de la Administración respectiva.

En este marco, los cambios normativos no tienen, por sí solos, la suficiente importancia ni producen el impulso suficiente para la transformación de la realidad y, por tanto, poco puede esperarse de un cambio normativo si realmente no se ubica en un contexto más amplio de impulso de la gestión pública y de la transformación de las pautas de actuación.

6. UN MARCO JURÍDICO COMPLEJO QUE EXIGIRÁ TIEMPO PARA SU ACOPLAMIENTO Y AJUSTES

Al margen de los problemas de contexto que nos parecen ciertamente importantes para ubicar la cuestión, es lo cierto que de la LCSP pueden decirse diversas cosas y puede calificarse de diferentes maneras menos de una norma sencilla. Una norma con más de trescientos artículos, con un desarrollo reglamentario que no se corresponde totalmente con la nueva regulación y que entra en el Congreso con una versión que sufre la aprobación de más de mil enmiendas es, sin duda, una norma compleja y, en muchos casos, no suficientemente acabada ni perfeccionada.

Por destacar tres temas que resultan claramente afectados por esta necesidad de «acoplamiento» podemos indicar, por ejemplo, que el papel de los criterios sociales, medioambientales y de igualdad en el marco del procedimiento de adjudicación y sus verdaderos límites y contornos es algo que, ciertamente, exige un tiempo y un acoplamiento que, en estos momentos, se vislumbra como complejo en función de la propia operatividad de la norma. El papel y el alcance de todo el entramado administrativo de supervisión con la Oficina Nacional de Evaluación, la Estrategia Nacional de Contratación Pública o la oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación está por concretar y, sobre todo, nos obliga a reclamar un impulso para la implementación real y no teórica como tantas veces ha ocurrido en la historia reciente de la gestión pública española que se caracteriza, a menudo, por la creación de órganos a los que, finalmente, no se les dota de medios y recursos suficientes y acaban teniendo un funcionamiento que podríamos calificar de «langüescente».

Dejo para el final y, de forma separada, la vinculación de la contratación pública y el derecho de la competencia. Una cuestión por construir y por armar. Es preciso encontrar un punto de equilibrio entre las potestades del órgano de contratación y las necesidades de la Administración frente a la conformación de mercados abiertos, competitivos, no excluyentes y no discriminatorios que, en

esencia, es lo que protege la normativa de la competencia. Este equilibrio no está resultado sencillo y la vinculación de los órganos de contratación en la determinación (presunta) de infracciones en el marco de la normativa de competencia unido a las facultades de los propios y específicos órganos de competencia estatal y autonómicos es, sin duda, un problema adicional que exige encajes interpretativos y de posicionamiento que, de momento, proyectan una cierta inseguridad en la compatibilidad genérica de ambos sectores del Ordenamiento Jurídico.

De esta forma podríamos indicar que la nueva norma de contratos se enfrenta al reto de su propia supervivencia y de consolidación de un modelo que haga compatible la provisión de bienes y servicios en tiempo con el cumplimiento de los requisitos de una norma compleja, con tiempos de contratación y tramitación de procedimientos nada cortos y, finalmente, con amplias incertidumbres en relación con los criterios y la aplicación real de la norma.

Más allá de que se cumpliera con ello una obligación de carácter comunitario el reto, ahora, es que las piezas vayan cuadrando poco a poco y que seamos capaces de encontrar un marco de eficiencia en la contratación administrativa que constituya, adicionalmente, una garantía frente a los ciudadanos de que no existen conductas desviadas. Queda mucho camino por recorrer pero sería más fácil si la programación y la validación de los objetivos constituyera un elemento central de la actuación administrativa cotidiana.

La colaboración público-privada y su fiscalización^(*)

Manuel Aznar López
Consejero del Tribunal de Cuentas

RESUMEN

La realización de proyectos mediante la colaboración público-privada (CPP) no es una novedad, puesto que en el Derecho romano ya se contemplaba la concesión administrativa. En España, se han utilizado diversas formas de CPP y en 2007 se estableció un específico contrato de CPP, que fue escasamente utilizado y que desapareció en 2018 con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público. La Unión Europea ha aprobado, desde los años noventa del pasado siglo, diversos documentos sobre la CPP, unos específicos y otros en el ámbito de las infraestructuras de transporte. Tanto España, como otros países europeos de su entorno, han realizado fiscalizaciones sobre la CPP y el Tribunal de Cuentas Europeo ha llevado a cabo un Informe Especial en 2018. La desaparición en España del específico contrato de CCP plantea la incertidumbre de si podrán conseguirse los mismos resultados a través de la aplicación de otras modalidades contractuales. El control externo de la CPP presenta interesantes perspectivas en ámbitos tales como la planificación y la evaluación, la transparencia, la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, la equidad y la calidad.

PALABRAS CLAVE: Colaboración público-privada, fiscalización, contratos, control externo, Unión Europea.

(*) Versión revisada de la ponencia preparada para el Panel «Fiscalización superior de empresas del Estado y asociaciones público-privadas». XXVIII Asamblea General de OLACEFS. Buenos Aires, 9-12 de octubre de 2018. Este trabajo está dedicado a Luis, Carlos y Carlota.

ABSTRACT

Implementation of projects through the Public Private Partnership (PPP) is not new, since the administrative concession was already contemplated in Roman Law. In Spain, various forms of PPP have been used until now. Even a specific PPP contract was established in 2007, although it was scarcely used and disappeared when the Public Sector Contracts Act entered into force in 2018. The European Union has approved various documents on PPP since the nineties of the last century, some of them in the area of transport infrastructures. Spain and other European countries have carried out audits on PPP and the European Court of Auditors has conducted a Special Report in 2018. The disappearance in Spain of the specific type of PPP contractual arrangement poses the uncertainty on how the same results will be achieved through other contracting mechanisms. The external control of PPP presents interesting perspectives in areas such as planning and evaluation, transparency, budgetary stability and financial sustainability, equity and quality.

KEYWORDS: *Public private partnership, audit, contracts, external control, European Union.*

1. INTRODUCCIÓN

En el año 1996, la Unión Europea, preocupada, al parecer, por el ritmo de implementación de la red transeuropea de transporte, creó un Grupo de Alto Nivel sobre financiación de proyectos de dicha red mediante la colaboración entre los sectores público y privado. El Grupo concluyó que la fórmula de la colaboración público-privada (en adelante, CPP)¹ podía desempeñar un papel crucial en la aceleración de los proyectos.

Muchos siglos antes, en la entonces *Hispania*, la actuación de un evergeta permitió financiar la reparación del camino que unía las ciudades mineras de *Castulo* (en la actual provincia de Jaén) y *Sisapo* (en la actual provincia de Ciudad Real). La evergesia en cuestión, conocida a través del testimonio epigráfico de rigor, fue un ejemplo más de la conjunción de esfuerzos públicos y privados, que, a decir de los historiadores, permitieron dotar a *Hispania* de una extensa y bien acondicionada red viaria². Este conjunto de

¹ Entre las diversas denominaciones en español de lo que en inglés se conoce como *Public Private Partnership*, me decanto por la de colaboración público-privada, por ser la más utilizada en España.

² MELCHOR GIL, ENRIQUE: «Sistemas de financiación y medios de construcción de la red viaria hispana», en *Habis* n.º 23, 1992, págs. 134-137. Según indica este autor, el evergeta en cuestión fue Quintus Torius Culleo, Procurador de la Bética, y el asunto, al parecer, tenía un interés económico, ya que contar con un camino en buen estado permitía disponer con mayor presteza del mineral necesario para la producción de oro

vías, por lo demás, estaba integrado en la que en aquel entonces era la «red transeuropea de transporte», es decir, en la red de calzadas, que había decidido construir y mantener la «unión europea» existente a la sazón, es decir, Roma.

Con independencia de la colaboración derivada de la actividad evergética de los particulares, el Derecho romano, según han demostrado las investigaciones en la materia, contempló la figura de la concesión administrativa, a través de la cual, entre otros objetos, se explotaban obras públicas y se prestaban servicios³.

Nihil novum sub sole, por tanto, al parecer, en la CPP para la construcción y mantenimiento de infraestructuras⁴, solo que en aquella época no se medían, pesaban y, en definitiva, se conceptualizaban las cosas en la magnitud que se hace en la actualidad.

La primera tentación que acomete a un jurista cuando trata acerca de cualquier asunto es definirlo y, aun intentando, por una vez, no hacerlo, no puedo por menos que señalar que la cuestión no es sencilla. Según constataba el Tribunal de Cuentas Europeo en un informe aprobado en febrero de 2018, la interpretación de lo que debe entenderse por CPP no es homogénea en los Estados miembros de la Unión Europea⁵. En sentido amplio, la que ha ve-

y plata por el método de la amalgama. No es este, empero, el único caso del que nos hablan los estudiosos de la *Hispania* romana. Así, otro ejemplo de lo que, *mutatis mutandis*, sería una auténtica CPP, estaría constituido, según refieren los historiadores, por la cofinanciación de la construcción de un edificio público también en Castulo por el emperador Claudio asociado con dos particulares, Publius Cornelius Tauro y Valeria Verecunda, según señala también MELCHOR GIL, ENRIQUE: «La construcción pública en la Hispania romana: iniciativa imperial, municipal y privada», en *Memorias de Historia Antigua* n.º 13-14, 1992-1993, pág. 132, que califica de «insólita» esta colaboración.

³ Ver CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, SANTIAGO: *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho romano*. Madrid, Dykison, 1996, págs. 91-238 y 241-242. Señala este autor que, mediante la *locatio-conductio*, se otorgaba a los particulares, ya fueran personas físicas, ya asociaciones (principalmente, las *societates publicanorum*), la explotación de una *res publica*, a cambio del pago de una renta (*vectigal*). Las concesiones recaían, entre otros objetos, sobre el *ager publicus*, el suelo urbano edificable, las minas públicas, las obras públicas (así, caminos, faros y puentes) y la prestación de servicios públicos.

⁴ Esta misma idea es expresada por GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V.: *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*. Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 16, si bien resalta que en la actualidad hay, en su contenido e impulso, razones vinculadas a la importancia de la contabilidad en la actividad pública. Este autor se refiere a la «reinención» de los modelos de CPP en el año 1992.

⁵ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *Informe especial 9/2018, «Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados»*, aprobado el 7 de febrero de 2018, pág. 24, nota 16, (www.eca.europa.eu).

nido a llamarse asociación o colaboración público-privada incluiría una gama muy amplia de fórmulas de gestión⁶. Abarcaría, en consecuencia, modalidades tales como la concesión, la gestión interesada, el concierto, las sociedades de economía mixta⁷, e incluso otras figuras como los convenios con particulares, los consorcios y las fundaciones mixtas. Por lo demás, la CPP no es, como ya hemos avanzado, un fenómeno contemporáneo, pues, sin necesidad de remontarnos de nuevo más atrás en el tiempo, inspiró las fórmulas concesionales a través de las cuales se construyeron y explotaron grandes infraestructuras en el siglo XIX⁸, como también existen ejemplos posteriores⁹. Sin embargo, la CPP puede ser referida en

⁶ Se ha sostenido al respecto que la CPP «no es, propiamente, un concepto jurídico, sino un tipo de política pública o un modo de gestión» (MAGIDE, MARIANO: «Instrumentos contractuales de Colaboración Público-Privada para la Provisión de Infraestructuras Públicas en el Derecho Español», en *Revista de Derecho Administrativo* n.º 16, 2016, pág. 127).

⁷ Modalidades todas ellas de gestión indirecta de servicios públicos que, en España, el artículo 277 del derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, englobaba en el contrato de gestión de servicios públicos.

⁸ En este sentido, se ha señalado que en el siglo XIX existían en España instrumentos precisos de CPP, mencionándose en concreto el contrato de concesión de obra pública regulado en la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, aunque le precedió una norma «infralegal», como era la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, de 10 de octubre de 1845 (Ver COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: «Private Finance Initiative en el ordenamiento jurídico español: tres modelos asociativos de contratación pública», en *Noticias Jurídicas*, 1 de octubre de 2010, www.noticias.juridicas.com). Sobre estas normas de 1845 y 1877, ver también MENÉNDEZ GARCÍA, PABLO, y FERNÁNDEZ ACEVEDO, RAFAEL: «Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ADOLFO (dir.): *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, 2.ª ed., Cizur Menor, Civitas Thompson Reuters, 2010, págs. 76-79 y 85-92, que asimismo mencionan ejemplos anteriores desde la época romana hasta el siglo XVIII (págs. 67-76).

⁹ COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: «Los orígenes remotos del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en *Noticias Jurídicas*, de 1-2-2010, www.noticias.juridicas.com, se refiere al Real Decreto-Ley de 28 de julio de 1928, por el que se regulaban las cooperaciones y auxilios de los usuarios industriales en las obras de regularización y aprovechamiento de los ríos; al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17-6-1955), que recogió la concesión como forma de gestión indirecta de servicios públicos; y a la Ley de Contratos del Estado de 1965 (texto articulado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril), que contempló el contrato de gestión de servicios públicos. También cita este autor (COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el ordenamiento jurídico español: orígenes, características y naturaleza de una experiencia exitosa», en *Noticias Jurídicas*, 1 de octubre de 2009, www.noticiasjuridicas.com), la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, en la que, en alguna ocasión, se ha situado el punto de

sentido estricto a una fórmula contemporánea, cuyo origen puede datarse en 1992, en el Reino Unido¹⁰, y cuya manifestación más usual es la que engloba la totalidad de las fases del proyecto: diseño, financiación, construcción, explotación, mantenimiento¹¹.

partida del desarrollo de las CPP en España (ver TELLO BLASCO, CRISTINA MARÍA: «Modelos aplicados de colaboración público-privada por la Administración Pública. Experiencias en la Administración General del Estado», en *Revista Española de Control Externo* n.º 28, 2008, pág. 71). Sin embargo, tras dejar constancia de todo ello en diversos trabajos, el referido autor muestra su desacuerdo con quienes identifican el origen del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado con el del contrato de concesión de obra pública, ya que, pese a guardar similitudes en cuestiones esenciales, sus mutuas diferencias justifican un tratamiento separado (COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: una aproximación a su verdadera utilidad», en *Contratación Administrativa Práctica* n.º 85, 2009, pág. 54). Se citan también como antecedentes la Ley 13/1996, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, desarrollada por el Decreto 704/1997, de 16 de mayo, por la que se reguló el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio, o, en otras palabras, el conocido como «método alemán», y el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo artículo 246, en la redacción dada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública, contempló la modalidad de los peajes en sombra. No obstante, además de esta última ley, que también constituye un antecedente, el más inmediato fue el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, que ordenó incorporar al anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (SANBRIA LUENGO, MIGUEL ÁNGEL: *La aplicación del contrato de colaboración público-privada a los programas de armamento del Ministerio de Defensa de España*. Tesis doctoral. Madrid, Universidad Complutense, 2016, págs. 62-64).

¹⁰ Con la denominada *Private Finance Initiative* (PFI), fundamentada en el reparto de riesgos entre el sector público y el operador privado y en el principio *Value for Money* (VFM). Aquel se refleja en la regla de que el riesgo debe ser asumido por quien pueda afrontarlo; este vincula la elección de la forma en que se lleve a cabo un proyecto de infraestructura o de prestación de un servicio a criterios de eficiencia, valorándose a través del *Public Sector Comparator* (PSC). En la literatura española, ver sobre la evolución de la PFI en la década de los noventa del siglo XX, NIETO GARRIDO, EVA: «La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido (De *Private Finance Initiative* a *Public Private Partnerships*)», en *Revista de Administración Pública* n.º 164, 2004, págs. 391-395; SANBRIA LUENGO, MIGUEL ÁNGEL: *ob. cit.*, 2016, págs. 17-28. Sobre la CPP en el Reino Unido, ver HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*. Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2012, págs. 49-91 y 209-231. También, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ADOLFO: «El significado actual del contrato de concesión de obras públicas», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ADOLFO (dir.): *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, cit., págs. 30-44.

¹¹ No obstante, se ha resaltado que precisamente la estructura concesional subyacente en la mayoría de las modalidades de CPP ha permitido en países como España u otros de estirpe latina su aplicación de forma poco traumática, aunque

De la magnitud de las CPP en la Unión Europea da idea que, según datos del Tribunal de Cuentas Europeo, entre 1990 y 2016 alcanzaron la fase de cierre financiero en el mercado de CPP de la Unión un total de 1.749 proyectos por valor de 336.000 millones de euros, aunque también se constata que desde 2008, y durante la crisis económica, el número de proyectos experimentó un acusado descenso¹². No obstante, la distribución territorial no es homogénea, ya que el 90% del mercado se concentró en cinco países¹³, con incidencia muy significativa en el Reino Unido¹⁴. Desde la perspectiva sectorial, la mayoría de los proyectos pertenecían al sector del transporte, seguido de los de la asistencia sanitaria y de la educación¹⁵.

Es interesante añadir la ventaja que pueden presentar las fórmulas de CPP en el ámbito contable, ya que no es ni mucho menos desdeñable¹⁶. En efecto, en el marco contable de la Unión Europea (SEC 2010), la participación pública en una CPP puede no ser registrada, siempre que cumpla determinadas condiciones¹⁷, como partida de balance, lo que constituye un incentivo para su utilización, puesto que contribuye al cumplimiento de los denominados «criterios de Maastricht»¹⁸. En tal sentido, bajo determinadas con-

ello haya tenido su contrapartida negativa en el plano conceptual (ver FUERTES FERNÁNDEZ, ADOLFO: *Fundamentos de la colaboración público-privada para la dotación de infraestructuras y servicios*, www.cerecom.org. Versión revisada y corregida a 20 de enero de 2009 del artículo publicado en la *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras* año X, n.º 29, 2007, págs. 7-14).

¹² TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *Informe especial 9/2018, «Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados»*, cit., págs. 17-18.

¹³ Reino Unido, Francia, España, Portugal y Alemania (TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *ibid.*, pág. 18).

¹⁴ Más de 1.000 proyectos por valor de cerca de 160.000 millones de euros, seguido de Francia, con 175 proyectos con un valor de cerca de 40.000 millones de euros (TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *ibid.*, págs. 18-19).

¹⁵ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *ibid.*, págs. 17-18.

¹⁶ Hasta el punto de que en el ámbito doctrinal se han situado las causas del auge de las operaciones de CPP precisamente en su tratamiento contable (ver HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *ob. cit.*, pág. 529).

¹⁷ De acuerdo con la Decisión 18/2004 de *Eurostat*, cuando la parte privada asuma en su integridad el riesgo de construcción y el riesgo de disponibilidad o el riesgo de demanda (ver VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA: «Del peligro que pueden suponer algunos contratos basados en fórmulas de colaboración público-privada en orden a respetar el objetivo de estabilidad presupuestaria», en *Observatorio de la Contratación Pública*, www.obcp.es, 24 de octubre de 2011).

¹⁸ Tal y como oportunamente lo recuerda el TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *Informe especial 9/2018, «Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados»*, cit., pág. 17.

diciones, la operación no afectará al objetivo de estabilidad presupuestaria, ni al endeudamiento del sector público.

2. LA CPP EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La legislación española de contratos del sector público se caracteriza por su inestabilidad, ya que ha estado sometida a frecuentes cambios como consecuencia, primordialmente, de la obligatoria transposición al ordenamiento jurídico español de las sucesivas Directivas de la Unión Europea en materia de contratación pública. De la velocidad de los cambios legislativos da idea el hecho de que, desde el año 2000, España ha contado con cuatro leyes sucesivas sobre contratación del sector público¹⁹. Y eso no es todo, ya que habrían de añadirse las diversas modificaciones de cada una de estas leyes. Así, las dos leyes que precedieron a la actualmente vigente fueron objeto, respectivamente, de diez y de quince modificaciones²⁰.

En este contexto, las CPP se habían desarrollado hasta el año 2007 a través de la figura del arrendamiento operativo, consistente en el encargo de la construcción de una infraestructura y su arrendamiento a la Administración encomendante, que se aplicó fundamentalmente en los supuestos en los que no había una explotación económica y, consecuentemente, no se podía utilizar la modalidad contractual de concesión de obra pública²¹. Pese a ello, este contra-

¹⁹ Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por la que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; y Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

²⁰ Sobre estas modificaciones, ver GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL: «El Derecho de la contratación pública: evolución normativa y configuración actual», en GAMERO CASADO, EDUARDO, y GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL (dirs.): *Tratado de contratos del sector público*, tomo I. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 83-93.

²¹ GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V.: *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, cit., págs. 145-159, y «Contrato de colaboración público-privado», en *Revista de Administración Pública* n.º 170. 2006, págs. 31-36. Sobre el arrendamiento operativo, ver HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *ob. cit.*, págs. 346-373. También COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: *El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: una perspectiva jurídica, política y emocional*. Valencia, Bubok Publishing, 2010, págs. 32-35, y VILLARINO

to había sido también utilizado con una reformulación de la explotación de la obra pública. Fue el caso, en concreto, de la contratación referente a una serie de hospitales realizada por la Comunidad de Madrid en el año 2005, en la que se encargó al concesionario el diseño, la construcción, el mantenimiento y la explotación, consistente en la puesta a disposición del hospital en unas condiciones óptimas de utilización y calidad, a través de la provisión de los servicios no sanitarios, residenciales y complementarios, correspondiendo también al concesionario la explotación de las zonas complementarias y de los espacios comerciales y prestándose, por el contrario, directamente, la asistencia sanitaria por el servicio público de salud mediante su propio personal²². Transcurridos los treinta años de duración del contrato, la obra pública revertirá a la Administración concedente, con las zonas complementarias y los bienes e instalaciones incluidos de los espacios de explotación comercial. Los riesgos de construcción y de disponibilidad son transferidos al concesionario, pero no el de demanda, de modo que la retribución no depende de la frecuentación o, si se prefiere, de la población asistida. Dicha retribución se compone de una cantidad máxima anual, que puede dividirse en una cantidad fija, no sujeta a deducciones, y una cantidad variable, si bien la mayoría de los licitadores optó por ofertar una cantidad máxima anual sujeta en su totalidad a deducciones²³.

MARZO, JORGE: «Técnicas patrimoniales de colaboración público-privada: las concesiones demaniales y el arrendamiento operativo», en DORREGO DE CARLOS, ALBERTO, y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, FRANCISCO (dirs.), y VILLARINO MARZO, JORGE (coord.): *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público: Aspectos administrativos y financieros*. Las Rozas, La Ley, 2009, págs. 497-518.

²² Correspondería, por tanto, al modelo que se ha denominado de «CPP de bata gris-bata verde», frente al modelo «CPP de bata blanca», que incluye la provisión de los servicios asistenciales (ALONSO, PALOMA; PINTO, DIANA; ASTORGA, IGNACIO; y FREDDI, JAZMIN: *Conceptos generales y modelos. Serie de notas técnicas sobre asociaciones público-privadas en el sector de la salud de América Latina*. Banco Interamericano de Desarrollo, 2014, págs.15-17). El modelo «CPP de bata gris» es también, al parecer, el más utilizado en Iberoamérica, habiéndose aplicado, a febrero de 2016, en el 70% de los proyectos (ASTORGA, IGNACIO; ALONSO, PALOMA; PINTO, DIANA; FREDDI, JAZMIN; y CORREDERA SILVÁN, MARTÍN: *10 años de asociaciones público-privadas (APP) en salud en América Latina: ¿Qué hemos aprendido?: Nota 4 de la serie de notas técnicas sobre asociaciones público-privadas en el sector de la salud en América Latina*. Banco Interamericano de Desarrollo, 2016, págs. 3-6.

²³ Para una descripción amplia del modelo aplicado, ver RODRÍGUEZ VARELA, NIEVES: «Modelos de colaboración público-privada. Experiencia de la Comunidad de Madrid: nuevos equipamientos sanitarios», en *Revista Española de Control Externo* n.º 28, 2008, págs. 99-107, quien señala que en estos proyectos no

En el ámbito sanitario fue utilizado asimismo el contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad concesional, abarcando también la concesión, en este caso, junto a la construcción del hospital, la prestación de la asistencia sanitaria, tanto hospitalaria como ambulatoria, para lo cual el contratista aportaba el personal que dispensaba la atención hospitalaria, fijándose la retribución a cargo de la Administración en una cantidad fija por año y persona protegida. La asistencia prestada a los pacientes de otras áreas de salud se facturaba por separado. No existía, por último, aportación directa de los usuarios²⁴.

También se habían aplicado otras fórmulas como «el peaje en sombra» o «método británico», que, a decir de algún autor, ya se encontraba prevista en la Ley 55/1960, de 22 de diciembre, de carreteras en régimen de concesión²⁵; el llamado «modelo alemán» o de «llave en mano», introducido en España por el artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, con la denominación de «contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio»²⁶; el denominado «modelo español», consistente en la actuación a través de sociedades instrumentales que operaban como mandatarias de la Administración²⁷, las concesiones demaniales²⁸, la constitución de un

era apropiado transferir al privado concesionario el riesgo de demanda, ya que escapa del control del concesionario, que exigiría un precio para su asunción que se traduciría en un mayor coste para Administración.

²⁴ Es, en concreto, el llamado «modelo Alcira». Con la retribución sobre base capitativa y no por acto médico se pretendía salir al paso de las prestaciones innecesarias que esta última modalidad incentiva, según explica VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ: «La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid», en *Derecho y Salud* vol. 17, extra, 2009, pág. 2, quien señala que no es, en rigor, un supuesto de financiación privada, sino de financiación pública, presupuestaria, diferida de la obra. La concesión fue resuelta en 2003 y licitada de nuevo con modificaciones hasta que, finalizado el periodo de concesión, el establecimiento hospitalario pasó, en 2018, a gestionarse directamente por la Administración sanitaria.

²⁵ Así lo señala GARCÍA CAPDEPÓN, PEDRO MARÍA: «Los contratos de colaboración público-privada», en *Revista Española de la Función Consultiva* n.º 3, 2005 pág. 103, haciendo la observación de que «como en otras tantas veces, hemos acabado copiando nuestras propias ideas cuando son presentadas por terceros».

²⁶ Su régimen jurídico, presupuestario y financiero fue desarrollado por el Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo.

²⁷ GARCÍA CAPDEPÓN, PEDRO MARÍA: *ob. cit.*, págs. 104-105.

²⁸ Ver VILLARINO MARZO, JORGE: *ob. cit.*, 451-458. Sobre una de las experiencias de CPP a través de la figura de la concesión demanial (Plan Alquiler 45.000 de la Comunidad de Madrid), ver GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, ERNESTO: «Algunas experiencias prácticas de colaboración público-privada en España», en PALOMAR OLMEDA, ALBERTO (dir.) y ÁLVARO MONTERO, ÁNGEL DE (coord.):

derecho de superficie²⁹, e incluso la vieja institución civilista del censo enfiteúatico³⁰. La utilización de estas fórmulas y su combinación no estaba, empero, exenta de problemas³¹.

Así las cosas, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, tipificó normativamente el que dio en denominar «contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado» (en adelante, contrato de CPP), como figura contractual que, según señalaba la exposición de motivos de dicha ley, podría utilizarse «*para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompañarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto*».

La regulación inicial de esta figura contractual fue objeto de modificación en el año 2011³². En los términos de esta modificación, se entendía por contrato de CPP aquel por el que una Admi-

La colaboración público-privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual. Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2011, págs. 358-399.

²⁹ Ver, por ejemplo, ARIMANY LAMOGLIA, ESTEBAN: «La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras y equipamientos locales», en *Cuadernos de Derecho Local* n.º 11, 2006, págs. 31-32.

³⁰ ORTEGA, BEATRIZ y TRAVÉ, MONTSERRAT: *La formas de colaboración público-privada en Catalunya. Incidencia en los trabajos de fiscalización.* www.Eurorai.org, págs. 2-3, quienes explican que fórmulas como el «método alemán» y el censo enfiteúatico acabaron cayendo en desuso por la interpretación dada por la normativa SEC.

³¹ Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 72/04, de 11 de marzo de 2005, consideró contraria al sistema de reglas que disciplinaba la contratación administrativa una actuación compleja integrada por la constitución de un derecho de superficie sobre un solar municipal para que un particular construyera un edificio destinado a usos sociales y culturales, el arrendamiento del edificio por el Ayuntamiento mediante el pago de una renta fija mensual y un canon fijo de mantenimiento, y la reversión automática y gratuita de la propiedad del inmueble al Ayuntamiento una vez transcurrido el período de concesión del derecho de superficie. Para la Junta, esta opción era un «claro subterfugio para eludir la aplicación de las normas reguladoras de los contratos típicos», además de ser inviable por vulnerar la exigencia legal, aplicable a los contratos mixtos, de que los contratos fueran de la misma naturaleza administrativa, lo que impedía que concurrieran contratos administrativos y privados.

³² Disposición final 16.^a de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Una modificación anterior fue la introducida por el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptaron medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, que estableció la emisión, con carácter previo a la autorización de un contrato de CPP, así como de un contrato de concesión de obra pública, cuyo valor estimado excediera de 12.000.000 euros, de un informe preceptivo y vinculante del entonces Ministerio de Economía y Hacienda sobre las repercusiones pre-

nistración o entidad pública empresarial³³ «encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado»³⁴.

La celebración del contrato quedaba subordinada a que otras fórmulas contractuales alternativas no permitieran la satisfacción de las finalidades públicas, a cuyo efecto debía elaborarse, por un órgano colegiado integrado por expertos cualificados, un documento de evaluación en el que se pusiera de manifiesto que, por la complejidad del contrato, la Administración no se encontraba en condiciones de definir, previamente a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos propuestos, o de establecer los mecanismos jurídicos, y financieros para llevar a cabo el contrato. Este mismo documento debía incluir un análisis comparativo con otras formas alternativas de contratación para justificar, en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste glo-

supuestarias y compromisos financieros que conlleve, así como acerca de su incidencia en el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

³³ En la configuración original, recogida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, el contrato de CPP solo podía ser celebrado por las Administraciones Públicas. En el ámbito de las entidades públicas empresariales, únicamente se extendía la posibilidad de utilizar este contrato al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), en virtud de la disposición final 5.^a de dicha ley, que modificó el art. 22.3.b de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.

³⁴ Art. 11 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, conforme a la redacción dada por la disposición final 16.^a de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. La definición se reprodujo posteriormente en sus propios términos en el artículo 11 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

bal, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos jurídicos, económicos, administrativos y financieros que recomendaran la elección de esta fórmula de contratación. La evaluación, sin embargo, podía realizarse de forma sucinta en el caso de que concurrieran razones de urgencia, no imputables a la Administración contratante, que aconsejaran la utilización del contrato, previsión que fue criticada por la doctrina debido a la dificultad de conciliar la urgencia con la complejidad del contrato en cuestión³⁵.

A la vista de los resultados de la evaluación, debía elaborarse un programa funcional con los elementos básicos para el diálogo con los contratistas, en el que se expresarían la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deberían reunir las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato. Se regulaba, de otra parte, el contenido del contrato; se abría la posibilidad de que el contratista pudiera asumir la dirección de las obras, la realización, total o parcial, de los proyectos y la contratación de los servicios precisos, y se señalaba que la contraprestación a percibir por el contratista consistiría en un precio a satisfacer durante toda la duración del contrato y que podría estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento. Esta duración no podría exceder de veinte años, pero si el régimen aplicable, en virtud de la prestación principal, fuera el del contrato de concesión de obra pública, podría llegar a cuarenta años³⁶, e incluso a setenta y cinco años en el caso de concesión de obras hidráulicas³⁷.

³⁵ CHINCHILLA MARÍN, CARMEN: «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)», en COLÁS TENAS, JESÚS, y MEDINA GUERRERO, MANUEL (coords.): *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*. Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institución Fernando el Católico, 2009, págs. 468-469; y «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas. Especial referencia al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)», en ORTEGA MARTÍN, EDUARDO (dir.): *Derecho Administrativo del siglo XXI*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, pág. 254.

³⁶ Arts. 11, 118-120 y 289-290, así como arts. 5, 13, 19, 29, 164.3, 199, 296.2, disposición adicional 35.^a y disposición final 10.^a, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, conforme a la redacción dada a los arts. 11 y 118 por la disposición final 16.^a de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y, posteriormente, arts. 11, 134-136 y 313-315, así como arts. 5, 13, 19, 29, 180.3, 215, 321.2 y disposición adicional 29.^a, del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

³⁷ Art. 134 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

De esta regulación se desprendían las características definitorias del contrato, como eran su complejidad³⁸, su carácter subsidiario, la transferencia parcial de riesgos al operador privado, su acomodación a los principios de eficacia y eficiencia, y su larga duración³⁹.

De otra parte, la adjudicación del contrato de CPP debía llevarse a cabo necesariamente por el procedimiento de diálogo competitivo, lo que, en el ámbito doctrinal, fue considerado innecesariamente riguroso, además de resaltarse el riesgo de vulnerar la confidencialidad⁴⁰, el peligro de adoptar soluciones poco adecuadas para el interés público como consecuencia de la participación del contratista en la configuración del contrato, y el alto coste del procedimiento⁴¹.

Así las cosas, la vida del contrato de CPP se ha extendido tan solo por espacio de una década, ya que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, ha suprimido esta modalidad contractual, por considerar, según se expresa en la exposición de motivos, que en la práctica tenía una utilidad muy escasa, habiendo mostrado la experiencia que el objeto del contrato desaparecido puede obtenerse a través de otras figuras contractuales, fundamentalmente mediante el contrato de concesión⁴². De esta forma, a partir de la entrada en vigor de la mencionada ley, que se produjo el 3 de marzo de 2018, España carece de un contrato específico de CPP.

Sería, no obstante, interesante cuestionarse acerca de la razón por la que se ha optado por la supresión del contrato de CPP, en lugar de introducir en su regulación modificaciones que le dieran

³⁸ De la regulación del contrato de CPP se infería que la complejidad podía afectar a las especificaciones técnicas de la prestación, pero también a la cobertura jurídica o financiera del contrato, tal y como señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 53/09, de 26 de febrero de 2010, especificando que la renovación y mantenimiento integral de una red de carreteras podía constituir el objeto de un contrato de CPP según el nivel de calidad exigido al adjudicatario y la extensión territorial mayor o menor de la red.

³⁹ Ver SANABRIA LUENGO, MIGUEL ÁNGEL: *ob. cit.*, págs. 79-92.

⁴⁰ HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *ob. cit.*, pág. 539.

⁴¹ BRUNETE DE LA LLAVE, MARÍA TERESA: *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Especial aplicación a las entidades locales*. Las Rozas, La Ley, 2009, pág. 661.

⁴² Esta circunstancia ya había sido advertida en el ámbito doctrinal incluso cuando la Ley 30/2007, de 30 de octubre se encontraba aún en fase de proyecto, al sostenerse que «la esencia...de este tipo de contratos (de CPP)...no se aparta del tradicional contrato de concesión» (RAMALLO MASSANET, JUAN: «El control externo en las nuevas formas de colaboración público-privada», en *Revista Española de Control Externo* n.º 26, 2007, pág. 28).

una mayor operatividad⁴³, o de inclinarse por la alternativa, propuesta en el ámbito doctrinal, de establecer una clara distinción entre el contrato de concesión y el contrato de CPP, a partir de los criterios de *Eurostat*, aplicando el primero para los casos de pago al concesionario por los usuarios, con asunción por la parte privada de los riesgos de construcción y de demanda; y el segundo a los supuestos en que los ingresos del concesionario provengan fundamentalmente del sector público, con asunción por la parte privada de los riesgos de construcción y de disponibilidad⁴⁴. Sin embargo, la exposición de motivos de la Ley supresora no responde a esta cuestión.

Sea cual fuere la razón que ha movido al legislador español a suprimir la específica modalidad contractual de CPP, es lo cierto que, como señala la exposición de motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, a través de la figura concesional se pretenden lograr los objetivos perseguidos por el extinto contrato. Respecto de ella, la citada ley contempla dos modalidades: el contrato de concesión de obras y el contrato de concesión de servicios.

En relación con el primero, la Ley especifica que la contraprestación del concesionario consiste en el derecho a explotar las obras, o en este derecho junto al de percibir un precio. El derecho de explotación implica la asunción de un riesgo operacional, que abarca el riesgo de demanda, o el de suministro, o ambos.

Respecto del segundo, es interesante señalar que desaparece el contrato de gestión de servicios públicos, que es sustituido por el contrato de concesión de servicios. Por tal se entiende *«aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio»*. Como sucede en el contrato de concesión de obras, también en este contrato el derecho de explotación supone la transferencia del riesgo operacional al concesionario, que com-

⁴³ Ver, por ejemplo, las propuestas realizadas por RIDAO i MARTÍN, JOAN: «La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público. Revisión crítica y alternativas al actual marco regulador», en *Revista Catalana de Dret Públic* n.º 45, 2012, págs. 200-201 y 208.

⁴⁴ RIDAO i MARTÍN, JOAN: «La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público. Revisión crítica y alternativas al actual marco regulador», *cit.*, págs. 207-208.

prenderá el riesgo de demanda, o el de suministro, o ambos. Si no se produce esta transferencia y es la Administración la que asume este riesgo, se trataría de un contrato de servicios y no de un contrato de concesión de servicios, siguiendo el criterio recogido en la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión⁴⁵.

Esta decisión del legislador español es de una notoria trascendencia y amerita un comentario, que ha de partir de la opinión sustentada por el Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, sobre el anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público. En este Dictamen se señala que la naturaleza de la prestación como fundamento de la distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos había sido desplazada por el criterio de la transferencia o no del riesgo operacional en la distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios, haciéndose abstracción de si el servicio sobre el que recae el pacto establecido entre las partes tiene o no la consideración de servicio público.

Así las cosas, no puedo por menos que suscribir la crítica del Consejo de Estado recogida en el Dictamen citado, cuando, tras recordar la importancia que en Derecho continental europeo ha tenido y tiene el servicio público como elemento vertebrador de la actividad administrativa, afirma inequívocamente:

«El desplazamiento de la noción de servicio público como elemento diferenciador de las dos modalidades contractuales aludidas, para poner el foco en un aspecto, sin duda, importante, pero de índole organizativa, como es si se transfiere o no el riesgo operacional, es el germen de diversas distorsiones. Al fin y al cabo, si el adjudicatario asume o no el aludi-

⁴⁵ Como señala HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, FRANCISCO LORENZO: «La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n.º 60, 2016, pág. 52, el criterio del riesgo se impone al de la naturaleza de la prestación, lo que entra en colisión con la tradición jurídica española. ya que «la jurisprudencia comunitaria, primero, y el Derecho derivado, después rompen la ecuación que une la concesión con la prestación de un servicio público». En obligada consonancia con ello, el contrato de concesión de servicios regulado en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, «no pivota sobre la categoría de servicio público, sino sobre la de riesgo operacional» (AVEZUELA CARCEL, JESÚS: «El contrato de concesión de servicios», en PALOMAR OLMEDA, ALBERTO, y GARCÉS SANAGUSTÍN, MARIO (dirs.) y VÁZQUEZ GARRANZO, JAVIER (coord.): *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público, adaptados a la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre*. Las Rozas, Wolters Kluwer, 2018, pág. 757).

do riesgo es una cuestión capital para regular las relaciones entre las partes en el contrato, pero sin impacto directo en los ciudadanos destinatarios de los servicios públicos, en beneficio de los cuales ha de garantizarse la continuidad y la igualdad de la prestación»⁴⁶.

Frente a la desaparición de la específica modalidad contractual de CPP, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, contempla expresamente la modalidad institucional⁴⁷, recogiendo en tal sentido la posibilidad de que, siempre que se cumplan determinadas condiciones⁴⁸, tanto el contrato de concesión de obra, como el de concesión de servicios, sean adjudicados directamente a una sociedad de economía mixta, en la que concurra mayoritariamente el capital público⁴⁹. No obstante, podrían ser trasladables, *mutatis mutandis*, a esta

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO: Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. El texto puede ser consultado en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-1116>. En opinión del Consejo, la supresión del contrato de gestión de servicios públicos y la configuración de los contratos de servicios y de concesión de servicios no aseguraba un régimen adecuado para garantizar los principios de igualdad, universalidad y continuidad de los servicios públicos o de interés general.

⁴⁷ Aunque en el ámbito doctrinal se ha puesto en tela de juicio la distinción entre ambas modalidades, al entenderse que en el fondo la cooperación institucional es una variante de la colaboración contractual, considerándose como un formalismo la constitución de una entidad distinta de los socios que participan en ella, sociedad que actuaría como un velo que aseguraría la producción de efectos frente a terceros. Respecto de ello, se indica que la relación entre el socio público y el privado nace con anterioridad a la creación de la entidad, ya que tiene su origen en un acuerdo previo de los socios, siendo la entidad la manifestación externa de la colaboración preestablecida. Por ello, en el fondo, la colaboración institucional sería también contractual, al seleccionarse el socio privado en virtud de un contrato (BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL: «La colaboración público-privada institucional», en *Revista Aragonesa de Administración Pública* n.º 37, 2010, págs. 105 y 133).

⁴⁸ Que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y que no se introduzcan modificaciones en el objeto y en las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

⁴⁹ Disposición adicional 22.^a de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que, según se declara en la exposición de motivos, sigue los criterios recogidos en la STJUE de 15 de octubre de 2009, asunto 196/2008, caso ACOSSET, y en la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 5 de febrero de 2008, relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada. En la sentencia citada, se señala que «la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación del servicio...En un contrato público de servicios, en el sentido de las Directivas 2004/18 y 2004/17, la contrapartida es pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador del servicio...Existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar el servicio y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a la explotación del servicio de que se trate»

previsión legal las críticas que en su día se dirigieron a la similar recogida en el texto refundido de 2011, referentes a la incompleta regulación de la modalidad institucional de la CPP⁵⁰.

De otra parte, a partir del año 2005 (Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo), y como consecuencia de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída a partir de la sentencia *Teckal*, de 18 de noviembre de 1999, se habían contemplado en la legislación española los encargos a medios propios⁵¹. Mediante estos encargos a otra persona jurídica, bien de derecho público bien de derecho privado, que tenga reconocida la condición de medio propio personificado, pueden ejecutarse de manera directa prestaciones propias de los contratos, a cambio de una compensación tarifaria. En el caso de que el destinatario sea una persona jurídico-privada, la totalidad del capital o patrimonio deberá ser de titularidad o aportación pública⁵². La consideración de medio propio y servicio técnico está vin-

(apartado 39). En la sentencia se concluye que no es contrario al Derecho comunitario «*que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras...a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones*».

⁵⁰ Así, BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL: *ob. cit.*, págs. 113-116 y 134, que, cuando el texto refundido se encontraba aún en fase de proyecto, ponía de relieve, entre otros extremos, además de deficiencias de técnica legislativa, la insuficiencia de la norma, al no contemplar todas las modalidades de CPP de tipo institucional. Contrasta esta opinión con la expresada por COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: «Private Finance Initiative en el ordenamiento jurídico español: tres modelos asociativos de contratación pública», *cit.*, quien señalaba que, tras las modificaciones introducidas por la Ley de Economía Sostenible en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, existirían en el ordenamiento jurídico español tres tipos de CPP, entre ellos el de las CPP institucionalizadas.

⁵¹ La doctrina no duda en incluir los encargos a medios propios entre las modalidades de CPP (ver en tal sentido, GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V.: *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, *cit.*, pág. 45, que cita, como ejemplo, el Hospital de Cartagena).

⁵² Art. 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Sin embargo, la doctrina ha hecho notar que la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, abre la posibilidad de que el capital privado participe en un ente instrumental de personificación jurídico-privada que recibe encargos, siempre que no ejerza una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada (Ver NOGUERA DE LA MUELA, BELÉN: «Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos», en GAMERO CASADO, EDUARDO y, GALLEGÓ CÓRCOLES, ISABEL (dirs.): *ob. cit.*, págs. 702-703).

culada, además de a la disposición de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de la actividad que se corresponda con el objeto social, a la mayor eficiencia de esta opción por comparación con la contratación pública, así como a su sostenibilidad y eficacia, contemplada según criterios de rentabilidad económica. No obstante, podrá acudir también a esta fórmula *in house providing* por razones de seguridad pública o de urgencia. La comprobación de estos requisitos formará parte del control de eficiencia de los medios propios y servicios técnicos⁵³.

Ha de añadirse, para completar el panorama de la colaboración del sector privado, que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, contempla asimismo la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresas particulares o a través de medios propios no personificados. Aquellas pueden consistir en la ejecución de obras o en la fabricación de bienes muebles, determinándose en la Ley los casos en que puede acudir a esta modalidad de ejecución⁵⁴.

3. LA ACTIVIDAD FISCALIZADORA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS DE ESPAÑA EN RELACIÓN CON LA CPP

El Tribunal de Cuentas de España ha realizado diversas actuaciones fiscalizadoras en relación con distintas fórmulas de CPP⁵⁵. Entre ellas, puede citarse, en primer lugar, el Informe de fiscalización de los contratos de obras adjudicadas por el Ministerio de Fomento bajo la modalidad de abono total del precio desde su instauración hasta el 31 de diciembre de 2002, aprobado por el Pleno de dicho Tribunal en su sesión de 20 de julio de 2006.

⁵³ Art. 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁵⁴ Art. 30.

⁵⁵ Los órganos autonómicos de control externo (en adelante, OCEX) también han llevado a cabo actuaciones en la materia. Así, pueden citarse el informe de la Cámara de Comptos de Navarra sobre los gastos futuros derivados de la Autovía del Camino, las zonas regables del Canal de Navarra y el Montepío de Funcionarios, de 17 de septiembre de 2007; y el informe del *Concello de Contas* de Galicia sobre la financiación de infraestructuras realizadas por la Junta de Galicia a través del sistema de peaje en sombra, de julio de 2011, así como el Dictamen de este mismo OCEX sobre la definición de una regla fiscal aplicable a los acuerdos de colaboración público-privada (2012). En relación con el informe del OCEX gallego, ver LÓPEZ DÍAZ, ANTONIO: «Colaboraciones público-privadas: resultados de su fiscalización y propuesta de reglas fiscales», en AGULLÓ AGÜERO, ANTONIA (dir.) y MARCÓ PEÑAS, ESTER (edit.): *Disciplina presupuestaria, colaboración público-privada y gasto público*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, págs. 174-177.

En esta fiscalización sobre infraestructuras construidas por el llamado «método alemán», se llegó a la conclusión de que la forma de financiación propia de esta modalidad de contratación había producido un coste financiero adicional con respecto al que hubiera supuesto la apelación al mercado de deuda, oscilando el diferencial entre el 0 y el 1,90%, con la excepción de un contrato en el que se había elevado al 5%. Este coste financiero adicional ascendió, en términos relativos, a un 13%. También se comprobó que habían existido retrasos en el inicio de las obras de los 33 contratos fiscalizados, siendo el retraso medio de 2,3 meses. En cuanto al plazo de ejecución, de los 22 contratos cuya recepción se había efectuado, en 4 se había terminado en el plazo previsto, en 10 hubo retrasos y en 8 se adelantó la finalización. En conjunto, el plazo real de ejecución ascendía a una media de 31,6 meses, inferior al plazo contractualmente previsto (33,3 meses de media), no pareciendo ajena a esta reducción temporal la ventaja financiera que suponía para el contratista. Además, en 19 de los contratos cuyas obras se habían ejecutado, se habían producido modificados, si bien no habían generado costes adicionales, excepto en uno de los casos.

De otra parte, en consonancia con la escasa utilización de la específica modalidad del desaparecido contrato de CPP, son contadas las actuaciones fiscalizadoras llevadas a cabo sobre esta extinta figura contractual. Por citar algún ejemplo, el informe de fiscalización de la contratación de las Entidades Locales de las Comunidades Autónomas sin órgano de control externo propio, periodo 2013-2014, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas en su sesión de 27 de octubre de 2016, relaciona la fiscalización de un contrato de CPP, cuyo objeto era la actuación global integrada de suministro y gestión energética del alumbrado público exterior de un determinado ayuntamiento. De las actuaciones fiscalizadoras llevadas a cabo respecto de este contrato, se desprendía que el documento de evaluación previa no había sido suficientemente concreto al realizar la comparación con otras fórmulas de contratación alternativas, ya que se pronunciaba en términos genéricos⁵⁶.

La modalidad institucional de la CPP ha sido, por el contrario, objeto de mayor atención por el Tribunal de Cuentas de España en el ejercicio de su función fiscalizadora. En tal sentido, desde la

⁵⁶ TRIBUNAL DE CUENTAS: *Informe de fiscalización de la contratación de las Entidades Locales de las Comunidades Autónomas sin órgano de control externo propio, periodo 2013-2014*, pág. 63. El texto puede consultarse en www.tcu.es.

perspectiva organizativa, el ejercicio de esta función se lleva a cabo por una serie de Departamentos, uno de los cuales es precisamente el de Empresas Estatales y Otros Entes Públicos, que asume la fiscalización de las entidades públicas empresariales, las sociedades mercantiles estatales, otros organismos públicos y los consorcios estatales sometidos al plan general de contabilidad privada.

En esta vertiente institucional, el Tribunal de Cuentas de España ha prestado también una acentuada atención, dentro de su actividad fiscalizadora, a los encargos a medios propios. En tal sentido, entre los años 2013 y 2016, el Tribunal de Cuentas de España realizó un total de ocho informes de fiscalización sobre estos encargos, aparte de otros referentes a las sociedades que tenían la condición de medio propio o servicio técnico⁵⁷. Estas actuaciones fiscalizadoras permitieron constatar que los encargos a medios propios estaban regulados por un conjunto normativo disperso y asistemático, difícilmente compatible con la seguridad jurídica. Esta regulación, por añadidura, era confusa, desde el momento en que se usaba a la sazón la denominación de «encomienda de gestión», coincidente con la figura del mismo nombre regulada en la legislación administrativa dentro de las relaciones interadministrativas, lo que daba lugar a perturbaciones sobre el régimen jurídico a aplicar en cada caso. Además, la falta de un marco legal de carácter básico y común, regulador de los encargos a medios propios, provocaba una falta de homogeneidad en la tramitación administrativa de estos encargos⁵⁸. A la vista de todo ello, el Tribunal de Cuentas de España aprobó, en la sesión de su Pleno de 22 de diciembre de 2016, la *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas*, en la que se propugnaba que se regulase la figu-

⁵⁷ Estos informes están citados en la *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas*, aprobada por el Pleno del Tribunal de Cuentas en su sesión de 22 de diciembre de 2016, págs. 13-15. El texto de esta Moción puede consultarse en www.tcu.es. Por su parte, la mayoría de los OCEX realizaron también informes de fiscalización sobre esta figura en los años 2015 y 2016. La información recogida en estos informes, integrada con los que había realizado el Tribunal de Cuentas de España respecto de las Comunidades Autónomas sin OCEX, dio lugar al *Informe de fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español durante el ejercicio 2013*, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas en sesión de 22 de diciembre de 2016.

⁵⁸ *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas*, cit., págs. 15-18.

ra de los encargos a medios propios, y se le diese una denominación específica que evitara la confusión con las encomiendas de gestión administrativas⁵⁹.

En la Moción citada se recomendaba además que en la regulación que se aprobara se solventasen los problemas que se habían constatado en las fiscalizaciones sucesivamente desarrolladas, entre los que puede citarse, en primer lugar, los referentes al cumplimiento meramente formal de la necesidad, derivada del carácter excepcional de los encargos a medios propios, de justificar el empleo de esta figura, sin que se documentase la necesidad de dicho empleo mediante los correspondientes informes o estudios, de modo que no quedaban patentizadas las ventajas del recurso al encargo de medios propios frente a los contratos⁶⁰.

Por otro lado, el cabal significado del encargo a medios propios es la atención a determinadas necesidades puntuales, atendiendo a criterios relacionados con la especificidad, la complejidad y el carácter técnico de las prestaciones a realizar. Sin embargo, pudo verificarse que el recurso al encargo a medios propios había tenido por objeto la satisfacción de necesidades permanentes, lo que estaba vinculado a la existencia de déficits estructurales en las plantillas de la administración matriz. Por tanto, se pretendía resolver un problema estructural mediante el recurso a una vía configurada para atender a necesidades excepcionales y coyunturales. Todo ello provocaba que algunas unidades administrativas tuvieran una fuerte dependencia de los medios instrumentales hasta el punto de que su operatividad se habría visto seriamente comprometida si se hubiera prescindido de este recurso. El problema se agravaba, además, cuando el encargo comprendía la realización de tareas que conllevaban el ejercicio de potestades públicas, lo que había sido declarado nulo por los Tribunales de Justicia, ya que aquel no puede incluir el ejercicio de estas potestades⁶¹.

Resultaba asimismo especialmente llamativo el hecho de que el medio propio, ente instrumental creado para cumplir unas determinadas tareas, acudiera con frecuencia a la subcontratación para ejecutar una parte sustancial e, incluso, en algunos casos, la totalidad del encargo, ya que ello acababa por generar una sucesión de sujetos interpuestos en cascada (personas públicas y privadas) que

⁵⁹ *Ibid.*, págs. 33-34.

⁶⁰ *Ibid.*, págs. 19-20.

⁶¹ *Ibid.*, págs. 20-22.

alejaban cada vez más del titular originario de la competencia el control de la ejecución del objeto del encargo⁶². Esta cuestión, por lo demás, estaba relacionada con la circunstancia de que el contenido de algunos de los encargos no era plenamente concordante con el objeto social del ente instrumental, o no encajaba adecuadamente en el área de especialización funcional del medio propio⁶³, por no decir que, en algún caso, era totalmente ajeno a aquel y a esta.

Además, se concluyó que no había existido una planificación suficiente, lo que, unido a las deficiencias en el control y seguimiento de la ejecución del encargo, impedía llegar a conocer si el empleo de la fórmula *in house providing* había sido una vía más eficaz y eficiente que las demás alternativas⁶⁴.

Por último, se verificó la existencia de problemas referentes al sistema tarifario. En tal sentido, se señalaba que la certeza del precio quedaba afectada por la inexistencia de una regulación que garantizara la homogeneidad del régimen económico de los encargos y los criterios para la determinación de los precios, habiéndose constatado que existían significativas diferencias entre las tarifas aplicadas a prestaciones similares, diferencias que llegaban incluso al 100%⁶⁵.

Por todo ello, junto a las propuestas referentes a la regulación del encargo a medios propios, se propugnaba en la Moción que se adoptasen las medidas tendentes a resolver los problemas observados, tales como la necesidad de que se justificase suficientemente el empleo del encargo a medios propios mediante informes y estudios que acreditasen la idoneidad del recurso a esta fórmula frente a otras vías alternativas, en especial la contractual; la concreción detallada de los trabajos objeto de los encargos; la selección adecuada del ente instrumental, asegurando que su objeto se corresponda con las actividades a encargar; la constatación de que el ente cuenta con medios suficientes para afrontar la realización del encargo, sin necesidad de tener que recurrir, de modo significativo, a la subcontratación; el establecimiento de un límite general a esta; el aseguramiento del control efectivo y del seguimiento de la realización del encargo; y la introducción de criterios homogéneos para la fijación de las tarifas⁶⁶.

⁶² *Ibid.*, págs. 22 y 24-26.

⁶³ *Ibid.*, pág. 30.

⁶⁴ *Ibid.*, págs. 26-28.

⁶⁵ *Ibid.*, págs. 30-33.

⁶⁶ *Ibid.*, págs. 33-36.

Estas propuestas realizadas por el Tribunal de Cuentas de España han sido recogidas en gran medida en la regulación incluida en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, donde se contempla, en sus artículos 32 y 33, el régimen jurídico de los medios propios personificados, siendo de aplicación supletoria lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.

También pueden mencionarse las actuaciones fiscalizadoras llevadas a cabo respecto de la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre (en adelante, SEITTSA), incluida por el Banco Mundial entre las Unidades de CPP⁶⁷.

SEITTSA es una sociedad mercantil de titularidad estatal, constituida en el año 2005 como sociedad anónima, siendo el Estado español el propietario de la totalidad de las acciones⁶⁸. Su objeto social es el proyecto, construcción, conservación, explotación y promoción de las infraestructuras del transporte de titularidad estatal por cuenta de la Administración General del Estado en el marco de los mandatos de actuación que se establezcan. Estos mandatos podrán comprender una variada gama de actuaciones, como son la gestión y control de la construcción de las infraestructuras; la explotación, incluyendo la conservación y mantenimiento de dichas infraestructuras; la explotación de las zonas de dominio público y áreas de servicio, así como de otros elementos funcionales asociados a las infraestructuras; la realización de convenios de colaboración con Administraciones Públicas y entidades dependientes de ellas; la participación en sociedades estatales y privadas; el desarrollo de las actividades mercantiles relacionadas con su objeto social. SEITTSA es una empresa especializada en contratos de CPP dentro del Ministerio de Fomento de España, que únicamente

⁶⁷ Ver *World Bank Group. Public Private Partnership Legal Resource Center* (ppp.worldbank.org).

⁶⁸ Esta creación se amparaba en el artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de septiembre, que autorizó al Consejo de Ministros a constituir una o varias sociedades estatales, cuyo objeto social fuera la construcción y explotación, o solo aquella o esta, de carreteras. En este precepto se indicaba también que las relaciones entre la Administración General del Estado y estas sociedades estatales se regularían mediante los correspondientes convenios, en los que habría de figurar el régimen de construcción y explotación; las potestades de la Administración General del Estado en relación con la dirección, inspección, control y recepción de las obras, cuya titularidad sería en todo caso de aquella; las aportaciones económicas de la Administración General del Estado a la sociedad estatal, sin perjuicio de las que esta pudiera recibir de otros sujetos públicos o privados; y las garantías en favor de las entidades que financiaran la construcción y explotación de las carreteras.

trabaja para dos clientes: el citado Ministerio (Dirección General de Carreteras) y la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), los cuales seleccionan las obras para las que SEITTSA lleva a cabo el procedimiento de licitación, realizándose las solicitudes a través de convenios en los que se señalan las obras a ejecutar. Estos convenios son de dos tipos: convenios de gestión directa, por los que SEITTSA se encarga del pago de las expropiaciones y de la licitación, adjudicación, contratación y pago de las obras cuya ejecución le encomienden el Ministerio de Fomento y ADIF, y convenios financieros, mediante los cuales SEITTSA financia el pago de las certificaciones de obra que se le indiquen por el Ministerio de Fomento respecto de la construcción de estructuras ferroviarias⁶⁹.

Desde su creación en el año 2005, SEITTSA ha sido objeto de dos fiscalizaciones por parte del Tribunal de Cuentas: la primera, referente a la financiación de infraestructuras ferroviarias, y la segunda, específica sobre la actividad desarrollada por SEITTSA en el periodo 2012-2014⁷⁰.

Según expresa el Tribunal de Cuentas de España en el primero de los informes reseñados, la creación de SEITTSA se debió, de una parte, a la necesidad de incrementar la inversión en infraestructuras de transporte terrestre, ferroviario y de carreteras, para cumplir los objetivos de la política económica, en concreto compensar la caída de la demanda inmobiliaria con el incremento de la inversión en infraestructuras y atender a las inversiones más urgentes previstas en el Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte 2005-2020; y, de otra, al recurso a fórmulas de CPP para financiar la parte de las inversiones en infraestructuras del transporte que no podía cubrir el Estado. A tal efecto, se preveía, a través de SEITTSA, participar en sociedades privadas que se encargarían de la construcción y explotación de infraestructuras a cambio de la percepción de un canon anual que compensase los gastos de explotación y amortización finan-

⁶⁹ Ver www.seitt.es.

⁷⁰ *Informe de fiscalización de la financiación de las inversiones e infraestructuras ferroviarias realizadas por la entidad Pública Empresarial «Administrador de Infraestructuras Ferroviarias» (ADIF) y por la «Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, S.A.» (SEITTSA) desde 1 de enero de 2005 hasta 31 de diciembre de 2008, e Informe de fiscalización de la actividad realizada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre S.A., en el periodo 2012-2014*, aprobados, respectivamente, por el Pleno del Tribunal de Cuentas en sesiones de 30 de septiembre de 2010 y de 30 de junio de 2016.

ciera de la inversión en las infraestructuras en cuestión. Se buscaba, a través de esta fórmula, que el coste no se concentrase en el período de duración de la construcción, sino que se repartiera en un período más amplio, lo que tendría un menor impacto en la capacidad y la necesidad de financiación del Estado, además de permitir que las inversiones de SEITTSA en las sociedades privadas no se contabilizaran para calcular el déficit del Estado como inversiones de la Administración General del Estado, al instrumentarse esas inversiones a través de préstamos participativos o mediante la suscripción de acciones de las sociedades. Se añadía que, sin embargo, a 31 de diciembre de 2008, SEITTSA no había participado en la constitución de ninguna sociedad para realizar inversiones en infraestructuras con intervención de la financiación privada, siendo, por lo demás, la inversión directa de SEITTSA muy escasa, ya que en dicho período supuso únicamente el 1,2% de la efectuada por ADIF, de modo que la naturaleza de sociedad y la consiguiente tramitación presupuestaria más sencilla no parecía haberse traducido en el incremento de las inversiones en infraestructuras ferroviarias, ni dado lugar a la CPP en estas inversiones con aportación de financiación privada⁷¹.

En el segundo de los informes, el Tribunal de Cuentas de España reiteraba que, a pesar de que en el acto de su creación se contemplaba la posibilidad de recurrir a fórmulas de CPP, así como de participar en sociedades de capital mixto, tampoco al cierre del ejercicio 2014 SEITTSA había participado en la constitución de ninguna sociedad, ni había suscrito ningún acuerdo de CPP, de forma que no se había cumplido el objetivo, pretendido con su creación, de contribuir al cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, y todo ello pese a que uno de los motivos para dicha creación fue potenciar la CPP para obtener una financiación privada adicional a la pública sin producir impacto en la capacidad y necesidad de financiación de la Administración General del Estado⁷², por ello, el Tribunal de Cuentas de España, que ya había recomendado infructuosamente en el informe precedente la fusión de ADIF y de SEITTSA, recomendaba en esta ocasión que, a la vista de la limitada relevancia de la actividad de esta sociedad en rela-

⁷¹ Informe de fiscalización de las inversiones e infraestructuras ferroviarias realizadas por la entidad Pública Empresarial «Administrador de Infraestructuras Ferroviarias» (ADIF) y por la «Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, S.A.» (SEITTSA) desde 1 de enero de 2005 hasta 31 de diciembre de 2008, págs. 93-95 y 99.

⁷² Informe de fiscalización de la actividad realizada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre S.A., en el período 2012-2014, cit., págs. 15, 38 y 43-44.

ción con los objetivos para los que fue creada y sus costes de funcionamiento, se adoptarían las medidas necesarias, en virtud del principio de economía, para optimizar los recursos asignados a SEITTSA o, alternativamente, si ello no fuera posible, se procedería a su disolución⁷³. Esta recomendación no ha sido atendida hasta el momento.

Es interesante añadir que, desde 2013, SEITTSA realizó diversas actuaciones respecto de los procedimientos concursales que afectaban a las autopistas radiales de Madrid, habiendo asumido por convenio de gestión directa suscrito con el Ministerio de Fomento, el 16 de agosto de 2017, la explotación de estas cuatro autopistas, así como de otras cuatro autopistas españolas⁷⁴, cuyas sociedades concesionarias se encontraban desde el año 2012 en situación de concurso de acreedores.

4. ACTUACIONES DE CONTROL DE OTRAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES EUROPEAS SOBRE LA CPP

Las Entidades Fiscalizadoras Superiores (en adelante, EFS) de otros países europeos también han desarrollado actuaciones controladoras en relación con la CPP⁷⁵. Por el amplio desarrollo de las CPP en el Reino Unido, es lógico que la *National Audit Office* (NAO) haya prestado una atención sostenida a su control, que se

⁷³ *Ibid.*, pág. 46.

⁷⁴ *Ibid.*, págs. 38 y 44.

⁷⁵ Por lo que se refiere a Iberoamérica, algunos países cuentan con una específica regulación legal de la CPP. Así sucede, a título de ejemplo, en Brasil (Ley Federal n.º 11079, de 30 de diciembre de 2004, sobre *parcerias público-privadas*, modificada por la Ley Federal 12766/2012); Perú (Decreto legislativo n.º 1012-2008, que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada. Su reglamento fue aprobado por Decreto Supremo n.º 146-2008-EF, de 8 de diciembre de 2008); Uruguay (Ley 18786, de 12 de julio de 2011); Colombia (Ley 1508, de 10 de enero de 2012, que establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas); y Ecuador (Ley Orgánica, de diciembre de 2015, de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas). Además, en América del Norte, puede citarse la ley canadiense de participación público-privada en materia de infraestructuras del transporte (2000). Ahora bien, la existencia de esta regulación específica no quiere decir necesariamente que haya un específico tipo contractual de CPP. Así sucede, por ejemplo, en Perú, donde una CPP puede ser instrumentada a través de cualquier forma contractual (ver HUAPAYA TAPIA, RAMÓN: «Diez Tesis sobre las Asociaciones Público-Privadas (APP) en nuestro régimen legal», en *Revista de Derecho Administrativo* n.º 13, 2013, págs. 20-21).

ha traducido en un significativo número de informes⁷⁶. Limitando solo la referencia a países de estirpe latina, pueden traerse a colación actuaciones desarrolladas por las EFS de Francia, Bélgica —si bien en este caso no por la valona, sino por la flamenca— y Portugal.

Respecto de Francia, ha de advertirse, como primera providencia, que ha contado con un específico contrato de CPP (*Contrat de Partenariat*), incorporado al ordenamiento galo por la *Ordonnance* núm. 2004-559, de 17 de junio de 2004, que tuvo una influencia en el contrato español de CPP, configurado legislativamente tres años después. Dicha Ordenanza fue modificada por la Ley 2008-735, de 28 de julio de 2008. En esta regulación se definía el *contrat de partenariat* y se disciplinaban sus aspectos esenciales, estableciéndose, además, su carácter subsidiario⁷⁷, tal y como haría años después la Ley española de 2007. A partir de la *Ordonnance* 215-2015, de 23 de julio de 2015, el *contrat de partenariat* se convierte en el

⁷⁶ Así, a título de ejemplo, *Department of the Environment, Transport and the Regions. The Private Finance Initiative: The First Four Design, Build and Operate Roads contracts* (HC 400) (1998); *The Private Finance Initiative. The Contract for the Defence Fixed Telecommunications System* (2000); *The Financial Analysis for the London Underground Public Private Partnerships* (2000); *Managing the relationship to secure a successful partnership in PFI projects* (HC 375, session 2001-2002), 29-11-2001; *Public Private Partnerships: Airwave* (2002); *PFI refinancing Update* (2002). También, *PFI: Construction Performance* (2003); *Improving public transport in England through light rail* (2004); *London Underground PPP: Where they good deals* (2004); *London Underground: Are the Public Private Partnerships likely to work successfully* (2004); *Update of PFI debt refinancing and the PFI equity market* (2006); *Improving the PFI tendering process* (2007), mencionados todos ellos por ESTEBAN GALARZA, MARISOL: «La Colaboración Público-Privada en la provisión de infraestructuras: una valoración de la experiencia internacional», en *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía* n.º 63, 2006, págs. 46-49, y 53-59. Asimismo, *Private Finance Projects* (2009); y *Lessons from PFI and other projects* (HC 920, session 2010-2012), 28-4-2011, citados ambos por MACHO PÉREZ, ANA BELÉN: «Disciplina presupuestaria, transparencia y control del gasto público en los contratos de colaboración público-privada», en AGULLÓ AGÜERO, ANTONIA (dir.) y MARCO PEÑAS, ÉSTER (edit.): *ob. cit.*, págs. 78, nota 8, y 102-103, notas 84 y 85. Con posterioridad, *Savings from operational PFI contracts* (2013); *Review of the VFM assessment process for PFI* (2014); y *PFI and PF2* (2018).

⁷⁷ Sus características principales eran la de ser un contrato global y de larga duración, derogatorio de las reglas generales de contratación, sometido a un procedimiento específico que incluía una fase de evaluación previa, y sujeto al procedimiento de dialogo competitivo (ver BERGÈRE, FRANCOIS: «Le partenariat public-privé en France», en *Presupuesto y Gasto Público* n.º 45, 2006, pág. 60). Sobre la CPP en Francia y el *contrat de partenariat*, ver también HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *ob. cit.*, págs. 235-258, y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ADOLFO: *ob. cit.*, págs. 44-49.

marché de partenariat, en el que quedan incluidos el contrato extinguido y otras figuras⁷⁸.

Hecha esta advertencia, puede indicarse que los trabajos realizados por la *Cour des Comptes* se han traducido en diversos documentos, como son, a título de ejemplo, la comunicación dirigida a la Comisión de Finanzas, Economía General y Control Presupuestario de la Asamblea Nacional francesa, sobre la auditoría «*Les partenariats public-privé pénitentiaires*», de 12 de octubre de 2011; la auditoría «*Les partenariats public-privé du plan Hôpital 2007: une procédure mal maîtrisée*», incluida en el Informe público anual 2014; y la titulada «*Les partenariats public-privé des collectivités territoriales: des risques à maîtriser*», insertada en el Informe público anual 2015.

En la auditoría «*Les partenariats public-privé pénitentiaires*» se concluía que la eficacia de la fórmula CPP para la gestión de los establecimientos penitenciarios era innegable, pero se añadía que resultaba difícil establecer su eficiencia, dada la insuficiencia de instrumentos de medida y comparación de los costes de la gestión pública y de la gestión privada en la materia, si bien, en el estado de cosas existente a la sazón, parecía apuntarse que la gestión pública podría ser menos onerosa que la privada. De otra parte, la *Cour des Comptes* constataba la ausencia de análisis sobre la sostenibilidad presupuestaria de los proyectos en el marco de las evaluaciones previas exigidas por la *Ordonnance* de 2004.

En la auditoría incluida en el Informe Público Anual de 2014, la *Cour des Comptes* concluía que había existido una preparación insuficiente para aplicar el nuevo procedimiento, una inexperiencia en los negociadores y una asistencia muy orientada en favor de las CPP, circunstancias que condujeron a celebrar contratos que conllevaban incertidumbres financieras. Añadía que las condiciones financieras de la participación del sector privado no fueron consideradas esenciales a la vista de las ventajas esperadas: respeto de los plazos, limitación del número de interlocutores y aportación de soluciones técnicas innovadoras. Se ponía finalmente el acento en la mejora de la elaboración del programa funcional y la negocia-

⁷⁸ El art. 67 define el *marché de partenariat* como «*un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet: 1.º La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou des biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général; 2.º Tout ou partie de leur financement*».

ción con la parte privada, así como en la conveniencia de establecer buenas prácticas que pudieran servir de referencia a la correcta utilización de las CPP para favorecer una mayor selectividad de los proyectos a la vista de las dificultades relacionadas con la evolución rápida del sector hospitalario⁷⁹.

Por último, en la auditoría incluida en el Informe Público Anual 2015, se concluía que el *contrat de partenariat* no tenía para las colectividades locales ventajas decisivas por comparación a otras fórmulas clásicas y se confirmaban los resultados obtenidos en las dos actuaciones precedentes que se han citado: evaluaciones previas sesgadas; riesgo financiero unido a una ausencia de sostenibilidad presupuestaria de los contratos y una debilidad global del acompañamiento por la Administración, y la dificultad para establecer los costes reales. En consecuencia, para la *Cour des Comptes* sería conveniente no hacer de este instrumento derogatorio⁸⁰, es decir, excepcional, un instrumento financiero desviado de sus objetivos iniciales, que permitían a las colectividades locales superar a corto plazo las restricciones presupuestarias y contables y diferir temporalmente el coste y la carga de determinadas inversiones. Según la *Cour des Comptes*, el *contrat de partenariat* estaría justificado si se respetaran una serie de condiciones, como son una inversión de cuantía significativa; una sostenibilidad presupuestaria demostrada; un motivo demostrado de complejidad, de urgencia o de eficacia; una evaluación previa no sesgada; un reparto de riesgos realmente equilibrado; una concurrencia real en la adjudicación del contrato; y una capacidad de la entidad local para negociar y para asegurar el seguimiento del contrato⁸¹.

⁷⁹ COUR DES COMPTES: «Les partenariats public-privé du plan Hôpital 2007: une procédure mal maîtrisée», en *Rapport Public Annuel 2015*, tomo I, págs. 394-395 (www.ccomptes.fr).

⁸⁰ El *Conseil Constitutionnel* francés (Decisiones 2003-473, de 26-6-2003, y 2008-567, de 24-7-2008) interpretó que el uso de los contratos CPP no podía ser generalizado, debiendo estar reservados únicamente a situaciones que respondan a motivos de interés general, con lo que ponía de relieve el carácter derogatorio del derecho común que tenía dicho contrato. En la primera de estas Decisiones (considerando 18.º) se relacionaban dichos motivos con la urgencia o con la necesidad de tener en cuenta las características técnicas, funcionales o económicas de un equipamiento o de un servicio determinado; la segunda se refería también a la complejidad del proyecto y a la mayor eficiencia que los demás contratos (considerando 9.º).

⁸¹ COUR DES COMPTES: «Les partenariats public-privé des collectivités territoriales: des risques à maîtriser», en *Rapport Public Annuel 2015*, tomo I, págs. 175-176 (www.ccomptes.fr).

La *Cour des Comptes* de Bélgica aprobó el 23 de febrero de 2009 un informe referente a los proyectos y programas de CPP llevados a cabo por el Gobierno de Flandes a partir de 2004. La auditoría realizada permitió constatar el riesgo de que, durante la fase inicial y de preparación, la atención se concentre más sobre la neutralidad a efectos contables que sobre las ventajas operativas y financieras. Se comprobó asimismo que se habían subestimado por la Administración los riesgos y el coste, así como los perjuicios para la eficiencia y la transparencia de los proyectos, derivados de la falta de estandarización. Además, raramente se había llevado a cabo el «comparador del sector público»⁸², lo que vendría explicado por la exigencia gubernamental relativa a la neutralidad presupuestaria-contable de los proyectos, pero impedía evaluar los proyectos desde la perspectiva de sus ventajas sociales, operativas y financieras⁸³.

En Portugal, donde se reguló un específico contrato de *Parceria Público-Privada* por *Decreto-Lei* n.º 86/2003, de 26 de abril, que fue modificado por el *Decreto-Lei* 141/2006, de 27 de julio, y posteriormente derogado por el *Decreto-Lei* 111/2012, de 23 de mayo⁸⁴, que reguló dicha *Parceria*, el *Tribunal de Contas* ha llevado a cabo asimis-

⁸² En el Glosario anexo a la norma ISSAI 5020 (Lineamientos para la mejor práctica en la auditoría de financiamiento público/privado y concesiones), se define el «comparador del sector público» como «un cálculo de lo que costaría el proyecto si se utilizaran métodos de adquisición tradicionales. Se utiliza para ayudar a determinar si la financiación privada ofrece una mejor relación calidad-precio que la adquisición tradicional». Por su parte, GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V.: *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, cit., pág. 128, y «Contrato de colaboración público-privada», cit., págs. 25-26, señala que el citado «comparador» consiste en una evaluación hipotética de los costes durante la vida de la CPP, teniendo en cuenta que el proyecto fuera ejecutado por la Administración y ajustado a la valoración de los riesgos. Para ello, habrán de tomarse en consideración una serie de factores. Con ello se pretende lograr una mayor objetivización de la opción por la CPP, como mecanismo para lograr un mayor nivel de eficacia de la gestión y el gasto público.

⁸³ *Publiek-private samenwerking bij de Vlaamse overheid*, abstract (www.ccrek.be).

⁸⁴ El art. 2 de este último *Decreto-Lei* define la *Parceria Público-Privada* como «o contrato ou a união de contratos por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado». Sobre esta definición se ha señalado que el legislador portugués optó por un concepto que engloba realidades diversificadas, con contornos poco precisos (ANTÓNIO, ISA: *As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde. O Advanto do Estado Mínimo de Regulação e o Direito de Acesso à Saúde*. Dissertação de Doutoramento. Universidad de Santiago de Compostela, 2014, pág. 305, www.minerva.usc.es).

mo auditorías sobre las CPP. Así, a título meramente ilustrativo, pueden citarse los *Relatórios de Auditoria* 10/2008, de 13 de marzo de 2008, *Auditoria à gestão das Parcerias Público Privadas —concessões rodoviárias—*; 15/2009, de 30 de abril de 2009, *Auditoria ao programa de Parcerias Público Privadas da Saúde, primeira vaga de hospitais*; y 3/2014, de 13 de febrero de 2014, *Regulação de PPP no sector das águas (sistemas em baixa)*⁸⁵.

En el primero de estos *Relatórios*, se constató, entre otros aspectos, que no se había llevado a cabo el «comparador del sector público», siendo realizados los programas sin evaluar el *value for money*, así como la ausencia de un control, por el concedente, de la actividad del concesionario⁸⁶; en el segundo, se destacaban, entre otros problemas, los retrasos en la ejecución del programa de *Parcerias Público Privadas* en el sector de la salud, ya que cinco años después del comienzo del primer concurso, aún no había sido completado ningún procedimiento de contratación⁸⁷; y, por último, en el tercero de los *relatórios* mencionados se constataban, entre otros extre-

⁸⁵ Además, pueden mencionarse los posteriores *Relatórios de Auditoria* 11/2015, de 28 de mayo de 2015, *Auditoria às PPP Ferroviárias*, y 24/2016, de 30 de noviembre de 2016, *Auditoria à execução de contrato de Gestão do Hospital de Braga em Parceria Público Privada (PPP)*. Acerca del control ejercido sobre las *Parcerias Público Privadas* en Portugal y en Brasil, ver PAIVA PESSOA, JOÃO GUSTAVO DE: «Auditoria de PPP: O controlo exercido pelo Tribunal de Contas de Portugal versus a fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas da União do Brasil», en *Revista Controle* vol. 14, n.º 2, 2016, págs. 116-141. También, acerca del papel determinante del *Tribunal de Contas* portugués en la viabilidad de las *Parcerias Público-Privadas*, ver ANTÓNIO, ISA: *ob. cit.*, págs. 371-397.

⁸⁶ *Relatório de Auditoria* 10/2008, de 13 de marzo de 2008, *Auditoria à gestão das Parcerias Público Privadas —concessões rodoviárias—*, págs. 41 y 59-60. Esta circunstancia ya había sido observada en *Relatórios* anteriores (ver, por ejemplo, *Relatório de Auditoria* 14/2003, de 15 de mayo de 2003, *Auditoria às concessões rodoviárias em regime de Portagem SCUT*, pág. 8, y la recomendación recogida en la pág. 14, así como la recomendación incluida en el *Relatório de Auditoria* 33/2005, de 17 de noviembre de 2005, *Encargos do Estado com as Parcerias Público Privadas. Concessões Rodoviárias e Ferroviárias*, pág. 35). Sin embargo, del seguimiento de las recomendaciones parece desprenderse que en la mayoría de las *Parcerias Público Privadas* se realizaba el «comparador del sector público» (ver *Relatórios de Auditoria* 34/2005, de 17 de noviembre de 2005, pág. 16, referente al seguimiento de las recomendaciones recogidas en el *Relatório de Auditoria* 14/2003, de 15 de mayo de 2003, y *Relatório de Auditoria* 4/2007, de 25 de enero de 2007, pág. 8, concerniente al seguimiento de las recomendaciones incluidas en el *Relatório de Auditoria* 33/2005, de 16 de noviembre de 2005) (www.tcontas.pt).

⁸⁷ *Relatório de Auditoria* 15/2009, de 30 de abril de 2009, *Auditoria ao Programa de Parcerias Público Privadas da Saúde. Primeira vaga de hospitais*, págs. 7 y 33, si bien se añadía que, ya finalizados los trabajos de auditoría, fue visado por el *Tribunal de Contas* el contrato del Hospital de Cascais (www.tcontas.pt).

mos, un inadecuado reparto de los riesgos; un desfase en las proyecciones referentes al crecimiento poblacional; la falta de la garantía de una significativa y efectiva transferencia de riesgo al socio privado o concesionario; y la ausencia, en el 95% de los contratos, de un estudio de viabilidad económico-financiera al objeto de evaluar el *value for money* del proyecto⁸⁸.

5. LA UNIÓN EUROPEA Y LAS CPP

En el marco de la Unión Europea, las CPP han sido objeto de una reiterada atención, que ha tenido su reflejo en diversos documentos desde la década de los noventa del pasado siglo, unos referidos específicamente a ellas y otros relativos a otras materias⁸⁹. Seguidamente, se hace referencia, sin ánimo exhaustivo, a algunos de ellos.

Así, todavía en el último lustro del siglo XX, la Comunicación de la Comisión COM (98) 143, de 11 de marzo de 1998, sobre contratación pública en la Unión Europea, constataba que, dentro de lo que podía incluirse en el concepto de la CPP, solo las concesiones de obra estaban sujetas a un régimen específico recogido en una directiva. Señalaba que, en cambio, las concesiones de servicios, los contratos de servicio público u otras formas de colaboración en este ámbito de los servicios no estaban reguladas. Por ello, consideraba que era preciso instaurar un marco jurídico para las CPP, garantizando así una mayor seguridad jurídica. Con vistas a la simplificación y clarificación, se preveía que la Comisión presentaría propuestas para establecer un régimen uniforme en todos los casos de concesión y examinaría otras formas de CPP para determinar la medida en que las normas sobre contratación pública podían constituir un marco jurídico adecuado para garantizar el respeto a las normas del Tratado, permitiendo al tiempo el desarrollo de estas formas de colaboración. Dicha reflexión podría conducir a clarificar y modificar los textos existentes. En una segunda fase, se propondría una modificación de las Directivas para incluir todas las formas de concesión que no estuvieran aún reguladas.

⁸⁸ *Relatório de Auditoria* 3/2014, de 13 de febrero de 2014, *Regulação de PPP no sector das águas (sistemas em baixa)*, págs. 8-9 y 18. El seguimiento de las recomendaciones recogidas en este *relatório* fue efectuado mediante el *Relatório de Auditoria* 2/2015, de 8 de enero de 2015 (www.tcontas.pt).

⁸⁹ Sobre la evolución de la CPP en la Unión Europea, ver HERNANDO RYDINGS, MARÍA, *ob. cit.*, págs. 93-203. También, BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL: *ob. cit.*, págs. 96-103.

Ya en el siglo XXI, puede mencionarse el documento *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*, de marzo de 2003.

Pero, entre los documentos que tratan específicamente acerca de la CPP, el que presenta quizás un mayor interés es el Libro Verde sobre *la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, COM (2004) 327, de 30 de abril de 2004. En este documento, tras constatarse la carencia de una definición de la CPP en el ámbito comunitario, se entendía como tal «*las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas 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*», y se consideraban como elementos de estas operaciones: la duración relativamente larga de la relación; la financiación garantizada parcialmente por el sector privado; la participación del operador económico en distintas partes del proyecto, mientras que el socio público asume las tareas de definir los objetivos, la calidad de los servicios y la política de precios, además de garantizar el control del cumplimiento de dichos objetivos; y el reparto de los riesgos entre ambas partes, transfiriéndose a la privada riesgos que habitualmente soporta el sector público, y realizándose este reparto caso por caso, en función de las capacidades respectivas para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos. El recurso a la CPP está explicado por factores tales como las restricciones presupuestarias y la necesidad de contar con financiación privada, el aprovechamiento de los métodos de funcionamiento del sector privado, y la evolución del papel del Estado desde operador directo a organizador, regulador y controlador. El Libro Verde establecía, además, la distinción entre operaciones de CPP de tipo contractual y operaciones de CPP de tipo institucionalizado, según se base la cooperación en vínculos contractuales o se produzca en el seno de una entidad diferente.

Las CPP de tipo contractual pueden comprender combinaciones diversas según las tareas encomendadas a la parte privada. En ellas queda comprendido el modelo concesional, en el que el servicio es prestado por la parte privada bajo el control de la pública, remunerándose la prestación del servicio mediante cánones abonados por los usuarios, complementados, en su caso, con aportaciones públicas. También queda comprendida en este tipo de CPP la «*iniciativa de financiación privada*» (IFP), en el que la remuneración de la parte privada se lleva a cabo a través de pagos periódicos de la parte pública, que pueden ser fijos o variables según factores tales como la disponibilidad o la frecuentación. Por su parte, las

CPP de tipo institucionalizado suponen la creación de una entidad en la que participan conjuntamente ambos socios, el público y el privado y que tiene como finalidad garantizar la entrega de una obra o la prestación de un servicio. Esta fórmula de sociedad mixta permite al socio público conservar un control relativamente elevado sobre las operaciones.

Al año siguiente, la Comunicación sobre *colaboración público-privada y derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, de 15 de noviembre de 2005 (COM 2005/569), señalaba que el interés por la CPP venía dado por los beneficios que podían obtenerse de los conocimientos y experiencia del sector privado y por las restricciones del presupuesto público. Se añadía que era, no obstante, necesario evaluar cada proyecto para llegar a la conclusión de si era la opción más ventajosa por comparación con otras opciones. El documento, además, se extendía en una serie de consideraciones acerca de las concesiones y de las CPP institucionalizadas.

Mediante Resolución Legislativa sobre *la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (2006/2043-INI), el Parlamento Europeo se pronunció sobre el Libro Verde, así como sobre la mencionada Comunicación, mostrándose contrario al establecimiento de un régimen jurídico propio para las CPP, aunque consideraba necesario prever una iniciativa jurídica en el ámbito de las concesiones en la que, entre otros extremos, se clarificara el ámbito de las CPP institucionalizadas. El Parlamento expresaba asimismo su oposición a la creación de una agencia europea para las CPP, siendo, en cambio, partidario de otras formas de intercambio de experiencias, tales como la creación de redes entre las autoridades públicas responsables de la gestión de las CPP.

Años más tarde, en 2008, la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a *la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)*, de 12 de abril de 2008, tuvo por objeto esclarecer la aplicación de las normas comunitarias a las CPP institucionalizadas, entendiendo por estas las sociedades de capital mixto, público y privado, creadas para la ejecución de contratos públicos y concesiones.

La Comunicación de 19 de noviembre de 2009 COM (2009) 615, sobre *la movilización de las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la co-*

laboración público-privada (CPP), consideraba que las CPP pueden contribuir a facilitar la realización de proyectos de infraestructuras y servicios públicos a escala transfronteriza; compartir los riesgos financieros y reducir los costes; favorecer el desarrollo sostenible, la innovación, la investigación y el desarrollo; y ampliar las cuotas de mercado de las empresas europeas en terceros países. No obstante, el establecimiento de una CPP puede exigir el empleo de importantes recursos financieros, una experiencia y formación específica en el seno del sector público, unas disposiciones financieras complejas y un compromiso a largo plazo. De modo específico, se enfatizaba la importancia de las CPP en el ámbito de la innovación tecnológica. Se preveía, por fin, llevar a cabo una serie de acciones específicas, como eran crear un grupo de diálogo y de intercambio entre los sectores implicados en iniciativas CPP; aumentar los recursos financieros disponibles; velar por el trato equitativo de los gestores públicos y privados cuando exista financiación europea; favorecer la innovación; y proponer un nuevo instrumento jurídico sobre concesiones de servicio público al sector privado.

Es también relevante, en el ámbito de *Eurostat*, la Decisión 18/2004, de 11 de enero, sobre tratamiento de las CPP en las cuentas nacionales, en la que se recoge el criterio para la determinación de la no consolidación del coste y financiación de la adquisición o construcción de bienes en las cuentas públicas, consistente en la necesidad de que se transfiera al contratista privado el riesgo de construcción y, al menos, uno de los riesgos de disponibilidad o de demanda. Este criterio ha quedado reflejado posteriormente en el Sistema Europeo de Cuentas (SEC 2010), establecido por el Reglamento (UE) 549/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea⁹⁰, que, para determinar quién es el titular de la propiedad económica de los activos en una CPP, se refiere, junto a los riesgos señalados, también al riesgo de valor residual y al de obsolescencia, así como la existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas, sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador, ya que la financiación mayoritaria, las garantías que cubren la mayoría de la financiación percibida, o las cláusulas de rescisión que prevén un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de rescisión a iniciativa del operador provocan la ausencia de una transferencia

⁹⁰ Para su implementación, se aprobó el *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA10*.

efectiva de los riesgos de construcción y de demanda o de disponibilidad⁹¹. La determinación de la titularidad de la propiedad económica implica la evaluación de las disposiciones de cada contrato⁹², lo que requiere un análisis exhaustivo de la documentación contractual así como otros estudios e informes⁹³.

Conforme a lo previsto en el artículo 11 del Reglamento (UE) 549/2013, de 21 de mayo de 2013, la Comisión dirigió al Parlamento Europeo el Informe COM (2015) 314, de 30 de junio de 2015, sobre los pasivos implícitos con posibles repercusiones en los presupuestos públicos⁹⁴.

Además de estos documentos específicos, las CPP han sido objeto de atención especial en el ámbito del transporte, pudiendo traerse a colación, a título ilustrativo, los siguientes documentos: La Comunicación de 10 de septiembre de 1997 (COM 197/453, referente a las asociaciones entre los sectores público y privado en los proyectos de red transeuropea de transporte⁹⁵; el Libro Blanco, presentado por la Comisión Europea el 12 de septiembre de 2001, *La política europea de transportes de cara a 2010* (COM 2001/370)⁹⁶; la Comunicación (COM 2003/132), de 23 de abril de 2003, *desarrollo de la Red Transeuropea de Transporte: financiaciones innovadoras-interoperabilidad del telepeaje*⁹⁷; la Comunicación de la Comisión COM

⁹¹ Reglamento (UE) 549/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, Anexo A, capítulo XV, apartados 20.283. y 20.284.

⁹² Reglamento (UE) 549/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, Anexo A, apartado 20.286.

⁹³ Ver MARTÍNEZ MANZANEDO, ROSARIO: «El tratamiento de la colaboración público-privada en el sistema europeo de cuentas. Criterios de contabilización: normativa interna y comunitaria», en AGULLÓ AGÜERO, ANTONIA (dir.), y MARCO PEÑAS, ESTER (edit.): *ob. cit.*, págs. 72-73.

⁹⁴ Conforme a este mandato, en 2018 la Comisión debería presentar al Parlamento Europeo y al Consejo otro informe para evaluar la medida en la que la información sobre pasivos publicada por *Eurostat* representa la totalidad de los pasivos implícitos, incluidos los pasivos contingentes, fuera de las administraciones públicas. En fecha 4-11-2018 no constaba que se hubiera presentado este informe.

⁹⁵ En este documento se predica, a la vista de limitaciones de las finanzas públicas, la utilidad y urgencia de las CPP para obtener recursos suplementarios y mejorar la rentabilidad.

⁹⁶ Donde se ponía de relieve que la fórmula CPP no había conseguido atraer a los inversores privados.

⁹⁷ Se aludía a la posibilidad de acudir a la CPP en algunas categorías de proyectos como complemento de la financiación pública, se indicaba que dicha fórmula no se aprovechaba suficientemente y se analizaban las condiciones a las que debía ajustarse y sus limitaciones, poniéndose el acento en los costes, frecuente-

(2006) 314, de 22 de junio de 2006, *Por una Europa en movimiento. Movilidad sostenible para nuestro continente*⁹⁸; y, por fin, otro Libro Blanco del Transporte: *Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible* (COM 2011/144), de 28 de marzo de 2011⁹⁹.

Pero no solo en este ámbito la Unión Europea se ha ocupado de las CPP. En otros documentos se incluyen también referencias a ellas, como es el caso de la Comunicación COM (2010) 2020, de 3 de marzo de 2010, *Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, donde se alude a la exploración de nuevas formas de combinar las finanzas públicas y las privadas y a la creación de instrumentos innovadores para financiar las inversiones, incluida la cooperación entre los sectores público y privado.

En la línea de este documento, y ya dentro de los instrumentos vinculantes, la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión¹⁰⁰, aportó importantes novedades y proyectó su directa influencia en el panorama legislativo español en materia contractual, ya que, entre otros extremos, ha determinado la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos. En esta Directiva se establece un régimen jurídico común a las concesiones de obra y de servicios, poniéndose el acento en el riesgo operacional. En tal sentido, la concesión ha de suponer la transferencia de este riesgo en la explotación de la obra o del servicio, abarcando el riesgo de demanda, el de suministro, o ambos.

mente superiores a los de los proyectos financiados íntegramente con fondos públicos, y en la importancia de la preparación del proyecto.

⁹⁸ Se señalaba que un mayor uso de la CPP podía acelerar la ejecución de proyectos, aumentar la rentabilidad y aliviar la presión sobre las arcas públicas.

⁹⁹ Se propugnaba el establecimiento de un marco favorable a las CPP y la creación de un procedimiento normalizado para ellas, y se preconizaba que se alentara a los Estados miembros a recurrir en mayor medida a las CPP, prestando a tal efecto el asesoramiento que precisaran.

¹⁰⁰ De 26 de febrero de 2014 son también otras dos Directivas: la 2014/24/UE, sobre contratación pública, y la 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Estas Directivas sustituyen a las Directivas 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, y a la Directiva 2004/17/UE, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores que se han citado, que fueron traspuestas al ordenamiento español por la Ley 30/2007, de 30 de octubre. La trasposición de las tres Directivas de 26 de febrero de 2014 se ha realizado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

6. EL INFORME ESPECIAL DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO DE 7 DE FEBRERO DE 2018

En 2018, el Tribunal de Cuentas Europeo aprobó un Informe Especial, con el título «*Asociaciones público-privadas en la Unión Europea: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados*», en el que se exponen los resultados de una auditoría de gestión. Para ello, el Tribunal auditó a doce CPP cofinanciadas por la Unión Europea en Francia, Grecia, Irlanda y España en los ámbitos del transporte por carretera y de las tecnologías de la información y la comunicación. Entre los resultados obtenidos, pueden destacarse los siguientes:

— A través de las CPP, los poderes públicos pudieron llegar a disponer de grandes infraestructuras mediante un único procedimiento, pero incrementaron el riesgo de competencia insuficiente, debilitando la posición negociadora de los poderes adjudicadores. En efecto, según el Tribunal de Cuentas Europeo, cuando el contrato tiene un valor muy elevado, solo un escaso número de operadores son capaces de ofrecer todos los productos y servicios requeridos. Este criterio no fue, sin embargo, compartido por la Comisión, que en su respuesta consideraba que los proyectos de gran tamaño se licitan a escala internacional, siendo los mercados de la construcción de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo suficientemente amplios para permitir una competencia suficiente¹⁰¹.

— Las CPP no solucionaron las ineficiencias de los proyectos tradicionales en cuanto a los retrasos en la construcción y los importantes aumentos de costes¹⁰².

— Los análisis previos estaban fundamentados en escenarios excesivamente optimistas en relación con la futura demanda y la utilización prevista de la infraestructura¹⁰³. Esta circunstancia

¹⁰¹ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *Informe especial «Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados»*, cit., págs. 10, 26-28 y 56, y *Respuestas de la Comisión al Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo «Asociaciones público-privadas financiadas por la UE: las deficiencias generalizadas menoscaban en gran medida sus beneficios potenciales»* (incluidas como anexo a dicho informe), págs. 1 y 4.

¹⁰² TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *Informe especial «Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados»*, cit., págs. 12, 29-35 y 56-57.

¹⁰³ Ver sobre ello, ESTEBAN GALARZA, MARISOL: *ob. cit.*, pág. 55, quien señala que «los proyectos que se ejecutan bajo este “sesgo optimista” pueden ser viables en el corto plazo, pero difícilmente lo serán en el largo plazo, ya que el riesgo de demanda no se ha adjudicado a la parte que tiene mayor capacidad para absorberlo».

estaría relacionada con el reparto de los pagos a lo largo de décadas, lo que reduciría la presión para acomodar el alcance del proyecto a las necesidades reales¹⁰⁴.

— Sin embargo, la mayoría de los proyectos tenía buenos niveles de servicio o mantenimiento, así como potencial para mantener dichos niveles durante el resto del proyecto¹⁰⁵.

— En la mayoría de los casos se optó por la CPP sin llevarse a cabo ningún análisis comparativo con opciones alternativas, y sin demostrarse, en consecuencia, que se trataba de la opción que maximizaba la relación calidad-precio y protegía el interés público¹⁰⁶. Por consiguiente, el Tribunal de Cuentas Europeo constataba que no se había realizado el «comparador del sector público», analizando comparativamente las posibilidades de este sector para desarrollar el proyecto y la capacidad de la parte privada.

— La distribución de riesgos entre los socios públicos y privados fue, en general, inadecuada, incoherente e ineficaz¹⁰⁷. Esta conclusión del Tribunal de Cuentas Europeo tiene una especial significación si se tiene en cuenta que la CPP demanda un reparto adecuado de los riesgos entre la parte pública y la privada, tomando para ello como criterio cuál de ellos se encuentra en mejor posición para hacerle frente, y teniendo además en cuenta que la transferencia de riesgos, que ha de quedar suficientemente determinada, es un elemento esencial para que el coste del contrato no se consolide en las cuentas públicas¹⁰⁸.

— En cuanto a los proyectos en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación, la mayoría de ellos, al estar sujetos a rápidos cambios tecnológicos, no eran fácilmente compatibles con la larga duración de los contratos. A este respecto, el Tribunal de Cuentas Europeo enfatiza el riesgo de obsolescencia tecnológica derivado del prolongado tiempo de ejecución de los contratos. Sin embargo, la Comisión señala sobre ello que la CPP no excluye necesariamente que puedan incluirse en ellos disposiciones para garantizar una flexibilidad

¹⁰⁴ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *ob. cit.*, págs. 11, 36-38 y 57.

¹⁰⁵ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *ibid.*, págs. 12 y 35-36.

¹⁰⁶ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *ibid.*, págs. 12, 39-42 y 58.

¹⁰⁷ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *ibid.*, págs. 12, 42-44 y 59.

¹⁰⁸ Ver GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V.: «Contrato de colaboración público-privada», *cit.*, págs. 13-14 y 29-30.

que permita adaptarse a la evolución derivada de los cambios tecnológicos¹⁰⁹.

Esta circunstancia merece un comentario, ya que larga duración de los contratos puede acarrear la falta de adaptación a los cambios tecnológicos, así como a los del escenario macroeconómico e, incluso, a las necesidades del interés general. Para salir al paso de este riesgo, se ha resaltado, en la línea apuntada por la Comisión, la conveniencia de incluir en los contratos cláusulas de ajuste automático o prever las causas de revisión de los cánones acordados¹¹⁰. Por lo demás, la larga duración de los contratos, aunque acarree inconvenientes, puede tener la ventaja de favorecer los ajustes estructurales frente a los coyunturales e introducir una disciplina presupuestaria a largo plazo, induciendo a la estabilidad de la evolución del gasto público y, en general, de la economía¹¹¹. Sin embargo, desde la perspectiva opuesta, los compromisos de gastos para futuros ejercicios limitan, en un marco de estabilidad presupuestaria, la financiación de nuevos proyectos¹¹².

7. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CPP EN ESPAÑA TRAS LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El debate sobre la alternativa gestión pública directa o gestión indirecta privada de los servicios públicos está fuertemente influenciado por consideraciones y prejuicios de tipo ideológico. Y no debería ser así. Soy un firme defensor de lo público —no en vano he sido funcionario público durante casi medio siglo—, pero el serlo no me impide en absoluto compartir la opinión de quienes propugnan alejarse de posiciones apriorísticas irreductibles y analizar caso por caso, para optar, desde la perspectiva de las características ínsitas del servicio público (regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación)¹¹³, por la fórmula que ofrezca una mayor calidad

¹⁰⁹ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *Informe especial «Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados»*, cit., págs. 12, 45-47 y 59, y *Respuestas de la Comisión al Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo «Asociaciones público-privadas financiadas por la UE: las deficiencias generalizadas menoscaban en gran medida sus beneficios potenciales»*, cit., pág. 2.

¹¹⁰ RODRÍGUEZ VARELA, NIEVES: *ob. cit.*, pág. 97.

¹¹¹ RODRÍGUEZ VARELA, NIEVES: *ibid.*, pág. 98.

¹¹² PUERTO CELA, MARIANO: «Tratamiento presupuestario de la colaboración público-privada», en *Revista Española de Control Externo* n.º 28, 2008, pág. 156.

¹¹³ GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA; SALA SÁNCHEZ, PASCUAL; y QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *El interés público y su satisfacción con la colaboración*

y eficiencia del servicio que redunde en beneficio del ciudadano¹¹⁴. Para esta opción, acaso la actividad controladora de las EFS puede aportar criterios relevantes.

En esta misma línea, ya en referencia concreta a la CPP, puedo compartir asimismo la desconfianza con que podría contemplarse una intervención privada que está lejos de ser altruista y que a largo plazo podría suponer un mayor coste, que habrá de asumir a la postre el ciudadano, sea como contribuyente, sea como usuario¹¹⁵, pero pienso también que sería menester salir al paso de confusiones interesadas que identifican externalización y privatización, que no son, con toda evidencia, lo mismo, como lo demuestra la larga tradición de prestación de servicios públicos a través de las fórmulas de gestión indirecta¹¹⁶. En tal sentido, concuerdo con la opinión de quienes consideran que la CPP, en la concepción de la Unión Europea y tal y como se ha incorporado al ordenamiento jurídico español, no persigue la privatización de los servicios públicos¹¹⁷, al conservar la Admi-

público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica. Barcelona, Cambra Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació de Barcelona, 2017, págs. 113-114.

¹¹⁴ En tal sentido, GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA: «Servicios públicos e ideología. El interés general en juego», en *Observatorio de la Contratación Pública*, (www.obcp.es), 15 de enero de 2018. También, VICENTE DÁVILA, FERNANDO: «Repensar la colaboración público-privada en los tiempos de crisis», en *Observatorio de la Contratación Pública* (www.obcp.es), 2 de julio de 2018.

¹¹⁵ Ver GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO: «Nuevos desarrollos de la idea de colaboración privada empresarial en el ejercicio de las funciones públicas», en *Presupuesto y Gasto Público* n.º 45, 2006, pág. 33.

¹¹⁶ Todo ello puede estar asimismo relacionado, como se ha apuntado en el ámbito doctrinal, con el grado de aceptación social de la gestión privada de lo público (Ver FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.ª DE LOS ÁNGELES: «El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica», en *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 167, 2014, pág. 315).

¹¹⁷ Así opinan, por ejemplo, GARCÍA CAPDEPÓN, PEDRO MARÍA: *ob. cit.*, pág. 95; GUIMERANS RUBIO, JUAN M.: «Las colaboraciones público-privadas en los Servicios Públicos locales. El estado de la cuestión en España», en *Revista de Estudios Locales* n.º extraordinario 1, 2007, pág. 75; y SANABRIA LUENGO, MIGUEL ÁNGEL: *ob. cit.*, págs. 37-38. En la doctrina iberoamericana, HUAPAYA TAPIA, RAMÓN y VERGARAY D'ARRIGO, GIULIANA: «Algunos apuntes en relación con la «participación público-privada» y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos», en *Revista de Derecho Administrativo* n.º 3, 2007, pág. 122, señalan que la CPP «no es igual a privatización»; y DELPIAZZO, CARLOS: «PPP y concesiones en Uruguay», en MATILLA CORREA, ANDRY, y CAVALCANTI, BRUNO (coord.): *Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP*. Salamanca, Ratio Legis, 2013, págs. 308-309, expone asimismo que «tampoco constituyen PPP las llamadas privatizaciones, ya que, según certera enseñanza, privatizar es pasar algo del sector público al sector privado. En el caso de las PPP, no se verifica la privatización de activos ni de cometidos

nistración sus potestades, y ello más aún cuando, tras la desaparición del específico contrato de CPP, esta se encauzará a través de contratos típicos de larga tradición en el Derecho español¹¹⁸.

No puedo compartir, en consecuencia, el criterio seguido por la norma ISSAI 5240, *Directrices sobre las mejores prácticas para la auditoría del riesgo en los partenariados público/privado (PPP)*, que incluye entre los tipos de partenariado público-privado la privatización, entendida como «empresas de propiedad pública (que) son vendidas a inversores privados»¹¹⁹. En efecto, a mi juicio, considerar la privatización, según la entiende esta norma ISSAI, como fórmula incluíble entre las CPP supone una *contradictio in terminis*, por cuanto desde el momento en que se produce tal privatización deja de haber, por fuerza, CPP.

En suma, me identifico con la posición equilibrada de quienes no estiman que la CPP sea una suerte de panacea que resuelva los problemas de financiación de infraestructuras y servicios públicos, puesto que, en definitiva, lo que hace es evitar demoras en su disponibilidad y diferir los pagos para diluir su impacto en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y en el endeudamiento, pero, a la vez, consideran infundada la opinión que la rechaza frontalmente¹²⁰.

No obstante, la desaparición del específico contrato de CPP, a contrapelo, por cierto, de lo acaecido en otros países de estirpe latina¹²¹, parece dar a entender que, al menos en España, podría ha-

estatales sino, por el contrario, la adquisición de activos de infraestructuras y servicios conexos por parte del Estado con financiación del sector privado».

¹¹⁸ Que tampoco implican la privatización de servicios públicos, como razona VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ: *ob. cit.*, págs. 16-17, respecto de las fórmulas concesionales para la prestación de servicios sanitarios, que únicamente son modalidades de gestión de un servicio público.

¹¹⁹ La Norma cita como ejemplo la privatización, a principios de la década de los noventa del pasado siglo, de la red comercial, mayorista y minorista, de Albania, que comprendía tiendas, restaurantes, depósitos y pequeñas instalaciones manufactureras.

¹²⁰ En esta misma línea se pronuncia, por ejemplo, ROJAS URTASUN, FERNANDO: «La colaboración público-privada en el PEIT», en *Presupuesto y Gasto Público* n.º 45, 2006, págs. 107-108.

¹²¹ En Italia, el Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016 (*Codice dei Contratti Pubblici*) reguló el *contratto di partenariato pubblico privato*. Esta disposición tenía como antecedente el Decreto Legislativo n.º 152, de 11 de septiembre de 2008, que recogió una definición de los contratos de *partenariato pubblico-privato*, acompañada, a título ejemplificativo, de la mención de algunas modalidades de estos contratos.

berse producido un cuestionamiento de la fórmula de CPP¹²², al haberse puesto en tela de juicio algunas de sus posibles ventajas¹²³, entre ellas, la referente a su contribución a la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera a medio y largo plazo, como es el caso del «peaje en sombra»¹²⁴, ya que, a la postre, es la Administración, y no el usuario, la que paga por la puesta en funcionamiento de la obra o del servicio y su mantenimiento, por lo que el hecho de que no se produzca la consolidación contable no empece a que pueda generarse un endeudamiento¹²⁵. Y ante la desaparición de la específica modalidad contractual de CPP, cabe preguntarse si, tal y como se señala en la exposición de motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, los contratos de concesión podrán realmente sustituir al contrato de CPP en orden a conseguir el mismo objeto. A este respecto, la opinión no sería unánime, ya que para una parte de la doctrina no existen diferencias apreciables entre este contrato y los de concesión de obras y de servicios¹²⁶, mientras

¹²² Este mismo cuestionamiento podría estar produciéndose en otros países, habiéndose observado en tal sentido que «hoy la Francia de Macron parece echarse atrás de estos modelos de construcción de infraestructuras» (GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V.: «Colaboración público-privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n.º 74, 2018, pág. 35).

¹²³ Entre estas ventajas se ha señalado el adelantamiento del disfrute de las nuevas infraestructuras, el aseguramiento de los plazos de ejecución, el control de los costes y una mayor eficiencia gestora (PUERTO CELA, MARIANO: *ob. cit.*, pág. 156).

¹²⁴ Caracterizado por el encargo a una empresa de la construcción, financiación y explotación de una infraestructura, corriendo a cargo de la Administración la remuneración al concesionario, a cuyo efecto se toma primordialmente en cuenta para los pagos la utilización de infraestructura, así como el servicio prestado, medido a través de la evaluación de los estándares de calidad y servicio, y revirtiendo la infraestructura a la Administración una vez finalizado el periodo concesional (RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, JESÚS: «Los sistemas de colaboración público-privada para la provisión de bienes y servicios públicos. Su incidencia en el sistema de ingresos públicos», en *Revista Española de Control Externo* n.º 28, 2008, págs. 118-120).

¹²⁵ VALCARCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA: «Del peligro que pueden suponer algunos contratos basados en fórmulas de colaboración público-privada en orden a respetar el objetivo de estabilidad presupuestaria», en *Observatorio de la Contratación Pública* (www.obcp.es), 24 de octubre de 2011. Por su parte, HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *ob. cit.*, pág. 531, señala que las operaciones de CPP vienen a ser «una suerte de “deuda pública disfrazada”».

¹²⁶ Así, ESPERÓN LÁZARO, JOSÉ ANTONIO: «Los diferentes modelos de colaboración y su fiscalización», en *Revista Española de Control Externo* n.º 28, 2008, págs. 187-189. Es más, se afirma que las similitudes entre ambos son máximas (ver RIDAO i MARTÍN, JOAN: «La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público. Revisión crítica y alternativas al actual marco», *cit.*, pág. 197, nota 11).

que otra parte ha puesto el acento en las diferencias entre estos y la modalidad contractual extinta¹²⁷, y ha resaltado los rasgos diferenciales en diversos aspectos pese a la gran similitud entre ambos¹²⁸, existiendo asimismo posiciones más matizadas¹²⁹. La distinción, en

¹²⁷ Sobre estas diferencias, ver ALONSO GÓMEZ, PATRICIA: *Las «public private partnerships» como colaboración público privada en el contexto europeo*. Madrid, 2014, págs. 29-41. En el mismo sentido, para SANABRIA LUENGO, MIGUEL ÁNGEL: *ob. cit.*, págs. 71-74, la concesión de obra pública, aunque contiene elementos coincidentes con el contrato de CPP, no abarca todas las posibilidades que caben dentro de una actuación global e integrada, sosteniendo además que puede estarse ante una CPP sin necesidad de que entre las obligaciones del sector privado exista la de realizar una obra. La específica figura contractual de CPP permitía, para este autor, la celebración de contratos que no se agotan en la concesión y el concierto. Por su parte, CAMPOS SÁNCHEZ, MIGUEL ÁNGEL: *Los contratos de colaboración público-privada y la reforma del Derecho Administrativo*. Tesis doctoral. Granada, Universidad de Granada, 2017, págs. 95-97, considera que el nudo gordiano del contrato de CPP se situaba en el diálogo competitivo, es decir, en el procedimiento de adjudicación, caracterizado por una flexibilidad que no es necesaria en un contrato de concesión. Para MARTÍNEZ ITUERO, MARINA: *El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*. Universidad Pontificia de Comillas. Facultad de Derecho, 2014, pág. 16 (repositorio.comillas.edu), hay más diferencias que analogías entre el contrato de CPP y el contrato de concesión de obra pública, poniendo, en este sentido, el acento en que en el primero la indefinición de las prestaciones y su amplitud es mayor, no existe relación entre usuarios y adjudicatario, y este es remunerado directamente por la Administración contratante.

¹²⁸ Así, GUIJARRO GONZÁLEZ, ELÍSA BET: «El fin de la tipicidad de los contratos públicos: hegemonía del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en *Contratación Administrativa Práctica* n.º 120, 2012, págs. 55-56, que, refiriéndose a los contratos de concesión de obra y de CPP, destaca la remuneración del contratista por el usuario frente al abono periódico por la Administración a lo largo de la duración del contrato; la susceptibilidad o no de la explotación de la obra; y la asunción del riesgo y ventura frente al reparto de riesgos.

¹²⁹ Este podría ser el caso de JIMÉNEZ DÍAZ, ANDRÉS. «El contrato de colaboración público-privada y el de concesión de obras públicas (en la nueva Ley de Contratos del Sector Público)», en *Diario La Ley* n.º 6934, Sección Nuevas Tendencias, 28 de abril de 2008, *La Ley Digital*, págs. 1-5, quien expresa que el contrato de CPP venía a dar continuidad al contrato de concesión de obras públicas, ampliando sus posibilidades y abandonando algunos de los condicionantes que afectaban a este último. Añade que si bien ambos contratos podían coincidir parcialmente en rasgos comunes (el objeto, la forma de retribución), sería un error suponer que el contrato de CPP era solo una forma avanzada de concesión. Por su parte, RAMOS REDONDO, EDUARDO: «*El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*». Madrid, Ministerio de Defensa, 2010, pág. 59, resalta la proximidad entre ambos contratos, cuyas fronteras respectivas son difíciles de delimitar, por lo que es fácil que pueda producirse cierta confusión entre uno y otro, pero pone de relieve la peculiaridad diferenciadora referente al reparto de los riesgos entre cada una de las partes: construcción a riesgo y ventura del concesionario en el contrato de concesión de obras; asignación a la parte mejor habilitada para soportarlos al menor coste, en el contrato de CPP.

cambio, aparece más clara desde la perspectiva contable, ya que, para el SEC 2010, un contrato de CPP «implica la compra por parte de las administraciones públicas de un servicio producido por un socio mediante la creación de un activo»; en cambio, «cuando la sociedad vende los servicios directamente al público a través, por ejemplo, de una carretera de peaje, el contrato se considera una concesión» y no una CPP¹³⁰. En cualquier caso, la viabilidad sustitutiva de los contratos de concesión no dejaría de estar cuestionada *ab initio*, en especial desde la perspectiva del control externo, si se aceptara la opinión de que, con anterioridad a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se había venido utilizando indebidamente el contrato de concesión en supuestos en los que no existía posibilidad de explotación económica¹³¹.

Sea como fuere, la exposición de motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, justifica la desaparición del contrato de CPP en la escasa utilidad de dicha modalidad contractual —aunque acaso habría sido más exacto hablar de escasa utilización¹³²— y en la consecución de su objeto a través de otras modalidades contractuales¹³³, cuando el motivo que se esgrimió para el establecimiento de esta específica modalidad contractual habría sido, como parece desprenderse de la exposición de motivos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, en cierto modo el opuesto: la conveniencia de tipificar normativamente lo que ya existía en la práctica. No obstante, al tiempo de que se subraya esta aparente contradicción, también es preciso señalar que una parte de la doctrina había venido expresando sus dudas acerca de la necesidad de una específica modali-

¹³⁰ Reglamento (UE) 549/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, Anexo A, apartados 20.279 y 20.280.

¹³¹ PEÑA OCHOA, ALFONSO: «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público», en GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA: *El Derecho de los contratos del sector público*. Zaragoza, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública n.º 10, 2008, pág. 97.

¹³² En los seis primeros años de vigencia del contrato de CPP, se habrían licitado ocho contratos por los distintos Ministerios, diez por las Comunidades Autónomas, catorce por las Administraciones Locales, y dos por las Universidades Públicas, según señala FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.ª DE LOS ÁNGELES, *ob. cit.*, págs. 321-325, y notas 55 a 58.

¹³³ Así, para MAGIDE, MARIANO: *ob. cit.*, pág. 138, podría llegar a configurarse, si bien con algunos problemas y limitaciones, un contrato semejante al de CPP a partir del contrato mixto y del contrato administrativo especial.

dad contractual¹³⁴ y había considerado al contrato de CPP más como una técnica contractual que como un verdadero contrato típico¹³⁵, si bien otras opiniones habían valorado positivamente la

¹³⁴ Así, BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL: *ob. cit.*, págs. 107-109, quien indica que el establecimiento de ese contrato específico no venía exigido por el Derecho europeo y que las prácticas preexistentes no carecían de fundamento o cobertura legal. Para CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL DE LA: «La participación Público-Privada en España tras la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007», en *Revista Derecho Administrativo*, n.º 6, 2008, págs. 438-440, el contrato de CPP no aportaba nada que no pudiera ser logrado a través de los demás contratos, adecuadamente regulados, añadiendo que también disolvía el espíritu auténtico de las CPP, y creaba, por añadidura, inseguridad jurídica, por lo que finalizaba concluyendo que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, había empeorado la regulación de las CPP, dificultando su evolución. Tras la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, se ha reiterado la dudosa pertinencia de la creación del contrato de CPP por la Ley 30/2007, de 30 de octubre (ver VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER: «El contrato de concesión de obras», en PALOMAR OLMEDA, ALBERTO y GARCÉS SANAGUSTÍN, MARIO (dirs.), y VÁZQUEZ GARRANZO, JAVIER (coord.): *ob. cit.*, pág. 680). GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V. «Colaboración público-privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *cit.*, pág. 38, señala que «el desarrollo de la colaboración público-privada en nuestro país no habría necesitado, de hecho, la introducción de un nuevo contrato típico». VILLAR EZCURRA, JOSÉ LUIS: «El marco contractual adecuado para las concesiones de servicios urbanos de Metro, Metro ligero, tranvía y trenes ligeros», en *Revista de Obras Públicas* n.º 3488, 2008, págs. 64-65, insiste en que «no resultaba en absoluto necesario» incorporar en nuestro Derecho la nueva figura contractual de la CPP, por cuanto «la figura concesional respondía a todas las características de la CPP y, por otra parte, la Directiva 2004/18 que incorpora a nuestro Derecho la LCSP no mencionaba en ningún momento la CPP», de forma que el legislador complicó innecesariamente las cosas, ya que no hay un contrato de CPP diferente de los restantes tipos contractuales, sino que se trata de un mero «envoltorio». Refiriéndose a Perú, donde existe una regulación específica de las CPP, pero no un específico tipo contractual, HUAPAYA TAPIA, RAMÓN: *ob. cit.*, pág. 21, considera que no disponer de un específico contrato de CPP regulado en forma típica «es una excelente opción, que ayuda a no tener que diferenciarlo conceptualmente de los contratos de concesión».

¹³⁵ Así, COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el ordenamiento jurídico español: orígenes, características y naturaleza de una experiencia exitosa», *cit.* (www.noticias.juridicas.com) y «Los orígenes remotos del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *cit.* (www.noticias.juridicas.com); JIMÉNEZ DÍAZ, ANDRÉS: «El contrato de colaboración público-privada y el de concesión de obras públicas (en la nueva Ley de Contratos del Sector Público)», *cit.*, pág. 5; y «Técnicas contractuales de colaboración público-privada (II): El contrato de colaboración público-privada en la nueva ley de contratos del sector público», en DORREGO DE CARLOS, ALBERTO, y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, FRANCISCO (dirs.), y VILLARINO MARZO, JORGE (coord.): *ob. cit.*, págs. 299-301; RIDAO i MARTÍN, JOAN: «El contrato de colaboración público-privada para la provisión de servicios y obras de interés público en España. La inci-

opción de configurar legalmente el nuevo tipo constituido por el contrato de CPP¹³⁶, habían puesto el acento en su flexibilidad para realizar prestaciones de difícil articulación mediante los contratos tradicionales por razones técnicas, económicas, jurídicas y financieras en las que la Administración debía recurrir al conocimiento, experiencia y eficiencia del sector privado para satisfacer necesidades de interés general¹³⁷, habían puesto de relieve la utilidad de este contrato para construir determinados equipamientos, como los hospitales¹³⁸, habían defendido su sustantividad¹³⁹, así como su

dencia de las futuras Directivas de la Unión Europea para la modernización de la contratación pública y las concesiones, en *Revista de Derecho Administrativo* n.º 13, 2013, pág. 245, y «La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público. Revisión crítica y alternativas al actual marco regulador», *cit.*, pág. 197. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA: «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley española 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP)», en *Estado & Derecho* n.º 27-44, 2001-2009, págs. 94-95. La consideración del contrato de CPP como una técnica contractual no ha sido, sin embargo, óbice para defender la bondad de su incorporación al derecho positivo (así, SANABRIA LUENGO, MIGUEL ÁNGEL: *ob. cit.*, págs. 70-75).

¹³⁶ Así, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA: «La colaboración público-privada como fórmula de externalización de cometidos públicos», en *Anuario de la Facultad de Derecho de Orense* n.º 1, 2007, págs. 655-666. También PEÑA OCHOA, ALFONSO: *ob. cit.*, pág. 95, considera que el contrato en cuestión trataba de cubrir un vacío legal y tenía perfiles propios. Por su parte, GONZÁLEZ IGLESIAS, MIGUEL ÁNGEL: «Análisis de la regulación por la LCSP de la nueva figura de contractual de colaboración entre los sectores público y privado», en VV.AA.: *Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada*. Valladolid, Consejo Económico y Social de Castilla y León, 2011, pág. 687, se une asimismo a la valoración positiva de la incorporación del nuevo contrato a la legislación española en la materia.

¹³⁷ BRIERA DALMAU, CARMÉ: «Los contratos de colaboración entre los sectores público y privado en la ley de contratos del sector público: fórmulas de colaboración y régimen de distribución del riesgo en dichos contratos», en *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 149, 2011, pág. 143.

¹³⁸ En tanto en cuanto se trata de una obra que no sirve a una actividad susceptible de explotación económica (SÁNCHEZ LAMELAS, ANA: «El nuevo contrato de colaboración público privada en el ámbito sanitario», en *Derecho y Salud* vol. 14, n.º extra 1, 2010, pág. 116).

¹³⁹ HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *ob. cit.*, págs. 437-439 y 537, señala que existían supuestos que, en principio, solo podían llevarse a cabo a través de los contratos de CPP, como era el caso de la construcción y gestión de obras no susceptibles de explotación económica, respecto de las cuales un contrato mixto de obras y de servicios no presentaría ventajas, siendo solo aparente la identidad de ambas modalidades contractuales, ya que existirían importantes diferencias entre ambas figuras, por cuanto el objeto del contrato de CPP sería una actuación global e integrada que siempre iría anudada a la financiación de esta por el contratista, lo que no tenía por qué darse en los contratos mixtos, y su contenido presentaría una indeterminación inicial.

necesidad¹⁴⁰, e, incluso, lo habían considerado como el «contrato estrella» del futuro¹⁴¹.

Resulta obligado, en consecuencia, preguntarse por los motivos de la escasa utilidad a que se refiere la citada exposición de motivos, pero esta se limita a realizar una afirmación apodíctica, sin hacer comentario alguno acerca de las causas que han provocado el uso somero del contrato en cuestión, así que, a falta de una respuesta, es preciso acudir al ámbito doctrinal, donde se ha aventurado una explicación relacionada con el carácter subsidiario del contrato, que obligaba a realizar un esfuerzo adicional, a través de la evaluación previa, para motivar su uso, a lo que también se añadía la necesidad de contar con el informe favorable, previo a la autorización, cuando el importe superara los 12.000.000 euros¹⁴².

Además de por su falta de utilización, relacionada en parte con la dificultad de acceso al crédito por el sector privado en los años de crisis económica, la desaparición del contrato de CPP podría venir explicada, a decir de la doctrina, por la inexistencia de su equivalente en el Derecho comunitario¹⁴³, aunque también se han dado otras razones como son el arraigo de la tradición concesional en España, con la que el contrato de CPP fue incapaz de competir, y la carencia, en el Derecho continental, a diferencia del *Common Law*, del sustrato necesario, por la escasa flexibilidad, que dificulta la implantación de fórmulas colaborativas, teniendo en cuenta la existencia de potestades exorbitantes de la Administración y su incapacidad para establecer en condiciones de igualdad un vínculo

¹⁴⁰ BRUNETE DE LA LLAVE, MARÍA TERESA: «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (I). Configuración y actuaciones preparatorias del contrato de CPP», en *Contratación Administrativa Práctica* n.º 96, 2010, págs. 34-35, que enfatizaba también su «extraordinario interés, porque en su amplio y versátil objeto puede encajarse casi cualquier prestación imaginable», tratándose «de una figura de gran flexibilidad jurídica que permite acometer actuaciones públicas de otro modo inasumibles, por evidentes motivos presupuestarios». Para esta autora, el contrato de CPP era perfectamente deslindable del contrato de concesión de obras públicas.

¹⁴¹ COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: *El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: una perspectiva jurídica, politológica y emocional*, cit., págs. 36-41.

¹⁴² RIDAO i MARTÍN, JOAN: «La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público. Revisión crítica y alternativas al actual marco regulador», cit., n.º 45, 2012, págs. 196-197, 200 y 208.

¹⁴³ MELLADO RUÍZ, LORENZO: «El ámbito objetivo de la LCSP. Tipos contractuales y negocios y contratos excluidos», en GAMERO CASADO, EDUARDO, y GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL (dirs.): *ob. cit.*, pág. 576.

jurídico común¹⁴⁴. También se han mencionado las graves dificultades que planteaba la aplicación del procedimiento del diálogo competitivo¹⁴⁵, que debía seguirse para adjudicar los contratos de CPP¹⁴⁶. Asimismo, en términos genéricos, se ha puesto de relieve la tipificación rígida del contrato en cuestión, determinante de la aparición de obstáculos y dificultades que impedían reparar en sus posibles beneficios¹⁴⁷. E, incluso, se ha traído a colación una explicación psicológica, consistente en el «efecto *bandwagon*», que produciría un comportamiento gregario que impulsaría a utilizar los clásicos contratos administrativos¹⁴⁸.

En definitiva, desde una perspectiva jurídica, la CPP ha hecho el viaje de vuelta, de modo que si con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, dejó de ser una expresión general y omnicomprendiva para convertirse en un contrato administrativo típico¹⁴⁹, hasta el punto de afirmarse que ya no podía llamarse CPP a una simple concesión, a un contrato de abono total o a un contrato de gestión de servicios públicos¹⁵⁰, sin embargo, al cabo de diez años, con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, vuelve a trocarse de nuevo en una expresión genérica, lo que reabre la falta de certeza acerca de su significado

¹⁴⁴ Ver, en este sentido, COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: «El contrato de colaboración público-privada en el ordenamiento jurídico español: crónica de una muerte anunciada», en GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (dir.), y BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL (coord.): *Observatorio de la contratación pública 2013*. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, págs. 490-491 y 521-523.

¹⁴⁵ Lo que estaría relacionado, desde otra perspectiva, con los elevados costes de transacción derivados de la complejidad de los proyectos (ver MARTÍNEZ VILA, JOSEP: «La colaboración público-privada de infraestructuras como fórmula para contribuir a la salida de la crisis», en *Economistas* n.º 126, extraordinario, 2011, pág. 269).

¹⁴⁶ Ver RUIZ OJEDA, ALBERTO: «Últimas orientaciones en la colaboración público-privada (Apuntes desde la perspectiva de las normas contables para el cálculo del endeudamiento y el déficit público)», en *Noticias de la Unión Europea* n.º 325, 2012, pág. 119, quien considera que «una de las principales atrocidades perpetradas por el legislador español con los contratos de CPP ha consistido en la imposición del procedimiento de diálogo competitivo» (pág. 129).

¹⁴⁷ HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *ob. cit.*, págs. 540-541, quien, en 2012, profetizaba que, de no darse solución a estos problemas, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado no pasaría de ser un experimento fallido.

¹⁴⁸ COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: *El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: una perspectiva jurídica, política y emocional*, cit., págs. 71 y 80-87.

¹⁴⁹ RÍDAO i MARTÍN, JOAN: «La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público. Revisión crítica y alternativas al actual marco regulador» *cit.*, pág. 196, nota 8.

¹⁵⁰ PEÑA OCHOA, ALFONSO: *ob. cit.*, pág. 97.

desde un punto de vista conceptual y plantea, de entrada, qué considerar como CPP de tipo contractual. Se regresa, por tanto, a la situación anterior a 2007, en la que en el ámbito doctrinal se constataba que las relaciones de cooperación no estaban definidas en el Derecho positivo, ni poseían entidad jurídica propia, no constituyendo una categoría jurídica, por lo que, en una suerte de paradoja si el asunto se contempla desde el momento actual, se aseveraba con rotundidad que el futuro de la contratación pública pasaba indudablemente por la regulación de los contratos de CPP¹⁵¹, profecía que, siendo cierta a corto plazo, no lo ha sido a la postre, al menos por ahora. Se abren, en consecuencia, incertidumbres que solo el futuro podrá quizás ir disipando.

8. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTROL EXTERNO DE LA CPP

8.1. El control de la planificación y de la evaluación

El ejercicio del control externo sobre la CPP presenta algunos problemas delicados, comenzando por su justificación, que puede contemplarse desde dos perspectivas: formal y material.

Desde una perspectiva formal, la experiencia fiscalizadora ha llevado a constatar que la opción escogida no queda con frecuencia adecuadamente acreditada mediante estudios o informes, los cuales, además, han de tener un adecuado reflejo documental en el expediente administrativo. Es cierto que la legislación sobre los específicos contratos de CPP pone el acento en el documento de evaluación previa, como sucedía, sin ir más lejos, en el desaparecido contrato que existía en España, pero también lo es que este examen no se lleva a cabo con la amplitud y profundidad que exigiría la justificación de esta opción, en especial si se la contempla desde el punto de vista de la protección del interés general.

Desde una perspectiva material, el control externo deberá extenderse a la ponderación de las ventajas y de los inconvenientes

¹⁵¹ GARCÍA CAPDEPÓN, PEDRO MARÍA: *ob. cit.*, págs. 89 y 92. También, en el mismo sentido, todavía en 2013 se señalaba que el uso convertiría al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la «fórmula estrella» de acometida de infraestructuras públicas (FERNÁNDEZ ROMERO, FRANCISCO JOSÉ: *La colaboración público privada. Su aplicación práctica*. Sevilla, Hispalex, 2013, pág. 19).

de la participación privada en el proyecto objeto de fiscalización. En tal sentido, si se parte de la hipótesis probable de que la financiación privada de un proyecto tiene unos mayores costes financieros¹⁵², ello obligaría a ponderar el conjunto de ventajas que, frente a estos mayores costes¹⁵³, puede ofrecer la financiación privada en aspectos tales como la más temprana disposición de la infraestructura en cuestión o la mayor eficiencia en la prestación de un servicio. Sin embargo, como se ha señalado, las actuaciones fiscalizadoras llevadas a cabo en la Unión Europea, tanto por algunas EFS nacionales, como por el Tribunal de Cuentas Europeo, han llevado a constatar que en muchas ocasiones no se ha realizado el denominado «comparador del sector público», ni se ha analizado la sostenibilidad financiera de los proyectos, de modo que la justificación de la opción por alguna de las fórmulas de CPP no queda, con frecuencia, suficientemente acreditada. Y, en este mismo orden de cosas, se ha constatado la dificultad de pronunciarse acerca de la eficiencia de las CPP, en razón a la insuficiencia de los elementos de medida y de comparación de los costes de la gestión pública y de la gestión privada. El control de eficiencia, además, debería considerar si en la decisión sobre la opción escogida para realizar el proyecto en cuestión han existido condicionamientos presupuestarios y contables que hayan conducido a elegir la fórmula menos eficiente, pero compatible con las exigencias en dichos ámbitos, lo que, al final, puede llevar a sobredimensionar la disponibilidad de infraestructuras y de equipamientos¹⁵⁴. En relación con todo ello, no es ocioso, ni mucho menos, poner de relieve que las actuaciones fiscalizadoras llevadas a cabo por algunas EFS europeas sugieren la existencia, en la evaluación previa, de un sesgo en favor de la utilización de fórmulas de CPP, lo que probablemente pudiera venir inducido por los condicionamientos de naturaleza presupuestaria y contable.

¹⁵² En tal sentido, ver BURNETT, MICHAEL: La Colaboración Público-Privada (CPP) en los Servicios Públicos locales. Una perspectiva desde la experiencia europea», en *Revista de Estudios Locales* n.º extraordinario 1, 2007, pág. 63.

¹⁵³ Para el caso de Suiza, LIENHARD, ANDREAS: «La asociación entre lo público y lo privado (PPP) en Suiza. Exigencias, riesgos potenciales», en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas* vol. 72, n.º 4, 2006, pág. 594, señala que el Gobierno podía obtener generalmente capital bajo condiciones más favorables, lo que hacía más costosa la financiación exclusiva de un proyecto por entidades privadas. Sin embargo, en una estructura global, deberían tenerse en cuenta ventajas como la eficiencia, la distribución de riesgos, la velocidad de realización y otros beneficios de las CPP, para compararlos con los costes de financiación más altos.

¹⁵⁴ Ver MAGIDE, MARIANO. *ob. cit.*, pág. 126.

En términos generales, la fiscalización de la fase de planificación y evaluación adquiere una notoria importancia para evitar situaciones de sobrecapacidad de la red de infraestructuras y del parque de instalaciones, evitando así el coste de duplicidades innecesarias. Una evaluación económica correcta es, en tal sentido, imprescindible para evitar errores en el cálculo de las variables que han de tenerse en cuenta para decidir la realización de la inversión y la modalidad a través de la cual se llevará a cabo. Un ejemplo de estos errores puede ser, en España, el de las autopistas de peaje radiales de Madrid, respecto de las cuales el cálculo de la frecuentación fue muy superior al finalmente producido, lo cual, por lo demás, era de esperar si se tiene en cuenta que el usuario podía optar entre usar la autopista de peaje o utilizar la autovía paralela de libre circulación¹⁵⁵, de modo que la elección de aquel, salvo en momentos puntuales de tráfico intenso, era esperable¹⁵⁶. Es interesante, no obstante, añadir que a ello se unió otro elemento menos previsible, como fue el sobreprecio de las expropiaciones de terrenos a consecuencia de sentencias de los tribunales de justicia que multiplicaron por seis el valor inicial de aquellos. Todo ello ha desembocado en el rescate de las concesiones por parte del Estado. Así pues, a consecuencia de este sobredimensionamiento de la red viaria, lo que el ciudadano no ha pagado antes como usuario, lo acabará pagando después como contribuyente.

En cualquier caso, está plenamente justificado el énfasis que la norma ISSAI 5220 (*Lineamientos para la mejor práctica en la auditoría de financiamiento público/privado y concesiones*) pone respecto de la fase preparatoria, en aspectos tales como la definición del alcance y de las características del proyecto, incluida la distribución óptima de los riesgos. Sin embargo, en modelos como el existente en España, en el que la fiscalización previa y la concomitante es asumida por el control interno, mientras que la fiscalización atribuida a la

¹⁵⁵ Las autovías son carreteras de libre acceso, que pueden no reunir, en su caso, todas las especificaciones aplicadas a las autopistas, con calzadas separadas para ambos sentidos de la circulación, de dos o más carriles, y sin cruces de otras carreteras o de vías férreas al mismo nivel.

¹⁵⁶ Por ello, se ha propugnado que el requerimiento de la existencia de vías alternativas de libre circulación a las autopistas de peaje no sea interpretado de forma que aquellas hayan de ser necesariamente de similares características que estas (ver ENGEL, EDUARDO; FISCHER, RONALD; GALETOVIC, ALEXANDER; y RUS, GINÉS DE: *Colaboración público-privada en infraestructuras: Reforma del sistema concesional español de autopistas de peaje*. Fedea Policy Papers 2015/11, 30 de mayo de 2016, págs. 35-36). De hecho, en otros países europeos la alternativa a las autopistas de peaje suele estar constituida por carreteras convencionales.

EFS es decir, al Tribunal de Cuentas, es de carácter consuntivo, es decir, *ex post*, puede resultar más difícil llevar a cabo la actividad controladora en estas fases y acomodar, por tanto, dicha actividad a lo que se expresa en la directriz 3 de la mencionada norma ISSAI 5220, cuando señala que «puede ser necesario o deseable que la EFS examine el acuerdo antes de que el contrato sea otorgado», si bien es verdad que este *desiderátum* se condiciona a que ello sea «constitucionalmente permisible».

8.2. Control y transparencia

Otro de los aspectos que resultaría inevitable abordar en el ejercicio de control externo es el referente a la transparencia. Por lo que se refiere, en concreto, a la específica figura contractual de CPP, se ha puesto de manifiesto este problema, que, a decir de la doctrina, estaría vinculado a la «enorme sofisticación del régimen económico-financiero de estos contratos caracterizados por una multitud de prestaciones cruzadas y heterogéneas de carácter multilateral que, por regla general, plantean serios problemas desde la perspectiva de la transparencia administrativa y de la consolidación de la contabilidad pública»¹⁵⁷.

De otra parte, la transparencia está vinculada al procedimiento de adjudicación del contrato. En efecto, si se toma como ejemplo el extinto contrato español de CPP, habrá de recordarse que debía encauzarse forzosamente a través del procedimiento del diálogo competitivo, donde la aplicación de los principios de publicidad y de transparencia queda atenuada si se le compara con otros procedimientos de adjudicación. Es cierto que el cauce referido puede venir impuesto por la complejidad ínsita al tipo de contrato en cuestión, pero dicho encauzamiento no se aviene bien, en definitiva, con la transcendencia que en el ámbito comunitario se ha dado a los citados principios¹⁵⁸.

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.^a DE LOS ÁNGELES: *ob. cit.*, pág. 326.

¹⁵⁸ Se ha señalado al respecto que «resulta al menos llamativo que después de la larga y sistemática lucha por garantizar la publicidad y apertura de los procedimientos de contratación, la Unión Europea se incline por el de diálogo competitivo, en el que la publicidad y transparencia son incluso menores que en el procedimiento negociado», añadiéndose que «se refuerzan en los contratos sujetos a regulación armonizada estos principios de concurrencia y publicidad pero se abre la puerta trasera para relajar las consecuencias en la aplicación de estos principios en el sistema» (COLLADO MARTÍNEZ, ROSA MARÍA: «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en *Revista Española de la Función Consultiva* n.º 8, 2007, págs. 205-207).

Respecto de la transparencia, el Tribunal de Cuentas de España, en su *Informe sobre el cumplimiento del principio de transparencia establecido en la legislación sobre estabilidad presupuestaria, en relación con los Presupuestos Generales del Estado para los ejercicios de 2007 y 2008*, aprobado por el Pleno del Tribunal en su sesión de 30 de junio de 2011, dejaba constancia de que la tendencia a recurrir a la modalidad extrapresupuestaria de financiación, mediante las fórmulas de CPP, estaba reduciendo la información que venía suministrándose¹⁵⁹.

Añadía el Tribunal que «financiar, construir y gestionar una autopista, un hospital o cualquier otra obra pública, mediante fórmula de colaboración público-privada, es decidir hoy y distribuir gastos durante un largo periodo. Si estas decisiones se multiplican, los riesgos para la Hacienda Pública y los condicionamientos para los presupuestos futuros, también»¹⁶⁰. Por ello, «sería inaceptable no cuantificar estas cargas sobre generaciones futuras y dejar de valorar sus riesgos y efectos, positivos y negativos, no solo en la fase de ejecución del gasto sino también en la de presupuestación»¹⁶¹. De igual modo, desde la perspectiva contable, el Tribunal consideraba que sería necesario informar sobre las cargas invisibles derivadas de la aplicación de las fórmulas de CPP¹⁶².

Así las cosas, para el Tribunal, estas fórmulas de CPP habrían de ser analizadas con los mismos criterios que han llevado a elegir cada alternativa y con arreglo a los objetivos perseguidos, de modo que debería darse a conocer a los ciudadanos el resultado de los análisis que se efectuaran sobre aspectos tales como la mayor economicidad de la fórmula elegida, la mejora de la calidad aportada por ella, su mayor eficiencia y si, al soslayarse la consolidación contable, también se evita el déficit público o se está ante un artificio meramente formal¹⁶³.

Por ello, el Tribunal consideraba que la documentación presupuestaria debería incluir información completa sobre las obligacio-

¹⁵⁹ TRIBUNAL DE CUENTAS: *Informe sobre el cumplimiento del principio de transparencia establecido en la legislación sobre estabilidad presupuestaria, en relación con los Presupuestos Generales del Estado para los ejercicios de 2007 y 2008*, pág. 71. El texto puede consultarse en www.tcu.es.

¹⁶⁰ TRIBUNAL DE CUENTAS: *Informe sobre el cumplimiento del principio de transparencia establecido en la legislación sobre estabilidad presupuestaria, en relación con los Presupuestos Generales del Estado para los ejercicios de 2007 y 2008*, cit., pág. 72.

¹⁶¹ TRIBUNAL DE CUENTAS: *ibid.*, pág. 72.

¹⁶² TRIBUNAL DE CUENTAS: *ibid.*, pág. 72.

¹⁶³ TRIBUNAL DE CUENTAS: *ibid.*, pág. 72.

nes derivadas de las CPP y sobre otros aspectos relacionados con ellas¹⁶⁴. En tal sentido, se constataba que en la documentación preceptiva no figuraba una información agrupada y completa de las inversiones en infraestructuras públicas¹⁶⁵. En efecto, la información en cuestión no era completa, fundamentalmente porque no se incluía la referente a la inversión realizada por el sector privado, así como la financiación pública facilitada a este sector, siendo, por lo demás, deficiente su presentación, al faltar memorias explicativas de la realizada por empresas públicas¹⁶⁶.

El Tribunal recomendaba que se incluyese en la documentación presupuestaria, dentro de la información sobre pasivos contingentes, datos sobre los compromisos de gastos futuros, así como una información completa y de igual contenido sobre las inversiones públicas a acometer durante el ejercicio, ya fueran inversiones directas, indirectas o se realizaran por el sector privado¹⁶⁷.

Respecto de esta recomendación, debe señalarse que la documentación presupuestaria viene incluyendo los compromisos de los gastos con cargo a presupuestos de ejercicios posteriores. En este sentido, la documentación relativa a los Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2017 incluye los compromisos hasta el año 2066.

En cuanto a la información sobre inversiones públicas a realizar en el ejercicio correspondiente, esta recomendación parece haberse cumplido, al menos parcialmente. Así, en el Informe Económico y Financiero que se acompañaba a los Presupuestos Generales del Estado para 2017 se puede observar que se proporciona la información sobre infraestructuras públicas con el mismo detalle tanto para el sector público administrativo con presupes-

¹⁶⁴ TRIBUNAL DE CUENTAS: *ibid.*, pág. 73.

¹⁶⁵ TRIBUNAL DE CUENTAS: *ibid.*, pág. 73.

¹⁶⁶ TRIBUNAL DE CUENTAS: *ibid.*, págs. 74-75. En tal sentido, se añadía que de haberse aplicado lo establecido en la disposición adicional 56.^a de la Ley de Presupuestos Generales para 2005 se hubieran resuelto, al menos en gran medida, las deficiencias detectadas. Esta disposición adicional establecía que *«las memorias explicativas de los programas de gasto de cada ejercicio se extenderán a las inversiones realizadas por el sector público empresarial. Para ello, el Gobierno adjuntará como Anexo las inversiones previstas desagregadas por proyectos, provincias y Comunidades Autónomas, al igual que se hace con el resto de inversiones públicas. Así mismo esta información detallará las inversiones externalizadas o diferidas en el tiempo y los préstamos o aportaciones patrimoniales que el Estado concede a terceros para operaciones de capital o adquisición de activos de capital»*.

¹⁶⁷ TRIBUNAL DE CUENTAS: *ibid.*, pág. 84.

to limitativo, como para el sector público empresarial y fundacional y demás entidades con presupuesto estimativo. Sin embargo, mientras que se ha resuelto la objeción contenida en el citado informe del Tribunal de Cuentas respecto del sector público empresarial y fundacional, no se incluye, en cambio, información detallada sobre las infraestructuras públicas realizadas por el sector privado, aunque podría deducirse su importe global de la cifra de transferencia de capital «para financiar inversiones de otros agentes de economía», tomando para ello la cifra global de transferencia de capital y deduciendo las partes de ella que corresponden, respectivamente, al sector público administrativo y al sector público empresarial y fundacional.

En relación con todo ello, no es ocioso significar que el *Manual de Transparencia Fiscal (2007) del Fondo Monetario Internacional* señala que en la documentación presupuestaria debería constar una evaluación de la sostenibilidad fiscal¹⁶⁸. Indica asimismo este Manual que los documentos presupuestarios deberían abarcar todas las actividades presupuestarias y extrapresupuestarias¹⁶⁹, así como incluir estados de cuentas en los que se describan, entre otros extremos, los pasivos contingentes, junto a una evaluación de otros riesgos fiscales importantes¹⁷⁰, debiendo el gobierno central divulgar información sobre los pasivos importantes distintos de la deuda, entre ellos los derivados de las obligaciones contractuales¹⁷¹. El Manual señala también que la divulgación de información sobre las obligaciones contractuales contraídas a través de las distintas fórmulas de CPP es un aspecto importante de la transparencia fiscal, recordando asimismo que la existencia de pasivos significativos podría tener importantes consecuencias para la sostenibilidad fiscal¹⁷².

De todas formas, en el caso concreto de España, no parece que la cifra de pasivos contingentes relacionados con las CPP sea excesiva si se atiende a las cifras que figuran en el *Informe COM (2015) 314, de 30 de junio de 2015, sobre los pasivos implícitos con posibles repercusiones en los presupuestos públicos*, ya que según los datos que figuran en este informe, los pasivos pendientes relacionados con las CPP ascendían en el año 2013 al 0,28% del PIB.

¹⁶⁸ Apartado 2.1.4.

¹⁶⁹ Apartado 3.1.1.

¹⁷⁰ Apartado 3.1.3.

¹⁷¹ Apartado 3.1.5.

¹⁷² Apartado 217.

Por lo demás, es preciso añadir que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, presta una atención especial a la transparencia, estableciendo diversas previsiones que vienen así a añadirse a las contempladas en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno¹⁷³. La exposición de motivos de la nueva Ley de Contratos del Sector Público señala, en tal sentido, que el primer objetivo que inspira la regulación recogida en el texto legal es precisamente conseguir una mayor transparencia en la contratación pública, e indica que a través de la norma legal se trata de diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro. Y ya en el articulado de la Ley, el artículo 1.º, al referirse al objeto y finalidad de aquella, indica que dicho objeto es regular la contratación del sector público con el fin de garantizar la legalidad y la transparencia. Además, a lo largo del articulado se incluyen medidas tendentes a asegurar este principio, entre las que pueden citarse:

- La obligación de determinar con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse con el contrato proyectado, así como de dejar constancia de ello en la documentación preparatoria antes del inicio del procedimiento de adjudicación¹⁷⁴.
- Determinadas obligaciones de los órganos de contratación, en concreto la de designar un responsable del contrato¹⁷⁵, y la de tomar medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, así como para prever, detectar y solucionar conflictos de intereses¹⁷⁶.
- La difusión, a través de internet, del perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación,

¹⁷³ El art. 8 de esta Ley se refiere a la obligación de hacer públicos los contratos, con indicación de diversos extremos: objeto, duración, importe de licitación y de adjudicación, procedimiento para su celebración, instrumentos a través de los que se han publicitado, número de licitadores participantes, identidad del adjudicatario, modificaciones del contrato, y decisiones de desistimiento y de renuncia de los contratos. También se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público. La información figurará en el Portal de la Transparencia.

¹⁷⁴ Art. 28.1.

¹⁷⁵ Art. 62.1. El responsable del contrato supervisará su ejecución y dictará instrucciones precisas para asegurar la correcta ejecución de la prestación pactada.

¹⁷⁶ Art. 64.

con objeto precisamente de asegurar la transparencia y el acceso público a dichos documentos¹⁷⁷.

— La posibilidad de publicar un anuncio de información previa para dar a conocer los contratos que los órganos de contratación tengan proyectado adjudicar¹⁷⁸.

— Las obligaciones referentes a la publicación en el perfil de contratante de los anuncios de licitación para la adjudicación de contratos¹⁷⁹, de la resolución de adjudicación del contrato¹⁸⁰, y del anuncio de formalización de los contratos¹⁸¹.

— La consideración, como causa de nulidad de pleno derecho de los contratos, de la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el Diario Oficial de la Unión Europea, o en el medio de publicidad que sea preceptivo¹⁸².

— La creación de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades. Esta Oficina remitirá un informe anual de sus actividades a las Cortes Generales y al Tribunal de Cuentas¹⁸³.

— La existencia de dos instrumentos registrales: el Registro de Contratos del Sector Público, como sistema oficial central de información sobre la contratación pública¹⁸⁴, y el Registro Oficial

¹⁷⁷ Art. 63. El acceso a la información del perfil de contratante será libre, se publicará en formatos abiertos y reutilizables y será accesible al público durante un período de tiempo no inferior a cinco años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información. La Ley determina, además, el contenido mínimo de la información referente a los contratos que deberá incluirse en el perfil de contratante.

¹⁷⁸ Art. 134.

¹⁷⁹ Art. 135. La publicación también se realizará, en su caso, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el BOE.

¹⁸⁰ Art. 151.1.

¹⁸¹ Art. 154. También se publicará, en su caso, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el BOE.

¹⁸² Art. 39.2.c.

¹⁸³ Art. 332.

¹⁸⁴ Art. 346. En este Registro se inscribirán los datos básico de los contratos adjudicados, siendo de acceso público los datos que no sean confidenciales y no hayan previamente publicados de forma telemática y a través de internet.

de Licitadores y Empresas clasificadas del Sector Público, que tiene carácter público¹⁸⁵.

— La existencia de la Plataforma de Contratación del Sector Público para permitir la difusión por internet de los perfiles de contratante¹⁸⁶.

8.3. El control desde la perspectiva de la estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera

Ahora bien, partiendo de la existencia de deficiencias en el cumplimiento del principio de transparencia, se ha hecho notar el carácter instrumental de este, de modo que los que realmente quedarían afectados serían los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera, planteándose al respecto la posibilidad de establecer límites directos a los compromisos que pueden adquirirse a través de las CPP, mediante la aplicación de un techo presupuestario al gasto corriente en esta modalidad de colaboración, límite que podría expresarse como porcentaje ya del gasto total, ya de los ingresos corrientes¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Arts. 337 y 344.

¹⁸⁶ Art. 347. Los perfiles de contratante han de alojarse obligatoriamente en la Plataforma, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de ella.

¹⁸⁷ Ejemplos de estos límites, dentro de los países iberoamericanos, podrían ser los establecidos en Perú y en Brasil (ver MACHO PÉREZ, ANA BELÉN: *ob. cit.*, págs. 121-122 y notas 144 y 148). Según explican MARQUES NETO, FLORIANO DE AZEVEDO, y SOUZA LOUREIRO, CAIO DE: «Diez años de Alianzas Público-Privadas (APP) en Brasil», en *Revista de Derecho Administrativo* n.º 13, 2013, pág. 293, en Brasil, el límite, establecido por la Ley n.º 12766/2012 en el 5% de los ingresos corrientes, no impide la contratación de CPP por encima del porcentaje fijado, pero sí la concesión de garantías por la Unión, así como las transferencias federales voluntarias, lo que termina, en la práctica, por impedir la contratación por encima del límite legal. A la posibilidad de establecer límites a los compromisos futuros derivados de contratos de CPP, medidos en un porcentaje sobre los ingresos corrientes o el PIB se refiere también LÓPEZ DÍAZ, ANTONIO. *ob. cit.*, págs. 179-181, que contempla asimismo la opción de que dicho porcentaje se refiera a la suma del endeudamiento y de los compromisos futuros derivados de las inversiones llevadas a cabo por fórmulas de CPP, de modo que la disminución del endeudamiento permitiría un incremento de las operaciones encauzadas a través dichas fórmulas. También MARTÍNEZ CALVO, JUAN: «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y las oportunidades que ofrece en el ámbito de la contratación de la defensa», en PALOMAR OLMEDA, ALBERTO (dir.), y ÁLVARO MONTERO, ÁNGEL DE, y COLOMER HERNÁNDEZ, IGNACIO (coords.): *Régimen jurídico del servicio de la Defensa*. Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2009, pág. 461, sugiere la conveniencia de que se establezca normativamente para las Administraciones un ratio entre los ingresos y los compromisos futuros para el pago de infraestructuras.

En relación con este aspecto, en España, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, creó, mediante la modificación correspondiente de la legislación contractual vigente a la sazón, la Oficina Nacional de Evaluación. Esta Oficina, según establece la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, quedará integrada en la Oficina Independiente de la Regulación y Supervisión de la Contratación. La mencionada Oficina Nacional de Evaluación tiene la finalidad de analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y de los contratos de concesiones de servicios, sin perjuicio de que en el futuro extienda dicha actuación a otras modalidades contractuales. La Oficina Nacional de Evaluación deberá evacuar un informe preceptivo con carácter previo a la licitación de los contratos mencionados, que celebren los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, así como otros entes, órganos y entidades de la Administración General del Estado y de las Corporaciones Locales, en los siguientes casos: cuando se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como en el supuesto de que se aplique cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario; y en las concesiones de obras o de servicios en los que la tarifa sea asumida de forma total o parcial por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros. La Oficina informará también los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, cuando se den determinados requisitos. En estos informes deberá evaluarse si la rentabilidad del proyecto es razonable en atención al riesgo de demanda que asuma el concesionario. La Oficina deberá asimismo publicar anualmente una memoria de sus actividades¹⁸⁸.

El asunto, en todo caso, presenta un indudable interés a la hora de llevar a cabo el control externo de las CPP, puesto que el principio de sostenibilidad financiera suele estar vinculado a las relaciones existentes entre la deuda pública y el PIB, pero sin que se tomen en cuenta otros elementos que, desde una perspectiva formal, no se consideran endeudamiento financiero¹⁸⁹.

En este contexto, el control externo debería analizar con detenimiento si el reparto de riesgos es equilibrado¹⁹⁰, ya que si el sujeto

¹⁸⁸ Art. 333.

¹⁸⁹ En este sentido, LÓPEZ DÍAZ, ANTONIO: *ob. cit.*, pág. 178.

¹⁹⁰ La adecuación del reparto de los riesgos es uno de los elementos clave de los contratos de CPP, ya que aquellos deben ser distribuidos según sea la Administración o el contratista quien esté en mejor condición para afrontar cada uno de

privado corre un riesgo excesivo podría repercutir el exceso en el precio exigido e, incluso, tal exceso podría llegar a provocar la inviabilidad financiera del proyecto, mientras que si el exceso de riesgo es asumido por la Administración la estabilidad presupuestaria podría quedar afectada por la repercusión en el endeudamiento¹⁹¹. Sin embargo, la experiencia fiscalizadora de algunas EFS europeas sugiere que, en ocasiones, no se han realizado proyecciones a medio y largo plazo sobre los compromisos de pago, ni, consecuentemente, sobre la sostenibilidad presupuestaria.

8.4. El control desde la perspectiva de la equidad

La equidad puede presentar asimismo interesantes perspectivas respecto de las CPP. De entrada, estas fórmulas son consideradas como una muestra de solidaridad intergeneracional, al transferir al menos una parte de su coste a generaciones futuras que disfrutarán de la infraestructura o del servicio en cuestión. Sin embargo, más que ante una solidaridad intergeneracional, como se produce, por ejemplo, en el caso de un sistema de reparto de seguridad social, me parece que se estaría, según los casos, ante una distribución de los costes entre varias generaciones¹⁹² o, sencillamente ante un desplazamiento del coste a generaciones futuras y, por tanto, no se estaría en los terrenos de la solidaridad, sino más bien en los de la equidad¹⁹³, si bien esta podría quebrar

ellos (Ver GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V.: *Colaboración público-privada e infraestructuras de transportes. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, cit., pág. 30).

¹⁹¹ Ver, en este sentido, BRUNETE DE LA LLAVE, MARÍA TERESA: *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Especial aplicación a las entidades locales*, cit., pág. 156. Para los contratos de concesión de servicios, ver VILLALBA PÉREZ, FRANCISCA: «La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nueva época, n.º 2, 2014, pág. 93.

¹⁹² Si bien se ha señalado que la equidad en el reparto de los costes no es una ventaja exclusiva de las fórmulas de CPP, ya que también se producirá cuando se recurra al endeudamiento para la construcción de infraestructuras a través de las fórmulas tradicionalmente utilizadas. Se ha aludido asimismo a la posible fijación de un límite a las fórmulas CPP, a través de un porcentaje máximo de cada capítulo de gasto, así como de un límite determinado en función de la inversión de los últimos ejercicios que no podría ser rebasado en cada ejercicio (LÓPEZ DÍAZ, ANTONIO: *ob. cit.*, págs. 168 y 183).

¹⁹³ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA: «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley española 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público (LCSP)», *cit.*, pág. 87, se refiere con pleno

en el caso de que tal desplazamiento a generaciones futuras fuera llevado a cabo en un grado excesivo.

La equidad, por lo demás, no solo presenta esta perspectiva temporal, sino otras vertientes, como puede ser, en el ámbito puramente nacional, la territorial. En efecto, la heterogénea distribución territorial de infraestructuras financiadas de modos diversos podría dar lugar a un problema de equidad. Este sería, por ejemplo, el caso de la concentración de las autopistas de peaje en determinadas zonas de un determinado país, mientras que en otras zonas predominan las autopistas libres. Sin embargo, esta aparente quiebra de la equidad puede verse contrapesada por la disponibilidad más temprana o por la mejor calidad de la red de carreteras de alta capacidad en aquellas regiones en las que predominan las autopistas de peaje.

Pero la equidad puede, incluso, presentar un alcance transfronterizo, en especial en un marco de libertad de circulación de personas y de mercancías, como sucede en la Unión Europea. Lo explicaré con un ejemplo. España es, con diferencia, el país europeo con mayor número de kilómetros de vías de alta capacidad¹⁹⁴. Dentro de esta red existen —claro está— autopistas de peaje. Sin embargo, si se considera el conjunto del país, predominan de modo muy acentuado las denominadas «autovías», es decir, como ya se ha explicado, carreteras con calzadas de dos o más carriles, separadas para ambos sentidos de circulación, de libre utilización¹⁹⁵, cuyas características, en lo que respecta a las últimas generaciones de estas vías, son similares e, incluso superiores a las de las autopistas¹⁹⁶. Por el contrario, en los países circunvecinos el predominio es el de las autopistas de peaje, tanto en Francia, como también en Portugal

acuerdo al «principio de equidad intergeneracional», como también aluden a la «equidad intergeneracional» DORREGO DE CARLOS, ALBERTO, y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, FRANCISCO: «La colaboración público-privada», en DORREGO DE CARLOS, ALBERTO, y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, FRANCISCO (dirs.), y VILLARINO MARZO, JORGE (coord.): *ob. cit.*, pág. 54.

¹⁹⁴ Autopistas de peaje, autopistas libres, autovías y carreteras multicarril. A 31 de diciembre de 2016, esta red abarcaba un total de 17.109 kilómetros.

¹⁹⁵ A 31 de diciembre de 2016, solo el 20%, aproximadamente, de las carreteras españolas de alta capacidad eran autopistas de peaje.

¹⁹⁶ Otra es la situación de las autovías de primera generación, construidas en los años ochenta del siglo XX, ya que para su construcción se aprovechó la carretera convencional preexistente, lo que exigió llevar a cabo un programa para su rediseño, modernización y mantenimiento mediante contratos acomodados al método del «peaje en sombra».

desde la conversión de las autopistas *SCUT*¹⁹⁷ en autopistas de peaje electrónico, acaecida en el año 2010. Como consecuencia de ello, por las autovías españolas están circulando personas y mercancías que no han contribuido, mediante el correspondiente peaje o por vía impositiva, a su construcción y mantenimiento, mientras que para personas y mercancías españolas el cruce de las fronteras significa el inmediato pago por la utilización de la autopista en cuestión. La pregunta que surge inmediatamente es por qué los gobiernos españoles no han generalizado el sistema de peaje. La respuesta no es fácil, pero posiblemente existen dos cuestiones a considerar, una económica y otra política: en primer lugar, la importancia económica del turismo en España; y, en segundo lugar el hecho de que en algunas regiones españolas no existe lo que podría denominarse una «cultura del peaje»¹⁹⁸, de modo que su instauración podría tener un coste electoral. Así las cosas, parece que la única solución lógica sería la implantación del sistema de viñeta o de euroviñeta. Lo cierto es que en España, donde se planteó hace

¹⁹⁷ *SCUT* significa «*Sem custo para o utilizador*». Como explican MACHO PÉREZ, ANA BELÉN; y MARCO PEÑAS, ESTER: «El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: Análisis de los criterios de Eurostat», en *Revista de Administración Pública* n.º 194, 2014, pág. 466, nota 100, Eurostat consideró, en principio, las autopistas *SCUT* como una CPP, en la que el ente privado se hacía cargo de la construcción, mantenimiento y explotación de la infraestructura, recibiendo en contrapartida pagos de la Administración por el sistema de peaje en sombra, de modo que si el tráfico disminuía también lo hacía la retribución del ente privado. Así pues, este asumía en mayor medida el riesgo de demanda. Al soportar el ente privado los riesgos de construcción y de demanda, se atribuyó la propiedad económica al ente privado y no se consideró inversión pública. Al convertirse más tarde las autopistas *SCUT* en autopistas de peaje electrónico, estas infraestructuras, antes calificadas como CPP, cambiaron, según el criterio de Eurostat, su consideración a concesión.

¹⁹⁸ VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA: «Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos», en GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (dir.), y BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL (coord.): *Observatorio de los contratos públicos 2011*. Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pág. 455, nota 358, se refiere a este aspecto cultural, cuando afirma que «en no pocos casos, la forma en que se conciben muchas de las fórmulas de contratos basados en la CPP...están favoreciendo un cambio en la percepción social del coste de los servicios e infraestructuras que influye en el abandono de la cultura del «gratis total» y en el arraigo del principio de repercusión del coste de los servicios y obras sobre quienes más se benefician por ellas». Añade que «supone una apuesta por abogar por el principio de equidad intergeneracional, pues el servicio o infraestructura no se financia con cargo al presupuesto actual sino que en la medida en que se conoce que la infraestructura va a tener una vida útil mucho más larga, se posibilita que sea quien la use a lo largo del tiempo quien vaya a asumir el pago por el uso que efectúa»

unos años por una entidad privada¹⁹⁹ la posibilidad de implantar este sistema, solo ha tenido hasta el momento una aplicación territorialmente muy limitada.

Este enfoque transnacional sugiere, además, otras cuestiones referentes al control externo, pues cabría preguntarse si las EFS de unos países integrados en el marco de la construcción progresiva de una unión económica y política deberían, al considerar en el ejercicio de su función de control la protección del interés general, tomar como referencia únicamente el interés nacional o extenderlo también al interés de la comunidad supranacional a la que los países en cuestión pertenecen. Un ejemplo de esta disyuntiva, puede ser el de la Unión Europea y, en concreto, dentro de ella, el de la Red Transeuropea de Transporte, cuya implementación ha sido vinculada estrechamente en los documentos comunitarios a la utilización de las CPP. En efecto, las EFS nacionales controlan, en el ejercicio de sus competencias fiscalizadoras, los tramos nacionales pertenecientes a la referida red, pero, en definitiva, tales tramos no dejan de quedar integrados en una red transnacional, con lo que el ejercicio de la actividad de control puede plantear algún dilema si hipotéticamente llega a producirse una contradicción entre el interés puramente nacional y el comunitario, lo que podría aconsejar la adopción de criterios para cohesionar ambos. No puede olvidarse al respecto que los operadores internos están también obligados a aplicar el Derecho comunitario.

8.5. El control de la calidad

El control de los mecanismos de calidad ofrece también interesantes perspectivas, no solo porque esta determina las prestaciones a satisfacer y por la relación que existe entre el cumplimiento de los niveles de calidad y las retribuciones del contratista²⁰⁰, sino principalmente porque en algunos ámbitos, como es el sanitario, la calidad de las prestaciones dispensadas puede tener una repercusión directa en un bien tan esencial como es la salud.

¹⁹⁹ En concreto por el Centro Español de Excelencia y Conocimiento de la Colaboración Público-Privada (CECOPP).

²⁰⁰ Ver BRUNETE DE LA LLAVE, MARÍA TERESA: «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (y II). Selección del socio privado y condiciones del contrato», en *Contratación Administrativa Práctica* n.º 97, 2010, págs. 52-54, y GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V.: *Colaboración público-privada e infraestructuras de transportes. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, cit., pág. 71.

En relación con ello, cabe señalar, en primer lugar, que la forma de retribución al concesionario puede tener una influencia en la calidad de las prestaciones dispensadas. En tal sentido, la retribución por acto médico puede inducir a incrementar la prestación innecesaria de servicios sanitarios, por lo que sería necesario evaluar posibles alternativas, tales como los pagos por estancias hospitalarias, por el tipo de enfermedad o por procesos asistenciales. Por su parte, la retribución fundamentada en la capitación puede incentivar prácticas tales como la opción por tratamientos de menor coste y la derivación de pacientes²⁰¹. Así las cosas, resulta preciso llevar a cabo el control de este aspecto, para comprobar que no se producen desviaciones significativas y prácticas indeseadas, todo ello desde la perspectiva de la garantía de una asistencia sanitaria acomodada a la *lex artis ad hoc* y a los conocimientos científicos existentes en un momento dado.

Pero, además, los hospitales gestionados por vía concesional forman parte de un sistema de salud integrado por equipamientos cuya gestión se lleva a cabo a través de diversas formas, entre ellas directamente por la Administración sanitaria. Pues bien, esta circunstancia no puede ser soslayada a la hora de ejercer el control, por cuanto puede producir efectos indeseados en la prestación de la asistencia. En efecto, estudios llevados a cabo sobre modelos concesionales en los que el concesionario asume la prestación de la asistencia sanitaria de carácter hospitalario e, incluso, la asistencia integral²⁰² en una determinada área de salud, sugieren la necesidad de incluir en los contratos cláusulas que impidan la selección de riesgos a través de la derivación de los usuarios que precisan tratamientos más costosos a los hospitales de gestión pública directa²⁰³.

En cualquier caso, en el ámbito sanitario y, especialmente, en el hospitalario, la evaluación a través de indicadores está significativamente desarrollada, de modo que estos pueden ser un instrumento útil a la hora de llevar a cabo la actividad controladora de la calidad de los servicios prestados²⁰⁴, si bien es cierto que, dentro de

²⁰¹ Ver sobre ello, VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ: *ob. cit.*, págs. 19-21.

²⁰² Atención primaria, ambulatoria y hospitalaria.

²⁰³ LÓPEZ CASANOVAS, GUILLEM, y LLANO SEÑORÍS, JUAN ERNESTO (edits.): *Colaboración público-privada en sanidad: el modelo Alzira*. Madrid, Fundación Gaspar Casal, 2017, pág. 25. También, VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ: *ob. cit.*, págs. 19-20.

²⁰⁴ En contraste con esta opinión, algún autor ha puesto de relieve que «estas muy lejos de haber conseguido una estandarización de los niveles de calidad exigibles a la prestación de los servicios públicos», lo que dificultaría la valoración

este marco general, pueden existir elementos más problemáticos, como es el de la adaptación de la atención prestada a los cambios tecnológicos.

9. TRES CONSIDERACIONES A MODO DE EPILOGO

A guisa de epílogo, finalizaré realizando tres consideraciones, de las que la primera de ellas atañe al desaparecido contrato español de CPP. Este contrato, como se ha señalado, fue establecido en 2007, para ser muy escasamente utilizado y desaparecer diez años después, pese a lo cual, a despecho de su parva utilidad práctica, ha sido objeto de una intensa atención doctrinal disonante con tan enteco uso, lo que no deja de ser una llamativa paradoja.

La segunda consideración concierne a la práctica del control externo sobre las diversas formas contractuales de CPP, en la que me parece que debería prestarse una especial atención a las fases de planificación y de evaluación, aun cuando para algunas EFS, como es la de España, ello puede verse dificultado por la circunstancia de que su actividad fiscalizadora sea *a posteriori*.

La tercera y última consideración concierne a la influencia de la Unión Europea en la legislación contractual de los países miembros, singularmente en los de estirpe latina. En tal sentido, debe repararse en que el esfuerzo de integración que significa la construcción de una unión económica y, a la postre, política, se traduce en la necesidad de cohonestar dos tradiciones jurídicas: la anglosajona y la continental²⁰⁵. Así las cosas, la adopción de esquemas de corte anglosajón, primero por la jurisprudencia comunitaria y, después, por las normas de Derecho derivado, acaba por introdu-

del riesgo de disponibilidad, como también resulta problemática la traslación del riesgo de demanda al colaborador privado dada la larga duración de las fórmulas contractuales de CPP. Ante la dificultad de que haya una auténtica asunción de estos riesgos por el colaborador privado, este autor concluye expresando que «así emerge con claridad que la contabilización del activo como no público deviene una pura ficción contable» (ver MÍGUEZ MACHO, LUIS: «Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público», en FERNÁNDEZ ACEVEDO, RAFAEL, y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (dirs.): *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2014, págs. 193-195).

²⁰⁵ Así lo viene a expresar también COSCULLUELA MONTANER, LUIS, en el Prólogo a HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *ob. cit.*, que además distingue, dentro de los ordenamientos jurídicos de carácter continental, los que se inspiran en el régimen administrativo de Francia y los que lo hacen en régimen de Alemania, que no contempla la figura del contrato administrativo (pág. 25).

cir en los países de tradición jurídica de corte continental elementos ajenos a aquella²⁰⁶ y que afectan en ocasiones a aspectos fundamentales, como es el servicio público. Lo sucedido, como se ha glosado, en España, en la última modificación de la legislación contractual, con la sustitución del criterio de la naturaleza de la prestación por el de la asunción del riesgo, así como la puesta en primer plano de la relación contractual por encima de la relación entre el prestador del servicio y el usuario, puede ser un ejemplo de ello. No niego que, en esa suerte de compromiso entre dos tradiciones jurídicas distintas, también el derecho de corte anglosajón haya experimentado transformaciones procedentes de la tradición jurídica continental, pero, a la postre, no son precisamente los países continentales quienes se aprestan a abandonar el barco, dejando en otros ordenamientos jurídicos daños colaterales de muy difícil, por no decir de imposible, reparación.

²⁰⁶ Así lo señala HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *ibid.*, que enfatiza «la dificultad de trasplantar esquemas del sistema jurídico británico a ordenamientos jurídicos contruidos sobre mimbres diferentes, que cuentan ya con sus propias soluciones» (pág. 42), añadiendo que la Unión Europea asumió los planteamientos británicos y los difundió desde los años noventa (pág. 528).

Los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

Mario Garcés Sanagustín

Interventor y Auditor del Estado

Inspector de Hacienda del Estado

RESUMEN

Tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, se han introducido importantes limitaciones cuantitativas y procedimentales a la categoría jurídica de los contratos menores, con la finalidad de reducir los posibles fraudes que su celebración ha podido provocar hasta este momento. El artículo propone una reflexión sobre la naturaleza de estos contratos y la finalidad que perseguían inicialmente, con el objetivo de formular un equilibrio entre los principios de simplificación administrativa y eficacia, y los principios de transparencia y lucha contra la corrupción. Adicionalmente, se destacan los principales cambios de régimen jurídico que se han establecido, así como las diferentes interpretaciones llevadas a cabo por los órganos consultivos de este país respecto al alcance material y temporal de la nueva regulación. Por último, y en línea con las modificaciones normativas recientes, se ha reforzado el régimen de publicidad y rendición de información de estos contratos, como pieza de cierre para facilitar el control interno y externo y para prestar información, en general, a los ciudadanos que la demandan.

PALABRAS CLAVE: contratos menores, concurrencia, fraccionamiento, expediente de contratación, publicidad.

ABSTRACT

The new Law of Contracts of the Public Sector includes several limitations, not only quantitative restrictions but also procedural rules, that affect the category of

the minor contracts, in order to reduce eventual deficiencies and to remove theoretical possibility to commit fraud. This scientific paper presents a analysis about the legal nature of these contracts and the purpose that this contractual type looked for at the beginning, with the main aim to conclude that it is necessary a balance between, on the one hand, administrative simplification and efficiency, and on the other, information transparency and fight against corruption. Additionally, this paper describes most important changes that the new Law has established, as well as the different interpretations formulated by the spanish consultative bodies regarding the material and temporary scope of the new regulation. Finally, in line with recent modifications, the new legal regime reinforces the transparency and information duties, in order to facilitate internal and external control and, anyway, to give information to the citizens who demand it.

KEYWORDS: *minor contracts, free concurrence, splitting of contracts, procurement record, transparency.*

1. INTRODUCCIÓN: LOS CONTRATOS MENORES, UNA CUESTIÓN NO MENOR

A lo largo de los últimos años se ha extendido cierto estigma en relación con la necesidad y la bondad de los contratos menores en nuestro sistema general de provisión de servicios públicos, toda vez que se ha conectado a este género de contratos la sospecha de fraccionamiento contractual o de clientelismo. No son atinadas las afirmaciones apriorísticas de este tipo, pues adulteran el origen y la finalidad misma de esta categoría de contratos. Los contratos menores surgieron en su momento con el objetivo natural de mejorar en la simplificación y agilización de aquellas actividades (obras, servicios y suministros) que, por razón de su importe, demandaban una gestión más rápida. El mismo límite cuantitativo de los contratos minoraba el riesgo de fraude o de daño, pues el contrato menor siempre ha estado vinculado a la cuantía de la prestación. No en vano, así se ha expresado recurrentemente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante, JCCA), de modo que, según el informe 13/1996, de 7 de marzo, por todos, la ordenación jurídica de los contratos menores tiene como objetivo «la simplificación del procedimiento jurídico administrativo de contratación».

Paradójicamente, de constituirse en una figura contractual fundamentada en razones de agilidad y presteza administrativa, hemos pasado a considerarla una especie de invitación a la corrupción, más por imaginario colectivo o por la existencia de algún pronunciamiento judicial, que por una razón empírica y objetiva. Es más, no faltan casos en que los contratos menores han sido con-

secuencia de las propias dificultades diamantes de la gestión presupuestaria en los últimos años, de modo que las restricciones, los acuerdos de no disponibilidad o, incluso, los ejercicios presupuestarios inferiores a un año o con presupuesto prorrogado han restringido al máximo la posibilidad de llevar a cabo una gestión ordinaria de los recursos económicos del presupuesto público. Así, muchas veces el contrato menor no surge de una voluntad mendaz del órgano de contratación sino de la pura necesidad, habida cuenta de cómo han ido avanzando las decisiones relativas a la aprobación del presupuesto y su ejecución. Nada es ajeno a la gestión pública del presupuesto y, menos, los tiempos del ciclo presupuestario y bien debería hacerse un análisis neutral de los costes y efectos que la heterodoxia del ciclo presupuestario ha provocado en nuestros gestores públicos en los últimos diez años.

El debate político previo a la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) gravitó en determinados momentos en torno a esta figura y en torno a sus aparentes abusos. La corrupción en la contratación pública, de manera general, no ha estado presente en el expediente administrativo sino que ha sido generada en el extrarradio del mismo, de modo que las grandes causas judiciales en las que se han detectado supuestos de prevaricación o cohecho, llevan a que existan pruebas de concertación en la elaboración del expediente administrativo o en su ejecución, circunstancia esta que, de manera general, no se advierte en los contratos menores. El debate político, empero, ha llevado a situar en el núcleo de la discusión la figura de los contratos menores, consecuencia, una vez más, de la ruptura de ciertos equilibrios que deben regir el funcionamiento de sistemas administrativos liberales.

De hecho, no sólo en este ámbito, sino en otros anudados a la gestión pública, la ruptura de los equilibrios está debilitando, si no paralizando el funcionamiento de determinados servicios. Es un equilibrio inestable que siempre ha existido entre la gestión y el control, entre las responsabilidades administrativas y las responsabilidades penales, que, a fuerza de no encontrar mecanismos de respuesta proporcionales, ha reventado la armonía misma del sistema. El hecho de que cualquier contravención, o al menos muchas de ellas, del ordenamiento jurídico contractual haya dado lugar a la exigencia de responsabilidades penales, ante hechos y circunstancias que anteriormente no la concitaban, demuestra que se ha producido un desplazamiento del vector judicial sobre el vector de corrección administrativa. Y en este punto hay que destacar, por

necesario, que las organizaciones se construyen sobre la base de equilibrios y no desequilibrios, y que lo que nació para dar agilidad a la provisión pública de bienes y servicios no puede convertirse automáticamente en una insinuación apodíctica de comisión de un delito. Recuperar el equilibrio y restablecer los contrapesos, incluso en la determinación del régimen de responsabilidades, se convierte en una necesidad urgente si aspiramos a mantener una organización y un funcionamiento eficaz y eficiente.

Inferir que, de manera general, los contratos menores se llevan a cabo deliberadamente con intención de orillar el procedimiento general de contratación, mediante un fraccionamiento torpe y consciente del objeto del contrato, es una falsedad. Porque, por un lado, existen contratos menores que por razón de su objeto e importe, y porque se concluyen en su plenitud en la misma ejecución sin que haya tracto sucesivo, no dan ni pueden dar lugar a ningún fraccionamiento. En segundo lugar, porque en ocasiones el contrato menor deriva de una falta de planificación temporal en la contratación o en las restricciones impuestas por el régimen de autorizaciones de los responsables de la gestión de la Hacienda pública en cada Administración, abocando en último extremo a esta técnica para salvar la continuidad de los servicios que se prestan o de los suministros que se proveen. Incluso hay supuestos en los que el fraccionamiento viene provocado por la imprevisibilidad de la existencia de recursos en anualidades diferentes, en los supuestos en que se financie con cargo a ayudas, determinadas obras, equipamientos o servicios (STSJ de Andalucía de Sevilla de 15 de octubre de 2001, en un supuesto en el que la obra se dividió en cuatro fases para adaptarlas a los programas de subvención finalista de una Diputación Provincial). Otro supuesto que ha provocado un reproche penal por el TS ha sido el de la condena a un alcalde, al Interventor y al arquitecto contratado sucesivamente con contratos menores, circunstancia esta que no ha sido única en una situación de congelación del proceso de incorporación de nuevos empleados públicos durante la crisis económica (STS de 1 de julio de 2015).

Solo en supuestos nítidos e irrefutables, cabe calificar la gestión de los contratos menores como fraudulenta, basada en el fraccionamiento consentido del objeto del contrato. A este fin, conviene invocar la doctrina del profesor MORENO MOLINA, según el cual la utilización abusiva del contrato menor viola flagrantemente los principios generales de la contratación administrativa de libre concurrencia, igualdad y no discriminación, violentando la jurisprudencia

comunitaria en la materia (sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen GMBH). Además, no debe ignorarse que el procedimiento usual de gestión de los contratos menores es a través del procedimiento de anticipo de Caja Fija, una técnica simplificada de gestión que, en consonancia con su objetivo, limita a la mínima expresión el expediente administrativo, cubriendo el trámite genéricamente con una mera factura. Y en relación con una posible planificación deficiente, qué decir tiene que en la base de la misma está otro debate de mayor envergadura como es el del correcto dimensionamiento de los servicios públicos, tanto en términos cuantitativos como en el plano cualitativo. La insuficiencia de medios personales y materiales en muchos centros de gestión, a consecuencia de la misma rigidez de la organización administrativa y de las dificultades de reposición de efectivos, es un aspecto que debería ser también valorado por los órganos de control, porque es raíz de muchos de los problemas que acucian a nuestra Administración. La grave desproporción de recursos que existen entre unas unidades y otras es una invitación, inconsciente, pero al fin y al cabo invitación, a que en muchos servicios no se lleven a cabo las funciones de la forma más adecuada y eficiente.

Por último, las incertidumbres generadas por la redacción del artículo 118 de la LCSP, con carácter previo a su entrada en vigor, provocaron que se incrementaran en el primer trimestre en muchas Administraciones Públicas hasta en un cincuenta por ciento la celebración de contratos menores. Una paradoja, sin duda, que allí donde se pretendía explorar vías para contrarrestar el efecto aparentemente nocivo de los contratos menores, por efecto legislativo de llamada, se haya concentrado un incremento significativo de contratos menores con carácter previo a que la LCSP surtiera sus consecuencias jurídicas plenas.

2. NATURALEZA Y OBJETO DE LOS CONTRATOS MENORES

El contrato menor, a la vista de lo establecido en el artículo 131 de la LCSP, es uno de los procedimientos de adjudicación de las Administraciones Públicas, a partir del cual podrá adjudicarse «directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118», precepto que regula de manera específica el expediente de contratación en contratos menores. Desde una mera perspectiva de técnica legislativa, no existen variaciones respecto

al artículo 138.3 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) que configuraba el contrato menor también como un procedimiento de adjudicación de las Administraciones Públicas y remitía al correlativo artículo 111 para definir los elementos determinantes del expediente de contratación.

Por su propia naturaleza, es un procedimiento ínsitamente extraordinario, basado en el importe, puesto que limita objetivamente las condiciones de libre concurrencia y publicidad que definen las licitaciones en el Derecho comunitario y nacional. No en vano, una de las novedades de la LCSP es su artículo 132, que más que una norma dispositiva, se antoja una declaración de principios, cuando proclama en su apartado segundo que «la contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios», para concluir en el apartado tercero que «los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguardia de la competencia». En un plano estrictamente doctrinal, recuérdese que los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, basados en fundamentos comunitarios (Sentencia de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89) y constitucionales, tienen carácter transversal y prevalecen sobre cualquier otra función propia de la contratación pública. De hecho, el Tribunal Supremo, en diversas sentencias (entre otras, STS de 22 de septiembre de 1988) ha venido a reconocer el carácter implícitamente normativo de estas reglas, y no un carácter sedicentemente interpretativo. Como técnica extraordinaria, y en línea con el pronunciamiento de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, la utilización del contrato menor debe ser objeto de una interpretación estricta, vinculada a su correcta calificación y a la exacta apreciación del presupuesto normativo expresamente contemplado y, por tanto, una fórmula eficaz para el órgano de contratación con independencia de la intencionalidad que pueda guiar sus actos. Una actuación administrativa contraria a literalidad y el ánimo de la norma es susceptible de ser calificada como fraude de ley, provocando la nulidad de pleno derecho por fraccionamiento irregular del contrato (Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 106/2000, de 25 de julio y del STSJ del País Vasco de 22 de septiembre de 2006).

Como resultado de las pulsiones políticas que concurrieron en el proceso de elaboración de la norma, la figura de los contratos menores ha experimentado importantes modificaciones que han llevado a la minoración del importe para la determinación del contrato menor, la limitación de su ámbito objetivo, y un aumento de las condiciones que debe reunir el expediente de contratación en estos contratos, amén de mayores exigencias de publicidad y transparencia. Desde este ángulo, no parece, por extraordinario, que con esta nueva configuración legal, se dé cumplimiento al compromiso expositivo del Preámbulo de la Ley cuando se invoca a la necesaria simplificación, con el fin de «imponer menos burocracia para los licitadores y mejor acceso para las PYMES. El proceso de licitación debe resultar más simple, con la idea de reducir las cargas administrativas de todos los operadores económicos intervinientes en este ámbito, beneficiando así tanto a los licitadores, como a los órganos de contratación». En lo que atañe a su entrada en vigor, la nueva regulación positiva de los contratos menores incorporada a la LCSP afectará a los que se celebren a partir del 9 de marzo de 2018, todo ello de conformidad con lo previsto en la disposición final decimosexta de la LCSP y según lo dispuesto en los artículos 2 y 5 del Código Civil.

A efectos de su delimitación, son contratos menores, a los efectos previstos en el artículo 118 de la LCSP, «los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal», de manera que, como primera conclusión, quedan limitados los contratos menores a los de obras, de suministro y de servicios y por un importe aproximadamente un veinte por ciento inferior al previsto en la legislación derogada, producto del debate político sobre la eventual fraudulencia de estos contratos y su limitación. Por otro lado, y como complemento al umbral cuantitativo, y a pesar de que no es un requisito expresamente recogido en la LCSP ni en las normas precedentes, los informes de las diferentes Juntas Consultivas y de los Órganos de control externo e interno, limitan el uso de esta figura a la cobertura de necesidades esporádicas, puntuales, concretas, definidas o urgentes.

Hay una excepción general al modelo de definición por razón de importe de los contratos menores y son las normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y a la suscripción a publicaciones, previstas en la disposición adicional novena de la

LCSP, a tenor de cuyo apartado primero «La suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, y en la medida en que resulten imprescindibles, la contratación de los servicios necesarios para la adquisición o la contratación citadas anteriormente, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en esta ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago. El abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevista en las condiciones que fijen estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o a la realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado». Esta singularidad encuentra razón en las especialidades de este tipo de mercado, que acaba convirtiendo a las Administraciones en meros suscriptores de un cuasi-contrato de adhesión, fundamentalmente en el caso de bases de datos extranjeras. Excepciones diferentes por naturaleza y objeto contiene el artículo 131.3 de la LCSP para los contratos de servicios sanitarios de urgencia, y el artículo 310 de la LCSP para los contratos que tengan por objeto la prestación de actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración o cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad, siempre que dichas actividades se realicen por personas físicas, en cuyo caso para acreditar la existencia del contrato basta la designación o nombramiento por autoridad competente. Se mantiene, asimismo, el supuesto de la disposición adicional segunda de la LCSP por el que en los municipios de población inferior a 5.000 habitantes es competencia del Pleno autorizar la redacción y licitación de proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra cuyo periodo de ejecución exceda al de un presupuesto anual, siempre que estas sean susceptibles de utilización separada en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas.

Una de las novedades que introduce el párrafo segundo del apartado primero del artículo 118 de la LCSP es que para la tramitación del expediente se ha de exigir «el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato», además de los requisitos tradicionales de aprobación del gasto e incorporación

al expediente de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de la LCSP establecen. En lo atinente al informe, un asunto que se ha suscitado en el proceso de implementación de la norma, es a qué órgano corresponde la emisión del citado informe. De manera indubitada, el artículo 118 de la LCSP se refiere genéricamente al órgano de contratación, referencia que debe entenderse realizada al titular del mismo (Informe 42/2017 de la JCCPE sobre interpretación del artículo 118.3 de la LCSP). En el escrito de consulta, el Ayuntamiento requiere opinión del órgano consultivo para dilucidar si cabe que el informe de necesidad del órgano de contratación lo emita la concejalía proponente del gasto pues, a entender del consultante, «resulta contrario a un racional principio de eficacia y simplificación administrativa que en cada contrato menor deba un Alcalde informar la necesidad de la contratación, y, por ejemplo, a nivel estatal, un Ministro, un Secretario de Estado o un Subsecretario». La JCCPE concluye afirmando que el informe de necesidad irremediabilmente debe ir firmado por el titular del órgano de contratación, sea cual sea este, salvo que dicha competencia haya sido delegada en los términos legalmente establecidos. En puridad normativa, es un supuesto equivalente al del artículo 116 de la LCSP, donde la competencia se atribuye de manera expresa, frente a otros supuestos como los previstos en el artículo 146.1 b) de la LCSP, en los que se alude explícitamente a los servicios dependientes del órgano de contratación. Como adición a esta consulta, la JCCPE concluye señalando asimismo que el informe de necesidad debe tener un contenido sustantivo y propio, sin que se pueda sustituir por un mero acuerdo de inicio, toda vez que se tratan de figuras diferentes. En todo caso, el informe del órgano de contratación debe incluir la justificación de la externalización por no contar con medios propios personales o materiales, el interés público que respalda dicha necesidad y el que dicho interés no pueda satisfacerse con ningún otro contrato en vigor (Recomendación 1/2018, de 11 de abril, de la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno Vasco).

En cambio, la opinión anterior es modulada en el Informe 1/2018, de 11 de abril, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva LCSP, de resultas del cual «el artículo 118.1 exige el informe del órgano de contratación motivando la necesidad, la literal alusión a informe parece presumir que se pueda efectuar por los servicios dependientes del órgano de contratación, puesto que las facultades que normalmente competen al órgano de adjudicación

son de carácter decisorio y no informativo o justificativo, sin perjuicio de que en todo caso sus relaciones deban ser motivadas. /.../ Los mencionados trámites pueden cumplimentarse en el expediente mediante la inclusión de diferentes documentos o bien acumularse en dos o en uno solo, considerando si las nuevas justificaciones exigidas en la tramitación del expediente del contrato menor se sustentasen en un único documento o resolución debería ir firmado por el órgano de contratación, sin perjuicio de la aplicación de las normas de delegación o desconcentración de competencias que procedan».

Por lo que respecta a los requisitos de la factura, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en su artículo 72, contiene como elementos preceptivos mínimos el número y, en su caso, serie; nombre y apellido o denominación social, número de identificación fiscal y domicilio del expedidor; órgano que celebra el contrato, con identificación de su dirección y del número de identificación fiscal; descripción del objeto del contrato, con descripción del servicio a que vaya destinado; precio del contrato; lugar y fecha de su emisión; y firma del funcionario que acredite la recepción. Se exceptúan aquellos suministros o servicios cuya prestación se acredite en el tráfico mercantil con el correspondiente comprobante o recibo, en el que han de constar al menos la identidad de la empresa que lo emite, el objeto de la prestación, la fecha, el importe y la conformidad del servicio competente con la prestación recibida.

En el contrato menor de obra, y por aplicación del apartado segundo del artículo 118 de la LCSP, deberá añadirse el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra en los términos previstos en el artículo 235 de la LCSP: «Antes de la aprobación del proyecto, cuando el presupuesto base de licitación del contrato de obras sea igual o superior a 500.000 euros, IVA excluido, los órganos de contratación deberán solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto. La responsabilidad por la aplicación incorrecta de las mismas en los diferentes estudios y cálculos se regirá de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 231 de la presente Ley. En los proyectos de presupuesto base de

licitación inferior al señalado, el informe tendrá carácter facultativo, salvo que se traten de obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra en cuyo caso el informe de supervisión será igualmente preceptivo».

El perfeccionamiento del contrato de obras se produce con la adjudicación, sin que en este extremo haya ninguna novedad, como se infiere a contrario de lo establecido en el artículo 36.1 de la LCSP, habida cuenta que no se les aplica lo dispuesto en los artículos 150 y 151 de la LCSP y no requieren de formalización ya que su existencia queda acreditada con la documentación descrita en el artículo 118 de la LCSP. La resolución y notificación se efectúa por medios electrónicos al amparo de lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la misma LCSP. Adicionalmente, se mantiene la limitación en el plazo de duración de los contratos menores que también establecía el TRLCSP, en cuanto que no podrá tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga, así como la exención de constitución de garantía, por razones de simplificación y agilidad.

3. LA POLÉMICA DEL ARTÍCULO 118.3 DE LA LCSP

La aplicación del apartado tercero del artículo 118 de la LCSP ha dado lugar a importantes incertidumbres aplicativas, que, al menos, ponen en evidencia la necesidad de que en una inmediata reforma se ponga fin a esta situación. De acuerdo con el citado apartado: «En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168 a).2.». Sobre este extremo, ha habido pronunciamientos contradictorios de la JCCPE, en sus informes 41/2017 y 42/2017, de 2 de marzo de 2018 y el dictamen 3/2018, de 13 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (en adelante, JCCAA). A este debate se han sumado sucesivos pronunciamientos de otros órganos consultivos de otras Comunidades Autónomas. Por ordenar el análisis, se pasa, en primer lugar, a exponer la tesis de la JCCPE para dar luego paso a la explicación del órgano consultivo aragonés, que ha dado pie a informes similares en otros territorios:

A) De acuerdo con la doctrina de la JCCPE, el expediente propio de la contratación de los contratos menores debe justificar la concurrencia de dos circunstancias:

- por un lado, que el objeto del contrato no se modifica de forma fraudulenta, de modo que aquel se mantiene incólume a los efectos de evitar un indebido fraccionamiento del contrato cuya finalidad sea prescindir de la aplicación de las reglas generales de la contratación pública. Tal efecto es el propio de la fragmentación artificiosa del contrato con el fin de cumplir con los umbrales que permiten acudir al contrato menor, obviando injustificadamente la aplicación de las reglas sobre publicidad y requisitos para contratar en los contratos de cuantía superior.
- que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido.

Y es en este punto donde saltan todas las dudas, ya que una interpretación literal de esta condición llevaría a la conclusión de que, una vez realizado un contrato menor por un contratista, éste ya no podría volver a ejecutar otro contrato menor si con ello supera el límite definido en el precepto sin que, por otro lado, la ley limite el periodo o el tipo de contrato a que se refiere la citada limitación. Por esta razón, la JCCPE recurre al artículo 3.1 del Código Civil para interpretar el texto y «bajo esta premisa parece claro que la interpretación separada de los dos requisitos que cita el precepto conduce al absurdo, /.../ de modo que procedería considerar ambas condiciones como cumulativas y conectadas con un fin último coincidente. Como hemos visto, tal fin es precisamente la proscripción de la división arbitraria del contrato con la finalidad de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor, lo que resulta plenamente congruente con el contenido de la segunda condición que venimos tratando en la medida en que la forma habitual de fraude consiste, en este caso, en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto exactamente, esto es, refiriéndose a un contrato que debió ser tratado como una unidad tanto en el aspecto económico como en el aspecto jurídico». En consecuencia, y a juicio de la JCCPE, la LCSP no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta

del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma.

La exigencia de que el contratista no haya suscrito más contratos menores que indiviso o conjuntamente superen el umbral establecido debe interpretarse de modo que lo que la norma impide no es que se celebren otros contratos menores por el mismo operador económico sin límite alguno, sino que la conducta prohibida y que, por consecuencia, debe ser objeto de la necesaria justificación, consiste en que se celebren sucesivos contratos cuyas prestaciones constituyan una unidad y cuya fragmentación resulte injustificada en dos supuestos: bien por haber existido un previo contrato de cuantía superior al umbral y que, sin embargo, se desgaja sin motivo en otros contratos menores posteriores con prestaciones que debieron formar parte del primer contrato, o bien porque esto se haga fraccionando indebidamente el objeto en sucesivos contratos menores.

Por lo que hace al límite temporal, y según el parecer de la JCC-PE, debe ser el que la propia LCSP establece en el artículo 29 respecto a la duración de los contratos menores. De esta manera, por encima de este periodo de un año, la prevención que se establece en la norma resultaría inaplicable fuera de los supuestos en que, a pesar del tiempo transcurrido, existiese un auténtico fraude. Bajo este criterio, si la separación entre los contratos menores excede de un año, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una mayor justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor. Asimismo, cabe señalar que este plazo debe contarse desde el momento de la aprobación del gasto a que se alude en el mismo artículo 118 de la LCSP.

B) En sentido contrario, la JCCAA, así como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid (Informe 1/2018, de 11 de abril) y en la misma línea la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno vasco (Recomendación 1/2018, de 11 de abril), considera que la interpretación jurídica que ha de darse al ámbito objetivo de la regla de incompatibilidad es la de considerar que la limitación cuantitativa descrita opera respecto de contratos menores de la misma tipología —obras, servicios y suministros— que pre-

tendan adjudicarse de forma sucesiva: «Esta Junta considera que la regla de la incompatibilidad que establece el artículo 118.3 debe operar respecto de anteriores contratos menores de la misma tipología que aquél que pretenda adjudicarse de manera sucesiva. Es decir, respectivamente entre los contratos de obras, o de servicios, o de suministros anteriormente adjudicados respecto al concreto contrato de obras, o de servicios o de suministros que pretendan adjudicarse. Puede presumirse que el objetivo de la nueva regulación de los contratos menores es prevenir su utilización para la cobertura de necesidades periódicas o recurrentes, que podrían satisfacerse mediante otros procedimientos de contratación si la necesaria planificación fuese adecuada. Esto está en línea con los pronunciamientos de diversos órganos consultivos o de control externo que, como el Tribunal de Cuentas en su informe número 1151/2016, de 27 de abril de 2016, de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, ejercicio 2013, recalca que no pueden utilizarse los contratos menores para atender necesidades periódicas y previsibles. El carácter recurrente de la necesidad se plasmará en objetos de los contratos idénticos o al menos similares, por lo que tiene pleno sentido que los límites cuantitativos para evitar ese uso abusivo de la contratación menor se apliquen separadamente para cada tipo contractual».

La conclusión se alcanza, en suma, al entender que las nuevas justificaciones que exige el precepto se conectan no sólo con la prohibición de fraccionar los contratos, en particular, cuando se adjudican de forma sucesiva, lo que obliga a las entidades contratantes a realizar una adecuada labor de planificación, sino también con la finalidad de promover la concurrencia y participación de los operadores económicos, y en consecuencia, restringir el recurso a la adjudicación directa, más allá de la articulación de otros mecanismos ágiles de contratación que introduzca la nueva LCSP, con garantías de concurrencia frente al régimen de adjudicación directa.

Finalmente, y por lo que se refiere al periodo temporal de la prohibición de no superar las cuantías del contrato menor con un mismo empresario, «la incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el artículo 118 subsistirá durante el ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores ad-

judicados con anterioridad». Otra solución, de acuerdo siempre con la opinión de la JCCAA, resultaría sumamente compleja en orden a controlar todos los contratos menores suscritos a una fecha dada, al no estar referidos a un periodo común a todos ellos, y no se atendería a la regla general de programación de la actividad de contratación pública por parte de las entidades del sector público.

De manera prácticamente unánime los órganos consultivos territoriales se han decantado por la posición de la JCCA, que se antoja la solución más cabal, pero ante la antinomia interpretativa que se presenta, el legislador haría bien en modificar la regulación para evitar esta confusión.

Por último, el apartado tercero del artículo 118 de la LCSP, finaliza diciendo: «El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla». Son dos reglas las que recoge el párrafo (justificar que no se altera el objeto del contrato para evitar las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores con el mismo órgano de contratación en los términos antedichos). Este control se recomienda por parte de la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno Vasco que se recoja en una memoria final firmada por el mencionado órgano de contratación, o bien en el informe inicial tras la verificación de ambos aspectos, con indicación de que el objeto social de la empresa o bien la actividad económica de la persona física contratista, se corresponden con el objeto del contrato.

4. PUBLICIDAD Y RENDICIÓN DE INFORMACIÓN. EL REGISTRO DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Tras la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, se incorporó por primera vez, en el artículo 8.1, la obligación de publicar, como deber activo de transparencia, la información relativa a todos los contratos, incluyendo lógicamente a los contratos menores. En general, la obligación contenida en la letra a) del apartado primero del artículo 8 abarcaba la información integral de todos los contratos: objeto, duración, importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contratos, con

dos particularidades que afectaban y afectan a los contratos menores: por un lado, la publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente y, de otra parte, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

La nueva LCSP acentúa el factor de la transparencia, como una técnica inapelable de disuasión de conductas indebidas y de rendición social y política de cuentas, introduciendo una regulación más exhaustiva del perfil del contratante, atribuyendo a esta herramienta un papel determinante como instrumento orientado a la publicidad de las distintas fases del procedimiento de contratación pública. Si el apartado primero del artículo 63 de la LCSP ordena funcionalmente el perfil con el objetivo de garantizar la máxima difusión y accesibilidad de la información registrada, el apartado cuarto del citado artículo contiene una previsión expresa sobre los contratos menores que no existía con anterioridad. Por un lado, en su primer párrafo, establece que «La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario». Constituyen novedades de la nueva Ley, la inclusión del impuesto indirecto en la información a suministrar, así como la ordenación de los contratos por identidad de adjudicatario. Ciertamente era que, para organizaciones administrativas con un volumen grande de recursos, la identificación y control de los contratos menores se antojaba difícil si la información no contenía un patrón de orden y localización, por agrupación, del adjudicatario. De este modo, la información se presenta completa y ordenada por adjudicatarios, circunstancia esta que facilita el control de esta categoría contractual.

No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado cuarto del artículo 63 de la LCSP, establece una excepción: «Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores». Además de las dificultades que encierra, por sí misma, la operatoria del anticipo de caja fija

en cuanto a la celebración de contratos menores, este apartado se refiere al valor estimado, que, con arreglo al artículo 101 de la LCSP, es el importe total pagadero excluido el IVA, e incluyendo cualquier opción eventual, las prórrogas y modificaciones. Así pues, en nueva contradicción interna de la norma, en el mismo párrafo el legislador hace uso de dos paradigmas de valor diferentes, pues en el primer párrafo hace referencia al importe de adjudicación, IVA incluido, para en el segundo párrafo exceptuar a los contratos menores por importe inferior a 5.000 euros, excluyendo el IVA.

En correspondencia con lo previsto en el anterior precepto, el artículo 335 contiene la regulación del deber jurídico de remisión de información contractual al Tribunal de Cuentas, a cuyo fin el párrafo tercero del apartado primero de la citada norma contiene una regla singular para los contratos menores: «Además, se remitirá una relación del resto de contratos celebrados incluyendo los contratos menores, excepto aquellos que siendo su importe inferior a cinco mil euros se satisfagan a través del sistema de anticipo de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, donde se consignará la identidad del adjudicatario, el objeto del contrato y su cuantía. Dichas relaciones se ordenarán por adjudicatario. Esta remisión podrá realizarse directamente por vía electrónica por la Plataforma de Contratación donde tenga ubicado su perfil del contratante el correspondiente órgano de contratación». Véase una vez más que para simplificar y facilitar las tareas de control, se ha impuesto la exigencia de que se ordene por adjudicatario, lo que reduce considerablemente el esfuerzo de ordenación de la información que se requería hasta este momento y, todo ello, con la excepción de los contratos menores atendidos por el procedimiento de anticipo de caja fija por importe inferior a 5.000 euros. Fíjese que en este caso, la norma se refiere a «importe» y no a valor estimado, lo que supone una discordancia con la regulación del artículo 63.

Para completar el perímetro de publicidad, el artículo 346 de la LCSP impone una nueva obligación de comunicación al Registro de Contratos del Sector Público de los contratos menores, con la excepción prevista en el párrafo tercero del apartado tercero de dicha disposición, a tenor de la cual «se exceptuarán de la comunicación señalada en este apartado los contratos excluidos por la presente Ley y aquellos cuyo precio fuera inferior a cinco mil euros, IVA incluido, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema

similar para realizar pagos menores. En el resto de contratos inferiores a cinco mil euros, deberá comunicarse el órgano de contratación, denominación u objeto del contrato, adjudicatario, número o código identificativo o del contrato e importe final». Al contrario de los artículos precedentes, en este caso la LCSP especifica que, en el importe, se incluye el impuesto indirecto.

La publicidad y transparencia de la información a suministrar en los contratos menores es, indubitadamente, una pieza de cierre del modelo, en orden a facilitar el control interno y externo, pero, y no menos importante, permite acceder a esa información a unos ciudadanos que, cada vez más, demandan conocimiento de la gestión adecuada de los recursos públicos. Si además la información se presenta ordenada, contribuye a que la rendición de cuentas sea más eficaz y que no existan obstáculos para poder aprehender el caudal de información que la gestión pública ocasiona.

La acreditación de la solvencia por medios externos

Javier Tena Ruiz

Interventor - Tesorero de la Administración Local

Coordinador del Proyecto CSP

www.contratosdelsectorpublico.es

RESUMEN

Con carácter general, las personas naturales o jurídicas que quieran contratar con el sector público, ya sean españolas o extranjeras, deberán acreditar su aptitud, es decir, deben tener capacidad de obrar, no estar incursas en prohibición de contratar y deben acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en su caso, encontrarse debidamente clasificadas.

A efectos de su cumplimiento, la norma prevé la posibilidad de que los licitadores puedan basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan, siempre que se dispongan efectivamente de ella y que la entidad a la que se recurra no esté incursa en prohibición de contratar.

Cuando el licitador se base en las capacidades de otros empresarios es libre de escoger el tipo de relación jurídica y el medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esa relación jurídica, si bien, no sirven las meras declaraciones de parte.

En todo caso, la integración de solvencia con medios externos no debe asociarse indisolublemente a la subcontratación, dado que ésta última requiere la existencia de un contrato por medio del cual el adjudicatario encarga a un tercero la realización de una determinada prestación, lo que no se produce cuando estamos ante suministros o servicios auxiliares que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal.

PALABRAS CLAVE: aptitud, capacidad, solvencia, integración, subcontratación.

ABSTRACT

Normally, a natural or legal person can contract with the public sector, either Spanish or foreign enterprise, and it should provide to the contracting authorities its capacity to perform, not being bound by any circumstance in a prohibition on contracting, ensuring that it possess the necessary economic and financial capacity and, in the case, being properly registered.

For the purpose of compliance, the Law stipulates the possibility that the tenderers can rely on the capacities and resources of another entities, regardless of the legal nature of the links which it has with them, it shall always prove to the contracting authority that it will have at its disposal the resources necessary and those entities are not bound by any circumstance in a prohibition on contracting.

When the tenderer relies on the capacities of other entities, it is free to choose the legal relationship and the evidence that shows a commitment by those entities to that effect, while, it cannot be accepted only the self-declarations.

In any case, the integration of economic and financial capacities with external resources should not be understood as a subcontracting, where the successful tenderer orders works, supplies or services to a third entity through a contract, but when the order is about different parts and they are objectively not separable with respect to the main subject of the contract..

KEYWORDS: *aptitude, capacity, solvency, integration, subcontracting.*

1. MARCO CONCEPTUAL**a. La aptitud para contratar**

Las personas naturales o jurídicas que quieran contratar con el sector público, ya sean españolas o extranjeras, deberán acreditar su aptitud, es decir, deben tener capacidad de obrar, no estar incurso en prohibición de contratar y acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, encontrarse debidamente clasificadas. Asimismo, resulta necesario que acrediten contar con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato (artículo 65, en relación con el 74, de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público).

b. Medios de acreditación de la solvencia

Al efecto de garantizar los principios de publicidad, igualdad y transparencia, los requisitos mínimos de solvencia que debe reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mis-

mos, se especificarán en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y se indicarán en el anuncio de licitación, debiendo en todo caso estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo.

El artículo 86 de la Ley 9/2017 prevé que, con carácter general, la solvencia económica y financiera y técnica o profesional para un contrato se acredite mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación, de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la Ley. Asimismo, dado que la aportación de estos documentos permite la obtención de la clasificación de los empresarios, ésta posibilita la acreditación de su solvencia para la celebración de contratos del mismo tipo e importe que aquellos para los que se haya obtenido y para cuya celebración no se exija estar en posesión de la misma.

Esta regla general de acreditación tiene dos singularidades:

a) Para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada (SARA), en los que el órgano de contratación, además de los documentos a los que se refiere el párrafo primero del artículo 86, podrá admitir de forma justificada otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 87 a 91.

b) En relación a la acreditación de la solvencia económico-financiera, y siempre que por una razón válida el operador económico licitador no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, supuesto en que la norma le autoriza a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.

Finalmente, la nueva Ley 9/2017 ha previsto que, para los contratos de concesión de obras y concesiones de servicios, en los que puedan identificarse sucesivas fases en su ejecución que requieran medios y capacidades distintas, los PCAP podrán diferenciar requisitos de solvencia, distintos para las sucesivas fases del contrato, pudiendo los licitadores acreditar dicha solvencia con anterioridad al inicio de la ejecución de cada una de las fases.

En todo caso, cuando los empresarios se acojan a esta posibilidad y no acrediten su solvencia antes del inicio de la ejecución de la correspondiente fase, se resolverá el contrato por causas imputables al empresario.

c. Excepciones a la posibilidad de exigir la acreditación de la solvencia

A pesar de que el tenor literal de los artículos 74 y 86 de Ley 9/2017, parecen establecer como requisito «*sine qua non*» la acreditación de la solvencia para resultar adjudicatario de contratos con el sector público, cuando llegamos a la lectura del artículo 92, vemos que se abre la puerta a que reglamentariamente pueda eximirse tal exigencia, para aquellos contratos cuyo importe no supere un determinado umbral.

Dicha posibilidad se había materializado con la anterior norma a través del artículo 11 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en los términos regulados por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del RGLCAP, que prevé y fija el umbral de exención en los siguientes términos:

«5. Salvo que en los pliegos del contrato se establezca de modo expreso su exigencia, los licitadores o candidatos estarán exentos de los requisitos de acreditación de la solvencia económica y financiera y de acreditación de la solvencia técnica y profesional para los contratos de obras cuyo valor estimado no exceda de 80.000 euros y para los contratos de los demás tipos cuyo valor estimado no exceda de 35.000 euros».

Así, por tanto, salvo que en los PCAP se indique otra cosa, en los contratos cuyo valor estimado no exceda de 80.000 € para obras y de 35.000 € para los demás tipos de contratos, los licitadores estarán exentos de acreditar los requisitos de solvencia, lo que, en todo caso, no significa que no deban disponer de la misma.

Si observamos las cuantías, las mismas resultan coincidentes con las que la nueva norma fija para el procedimiento simplificado «sumario», en su artículo 159, de ahí que en el referido procedimiento se concrete la exención en los términos anteriormente referidos.

2. INTEGRACIÓN DE SOLVENCIA CON MEDIOS DE TERCEROS

2.a. Concepto

De lo visto hasta ahora, con carácter general, resulta necesario que los licitadores cuenten con aptitud para contratar con el sector público, y así lo acrediten, salvo en los supuestos excepcionales. Pues bien, el artículo 75 de la Ley 9/2017 habilita la posibilidad de

que los licitadores puedan basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestren que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrán efectivamente de esa solvencia y medios.

Se trata de una posibilidad habilitada expresamente por la norma, no siendo preciso, por tanto, su previsión en los PCAP para que pueda utilizarse por los operadores económicos. Lo que a sensu contrario significa, como ha interpretado el OARC de Euskadi en su resolución 91/2017, que el silencio de los pliegos no puede ser considerado como una prohibición que impida acudir a esta fórmula legalmente establecida, sino que la posibilidad de acreditar la solvencia con medios externos debe ser siempre admitida, al contemplarlo expresamente el artículo 75 de la Ley 9/2017, cuyo origen se encuentra en el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE

Si los empresarios concurren agrupados en uniones temporales (UTE), en los términos del artículo 69 de la Ley 9/2017, estos pueden acreditar su solvencia acumulativamente, teniendo en cuenta a todos los componentes de la UTE, pero además, también podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la UTE. Así lo ha previsto expresamente el artículo 75 de la Ley 9/2017, que sigue el criterio marcado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 10 de octubre de 2013 (Asunto c-94/12), que establecía:

«Luego debe admitirse, en principio, que para acreditar su clasificación los licitadores que concurren en UTE no solo pueden completar su clasificación y solvencia acumulativamente teniendo en cuenta la de todos los componentes de la UTE, sino que incluso pueden recurrir la de los empresarios con los que pretenden subcontratar la prestación.»

En todo caso, como nos recuerda el TACRC en su resolución 690/2015, resulta preciso que todas las entidades que integran la UTE cumplan los requisitos mínimos del solvencia, dado que su responsabilidad es solidaria e ilimitada, sin perjuicio de que pueda acreditarse a través de la integración, en caso de que alguna de las empresas que forman la UTE no alcance las condiciones mínimas de solvencia técnica, económica y financiera exigidas, lo cual presupone la existencia de solvencia, aunque insuficiente. En la referida resolución se establece que

«si tenemos en cuenta que los requisitos de solvencia técnica y económica tienen por objeto garantizar, prima facie, el buen fin del contrato, así como asegurar inicialmente que el futuro adjudicatario está en condiciones de hacer frente a las responsabilidades de todo orden que se deriven del mismo, obviamente todas las empresas que formen parte de una UTE

deben cumplir los requisitos mínimos de solvencia técnica y económica, habida cuenta de la responsabilidad solidaria que, para el cumplimiento de sus obligaciones, establece la Ley.

(...) Por tanto, es precisamente esa constitución en Unión Temporal de Empresas, así como el régimen legal de responsabilidad de dicha Unión, la que exige que todas las integrantes de una UTE acrediten el cumplimiento de al menos algún requisito mínimo de solvencia, pues en caso contrario, se estaría privando a la Administración de poder dirigirse de forma indistinta a cualquiera de las partes, haciendo inoperante esa responsabilidad solidaria.

Noveno. Por último, debe indicarse que la conclusión expuesta no se ve desvirtuada por la resolución 624/2013 citada por la recurrente. Señalábamos en la citada resolución que «En consecuencia, de acuerdo con el criterio expuesto, aunque alguna de las empresas que integran la UTE no alcance las condiciones mínimas de solvencia técnica, económica y financiera exigidas en el pliego, —como sostiene la resolución impugnada en el supuesto aquí examinado— deberá procederse a la acumulación de la solvencia de las empresas que forman la UTE, de forma que si su sumatorio o acumulación alcanza los niveles requeridos en el PCP deberá entenderse que la UTE alcanza la solvencia exigida en el pliego.»

Por lo tanto, la misma sería en su caso aplicable a aquellos supuestos en que es necesaria una cierta integración de la solvencia; en palabras de la citada resolución, al caso en que alguna de las empresas que integran la UTE no alcance las condiciones mínimas de solvencia técnica, económica y financiera exigidas en el pliego, lo cual presupone la existencia de solvencia, aunque insuficiente, pero no a aquellos casos en que una de las empresas que constituyen la UTE carezca total y absolutamente de solvencia técnica o profesional, como es el caso que nos ocupa».

En cualquier caso, debe quedar claro que cuando la solvencia se acredita con los medios de otra empresa integrante de la UTE, no nos encontramos ante en el supuesto de acreditación con medios externos a que hace referencia el artículo 75. (Informe 2/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón).

Para concluir, la norma limita la posibilidad de integración con medios de terceros a la solvencia, es decir, no resulta posible integrar la capacidad o la habilitación profesional, como nos recuerda el OARC de Euskadi en su resolución 77/2018 en los siguientes términos

«No es posible integrar un requisito de aptitud legal como la habilitación, porque tales requisitos son personalísimos, del mismo modo que no cabe la integración de, por ejemplo, la ausencia de prohibiciones de contratar».

2.b. Límites a la integración de solvencia

Los primeros límites a la integración de solvencia con medios externos provienen de la propia redacción del artículo 75, que requiere la disposición efectiva durante toda la ejecución del contrato de los medios que hemos integrado en nuestra solvencia; pero la norma esta trufada de requisitos o límites para la integración de la solvencia con medios externos, entre los cuales queremos destacar los siguientes:

2.b.1. Limitaciones a la prohibición de contratar

El artículo 75 prevé que la entidad a la que se recurra para acreditar la solvencia no puede estar incurso en una prohibición de contratar. El cumplimiento de este requisito exige que, al presentar la proposición por el licitador, la entidad que facilita los medios declare el cumplimiento de esta circunstancia, lo que lleva aparejada la necesidad de que presente una Declaración Europea Única de Contratación (DEUC), o declaración que la sustituya, en la que ponga de manifiesto que dispone de los medios de solvencia que va a facilitar al licitador para participar en el procedimiento y, además, que no se encuentra incurso en prohibición de contratar (artículo 140.1.c de la Ley 9/2017).

2.b.2. Títulos de estudios y profesionales

La Ley 9/2017 establece también un límite a la integración de solvencia cuando esta se refiere a los títulos de estudios y profesionales, a los que hace referencia el artículo 90.1.e) de la Ley 9/2017, o a la experiencia profesional pertinente, en el sentido de que las empresas únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades, si estas van a ejecutar las obras o prestar los servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades.

2.b.3. Limitaciones propias de la solvencia económico-financiera

Como tercera limitación, la norma prevé la posibilidad de vincular al cedente de la solvencia con la posterior ejecución del contrato. En este sentido, el artículo 75 de la Ley 9/2017, prevé que cuando una empresa recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán exigir (a través de los PCAP) formas de responsabilidad conjunta entre aquella enti-

dad y la cedente en la ejecución del contrato, responsabilidad que incluso puede llegar a tener carácter solidario.

2.b.4. Ejecución de trabajos directamente por el adjudicatario

Finalmente, la norma regula una limitación de forma indirecta. Así, en el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios, o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el correspondiente pliego con indicación de los trabajos a los que se refiera.

En estos casos, dado que se trata de partes de los trabajos que deben ser ejecutadas directamente por el adjudicatario, no cabe la posibilidad de integrar la solvencia con medios ajenos, en particular, respecto de aquellas prestaciones que se vinculen a títulos de estudios y profesionales, o a la experiencia profesional pertinente, puesto que en este último caso, únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar los servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades, circunstancia que resulta incompatible con la ejecución de los trabajos directamente por el adjudicatario.

Una variante de esta limitación, vinculada a la ejecución del contrato y su configuración como indivisible, la encontramos en la sentencia del TJUE de 4 de mayo de 2017. El referido Tribunal estima que, cuando un poder adjudicador considera que un contrato es indivisible y que debe ser ejecutado por un única entidad, los operadores económicos no pueden basarse en las capacidades de otra entidad, a efectos de sumar los conocimientos y la experiencia de dos entidades que, individualmente, no disponen de las capacidades solicitadas para la ejecución del contrato. Así, en la referida sentencia el TJUE concluye que:

«54 Por consiguiente, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial planteada que el artículo 44 de la Directiva 2004/18, en relación con el artículo 48, apartado 2, letra a), de esta Directiva y con el principio de igualdad de trato de los operadores económicos recogido en el artículo 2 de ésta, debe interpretarse en el sentido de que no permite a un operador económico basarse en las capacidades de otra entidad, a efectos del ar-

título 48, apartado 3, de la mencionada Directiva, sumando los conocimientos y la experiencia de dos entidades que, individualmente, no disponen de las capacidades solicitadas para la ejecución de un determinado contrato, en caso de que el poder adjudicador considere que el contrato de que se trata es indivisible, en el sentido de que debe ser realizado por un único operador; y que dicha exclusión de la posibilidad de basarse en las experiencias de distintos operadores económicos esté relacionada y sea proporcionada al objeto del contrato en cuestión, que, por tanto, debe ser realizado por un único operador.»

Idéntica respuesta merece la posibilidad de basarse en medios de otra empresa para cumplir las normas de gestión de calidad y medioambientales, dado que, al referirse a aspectos propios e intrínsecos de la organización y funcionamiento de una empresa, no cabe suplir su falta con los certificados de otras empresas, aún cuando pertenezcan al mismo grupo. Esta línea es la seguida por el TACP de Madrid en sus resoluciones 153/2018 y 230/2016, en cuya primera resolución se puede leer que

«los certificados acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental sólo garantizan esta circunstancia respecto de la empresa y la actividad de ésta para las cuales se han expedido. De manera que por la propia naturaleza del criterio debe ser acreditado por cada empresa, puesto que el cumplimiento de las normas de garantía de calidad es una circunstancia individual y exclusiva que no puede trasladarse de una a otra empresa, como podría ocurrir con otros elementos de la actividad empresarial, por ello que no cabe aplicar el artículo 63 del TRLCSP relativo a la integración de la solvencia con medios externos.»

2.c. Formas de acreditación de la integración de solvencia

Siguiendo el criterio marcado por el TJUE, en sentencias como la dictada el 14 de enero de 2016 en el asunto C-234/14, el licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios para la ejecución de un contrato es libre de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con ellos y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esa relación jurídica.

En esta línea, no resulta ajustado a la norma que un poder adjudicador pueda, a través de su previsión en los PCAP, imponer a un licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios la obligación de suscribir con éstos un convenio de colaboración, o bien, de constituir con ellos una sociedad colectiva.

En todo caso, cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, debe demostrar ante al órgano de contratación que va a disponer de los recursos necesarios, a cuyo efecto deberá presentar el compromiso por escrito de ambas entidades, si bien, dicha presentación se efectuará por el licitador que hubiera presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 9/2017, previo requerimiento cumplimentado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 150 de la citada ley, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 140 del mismo texto legal.

Así, una simple declaración de quien se presenta como representante de su empresa matriz, no permite tener por suficientemente justificada la efectiva disponibilidad de los medios de esa otra sociedad, como nos recuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su resolución 393/2016, en la que se puede leer

«(...) forzoso será concluir en que la documentación aportada por Polytech Domilens, S.L. resulta insuficiente para acreditar su solvencia. Y ello no ya solo por cuanto la simple declaración de quien se presenta como representante de su empresa matriz no permita tener por suficientemente justificada la efectiva disponibilidad de los medios de esa otra sociedad, sino además, y muy especialmente, por la circunstancia de ser en este caso los medios acreditativos de la solvencia elementos íntimamente vinculados a la propia empresa, al venir referidos, en cuanto a la solvencia técnica, a la experiencia acreditada mediante los suministros realizados en ejercicios anteriores, aspecto que no puede justificarse por la experiencia de otra empresa distinta, máxime cuando, en contra del principio que ya hemos apuntado, el propio licitador no acredita una mínima solvencia propia, remitiéndose íntegramente a la correspondiente a la sociedad alemana de la que es filial. Y lo mismo cabe decir, a mayor abundamiento, y aunque no se cuestione por el recurrente por la falta de información ya resaltada, en cuanto a la solvencia económica y financiera, que no puede justificarse simplemente a través del contenido de las cuentas anuales de la sociedad matriz (ello siempre además en la mejor de las hipótesis para este licitador; esto es, teniendo por cierta esta condición, sobre la que, conviene puntualizar, más allá de la declaración presentada en tal sentido y del indicio que supone la coincidencia en la denominación social, no se aporta documentación justificativa)».

En la misma línea, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía, en su resolución 151/2017, puso de manifiesto que, para la admisión de la acreditación de la solvencia me-

diante medios externos o ajenos, no es suficiente la pertenencia a un mismo grupo empresarial, a pesar de que ambas empresas tengan en común la pertenencia a unos mismos socios o dueños, ya que lo determinante es que se acredite la efectiva disposición de los medios externos para la ejecución del presente contrato. El mismo Tribunal, en su resolución 280/2017, consideró que la aportación de las cuentas consolidadas de otra empresa que no es la adjudicataria, aunque sea del mismo grupo empresarial y socio único de la adjudicataria, no es suficiente, debiendo acompañar cualquier documento probatorio que permita constatar la integración de la solvencia económica exigida y la disponibilidad efectiva de esos medios para la ejecución del contrato. Así, esta última resolución establecía que

« (...) la mera aportación de las cuentas consolidadas de 2015 de otra empresa que no es la adjudicataria, por mucho que se trate del socio único de esta y de sociedad dominante de un grupo de sociedades, tenía que haber ido acompañada de cualquier documento probatorio que permitiera constatar la integración de la solvencia económica exigida, lo que no consta que se haya efectuado y sin que, una vez transcurrido el plazo de subsanación concedido, pueda ya conferirse nuevo plazo a tal fin.

Al respecto, el artículo 63 del TRLCSP regula la integración de la solvencia con medios externos, pero establece, como condición necesaria para que la misma opere, que el licitador que acuda a completar su solvencia con medios de otras entidades demuestre la disponibilidad efectiva de esos medios para la ejecución del contrato. De ahí que el apartado 6.3 del PCAP establezca que «(...)En este caso, deberá aportarse certificado emitido por el órgano de dirección de la empresa que preste la citada solvencia, acreditativo de tal circunstancia y copia del documento que, asimismo, acredite el vínculo entre dicha empresa y el/ la licitador/a (...)».

Asimismo, hemos de indicar que si bien la jurisprudencia europea (v.g. la Sentencia del TJUE, de 14 de enero de 2016, dictada en el asunto C-234/14) acoge una interpretación amplia en cuanto al modo elegido por los operadores económicos para probar la integración de su solvencia, exige que, en todo caso, quede demostrada la disponibilidad efectiva de los medios necesarios para la ejecución del contrato. »

La acreditación tampoco se satisface con una simple declaración, sino que debe llevar aparejada la posibilidad real de utilizar los medios que, perteneciendo a otra entidad, se aportan al contrato. Dicha acreditación resulta exigible incluso en el caso de las filia-

les, como nos recuerda el TACP de Madrid en su resolución 164/2017, en la que establece que

«La posibilidad de acreditar tanto la solvencia como la adscripción de medios al contrato que constituye un plus de solvencia, como ha señalado este Tribunal de forma reiterada, tiene por objeto garantizar que las licitadoras tienen la capacidad para ejecutar tanto económica como técnicamente las prestaciones objeto del contrato, bien por sí mismas, bien mediante la aportación de los medios de sus filiales o empresas terceras. Pero esta posibilidad obviamente no se satisface mediante un mero formalismo consistente en una declaración al respecto sino que debe llevar aparejada la posibilidad real de utilizar los medios, técnicos, económicos o profesionales, que aun perteneciendo a otra entidad se aportan para la ejecución del contrato. Esta posibilidad real se traduce en el caso de filiales en la estructura de dependencia de la filial respecto de la principal, con lo que a la postre los medios exigidos de forma indirecta son de la empresa principal o mediante cualquier documento que acredite su efectiva disponibilidad en el caso de terceras empresas como contratos o compromisos de arrendamiento, puesta a disposición o semejantes».

Finalmente cabe indicar que, como medio de acreditación, no resultan válidas las cartas de apoyo financiero, como pone de manifiesto el TACRC en sus resoluciones 152/2013 y 11/2012, dado que estas cartas, incluso aunque sean del grupo, no suponen la asunción de ninguna obligación concreta.

2.d. ¿Qué tipo de solvencia se puede integrar con medios de terceros?

El artículo 75 de la Ley 9/2017 prevé que, para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades. La nueva ley contempla específicamente, en su apartado tercero, la posibilidad de recurrir a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera. Por tanto, se puede acreditar cualquier tipo de solvencia a través de medios de terceros, es decir, tanto la solvencia económica financiera como la técnica o profesional.

En todo caso, a diferencia de lo que sucede con la posibilidad de acreditación de la solvencia técnica y profesional mediante medios externos, que aparece prevista en el apartado 1.b) de los artículos 88, 89 y 90 de la LCSP, que regulan los medios que permiten acreditar la solvencia para cada tipo de contrato (obras, suministros y

servicios), no sucede lo mismo con la solvencia económica y financiera, si bien como hemos visto es una posibilidad que se regula expresamente y con carácter general en el artículo 75 TRLCSP.

En esta línea se había manifestado la Audiencia Nacional incluso con la antigua norma. Así, en su sentencia de fecha 25 de febrero de 2015, ya consideraba posible la integración de solvencia con medios externos tanto en lo que se refería la solvencia económica y financiera, como a la técnica y a la profesional, incluida en ésta última la experiencia.

Como pone de manifiesto la referida sentencia, el origen de la indicada regulación se encuentra, entre otras, en la STJCE de 14 de abril de 1994 (C-389/92), conforme a la cual

«puede aspirar a la adjudicación de contratos públicos de obras no sólo una persona física o jurídica que ejecute por sí misma tales obras, sino también una persona que las ejecute por medio de agencias o sucursales o que tenga acceso a técnicos o a organismos técnicos externos o, también, una asociación de contratistas, cualquiera que sea su forma jurídica; siempre que» efectivamente [tenga] a su disposición los medios de estas últimas que sean necesarios para la ejecución de los contratos'. Doctrina reiterada por la STJCE de 18 de diciembre de 1997 (C- 5/97), 2 de diciembre de 1999 (C- 176/98), y también por la de 18 de marzo de 2004 (C- 314/01), que sostiene que es «posible que un prestador que, de por sí, no cumple los requisitos mínimos exigidos para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios invoque ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que tiene previsto recurrir si se le adjudica el contrato».

Sobre esta base, la SAN de fecha 25 de febrero de 2015 concluyó que

«operadores económicos» pueden alegar la experiencia profesional de otras entidades, si bien únicamente cuando estas últimas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los que sean necesarias dichas capacidades. En esta línea de interpretación amplia también cabe citar la SAN (59 de 16 de marzo de 2011 (Rec. 71/2010) o la más reciente SAN (39 de 4 de noviembre de 2013 (Rec 444/2012).

La Sala concluye, por lo expuesto, que la Directiva Comunitaria al regular la integración de la solvencia por medios externos, se refiere tanto a la solvencia económica y financiera, como a la técnica y a la profesional, incluida en esta última la experiencia. Tal y como se infiere de la evolución de la jurisprudencia comunitaria y de la actual redacción de la Directiva 2014/24/CE, en la que se hace expresa mención a la «experiencia profesional».

Como vemos, este criterio del alcance amplio de la solvencia que puede integrarse con medios externos, haciendo referencia tanto a la solvencia económico financiera como a la técnica, se venía admitiendo por la jurisprudencia, tanto nacional como europea, y finalmente se ha visto plasmada en la regulación actual, si bien, como nos recuerda el TACP de Aragón en su resolución 2/2018, se pueden establecer límites en atención a la especial naturaleza de las prestaciones del contrato, pudiéndose prever en los PCAP que, respecto de dichas partes especiales de la prestación, si se considera como una condición intrínseca y personalísima que debe concurrir en el licitador, no sea posible acreditar la solvencia mediante medios externos.

3. DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES: INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA CON MEDIOS DE TERCEROS VS SUBCONTRATACIÓN

La subcontratación se regula en el artículo 215 de la Ley 9/2017, conforme al cual, el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) (contratos reservados) y e) (cuando en los pliegos se determinen tareas críticas que no pueden ser objeto de subcontratación) del apartado 2.º del referido artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el adjudicatario.

En todo caso, los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los PCAP o documento descriptivo y a los términos del contrato, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral a que se refiere el artículo 201.

Debemos comenzar indicando que no toda integración de solvencia con medios de terceros debe dar lugar o llevarnos obligatoriamente a una subcontratación, y ello sin perjuicio de que finalmente esta se pueda producir. En este sentido se manifiesta el TARC Andalucía en su resolución 237/2015, conforme a la cual

«En este sentido, nada hay que objetar al órgano de contratación por la forma en que ha optado para configurar la solvencia técnica, toda vez que el artículo 63 del TRLCSP prevé la integración de la solvencia con medios externos, al establecer «para acreditar la solvencia necesaria para

celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.³ De esta forma el órgano de contratación ha considerado adecuado que los licitadores puedan acreditar la solvencia, al referirse a los medios personales, tanto con aquellos con los que tenga un vínculo de naturaleza laboral, como con aquellos otros con los que tenga un contrato de arrendamiento de servicios, pudiendo conformarse de esa forma los medios que cada licitadora pondrá a disposición del órgano de contratación para la ejecución del contrato.

(...) De lo anterior se infiere que, con carácter general el TRLCSP, a la hora de acreditar la solvencia en los términos previstos en su artículo 63, prevé que el licitador pueda integrar la misma con medios externos de otras entidades, ello con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios. Asimismo, el TRLCSP también prevé, con carácter general, que se pueda acudir a la figura de la subcontratación, con las excepciones anteriormente apuntadas. En este sentido, si bien la acreditación de la solvencia con medios externos no tendrá necesariamente que implicar subcontratación en la ejecución del contrato en los términos del artículo 227 del TRLCSP, que duda cabe que también puede dar lugar a que se subcontrate parte del objeto del mismo, por eso no se aprecia la contradicción alegada.

Por tanto, se ha de separar la acreditación de la solvencia con medios de terceros de la figura de la subcontratación. Así, conforme nos recuerda el TARCCYL en su Acuerdo 8/2014, la subcontratación no introduce la figura de una tercera parte en el contrato principal, dado que los efectos del subcontrato tienen que ser asumidos frente a la Administración directa y únicamente por el contratista. El Acuerdo puntualiza, expresamente, que no existe subcontratación cuando el prestador del servicio recurre a medios ajenos para acreditar su propia solvencia, siempre que pruebe que efectivamente dispone de ellos. Así, en el referido Acuerdo, con cita de la resolución 187/2012 del TACRC, se indica que:

«El subcontratista, aunque es un tercero para la Administración, no introduce la figura de una tercera parte en el contrato principal, en el que sólo existen dos partes en relación, y los efectos del subcontrato tienen que ser asumidos frente a la Administración directa y únicamente por el contratista, como actos de los que debe responsabilizarse». Tal y como señala la Resolución 187/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos

Contractuales (en adelante TACRC), «la prohibición de subcontratar impide al adjudicatario encomendar a terceros la realización de algunas de las prestaciones que integran el contrato, pero en absoluto supone una prohibición de utilizar instalaciones de terceros, siempre que, en este último caso, la ejecución del contrato siga estando a cargo del adjudicatario».(...) Por todo ello, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, debe concluirse que está prohibida la subcontratación en el procedimiento, pero la oferta contenida en el documento Anexo 2 T-Systems CGI socio (en el que se prevé que «las que se aportan son aplicaciones TAO, propiedad de T-Systems», y que «CGI está autorizada a ofertar dichas aplicaciones y a que el Ayuntamiento reciba a través de CGI nuestro servicio de mantenimiento durante la vigencia del contrato»), no puede considerarse como subcontratación. A este respecto, el TRLCSP prevé la posibilidad de recurrir a los medios de un tercero para acreditar la propia solvencia. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de diciembre de 2009 —Host Italia— permite que para probar que el licitador reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en una licitación, el prestador se refiera a las capacidades y medios ajenos sin límites, siempre que pruebe que efectivamente dispone de ellos».

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, no podemos olvidar el criterio manifestado por el TJUE en su sentencia de fecha 7 de abril de 2016, Asunto C-324/2014, en el que pone de manifiesto que la posibilidad de integrar la solvencia con medios externos es un derecho que puede ser limitado por el poder adjudicador, en particular, cuando las capacidades de que dispone una tercera entidad, necesarias para la ejecución del contrato, no pueden ser transmitidas al candidato o al licitador, de modo que éste sólo puede basarse en tales capacidades si dicha entidad tercera participa directa y personalmente en la ejecución del citado contrato, lo que nos acerca en estos casos a la necesidad de acudir a la subcontratación. Así, en la referida sentencia se establece que

«Además, no puede excluirse que, en circunstancias particulares, habida cuenta de la naturaleza y de los objetivos de un contrato determinado, las capacidades de que dispone una entidad tercera, y que son necesarias para la ejecución de un contrato, no puedan transmitirse al licitador. Por consiguiente, en tales circunstancias, el licitador únicamente puede basarse en esas capacidades si la entidad tercera participa directa y personalmente en la ejecución del contrato de que se trata.

(...) 49 Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones primera a tercera, quinta y sexta que los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, en relación

con el artículo 44, apartado 2, de esta Directiva, deben interpretarse en el sentido de que:

— reconocen el derecho de todo operador económico a basarse, en relación con un determinado contrato, en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza de los vínculos que tenga con ellas, siempre que se demuestre al poder adjudicador que el candidato o el licitador dispondrá efectivamente de los medios de tales entidades necesarios para la ejecución de dicho contrato;

— no se excluye que el ejercicio del citado derecho pueda ser limitado, en circunstancias particulares, habida cuenta del objeto del contrato de que se trate y de la finalidad perseguida por éste. Así sucede en particular cuando las capacidades de que dispone una entidad tercera, necesarias para la ejecución del contrato, no pueden ser transmitidas al candidato o al licitador, de modo que éste sólo puede basarse en tales capacidades si dicha entidad tercera participa directa y personalmente en la ejecución del citado contrato»

En esta línea, la JCCA Aragón en su informe 2/2018, nos recuerda que la subcontratación solo se puede producir en fase de ejecución, siendo únicamente el contratista responsable de ésta frente a la Administración, mientras que la figura de la integración de solvencia por medios externos ampara una «suerte de subcontratación en fase de solvencia», sin olvidar que en este supuesto se trata de completar la solvencia, es decir, la capacidad para contratar con la Administración y por ello, en este caso, esos medios externos pasan a formar parte del concepto de «operador económico» que contrata con la Administración y por ello deben estar integrados en el contrato. Así, en el referido informe se puede leer que

«(...) en el Informe 23/2013 se abordó precisamente la diferencia conceptual entre subcontratación e integración de solvencia con medios externos, señalando que cuando se habla de subcontratación nos situamos siempre en fase de ejecución, siendo responsable de ésta frente a la Administración, únicamente el contratista; siendo diferente la figura de la integración de solvencia por medios externos que ampara una «suerte de subcontratación en fase de solvencia», sin olvidar que en este supuesto se trata de completar la solvencia, es decir, la capacidad para contratar con la administración y por ello en este caso esos medios externos deben formar parte del contrato, ya que constituyen junto al licitador, el contratista de la Administración.

Por eso para dar respuesta a la cuestión planteada debemos reiterar expresamente el siguiente contenido del mencionado informe 23/2013: «La incorporación de estos medios al contrato fue expresamente afirmadas en el informe 1/2010. No puede ser de otro modo, porque si no la

Administración contrataría con un operador económico no solvente. Y de ahí que en este caso a diferencia de lo expuesto sobre la subcontratación en fase de ejecución- la Administración pueda exigir, para garantizar esa disponibilidad durante la ejecución, que el tercero que completa la solvencia se incorpore como parte del contrato.»:

De modo que es precisamente esta proyección que debe de tener la integración de la solvencia en la configuración del elemento subjetivo del contrato, uno de los elementos que permiten separar y distinguir las figuras de la integración de la solvencia con medios externos de la subcontratación en la ejecución.»

Por tanto, cabe considerar que nos encontraremos ante una subcontratación cuando exista un contrato mediante el cual, el operador jurídico adjudicatario de un contrato, encargado de realizar una determinada prestación, encarga, a su vez, la realización de parte de la misma a un tercero. No estaremos por tanto, ante una subcontratación cuando se produzca una contratación de suministros o servicios auxiliares que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal. En este sentido se ha alineado el TACP de la Comunidad de Madrid en su resolución 133/2018, en la que se establece que

«(...) El subcontrato no está definido en el Derecho Positivo. El diccionario de la RAE define la subcontratación como «contrato que una empresa hace a otra para que realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera». Es decir, que para que exista un subcontrato se requiere la existencia de un contrato previo mediante el cual, una concreta prestación, se asigna para su ejecución por quien luego se subcontrata. En coherencia con lo anterior, una definición jurídica del concepto de subcontratación debe suponer una relación de dependencia con el contrato que puede llamarse principal, como señalábamos en nuestra Resolución 243/2017. De esta forma podría definirse el subcontrato como el contrato mediante el cual el sujeto de derecho que ha recibido el encargo de realizar una determinada prestación, encarga, a su vez, la realización de parte de la misma a un tercero.

En este caso la interpretación que efectúa la recurrente de la oferta de la adjudicataria no es correcta desde el punto de vista de su literalidad. En efecto parece entender la recurrente que en la oferta se propone la subcontratación de toda la actividad de limpieza de cristales en altura, lo que sería obviamente incompatible con la prohibición de subcontratación establecida en el PCAP. Sin embargo no es este el contenido de la oferta. Efectivamente se indica en la misma que dicha limpieza se efectuará mediante pértiga de carbono con sistema de pulverización por spray, que

no es sino un medio técnico auxiliar para proceder a la limpieza, luego cuando la oferta hace referencia a «otros medios auxiliares propiedad de Lacera para limpieza de cristales en altura» debe entenderse que se trata de medios técnicos análogos a dicha pértiga, como podrían ser arneses, andamios, productos de limpieza específicos y otros semejantes.

Lo mismo cabe señalar respecto de la elaboración de un plan específico de seguridad y evaluación de riesgos laborales que con frecuencia se elaboran por empresas externas especializadas y que no constituyendo una prestación específica del objeto del contrato cabe encomendar a un tercero, sin que ello suponga subcontratación. Debe por tanto desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.»

4. CONCLUSIONES

— Las personas naturales o jurídicas que quieran contratar con el sector público, ya sean españolas o extranjeras, deberán acreditar su aptitud, es decir, deben tener capacidad de obrar, no estar incursas en prohibición de contratar y deben acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, encontrarse debidamente clasificadas.

— Salvo que en los PCAP se indique otra cosa, por aplicación del artículo 92 de la Ley 9/2017, en relación con el artículo 11 del RGLCAP, en los contratos cuyo valor estimado no exceda de 80.000 € para obras y de 35.000 € para los demás tipos de contratos, los licitadores estarán exentos de acreditar los requisitos de solvencia.

— El artículo 75 de la Ley 9/2017, tanto para la solvencia económica financiera, como para la técnica y profesional, habilita la posibilidad de que los licitadores puedan basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que:

- a) Demuestren que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrán efectivamente de esa solvencia y medios.
- b) La entidad a la que se recurra para acreditar la solvencia no esté incursa en una prohibición de contratar.
- c) Si se refiere a los títulos de estudios y profesionales o a la experiencia profesional pertinente, únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades, si estas van a ejecutar las obras o prestar los servicios.

d) Si se refiere a criterios relativos a la solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán exigir formas de responsabilidad conjunta entre el adjudicatario y el cedente en la ejecución del contrato

e) No se exija que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutados directamente por el propio licitador.

— El licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios para la ejecución de un contrato es libre de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con ellos y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esa relación jurídica, sin que sirvan las meras declaraciones de parte, siendo necesario presentar el compromiso por escrito de ambas entidades.

— Nos encontraremos ante una subcontratación cuando exista un contrato mediante el cual, el operador jurídico adjudicatario de un contrato, encargado de realizar una determinada prestación, encarga, a su vez, la realización de parte de la misma a un tercero. No estaremos ante una subcontratación cuando se produzca una contratación de suministros o servicios auxiliares que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal

Madrid, Julio de 2018

Fraccionamiento regular e irregular del objeto del contrato

Javier Vázquez Garranzo

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

Abogado de la CAIB

RESUMEN

El presente trabajo trata de abordar dos cuestiones relacionadas con el objeto del contrato: su fraccionamiento para eludir la aplicación de ciertas normas, y la división en lotes para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos.

PALABRAS CLAVE: contrato, objeto, fraccionamiento, división, lotes.

ABSTRACT

This article intends to expose two issues related to the object of a public contract: the fractionation not allowed of the object of the contract to avoid certain rules, and the division into lots of the object of the contract to favor participation of small and medium companies.

KEYWORDS: *contract, object, splitting, division, batches.*

ÍNDICE

1. **Introducción: el objeto del contrato.** 1.1. Concepto y caracteres. 1.2. No alteración del objeto del contrato: justificación y órgano responsable. 1.3. Clases de fraccionamiento.—2. **Fraccionamiento irregular.** 2.1. Introducción. 2.2. Evolución normativa y delimitación. 2.3. Las posibles consecuencias penales.—3. **Fraccionamiento regular o permitido: división en lotes.** 3.1. La regla tradicional: no división en lotes. 3.2. Nueva regla general: división en lotes. 3.3. La

decisión de dividir o no en lotes: naturaleza jurídica y motivos que justifican la no división en lotes. 3.4. Limitaciones a la división en lotes. 3.5.- Posibilidad de adjudicación de más de un lote: oferta integradora. 3.6. Cada lote, un contrato.—4. **A modo de conclusión y reflexión final.**

1. INTRODUCCIÓN: EL OBJETO DEL CONTRATO

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), respecto al objeto del contrato establece, entre otras, dos reglas claras —en su enunciado, pero no en su aplicación práctica— que pretendemos analizar, dada la evidente conexión entre las mismas. Por un lado, que no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. Por otro, que siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes.

Precisamente, una de las principales novedades de la Ley 9/2017 es el cambio en la regulación sobre la división en lotes del objeto del contrato. Al respecto, el preámbulo de la ley se refiere a ciertas medidas de apoyo a las PYMES entre las cuales destaca que «se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos (invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas);....».

1.1. Concepto y caracteres

La correcta determinación o definición del objeto del contrato permite asegurar la existencia de una causa real, una necesidad a cubrir, en la contratación pública, y comprobar la correspondencia entre la necesidad puesta de manifiesto y el objeto del contrato que pretende cubrir la misma.

La importancia del objeto del contrato es tal, que determina que los contratos típicos de la LCSP se definan por el mismo. De

este modo, los contratos de obras, tienen por objeto la ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I de la LCSP; o la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra (art. 13); la concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones del contrato de obras, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio (art. 14); el contrato de concesión de servicios tiene por objeto la encomienda a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, de la gestión de un servicio cuya prestación sea de titularidad o competencia del poder adjudicador encomendante, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio (art. 15); los contratos de suministro tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles (art. 16); los contratos de servicios tienen por objeto prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario (art. 17); y, finalmente, es un contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase (art. 18).

Obviamente, para el análisis del fraccionamiento del contrato o su división en lotes, resulta imprescindible, previamente, señalar que el objeto del contrato, regulado fundamentalmente en el artículo 99 LCSP, debe ser determinado¹ y su precio cierto. La LCSP, adicionalmente, incorpora como novedad la referencia a que el objeto del contrato «se podrá definir en atención a las necesidades o

¹ La determinación del objeto es una exigencia general de todos los contratos: «El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación de la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes» (artículo 1273 del Código Civil).

funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten».

Pero además de determinado², pueden destacarse las siguientes características o requisitos que debe cumplir el objeto de un contrato:

a) El objeto del contrato debe ser completo³ (arts. 99.1 y 116.2 LCSP).

Esta exigencia deriva de la propia naturaleza de la contratación pública y los fines a que sirve (satisfacción de necesidades públicas). Esta «completitud» se debe entender vinculada a la aptitud para que el conjunto de prestaciones que integran el objeto puedan cumplir por sí mismas una función económica o técnica, cubriendo las necesidades del órgano de contratación⁴. Se puede entender por completo un objeto del contrato cuando es susceptible de ser entregado al uso general o al servicio correspondiente⁵.

Al respecto, el artículo 116.2 de la LCSP establece que «el expediente deberá referirse a la totalidad del objeto del contrato, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 7 del artículo 99 para los contratos adjudicados por lotes».

El Informe de la Intervención General de la Administración del Estado de 22 de diciembre de 2008 recalca que «el objeto del contrato ha de estar determinado y ser completo en el sentido de que tiene que abarcar todos los elementos o prestaciones a reali-

² SOLER MIFSUD en «El fraccionamiento del objeto de los contratos en la Administración Local: nociones generales de la división en lotes. El fraccionamiento indebido del objeto del contrato». Auditoría Pública n.º 70 (2017), pp. 109-114.

³ Informe 1/2017, de 1 de febrero, la JCCA de Aragón que afirma que el objeto del contrato ha de ser determinado y completo.

⁴ Informe n.º 1/2017, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

⁵ La STS de 15 de febrero de 1984, en relación con el principio de unidad de obra previsto en el art. 21 de la antigua Ley de Contratos del Estado; y la Recomendación 1/2011 de la JCCA Aragón, definen obra completa como «las susceptibles de ser entregadas al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ulteriores ampliaciones de que posteriormente puedan ser objeto».

zar por el contratista que permitan satisfacer la necesidad concreta o el fin concreto del servicio público que motiva su contratación, de manera que si dichas prestaciones se contrataran de manera independiente, sí nos encontraríamos ante un fraccionamiento del contrato». O en palabras del informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 23 de marzo de 2010 «lo relevante para determinar si hay o no fraccionamiento no es que las prestaciones que se contratan sean similares entre sí, sino que tales prestaciones se agrupen o no en torno a una misma unidad funcional, de tal forma que si tales prestaciones están estructuradas en favor de una misma finalidad deben contratarse conjuntamente».

b) El objeto del contrato debe responder adecuadamente a los principios que rigen la contratación pública, permitiendo su plena aplicación⁶.

Como es sabido, el artículo 1 de la LCSP establece que la contratación del sector público debe ajustarse «a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa».

c) El objeto del contrato debe ser definido en la fase preparatoria.

Así, el artículo 28 LCSP exige, para todos los contratos del sector público, que su documentación preparatoria determine con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas. Igualmente, el artículo 35, al regular el contenido mínimo del contrato, establece que los documentos en los que se formalicen los contratos que celebren las entidades del sector público, salvo que ya se encuentren

⁶ Informe n.º 1/2017, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

recogidas en los pliegos⁷, deberán incluir, necesariamente, entre otras menciones, la definición del objeto y tipo del contrato, teniendo en cuenta en la definición del objeto las consideraciones sociales, ambientales y de innovación.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su acuerdo 84/2015, de 10 de agosto, concluye indicando que el objeto del contrato «son las obligaciones que él crea, y esas obligaciones, a su vez, tienen por objeto prestaciones (sea de dar cosas, de hacer o de no hacer) que constituyen el objeto de la ejecución del contrato. Esta es la razón de que todas las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público tengan la obligación de determinar y dar a conocer de forma clara las prestaciones que serán objeto de adjudicación. Cualquier acepción genérica o confusa, comporta para el licitador inseguridad jurídica».

En fin, el objeto del contrato puede definirse como «un conjunto de prestaciones destinadas a cumplir por sí mismas una función económica o técnica, cubriendo las necesidades del órgano de contratación, la necesidad de su determinación responde al cumplimiento de los principios de transparencia, fomento de la concurrencia, pero también de eficacia y eficiencia»⁸.

1.2. No alteración del objeto del contrato: justificación y órgano responsable

La figura del contrato menor está relacionada con el fraccionamiento irregular del objeto del contrato ya que podría utilizarse —de hecho se ha utilizado y utiliza— para eludir las normas sobre publicidad y procedimientos de adjudicación. En otras palabras, el fraccionamiento indebido del objeto del contrato utilizando la figura del contrato menor constituye una práctica habitual para evitar la aplicación de los principios básicos de la contratación pública. Ya el informe anual del Tribunal de Cuentas sobre la gestión del Sector Público Estatal, correspondiente al ejercicio de 1998, ponía de manifiesto la tendencia al uso generalizado de la figura de los contratos menores de consultoría, asistencia y de servicios, detectando

⁷ En cuanto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, dispone el artículo 67.2 RGLCAP, que deberán contener con carácter general para todo tipo de contratos dicha «definición del objeto del contrato».

⁸ Acuerdo 44/2012 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

prácticas fraudulentas, en el sentido de fraccionar artificialmente el objeto del contrato con objeto de disminuir la cuantía del mismo, eludiéndose así los requisitos de publicidad, el procedimiento y la forma de adjudicación que correspondan⁹.

El artículo 118¹⁰ de la LCSP establece el régimen jurídico de los contratos menores y, de forma expresa, en su apartado 3 exige que:

a) En el expediente se justifique que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación. De esta forma, el artículo 118.3 expresa, que en el expediente debe motivarse la no alteración del objeto del contrato, de acuerdo con los principios que rigen la contratación pública a los que nos referíamos antes.

El objetivo y finalidad es evitar que el órgano de contratación eluda las normas generales establecidas mediante el fraccionamiento

⁹ Resolución de la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con el Tribunal de Cuentas de 22 de mayo de 2001, BOE núm. 207, de 29 de agosto de 2001, apartado II.7.1.4.4, pp. 133-134. Más recientemente, el Tribunal de Cuentas en su informe de 13 de enero de 2017 (Resolución de 15 de marzo de 2017, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con Informe de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales, ejercicio 2014 y 2015. BOE núm. 107, de 5 de mayo de 2017, apartado II.2.2, pág. 50) indica que «se han observado supuestos en los que, por las circunstancias concurrentes en los expedientes de contratación, existen indicios de haberse producido un posible fraccionamiento del objeto del contrato, ya que se trata de contratos menores de servicios y de suministro con el mismo objeto, o vinculados entre sí por una misma finalidad —adjudicados en la mayor parte de los casos a la misma empresa—, y cuyo importe conjunto supera el límite máximo cuantitativo previsto en el TRLCSP. En estos supuestos, a la vista del carácter reiterado y previsible de los servicios, de la similitud de las prestaciones, así como del fin único de las diversas contrataciones, habría sido precisa la realización de una planificación más racional de las necesidades y de las actuaciones para cubrirlas; de modo que, en lugar de proceder a la celebración de distintos contratos menores, se hubiera efectuado una contratación única por el importe conjunto de las prestaciones, a través del procedimiento establecido para cada caso, lo que, además, hubiera contribuido a dotar de una mayor publicidad y concurrencia a la contratación».

¹⁰ Sobre la polémica relativa a su interpretación: Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón; Expedientes 41/2017, 42/2017 y 5/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado; Informe 1/2018, de 25 de abril de 2018, de la JCCA de Galicia; Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya; JSdC de la Comunidad Valenciana, informe núm. 4/2018 de 15 junio; Junta de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, Informe 1/2018, de 11 de abril; etc.

del contrato, adjudicando diversos contratos allá dónde, por la propia naturaleza de su objeto, debiera existir un único contrato. Se trata de impedir la práctica consistente en la adjudicación de varios contratos, todos ellos con un valor estimado que permite su adjudicación como contratos menores, cuando las necesidades que con ellos pretenden cubrirse conforman una unidad que se ha fraccionado con la finalidad de eludir las normas generales de preparación y adjudicación establecidas para la celebración de ese contrato¹¹.

Para la JCCP del Estado, la JCCA de Galicia, etc., en el expediente de contratación del contrato menor debe justificarse que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que, por lo tanto, el contratista no suscribió más contratos menores con el mismo objeto que, individual o conjuntamente, superen la cifra que consta en el apartado primero del artículo 118 LCSP¹².

La LCSP no señala un momento concreto en el que esta justificación debe formal o documentalmente realizarse, sin perjuicio de que lo correcto es que la concurrencia de los requisitos legales que determinan la posibilidad de utilización del contrato menor se comprueben en el momento en el que se efectúe el encargo. Por lo tanto, será suficiente que esta justificación conste en el expediente tramitado de acuerdo con el artículo 118 con carácter previo a la aprobación del gasto¹³.

b) Que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero, esto es, 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios.

¹¹ Siguiendo el Informe 6/2018 de 12 julio de 2018, de la CCCP de Andalucía, «la finalidad de esta norma, atendiendo al contenido completo del artículo y a su contexto, es evitar que se altere el objeto del contrato para eludir los principios básicos de publicidad y transparencia de los procedimientos de contratación, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, libertad de acceso a la contratación pública y eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Por ello, el órgano de contratación deberá justificar que el objeto del contrato es cualitativamente distinto al de otros contratos menores celebrados con anterioridad por el mismo órgano, o bien que, aun cuando las prestaciones que constituyen el objeto de esos contratos menores son equivalentes, no hay duda alguna de que no constituyen una unidad funcional o de ejecución en lo económico y en lo jurídico».

¹² Así lo señala el Informe 1/2018, de 25 de abril de 2018, de la JCCA de Galicia.

¹³ Informe 1/2018, de 25 de abril de 2018, de la JCCA de Galicia.

En cuanto a qué ocurre si un órgano de contratación supera estos límites de contratos menores suscritos con un mismo contratista cabe apuntar que, al tratarse de una norma de carácter imperativo y por lo tanto de una conducta obligatoria para el órgano de contratación o unidad funcional, debe velarse por la comprobación del cumplimiento de los límites para evitar la infracción sobre las normas del objeto del contrato y su fraccionamiento¹⁴.

c) El órgano de contratación debe comprobar el cumplimiento de dicha regla. Al respecto, la JCCA de Galicia, en su Informe 1/2018, de 25 de abril de 2018, afirma que «esta expresión legal indica que la comprobación de que no se produce un fraccionamiento atañe, obviamente, al concreto órgano de contratación de que se trata, precisamente como tal órgano de contratación competente para resolver el indicado procedimiento»¹⁵.

Por su parte, el Informe 6/2018 de 12 julio de 2018, de la CCCP de Andalucía apunta como regla interpretativa que «Teniendo en cuenta que ... el artículo 118.3 tiene por finalidad prohibir el recurso al contrato menor para eludir las obligaciones que en función del valor estimado se derivan de los principios de publicidad y de concurrencia, entiende esta Comisión Consultiva que las referencias al órgano de contratación contenidas en el mismo deben ser entendidas a aquellos órganos que ejercen facultades del órga-

¹⁴ Informe 1/2018, de 25 de abril de 2018, de la JCCA de Galicia.

¹⁵ Asimismo se establece que «El precepto no expresa cuál debe ser el ámbito de comprobación y no resulta razonable que esta cuestión no tenga límites, dado que no puede exigirse a un órgano de contratación un conocimiento pleno del resto de los contratos menores que concierne su administración ni una estimación de sus necesidades en base a sus competencias, de manera coordinada o compartida, con otros órganos de contratación diferentes. Entendemos que la justificación y comprobación del órgano de contratación debe referirse a los contratos de los que resulta competente para su adjudicación, realizados por el propio órgano de contratación.

La propia realidad de las cosas parece imponer esta solución, dado que fuera de casos de formalización de relaciones de colaboración entre distintos órganos de contratación para realizar las mismas obras, servicios o suministros, lo normal y habitual será que resulta muy difícil que distintos órganos de contratación concierten contratos menores sobre el mismo objeto teniendo en cuenta las distintas competencias en juego...

... Por lo tanto, cada órgano de contratación o cada unidad funcional separada deberá comprobar, dentro de su ámbito, que existe en el expediente la justificación de que, atendiendo a las competencias de ese órgano de contratación o unidad funcional separada, los contratos que se concierte o que se tiene previsto concertar respetan las reglas generales de la LCSP sobre el objeto de los contratos y no se produce un fraccionamiento ilícito de su objeto».

no de contratación directamente o por delegación, siempre y cuando estas lo hagan de manera autónoma y gestionen unas determinadas partidas presupuestarias con exclusividad. En estos casos serán estos órganos, los competentes para la formalización de los contratos, los encargados de comprobar y certificar el régimen de incompatibilidad para la adjudicación de sucesivos contratos menores a un mismo contratista, limitándose a su unidad funcional. Lo mismo cabe decir respecto a la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación.

No parece razonable ni proporcionado que, en una Consejería con multitud de perfiles de contratante tanto en servicios centrales como en las diversas Delegaciones Territoriales, sea la persona titular de la misma quien tenga que emitir ese informe cuando ha delegado las competencias en otros órganos y estos gestionan unas determinadas partidas presupuestarias con exclusividad»¹⁶.

El citado Informe 6/2018 de 12 julio de 2018, concluye subrayando que, por lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de la regla de incompatibilidad prevista en el artículo 118.3 LCSP, «las referencias al órgano de contratación contenidas en el mismo deben ser entendidas a aquellos órganos que ejercen facultades del órgano de contratación directamente, por delegación o desconcentración, siempre y cuando estas lo hagan de manera autónoma y gestionen unas determinadas partidas presupuestarias con exclusividad. En estos casos serán estos órganos, los competentes para la formalización de los contratos, los encargados de comprobar y certificar el régimen de incompatibilidad para la adjudicación de sucesivos contratos menores a un mismo contratista, limitándose a su unidad funcional. Lo mismo cabe decir respecto a la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación».

En definitiva, cabe destacar que «el artículo 118.3 de la LCSP debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite con-

¹⁶ El Informe señala asimismo que «Supuesto distinto es el caso de la desconcentración de competencias, pues en dicho caso la titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas al órgano originariamente, pasan a ser titularidad del órgano jerárquicamente dependiente en el que se desconcentran las mismas, aumentando consiguientemente de una manera normal las atribuciones o competencias de los órganos inferiores, en los términos y con los requisitos que prevean la propias normas de atribución de competencias, todo ello de conformidad con lo indicado en el artículo 8 de la citada Ley 40/2015, de 1 de octubre».

siderar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor»¹⁷.

Finalmente, se debe evitar el fraccionamiento indebido del objeto del contrato para utilizar la figura del contrato menor¹⁸ porque los contratos menores suponen una simplificación sustancial del procedimiento de adjudicación, por lo que su tramitación debe ser restrictiva y porque el contrato menor no es apto para atender las necesidades de carácter recurrente. Para ello, se debe analizar si las distintas prestaciones son o no susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional entre ellas, así como el resto de circunstancias concurrentes en cada caso concreto; y es necesario que el órgano de contratación realice una programación del gasto público en función de las necesidades a cubrir, para poder tomar la decisión más adecuada al contratar¹⁹.

1.3. Clases de fraccionamiento

Los apartados 2 y 3 del artículo 99 LCSP reflejan las dos caras de una moneda cuando establecen las dos reglas a las que nos referíamos inicialmente:

¹⁷ Expediente 41/2017 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

¹⁸ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares en el Informe 4/2010, de 29 de octubre, sobre contratos menores, principios generales de la contratación y fraccionamiento del objeto de un contrato, indica que «la existencia de diversos contratos menores, tramitados simultáneamente o consecutivamente, que tienen por objeto diversas prestaciones que, consideradas en su conjunto, forman una unidad operativa o funcional, puede ser un indicio que se ha fraccionado un contrato indebidamente —y eso es así con independencia de que el adjudicatario sea diferente en cada contrato, dado que lo que se fracciona es el objeto del contrato» y que «en principio y con carácter general, se podría considerar que un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación de este contrato, tiene conocimiento cierto —o podría tenerlo, si se aplicaran los principios de programación y buena gestión— de la necesidad de contratar una prestación determinada de carácter o naturaleza unitarios, perfectamente definida, cuyas características esenciales no puedan variar de manera sustancial, que tiene que llevarse a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo y, aun así, tramitara diferentes contratos menores y eludiera las normas más exigentes de publicidad y procedimiento».

¹⁹ BATET JIMÉNEZ, P.: «Reflexiones sobre el fraccionamiento indebido de los contratos». Accesible el 3-9-2018 en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.204/relcategoria.208/chk.cfe478aaaa5499e2d593bc69e8ea7fc8>.

a) Por un lado, que no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

b) Por otro, que siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta²⁰. No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

El objeto del contrato debe estar integrado por todas aquéllas prestaciones que estén vinculadas entre sí por razón de su unidad funcional impuesta por una mejor gestión de los servicios públicos; ello, a su vez, supone que, a sensu contrario, cuando del tratamiento unitario de todas estas prestaciones se derive un beneficio para el interés público que deba decaer ante un mayor beneficio derivado de su contratación por separado o cuando ésta sea exigencia de la necesidad de dar cumplimiento a una disposición legal, la contratación por separado de las distintas prestaciones no debe considerarse contraria a lo dispuesto en la LCSP²¹.

Por tanto, de acuerdo con la LCSP, y tal como se ha ido exponiendo, podría decirse que existen fraccionamientos irregulares y no irregulares, en función de si dan lugar a contrataciones independientes de diferentes partes de un mismo objeto contractual o si se llevan a cabo mediante la formación de lotes del objeto de un único contrato, y de si se llevan a cabo eludiendo o no las normas de publicidad o del procedimiento de adjudicación que correspondan²². Como subraya el Informe de la Intervención General de la

²⁰ Que regula los contratos reservados.

²¹ Informe 12/15, de 6 de abril de 2016, de la JCCA, si bien referido al TRLCSP.

²² Informe 14/2014, de 22 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente). El mismo también subraya que «En este sentido, puede afirmarse que la suscripción de diversos contratos menores que podrían conformar el objeto de un único contrato no implicaría un supuesto de fraccionamiento irregular, si la misma adquisición mediante un único contrato también hubiera podido llevarse a cabo recurriendo a la suscripción de un contrato menor. Tal como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, entre otros, en el Informe 69/08, de 31 de marzo, la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de ella se eluda la aplicación

Seguridad Social de 29 de noviembre de 2002, «la ley no prohíbe el fraccionamiento del contrato de manera general y absoluta, prohíbe únicamente un tipo de fraccionamiento jurídicamente injustificable, aquél que se hace con el propósito de defraudar normas imperativas sobre publicidad y adjudicación»²³.

Y es que, como indica el Informe 6/2016, de 27 de abril de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución n.º 214/2013, «a los efectos de considerar correcto o incorrecto el fraccionamiento del objeto del contrato habrá que estar asimismo a lo dispuesto en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el cual además de proclamar, entre otros, el principio de concurrencia —que podría colisionar con la regla general de no división del objeto del contrato—, se refiere también a la eficiente utilización de los fondos públicos, de donde se desprende, como también ha señalado el Tribunal en la resolución 247/2012, que es principio básico y rector de la contratación del sector público el de eficiencia, principio que, en relación con esta cuestión exige tomar en consideración distintos aspectos como son, principalmente:

- 1) el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes;
- 2) la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato;
- 3) el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes;
- 4) la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotes».

de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato y, por este motivo, entiende que “no tiene que considerarse vetado por la Ley el fraccionamiento del objeto del contrato en todos aquellos casos en que no origine alteración de las normas relativas a los procedimientos de adjudicación que deben aplicarse ni a las normas de publicidad”....».

²³ Citado en el Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 23 de marzo de 2010.

A los efectos de determinar si existe un fraccionamiento indebido del contrato, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, últimamente en el Informe 45/2018, de 2 de julio, ha declarado que es necesario tener en cuenta diversos aspectos. Un aspecto es la existencia de una unidad funcional y de un vínculo operativo entre los diferentes contratos, lo que exigiría un tratamiento unitario de todos ellos, evitando un fraccionamiento artificioso del objeto del contrato que afectase al procedimiento de contratación o que se verificase con el simple objetivo de burlar los umbrales establecidos en la ley. A ello hay que añadir, como elemento hermenéutico de relevancia la posibilidad de planificación del contrato, esto es, la previsibilidad de su realización en el marco de la oportuna programación de la contratación que la ley exige a los órganos de contratación²⁴.

Estos dos elementos, junto con las demás circunstancias que definen y caractericen al contrato, son esenciales para poder determinar si, en cada caso concreto, existe, o no, un fraccionamiento indebido del contrato.

2. FRACCIONAMIENTO IRREGULAR

2.1. Introducción

El apartado 2 del artículo 99 LCSP, como se ha indicado, prohíbe fraccionar un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. Esta regla ya se contenía en el artículo 86 del TRLCSP de 2011; en el artículo 74 de la LCSP de 2007; y en el artículo 68 del TRLCAP.

Fácilmente se colige, y así lo ha destacado la generalidad de la doctrina, que el fundamento de la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público se encuentra en evitar que a través de la misma se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato (publicidad o procedimiento de adjudicación). Asimismo, la norma viene a ser una concreción, en el ámbito de la contratación pública, del principio general que prohíbe el fraude de ley. Ello significa que la finalidad última de la ley no es agrupar en un solo contrato varias pres-

²⁴ El Informe 45/2018, de 2 de julio, cita los informes 31/12 y 15/2016; el informe de 1 de marzo de 2018, etc.

taciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de ley señalado. Si bien, no debe interpretarse tal precepto como que hay obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones, aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es posible no solo contratarlas por separado sino incluso ser objeto de explotación en forma independiente²⁵.

Al respecto, el Dictamen 1116/2015 del Consejo de Estado, de 10 de marzo de 2016, sobre el anteproyecto (de abril de 2015) de Ley de Contratos del Sector Público, afirmaba:

(...) este Consejo de Estado no puede dejar de poner de manifiesto que la división o fraccionamiento del contrato puede constituirse en la práctica en un modo de soslayar las exigencias de publicidad y concurrencia que impone la normativa, europea y española, sobre contratación pública.

En este sentido, sin desconocer el nuevo giro en la materia que adoptan las Directivas europeas en cuanto a la división en lotes y en el marco de lo que estas permiten, se deben introducir las necesarias cautelas para evitar una utilización abusiva de la división del contrato o que permitan a la Administración realizar un posterior control sobre su correcto empleo y la salvaguarda de los principios de contratación.

Entre otras posibles cautelas, considera este Consejo que debe al menos mantenerse, por no ser contraria a las determinaciones del Derecho europeo en la materia, la regla contenida en el artículo 86.3, inciso final, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: «Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto».

Y es que no puede dejar de señalar este Consejo de Estado que la experiencia en el ámbito de la contratación pública —especialmente en el ámbito municipal— arroja una experiencia negativa en relación con el uso fraudulento de la posibilidad de fragmentar el objeto de los contratos y a ello responde el artículo 99.2 del anteproyecto. Para solventar eventuales dudas en lo tocante a la interpretación de este precepto, conveniría aclarar si la expresión del artículo 99.3 «cuando el objeto del con-

²⁵ Dictamen 297/2015, de 29 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias.

trato admita fraccionamiento» excluye el supuesto contemplado en el artículo 99.2 —que el fraccionamiento se haga para eludir los controles y garantías legales—. En tal sentido, se sugiere añadir al apartado 3 el inciso «a estos efectos se entenderá que no admite el fraccionamiento en el caso del número anterior...»

Finalmente, podemos concluir esta introducción destacando que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea analiza los supuestos de fraccionamiento desde una perspectiva objetiva y haciendo abstracción de las intenciones concretas del órgano de contratación²⁶ (Sentencias de 15 de marzo de 2012 dictada en el asunto C-574/2010; y de 5 de octubre de 2000 Asunto C-16/1998²⁷). Así lo recuerda la Resolución 571/2016, de 15 julio de 2016, del TA-CRC²⁸, cuando subraya que «la cuestión principal, de conformidad con la citada jurisprudencia comunitaria, no se encuentra tanto en la existencia de una intención elusiva por parte del poder adjudicador, sino en el carácter único de lo que constituye el objeto del contrato que se pretende licitar. De este modo, si el objeto del contrato era único y se fraccionó en diversos expedientes, aunque no existiera una intención elusiva, habrá fraccionamiento indebido. Por el contrario, cuando el objeto de lo contratado por separado tenga una unidad funcional técnica y económica, da igual cuáles sean las motivaciones del poder adjudicador al definir el objeto del contrato, no existirá fraccionamiento.

Solo cuando exista una razón objetiva que permita considerar que cada prestación en sí misma considerada responde a una única finalidad técnica y económica, independiente y separable del resto, podrá el órgano de contratación optar por efectuar procedimien-

²⁶ La Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 11 de julio de 2013 en el asunto T-358/08 (TJCE 2013, 206), que condenó al Reino de España por fraccionamiento del contrato (el Tribunal consideró que la descripción del trabajo que debía llevarse a cabo en la red de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales era similar y que los trabajos debían cumplir una misma función económica y técnica), fue anulada por la STJUE (Sala Octava), de 4 diciembre 2014 (TJCE 2014/464), si bien por una cuestión procesal o formal previa al fondo del asunto.

²⁷ Un detallado análisis de estas sentencias puede verse en VÁZQUEZ MATILLA, F. J.: «El fraccionamiento del contrato. Ausencia de regulación en la LCSP y necesidad de definición». El Consultor. Contratación Administrativa Práctica Boletín 26 de julio de 2018.

²⁸ Y más recientemente, la JSdC de la Comunidad Valenciana, informe núm. 5/2018 de 15 junio, y el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 11-1-2017 (Recurso n.º 293/2016, Resolución n.º 4/2017).

tos separados para cada una de ellas, calculando también de forma independiente su valor estimado a efectos de la determinación del régimen jurídico que le corresponda»²⁹.

2.2. Evolución normativa y delimitación

Históricamente, la legislación en materia de contratos administrativos ha venido estableciendo —con un éxito ciertamente relativo— muchas prevenciones contra el fraccionamiento del objeto del contrato, prohibiéndolo cuando lo que se pretendía era disminuir la cuantía del contrato con el fin de eludir requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondiera. En palabras de la JCCA de Aragón, en el Informe 1/2017, de 1 de febrero, «El fraccionamiento del objeto del contrato no estará en ningún caso permitido si la finalidad buscada o el resultado obtenido es la reducción de la cuantía en orden a obviar los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan».

En cambio, el objeto del contrato admitía su fraccionamiento, mediante la división en lotes, siempre que los mismos fuesen susceptibles de utilización y aprovechamiento separado y constituyeran una unidad funcional³⁰. La «unidad funcional» es un concepto jurídico indeterminado que debe ser entendido como aptitud para que el conjunto de prestaciones que integran el objeto de un contrato puedan «...cumplir por sí mismas una función económica o técnica»³¹. En realidad, el primer concepto esencial que se mencio-

²⁹ En sentido contrario la Recomendación 1/2011 de 6 abril de 2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, afirma que «La jurisprudencia —por todas, STS 15 de febrero de 1984— acogió dicho criterio al entender consagrado «el principio de unidad de obra para evitar estériles proyectos parciales que pudieran quedar inconclusos con el devenir del tiempo, y para impedir posibles fraccionamientos de la obra conducentes a alterar el régimen de contratación que corresponda» lo que implicaba, según la sentencia mencionada, que por obra completa ha de entenderse las susceptibles de ser entregadas al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ulteriores ampliaciones de que posteriormente puedan ser objeto. De la doctrina y de la jurisprudencia, cabe concluir que son muchos y distintos los criterios utilizados para determinar si el fraccionamiento del objeto del contrato está justificado por exigirlo la naturaleza del objeto, o permitir una utilización o aprovechamiento separado. Lo determinante es si la finalidad buscada, o el resultado, fue una reducción de la cuantía en orden a obviar los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan».

³⁰ Art. 86.3 TRLCSP 2011.

³¹ Informe 1/2017, de 1 de febrero, de la JCCA de la CA de Aragón.

na en los informes de las distintas Juntas Consultivas de Contratación Administrativa para la calificación de un fraccionamiento como fraudulento es la existencia, o no, de «unidad funcional» de las prestaciones objeto de los distintos contratos.

Así, siguiendo a la Sindicatura de Cuentas valenciana resulta que «uno de los aspectos fundamentales para determinar la existencia de fraccionamiento o no, hace referencia a la aplicación a cada caso concreto del concepto de «unidad operativa o funcional».

Existirá una unidad operativa o funcional, si los elementos son inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato.

No se considerará que existe fraccionamiento indebido del contrato, siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad operativa o funcional, de tal forma que la ejecución y explotación de una o varias de ellas no sea necesaria para la ejecución y explotación de cualquiera de las demás, o aun cuando los objetos de dos o más contratos sean semejantes pero independientes entre sí.

Por el contrario, debe considerarse que existe fraccionamiento del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contraten por separado no sean susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional u operativa entre ellas.

La aplicación de este concepto no será fácil en muchos casos y deberá analizarse e interpretarse aplicando el juicio profesional a la vista del contexto y de las circunstancias de cada caso»³².

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de forma reiterada, ha venido recordando que la regla general es la prohibición del fraccionamiento del objeto de los contratos, con la finalidad de evitar la aplicación de las normas reguladoras de los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan³³. Para la JCCP, y de acuerdo con la nor-

³² Accesible el 6-9-2018: [https://www.sindicom.gva.es/web/wdweb.nsf/documento/mf2017/\\$file/MFSC-4813_fraccionamiento_2014_v15-6-15.pdf](https://www.sindicom.gva.es/web/wdweb.nsf/documento/mf2017/$file/MFSC-4813_fraccionamiento_2014_v15-6-15.pdf)

³³ Es reiterada la doctrina de la JCCA (informes n.º 12/15, de 6 de abril de 2016; 31/12, de 7 de mayo; 1/09, de 25 de septiembre; 16/09, de 31 de marzo de 2009; 57/09, de 1 de febrero; 69/08 de 31 de marzo, etc.) en el sentido de que se

mativa entonces vigente, la división del objeto del contrato en lotes era excepcional, y debían cumplirse, estrictamente, los requisitos previstos en la legislación: que la prestación fuera divisible, y que cada uno de los lotes en los que se pretende la división fuera susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituyera una unidad funcional por sí sola. Un resumen de esta doctrina lo encontramos en el Informe 31/2012, de 7 de mayo de 2013, de la JCCA³⁴ cuando establece:

« (...) , el fundamento de la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público se encuentra en evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato (publicidad o procedimiento de adjudicación). Ello significa que la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de Ley señalado. Por todo ello no debe

trata de evitar el fraude legal tendente a la elusión de la aplicación de ciertas normas en materia de publicidad y relativas a los procedimientos de adjudicación cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato. No es su finalidad obligar a agrupar en un solo contrato prestaciones distintas por el simple hecho de que compartan la misma naturaleza y puedan ejecutarse de forma conjunta, si son independientes entre sí y es perfectamente posible no solo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma también independiente. En realidad el principio de no fragmentación fraudulenta del objeto del contrato solo operará cuando pueda hablarse de «fragmentación» como tal, esto es, según reiterada doctrina de la JCCA (informe 31/12, entre otros), cuando entre las diferentes prestaciones que pretenden contratarse (o partes de éstas) exista un vínculo operativo. Cuando este sea el caso la discrecionalidad del órgano de contratación para tramitar una pluralidad de expedientes de contratación que culminen en una pluralidad de contratos se encontrará con el límite del principio de no fragmentación (Informe 12/15, de 6 de abril de 2016, JCCA).

³⁴ Previamente, la JCCA del Estado, en su informe n.º 57/09 (EDD 2010/26252), recogiendo lo ya manifestado en el informe 69/08, se había pronunciado en el sentido de que: «...la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato. Ello significa que la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza sino impedir el fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abierto o negociado o las exigencias de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea. Por ello, no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no sólo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente.

Es decir, el primer requisito que debe cumplirse para que pueda hablarse de fraccionamiento del contrato es que exista una unidad operativa o sustancial entre las diferentes prestaciones (o partes de prestaciones)».

interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no sólo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente. Cuando conforme al criterio anteriormente expuesto proceda integrar en un solo contrato dos o más prestaciones, solo cabrá la división en lotes si concurre alguno de los supuestos legalmente previstos en el apartado tercero del artículo 86 del TRLCSP. En estos supuestos hay dos, el primero de ellos se refiere a la necesidad de que cada lote sea susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituya por sí solo una unidad funcional y el segundo es el relativo a la naturaleza del objeto del contrato, el cual deberá interpretarse en el sentido de que se permitirá la división en lotes cuando de las propias cláusulas del contrato o la finalidad que se pretende conseguir con él, así lo exijan.

En este sentido, esta misma Junta Consultiva se ha pronunciado en diversos dictámenes sobre este tema, especificando los requisitos contenidos en la Ley para que se pueda admitir la división en lotes. Así, podemos citar el Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009, el cual dispone: «Reiteradamente ha puesto de manifiesto esta Junta que aun cuando los objetos de dos o más contratos sean semejantes pero independientes entre sí, no hay razón para considerar aplicable lo dispuesto en el artículo 74.2, de conformidad con el cual “no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan”» (hoy la mención debe entenderse referida al art. 86 TRLCSP). Asimismo, resulta también de interés lo manifestado en el informe 69/2009, de 31 de marzo, en el que se señalaba que: «la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuyas exigibilidad depende del valor estimado del contrato. Ello significa que la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza sino impedir el fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abierto o negociado o las exigencias de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea. Por ello, no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no sólo contratarla por separado sino incluso su explotación en forma independiente».

Es decir, el primer requisito que debe cumplirse para que pueda hablarse de fraccionamiento del contrato es que exista una unidad operativa o sustancial entre las diferentes prestaciones (o partes de prestaciones).

(...) La idea fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí, deberá ser la idea de si constituyen una unidad operativa o funcional, es decir, si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. En el caso de que constituyan una unidad operativa o sustancial y se divida el contrato, estaremos ante un fraccionamiento.

No obstante, no todo fraccionamiento del objeto del contrato es contrario a la Ley. Como excepción, se permite en el caso de que concurra alguno de los requisitos establecidos en el artículo 86. 3, in fine), a saber: que cada uno de los lotes sea susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituya una unidad funcional por sí solo o bien, que la naturaleza del objeto de ese contrato lo permita. Por tanto, como vemos para fraccionar el objeto de un contrato, los requisitos necesarios para ello son, en primer lugar, el requisito más importante a tener en cuenta es si la prestación que lo constituya es divisible, a partir de ahí, resulta necesario que cada una de ellas constituya un conjunto independiente y, por encima de todo, que no haya ánimo defraudatorio, esto es, que en ningún caso la división en lotes sirva para infringir los principios de publicidad y de concurrencia, o se haga con la intención de eludir la aplicación de estos principios en el procedimiento de contratación. Por tal motivo, siempre que se mantenga el contrato en su unidad, aunque luego se proceda a la división en lotes del mismo, a efectos de seguir el correspondiente procedimiento en el que se cumplan las reglas de publicidad y concurrencia, manteniéndose sus límites cuantitativos por encima de los umbrales que determinan la aplicación de estas reglas, se podrá proceder a la división en lotes de ese contrato. A tal fin, es necesario además que así se justifique en el expediente y que el cálculo del importe o del valor del contrato se mida por el conjunto de lotes y no de forma individualizada uno a uno».

Como consecuencia de la Directiva 2014/24/UE, y antes de la aprobación de la LCSP, mediante el Informe 12/15, de 6 de abril de 2016, la JCCA rectifica su anterior criterio y recalca que:

«En este sentido deben traerse a colación los principios de publicidad y de transparencia y también el contexto nuevo que antes se ha

explicado. En efecto los citados principios aconsejan una interpretación generosa de los supuestos que, de conformidad con el artículo 86.3 del TRLCSP, habilitan al órgano de contratación a dividir en lotes el objeto dado que esta decisión lleva aparejada la obligación de aplicar las normas de publicidad y procedimentales que determina el valor estimado acumulado de todos los lotes, las cuales como es sabido serán más garantistas cuanto mayor sea el valor estimado. Adicionalmente esta interpretación amplia resulta especialmente necesaria en el nuevo contexto que busca favorecer la participación de las PYMEs en la actividad económica tal y como se ha explicado anteriormente. Por ello esta Junta Consultiva entiende que a partir de ahora los órganos de contratación podrán justificar su decisión de dividir en lotes el objeto de un contrato con la finalidad de favorecer el acceso de las PYMES a la contratación pública.

Nótese que este criterio difiere del expresado por esta Junta Consultiva en su informe 31/12 de 7 de mayo de 2013, el cual se cita en el escrito de consulta. Entonces se trataba de la contratación por un Ayuntamiento de unas obras de reparación de aceras en diversas calles de la misma ciudad y ello se enmarcaba en un Plan municipal de estímulo a la actividad de las PYMEs. En aquella ocasión la Junta Consultiva consideró que existía una única finalidad (la reparación de aceras) «lo que conlleva una unidad funcional, la única justificación que ampara una posible división en lotes del contrato, como es el beneficio de las PYMEs de la localidad, no justifica que se proceda a tal división, siendo lo correcto que se utilice un único procedimiento de adjudicación para la totalidad de las aceras que vayan a ser reparadas». Este criterio debe entenderse ahora superado tras el cambio de contexto.

En resumen esta Junta Consultiva considera que en atención al nuevo contexto la finalidad de favorecer el acceso de las PYMEs a la contratación pública debe ser considerada como una justificación válida para que los órganos de contratación puedan proceder a realizar una división en lotes del objeto del contrato amparándose así en el supuesto que contempla el artículo 86.3 que reza «siempre que (...) así lo exija la naturaleza del objeto»....»³⁵.

³⁵ No obstante, con acierto apunta BATET JIMÉNEZ que «conviene tener en cuenta que lo que se pretendía por el órgano que realizó la consulta que motivó el informe 31/2012, no era la dividir el contrato en lotes, sino efectuar contratos menores o negociados para cada calle, solución que ahora tampoco se podría realizar». En «La división del objeto del contrato en lotes». Gabilex N.º 6. Junio 2016. <http://gabilex.castillalamancha.es/>.

Así las cosas, en orden a su delimitación³⁶, podemos seguir a HERRERA CAMPA cuando define el fraccionamiento como «la división artificial en varios expedientes de un gasto que constituye una unidad, realizada por el gestor del mismo y que tiene como consecuencia la elusión de la aplicación de una norma que, en caso de no haberse realizado tal fraccionamiento, le resultaría plenamente aplicable. La posibilidad de tal elusión mediante el fraccionamiento del gasto surge, precisamente, cuando esa misma norma dispone su aplicación en función de la superación o no de determinados umbrales cuantitativos»³⁷. La JCCP estatal, en el Informe 39/2018 de 2 julio de 2018, con remisión a otros anteriores, advierte que «existe fraccionamiento del objeto del contrato siempre que se divida éste con la finalidad de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación correspondiente, y ello, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa. Correlativamente no existirá fraccionamiento siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad». Igualmente, la JCCA de Aragón, en el Informe 1/2017, de 1 de febrero, cuando afirma que «El fraccionamiento del objeto del contrato no estará en ningún caso permitido si la finalidad buscada o el resultado obtenido es la reducción de la cuantía en orden a obviar los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan».

³⁶ El fraccionamiento fraudulento del objeto de un contrato se puede producir tanto mediante la suscripción de diversos contratos menores destinados a la obtención de un resultado único o de una prestación que hubiera tenido que ser objeto de un único contrato, como también llevando a cabo contrataciones menores sucesivas para cubrir necesidades recurrentes que tuvieran que formar parte de un único contrato, siempre que estas contrataciones sucesivas supongan una alteración de las normas de publicidad y de las relativas a los procedimientos de adjudicación que se hubieran tenido que aplicar (Informe 14/2014, de 22 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya). El Informe 6/2018 de 12 julio de 2018, de la JCCA de Andalucía establece como regla interpretativa que «Asimismo, debe considerarse que hay un fraccionamiento indebido del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contratan por separado no son susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional u operativa entre ellas.

En cambio, no debe considerarse que hay un fraccionamiento indebido cuando estamos ante varios objetos que no están vinculados entre sí de tal forma que la ejecución y explotación de uno o varios de ellos no es necesario para la ejecución y explotación de cualquiera de los demás, o cuando los objetos sean semejantes pero independientes entre sí.»

³⁷ En «Análisis normativo del fraccionamiento del gasto», Revista Cuenta con IGAE, Edición y Distribución: Subdirección General de Información, Documentación y Publicaciones, n.º 13, Noviembre 2005, pág. 25.

2.3. Las posibles consecuencias penales

Las consecuencias de actuaciones irregulares que den lugar a fraccionamiento prohibido del objeto del contrato son múltiples, y operan en distintos planos (exigencia de la responsabilidad patrimonial³⁸ conforme a la disposición adicional vigésima octava de la LCSP 2017; incumplimientos en materia de transparencia³⁹; etc.) como hemos tenido ocasión de exponer⁴⁰. En estos momentos nos interesa centrarnos en las posibles consecuencias penales.

La existencia de situaciones de corrupción en el ámbito público proyecta, sin duda, una imagen general sobre el mal funcionamiento de las instituciones públicas y, especialmente, sobre los instrumentos y formas de control de lo público que, tan a menudo, resulta burlado por unos y otros generalizándose una sensación de que no es posible la detección precoz de las situaciones de corrupción. Aunque existan dudas reales de que el marco jurídico haya sido el auténtico responsable, es indudable que la contratación pública ha estado, en los últimos tiempos, muy vinculada a uno de los problemas más graves que se han planteado y a los que se enfrenta la sociedad española como es la corrupción. En este sentido, conductas del estilo de las «facturas en los cajones», de la contratación sin formalizar el procedimiento contractual, del fraccionamiento de contratos, la gestión de modificados contractuales, etc., han formado parte del panorama de la sociedad española de los últimos años.

No obstante, la gestión incorrecta es un fenómeno de mala administración pero no debe confundirse ni subsumirse sin más en el ámbito delictivo. De esta forma, por ejemplo, que el precio de un contrato administrativo resulte más elevado de la previsión inicial es, o puede ser, un problema de gestión, pero no necesariamente un delito. Es evidente que allí donde hay una mala práctica admi-

³⁸ Vid. Dictámenes n.º 128/2016 de 21 de abril; n.º 297/2015, de 29 de julio; n.º 351/2018, 30 de julio de 2018; n.º 345/2018, de 24 de julio de 2018, del Consejo Consultivo de Canarias e Informe 8/2016 JCCA Canarias.

³⁹ Vid. Dictamen 128/2016 Consejo Consultivo de Canarias e Informe 8/2016 JCCA Canarias.

⁴⁰ En «Las responsabilidades de los empleados públicos», en «La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades». Directores: Palomar Olmeda, A. y Garcés Sanagustín, M. Editorial Thomson Aranzadi. 2013. Págs. 1391 a 1454. Asimismo, en «Las partes del contrato» en «Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público». Directores: Palomar Olmeda, A. y Garcés Sanagustín, M. 1.ª Edición, enero 2018. Editorial La Ley Wolters Kluwer. Págs. 179 a 298.

nistrativa no necesariamente hay una infracción penal. Por ejemplo, el fraccionamiento de contratos no ha sido ni siquiera tipificado como una infracción administrativa en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

En la prevención de la corrupción una de las medidas más significativas consiste en la reducción de los márgenes de libertad (de apreciación y valoración) de los órganos de contratación que pueden llevar a la adjudicación de un contrato. Esta reducción o, cuando menos, matización de los márgenes de apreciación y valoración es algo innegable cuando se compara la LCSP con textos anteriores.

En este momento, baste con destacar que la Sala de lo Penal del TS⁴¹ ha puesto de manifiesto que «constituye un supuesto clásico de casuística referida a la prevaricación la burda artimaña de fraccionar por resoluciones administrativas las contrataciones a fin de burlar los controles a la voluntad de quien domina el procedimiento que conduce a aquellas contrataciones» (STS núm. 229/2018, de 17 mayo —RJ 2018\3012—).

Asimismo, la STS 512/2015 del TS (Sala 2.ª), de 1 de julio (RJ 2015\3899), por la que se confirma la condena por delito continuado de prevaricación administrativa a alcalde y concejales, así como al interventor en calidad de cómplice por omisión⁴². El TS se refiere al carácter manifiestamente ilegal de los hechos, y destaca que «El ejemplo más palmario en este caso es ese fraccionamiento del Proyecto Itínere con la finalidad de acomodarlo a los presupuestos cuantitativos de los contratos menores, y eludir así el procedimiento que requieren las restantes formas de contratación» y «la ilegali-

⁴¹ La STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 1160/2011 de 8 noviembre (RJ 2012, 1519) confirma la condena por prevaricación de un alcalde que encarga obras a empresa constructora prescindiendo de todo procedimiento relativo a determinar la obra a ejecutar, sin previsión presupuestaria, sin llamar a otros eventuales contratistas y fraccionando las obras con la finalidad de eludir los requisitos de publicidad y procedimiento o forma de adjudicación. Asimismo, SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 343/2018, de 10 julio (RJ 2018\2817); núm. 214/2018 de 8 mayo (RJ 2018\3008); núm. 548/2017 de 12 julio (RJ 2017\4135);

⁴² El interventor omitió sus obligaciones de control al autorizar los pagos a sabiendas de que los contratos que los amparaban habían obviado la legislación vigente y se habían producido de forma reiterada e irregular. Aunque carecía de capacidad para declarar la nulidad de los contratos, tenía la obligación legal de formular reparos, lo que hubiera posibilitado un pronunciamiento al respecto del alcalde (FJ 14 y 15).

dad de la actuación administrativa realizada en el presente caso, en el que se prescindió de todo procedimiento. A tal fin se tramitaron como contratos menores sujetos a requisitos mucho menos estrictos, el encargo de proyectos que superaron el límite cuantitativo fijado al efecto. De esta manera se prescindió no solo de los principios de publicidad y libre concurrencia que deben estar presentes en la contratación administrativa, sino también de cualquier estudio previo sobre posibilidad de realización del proyecto por técnicos municipales incluso de límite del gasto.»

En la referida STS (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), núm. 512/2015, de 1 julio (RJ 2015\3899) se «considera acreditado que se produjo un fraccionamiento ilegal del contrato siguiendo instrucciones del recurrente, Vice Consejero de Bienestar Social, fraccionamiento que obedeció exclusivamente a la voluntad de dicho recurrente con la finalidad de anticipar la realización del encargo utilizando un procedimiento con menores garantías. Estimando además que este fraccionamiento solo se pudo realizar con la aquiescencia y colaboración del coacusado, segundo recurrente, que ostentaba el cargo de Secretario General Técnico de la Consejería.

Para llegar a esta conclusión fáctica la Sala sentenciadora dispuso de abundante prueba documental, que acredita el fraccionamiento del contrato, dictándose tres resoluciones distintas en fechas muy próximas para un único suministro de 81 hitos de piedra. Consta también acreditado documentalmente que se adjudicaron tres contratos distintos, por la modalidad de contrato menor de suministro, para 27 hitos cada uno, constando tres facturas diferentes, correspondiendo a cada uno de los tres contratos, por el mismo importe».

Más extensamente, y de forma meridiana, en estos casos la Sala de lo Penal del TS⁴³ justifica la existencia de un delito de prevaricación por cuanto:

«En el caso actual, y como ya se ha expresado, las resoluciones dictadas por el primer acusado con la cooperación del ahora recurrente, que diseñó el procedimiento para ello y se lo impuso a sus subordinados, eran objetivamente contrarias a derecho, en el doble sentido de que se fraccionó el contrato de suministro, dividiéndolo en tres contratos por un importe inferior, con la finalidad de evitar el procedimiento negociado, que era el que

⁴³ SSTS núm. 229/2018 de 17 mayo (RJ 2018\3012); núm. 259/2015 de 30 abril (RJ 2015\1720); etc.

correspondía conforme a derecho en función de la cuantía originaria del contrato, vulnerando el art 74 de la Ley de Contratos del Estado, que dispone que « no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan».

Y segundo, como también se ha expresado al resolver el anterior recurso, porque una vez reconducida la adjudicación al procedimiento de contrato menor, con menores requisitos, también se prostituye éste, vulnerando sus más limitadas exigencias, establecidas para salvaguardar en todo caso el interés público, a través del fraude consistente en encargar a un único contratista, seleccionado caprichosamente, la presentación de tres presupuestos distintos, supuestamente de diferentes empresas, en los que el arbitrariamente elegido debía procurar que las condiciones por él ofrecidas fuesen simuladamente las más beneficiosas para la Administración, con el fin de asegurarse la adjudicación.

La contradicción con el derecho se manifiesta, como ya se ha expresado, tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones, y es de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico- jurídica mínimamente razonable, ya que la ilegalidad es contundente y manifiesta».

A modo de conclusión, debe destacarse que la Sala de lo Penal del TS⁴⁴, ha insistido en resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido, se considera como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones.

En esta misma línea, y por lo que se refiere a la importancia del procedimiento administrativo, el mismo, por un lado, tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación

⁴⁴ SSTS núm. 229/2018 de 17 mayo (RJ 2018\3012); 512/2015, de 1 julio (RJ 2015\3899); 597/2014, de 30 julio (RJ 2014\4173); 18/2014, de 13 de enero SIC (RJ 2014, 1002).

de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución.

3. FRACCIONAMIENTO REGULAR O PERMITIDO: DIVISIÓN EN LOTES

El apartado 3 del artículo 99 LCSP, como se ha indicado, establece que siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta⁴⁵. No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

El precepto tiene su origen en el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, conforme al cual «Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes. Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84».

Por tanto, como consecuencia de la Directiva 2014/24/UE, se ha introducido en la LCSP un cambio sustancial en la noción del fraccionamiento de los contratos al establecer como regla general la división en lotes del objeto del contrato; y que, la no división en lotes del objeto del contrato cuando es posible, debe motivarse expresamente en el expediente. Este cambio normativo ha obligado a

⁴⁵ Que regula los contratos reservados.

revisar la interpretación que hasta ahora se había venido dando, como pasamos a exponer.

3.1. La regla tradicional: no división en lotes

La LCAP; el TRLCAP; la LCSP de 2007 y el TRLCSP de 2011 establecían que, cuando el objeto del contrato admitiera fraccionamiento y así se justificara debidamente en el expediente, podría preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos fueran susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyeran una unidad funcional, o así lo exigiera la naturaleza del objeto del contrato. En concreto, siguiendo el artículo 86.3 del TRLCSP de 2011⁴⁶, «cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto». Por tanto, para dividir en lotes se exigía, además de que el objeto fuera divisible, una justificación suficiente en el expediente. En palabras de FERNÁNDEZ RAMOS «debe justificarse debidamente en el expediente el fraccionamiento del objeto del contrato, y el incumplimiento de esta norma puede comportar la anulabilidad del contrato»⁴⁷.

Es lo cierto que el sistema fue criticado en ocasiones, pues se entendía que la concepción tradicional de la contratación única limitaba de facto la libertad de los gestores públicos a la hora de decidir el modo de licitar un objeto contractual; el hecho de que tuviera que justificarse «debidamente» en el expediente la razón por la que el objeto del contrato admitía fraccionamiento, generaba una complejidad adicional en la tramitación de los expedientes que conducía a que la realidad fuera que los contratos no se licitaran por lotes en la mayoría de los casos»⁴⁸.

⁴⁶ Igualmente, art. 74.3 LCSP 2007 y art. 68.3 del TRLCAP.

⁴⁷ «Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público» (Tomos II). Editorial Bosch. Abril 2009. L. Parejo Alfonso y A. Palomar Olmeda (Directores). Pág. 866.

⁴⁸ En este sentido, el Informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que además afirmaba: «A juicio de esta Junta, en la línea expuesta por las instituciones comunitarias, la regla general debería ser la licitación en lotes siempre que ello fuera posible con el fin de favorecer la competencia y participación de las empresas».

Asimismo, existían excepciones normativamente previstas. Por vía de ejemplo, en virtud del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación⁴⁹, aquellos contratos que tenían por objeto las tecnologías y comunicación, siempre que no existiera un motivo justificado para su tratamiento unitario. A esta excepción a la regla general de no separación en lotes de las prestaciones de los contratos administrativos se referían las Resoluciones 52/2013, de 30 de enero de 2013, y 523/2015, de 5 de junio de 2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

«Los contratos administrativos que tienen por objeto las tecnologías de la información y comunicación (TIC) deben separar en lotes las prestaciones siempre que sea posible y no exista una razón justificada para su tratamiento unitario. Ello se debe a que bajo la denominación TIC se comprenden servicios diferenciados que permiten una prestación independiente por diferentes operadores y empresarios, y que la unificación en su licitación puede afectar a la libre concurrencia al requerir a los potenciales licitadores estar en disposición de prestar todos los servicios cuando, en realidad, el mercado de las TIC no refleja esta unificación».

No obstante, en general, de conformidad con la normativa se entendía que, cuando procedía integrar en un solo contrato dos o más prestaciones, solo cabía la división en lotes si concurría alguno de los supuestos legalmente previstos: la necesidad de que cada lote fuera susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituyera por sí solo una unidad funcional; o la naturaleza del objeto, que debía interpretarse en el sentido de que se permitiría la división en lotes cuando las propias cláusulas del contrato o la finalidad que se pretendía conseguir con él lo exigieran⁵⁰.

Por vía de ejemplo, el Informe 5/07 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias afirmaba que «Cuando las necesidades a satisfacer mediante un procedimiento de contratación estén integradas por un conjunto diverso de bienes o presta-

⁴⁹ Cuyo artículo 5, objeto del contrato, señala que «El objeto del contrato definirá las necesidades que se quieran satisfacer mediante la celebración del contrato, realizando una descripción detallada de las mismas, estableciendo, siempre que sea posible, lotes separados de aquellos servicios que por sus características lo permitan. En este caso se podrá prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de presentar también ofertas integradoras de varios o de todos los lotes licitados....».

⁵⁰ Dictamen 297/2015, de 29 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias.

ciones, de naturaleza distinta o susceptibles de utilización o aprovechamiento separado, la licitación para llevar a cabo la contratación podrá realizarse mediante lotes separados, agrupando en cada uno de los lotes aquellos bienes o prestaciones que sean de naturaleza homogénea, o que hayan de ser utilizados como una unidad de aprovechamiento independiente, de tal forma que cada uno de los lotes se constituye en objeto de licitación diferenciada; en consecuencia, se podrán adjudicar tantos contratos como adjudicatarios distintos resulten para cada uno...».

3.2. Nueva regla general: división en lotes

La regla pasa a ser ahora que, cuando el objeto del contrato admita ser fraccionado, se proceda a su división en lotes, salvo que se justifique y motive debidamente lo contrario. Es un cambio relevante respecto de la regulación anterior y obedece a la convicción expresada por los considerandos de la Directiva 2014/24/UE⁵¹.

En efecto, la Directiva 2014/24/UE, dispone que «debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME», y tiene como uno de sus objetivos favorecer un incremento de la competencia propiciando la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública. Una de las formas para conseguir dicho objetivo es la división, cuando sea posible, de los contratos en lotes, cuestión que se regula ahora bajo un prisma diferente. Se considera que, «para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos»⁵².

⁵¹ Ya el «Código europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos» aprobado el 25 de junio de 2008 por la Comisión Europea, invita a la división en lotes del objeto de los contratos, siempre que ello sea posible. Se trata de un documento de trabajo que, si bien no posee carácter vinculante, tiene por objeto «permitir a los Estados miembros y a los poderes adjudicadores aprovechar plenamente el potencial de las Directivas sobre contratación pública, a fin de garantizar condiciones equitativas para todos los operadores económicos que deseen participar en licitaciones públicas».

⁵² Considerando 78, que además señala: «La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de

También se considera que «Cuando los contratos estén divididos en lotes, los poderes adjudicadores deben estar autorizados a limitar el número de lotes a los que un operador económico puede licitar, por ejemplo con el fin de preservar la competencia o garantizar la fiabilidad del suministro. También deben estar autorizados a limitar también el número de lotes que pueda adjudicarse a cada licitador»⁵³.

acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato.

Los Estados miembros deber seguir gozando de libertad para prolongar sus esfuerzos tendentes a facilitar la participación de las PYME en el mercado de la contratación pública, ampliando el alcance de la obligación de considerar la conveniencia de dividir los contratos en lotes convirtiéndolos en contratos más pequeños, exigiendo a los poderes adjudicadores que aporten una justificación de la decisión de no dividir los contratos en lotes o haciendo obligatoria la división en lotes bajo ciertas condiciones. A este mismo respecto, los Estados miembros deben gozar también de la libertad de facilitar mecanismos para efectuar pagos directos a los subcontratistas.»

⁵³ Considerando 79, que además señala: «Sin embargo, el objetivo de facilitar un mayor acceso a la contratación pública a las PYME podría verse mermado si se obligara a los poderes adjudicadores a adjudicar el contrato lote por lote, aunque ello supusiera tener que aceptar soluciones bastante menos ventajosas respecto de una adjudicación que reúna varios o todos los lotes. Por ello, cuando la posibilidad de aplicar este tipo de método se haya indicado claramente antes, los poderes adjudicadores deberían poder llevar a cabo una evaluación comparativa de las ofertas para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumplirían mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos de conformidad con la presente Directiva con respecto a dichos lotes, que las ofertas para los lotes separados de que se trate consideradas aisladamente. En caso afirmativo, el poder adjudicador debería poder adjudicar un contrato que combine los lotes de que se trate al licitador afectado. Es preciso aclarar que los poderes adjudicadores deberían realizar dicha evaluación comparativa primero determinando qué ofertas cumplen mejor los criterios de adjudicación establecidos con respecto a cada lote separado y después comparar el resultado con las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación específica de lotes considerados en su conjunto».

El artículo 46 de la Directiva, establece una regla esencial en cuanto al cambio en la consideración del fraccionamiento del objeto del contrato cuando asimismo establece que «Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84 ... los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes». Sobre esta regla, adicionalmente y para completar el círculo, el apartado 4 dispone que «Los Estados miembros podrán aplicar el párrafo segundo del apartado 1 haciendo obligatoria la adjudicación de contratos en forma de lotes separados, en condiciones que habrán de especificarse de conformidad con el Derecho nacional y teniendo en cuenta el Derecho de la Unión. En tales casos, también serán de aplicación el párrafo primero del apartado 2 y, si procede, el apartado 3».

Como venimos reiterando, la regulación jurídica de la división del objeto del contrato en lotes efectuada por la Directiva 2014/24/UE supone un cambio sustancial respecto de la regulación anterior al establecer, como regla general, la división del contrato en lotes y la necesidad de justificar los motivos que impiden o desaconsejan no hacerlo, así como la posibilidad de limitar tanto en la licitación como la adjudicación de uno o varios lotes para una misma empresa. En efecto, el preámbulo de la Ley 9/2017, en su apartado V, justifica la nueva regla general a que debe ajustarse la división en lotes del objeto del contrato como medida de apoyo a las PYMES, facilitando con ella el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas, dentro todo ello de la política de fomento de la contratación pública con pequeñas y medianas empresas que impregna las nuevas Directivas de contratación pública:

«(...) se encuentran aquí como medidas de apoyo a las PYMES todas las medidas de simplificación del procedimiento y reducción de cargas administrativas, introducidas con el objetivo de dar un decidido impulso a las empresas. Como medidas más específicas, se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos (invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas); (...) Debe recordarse que la política de fomento de la contratación pública

con pequeñas y medianas empresas impregna las nuevas Directivas de contratación pública, ya desde sus primeros Considerandos, medida destacada en la Estrategia Europa 2020, en la que la contratación pública desempeña un papel esencial y que se traslada al ordenamiento jurídico español mediante el presente texto legal».

Por su parte, el Consejo Económico y Social, en su Dictamen 8/2015, de 25 de junio de 2015, sobre el Anteproyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, destacaba que «el artículo 99 exige al órgano de contratación que justifique debidamente su decisión cuando no se dividan los contratos en lotes y ofrece una serie de motivaciones por las que esa división puede no realizarse. Al respecto, el CES considera favorable que el Anteproyecto promueva la participación de las pymes en el mercado de la contratación pública, sin embargo, cree necesario apuntar que, para asegurar la ejecución correcta del contrato, la división por lotes debería hacerse por unidades completas de producción y no por actividades productivas independientes».

3.3. La decisión de dividir o no en lotes: naturaleza jurídica y motivos que justifican la no división en lotes

Sobre la obligatoriedad o no de la división en lotes de los contratos, siguiendo al TACRC⁵⁴, el tratamiento que la ley establece puede sistematizarse del siguiente modo:

1. La ley no prohíbe, con carácter general, la división en lotes del objeto de un contrato;
2. La división en lotes constituye una elección de la administración contratante;
3. Presupuesto necesario de esta opción de contratación es que los lotes sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto;
4. La decisión de la no separación en lotes del objeto del contrato debe estar debidamente justificada en el expediente⁵⁵;

⁵⁴ Resoluciones n.º 83/2018 de 2 febrero (JUR 2018\77329); n.º 239/2017 de 3 de marzo de 2017; n.º 918/2014, de 12 de diciembre.

⁵⁵ Con el TRLCSP 2011 la regla era la contraria, la decisión de la separación en lotes del objeto del contrato debe estar debidamente justificada en el expediente.

5. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan, medida que tiende a prevenir el fraude de ley en la contratación pública;

6. Cuando la realización de una obra, la contratación de unos servicios o la obtención de unos suministros homogéneos pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes, con las particularidades previstas en las normas de cuantificación a efecto de umbral de los contratos.

La LCSP contiene una lista, abierta, de motivos válidos como justificación de la no división en lotes del objeto del contrato, que deben justificarse debidamente en el expediente. Conforme al artículo 99.3 LCSP, en todo caso se consideraran motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

«a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente».

Estos motivos coinciden con lo establecido por el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE, cuando dispone que «Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes po-

dría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato». Además, como ya se indicado, la lista debe considerarse abierta pues la expresión «por ejemplo» evita cualquier discusión sobre el tema.

El fraccionamiento del objeto del contrato mediante su división en lotes se configura como un derecho potestativo que asiste al órgano de contratación, que, a la hora de decidir si se divide en lotes o no, debe «tomar en consideración distintos aspectos como son, principalmente: 1) el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; 2) la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; 3) el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y 4) la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotesAsí las cosas, es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios —eficacia y eficiencia de la contratación pública, y, más concretamente, los aspectos antes indicados, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte— lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes»⁵⁶.

La decisión del órgano de contratación, división, o no, en lotes del objeto de un contrato, constituye un acto de discrecionalidad de la Administración, en la que deben tenerse en cuenta los principios de eficacia y de eficiencia de la contratación pública; libertad de acceso a las licitaciones; no discriminación; concurrencia; etc. Así, el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE señala que «El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas...».

La JCCP del Estado considera que con carácter general le corresponde al órgano de contratación decidir si para dar satisfacción a varias necesidades tramita uno o varios expedientes de

⁵⁶ Resolución n.º 247/2012, de 7 de noviembre de 2012, del TACRC.

contratación. Esta discrecionalidad para configurar jurídicamente la licitación y contratación de dos o más prestaciones encuentra su límite en el principio de no división fraudulenta del objeto del contrato⁵⁷.

En este sentido, la Resolución del TACRC 430/2018, de 27 abril de 2018, (EDD 2018/105660) subraya que «La discrecionalidad de los órganos de contratación para determinar si las prestaciones objeto del contrato constituyen una unidad contractual o no, así como si son susceptibles de unidades fundacionales independientes divisibles en lotes, se manifiesta bajo el prisma de la racionalización de la contratación administrativa» y recuerda que la doctrina de los Tribunales de recursos contractuales, partiendo de la literalidad de la norma, que configura el fraccionamiento del contrato como una facultad o derecho potestativo que asiste al órgano de contratación, expresa «que se trata de una decisión que entraña un indudable componente de discrecionalidad técnica en función de las concretas circunstancias que en cada caso concurran».

Si bien la doctrina es unánime en considerar que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, la decisión debe ir acompañada de una justificación racional para los lotes escogidos. Es decir, la discrecionalidad no es, claro está, absoluta, pues se exige una motivación real y verdadera. A la posibilidad de revisión por parte de los Tribunales por falta de motivación o insuficiencia de la misma, arbitrariedad o discriminación, error material, o por restringir la competencia se refiere el TACP de la Comunidad de Madrid, en la Resolución n.º 124/2018, de 25 de abril, cuando concluye que «aunque formalmente se ha cumplido con la obligación de dividir el contrato en lotes, no existe una motivación adecuada y razonable del número de lotes y su distribución. Así, no se motiva la concentración de centros en lotes de tan gran tamaño (54 y 69 millones de euros). No es razonable la justificación incorporada en el informe al recurso de que con la configuración en dos grandes lotes se pretende garantizar los derechos de los trabajadores a subrogar, pues la obligación de subrogar a los trabajadores opera igual para todas las empresas del sector sea cual sea su tamaño. La garantía de cumplimiento de las obligaciones contractuales se obtiene a través de la fijación de unos adecuados medios de acreditación de la solvencia de las empresas que se admiten a la licitación, a través del estable-

⁵⁷ Informe 12/15, de 6 de abril de 2016, de la JCCP.

cimiento de umbrales para la determinación de las empresas que presentan ofertas anormales o desproporcionadas que deberán justificar la viabilidad de la oferta o mediante el control de la ejecución de los contratos incluso de los pagos a los trabajadores. La adjudicación del contrato únicamente a una gran empresa en cada lote no da mayores garantías de buena ejecución y solo supone establecer unos importes de garantía provisional y unos requisitos solvencia económica y financiera y técnica o profesional que muy pocos pueden cumplir, eliminando de esta manera una competencia real y efectiva y sobre todo limitando la posibilidad de licitar a las PYMES, sin que se haya justificado una necesidad de que así deba ser. Esto se refuerza porque nada exige que la subrogación deba ser de todo el personal de forma completa»⁵⁸.

Asimismo, si bien respecto al TRLCSP de 2011, la Resolución de 9 de octubre de 2015 del TACRC expone que «es principio básico y rector de la contratación del sector público el de eficiencia («eficiente utilización de los fondos públicos», en palabras de dicho precepto legal), principio que, en relación con la opción que asiste al órgano de contratación dentro de los límites del artículo 86.3 del TRLCSP entre la integración de las diversas prestaciones en un solo contrato sin división de lotes o el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, exige tomar en consideración distintos aspectos como son, principalmente: 1) el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; 2) la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; 3) el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y 4) la

⁵⁸ La Resolución insiste en que «se debe justificar suficientemente la decisión de dividir en solo dos lotes un contrato que abarca a 13 centros, cuyas características —tamaño, ubicación— es desigual, sin que las razones organizativas aludidas en las memoria (la existencia de una central de compras y su finalidad) sea razón suficiente, ya que la homogeneidad del servicio a través de un protocolo de limpieza y la racionalización en una Central de Compras no están reñidos con la posibilidad de división en lotes. Tampoco es razón admisible la existencia de contrato precedente de idénticas características a que es objeto del recurso en tanto que su régimen jurídico es diferente al estar sometido en su totalidad a la anterior TRLCSP.

Por lo cual, considera este Tribunal que los Pliegos que rigen esta licitación, en cuanto no justifican adecuadamente la no división en lotes del objeto contractual, no se acomodan a lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en lo que se refiere la división de lotes por lo que debe estimarse el recurso».

optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotes. Ahora bien, el artículo 1 del TRLCSP sanciona también, como principios básicos y rectores de la contratación del sector público, la libertad de acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de trato y, en fin, la salvaguarda de la libre competencia. Por lo tanto, es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios (eficacia y eficiencia de la contratación pública, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte) lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes.

En relación con lo anterior este Tribunal ha manifestado en diversas ocasiones (Resoluciones 138/2012, 143/2012, 187/2012, 210/2012, 220/2012 o 227/2012 de las que se hace eco la más reciente Resolución 523/2015) que ha de respetarse, en principio, la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se cubran, desestimando así las pretensiones destinadas a que se elaborasen los lotes del modo sugerido por el recurrente en cada caso (en el mismo sentido la resolución n.º 470/2015, en donde se analizaba la impugnación de los pliegos que iban a regir el proceso de contratación)⁵⁹.

Finalmente, cabe recordar, siguiendo la resolución de 14 marzo de 2018 del TACP de la Comunidad de Madrid (JUR 2018\88978), que si bien es cierto que la división en lotes intensifica la competencia, no lo es menos que la falta de división en lotes no implica en todo caso la existencia de una restricción al principio de libre competencia. Así la decisión de dividir en lotes el objeto de un contrato con carácter general corresponde al órgano de contratación, que no está obligado a ello, sino que «podrá» establecer tales lotes. Únicamente en el caso de que la agrupación en un solo contrato de

⁵⁹ Más recientemente, cabe citar la Resolución del TARCCyL de 19 abril de 2018 (JUR 2018\199712) conforme a la cual «el inicial reconocimiento de la discrecionalidad del órgano de contratación para configurar los lotes debe ser matizado al señalar que un principio rector básico de la contratación pública es la eficiente utilización de los fondos públicos, que exige que el órgano de contratación a la hora de integrar la prestación objeto de un contrato en un único lote deba ponderar la mayor eficiencia en la ejecución de las prestaciones y la libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia».

varios objetos o la no división en lotes del mismo supongan una vulneración del principio de libre concurrencia, cabría apreciar la necesidad de aplicar de forma imperativa tal fraccionamiento. El inicial reconocimiento de la discrecionalidad del órgano de contratación para configurar los lotes debe ser matizado al señalar que un principio rector básico de la contratación pública es la eficiente utilización de los fondos públicos que exige que el órgano de contratación a la hora de integrar la prestación objeto de un contrato en un único lote deba ponderar la mayor eficiencia en la ejecución de las prestaciones y la libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia. La motivación de lo discrecional es el elemento que lo diferencia de lo arbitrario.

3.4. Limitaciones a la división en lotes

En cuanto a la posibilidad de que los contratistas puedan licitar o resultar adjudicatarios de un único lote o de varios, el Dictamen n.º 69/2006, de 28 de julio, de la Abogacía General del Estado había indicado que «...la Administración o entidad contratante podrá limitar la posibilidad de licitar a uno o varios lotes, pero cuando admita la licitación respecto a varios lotes o a todos ellos, la adjudicación de los mismos deberá producirse a favor de aquellos empresarios que, admitidos a licitación, presenten la oferta más ventajosa de acuerdo con los criterios de valoración establecidos en los pliegos, pudiendo en tal caso (admisión de la licitación respecto a varios lotes) producirse el resultado de que sean adjudicados varios lotes al mismo empresario»⁶⁰.

Este criterio pierde su virtualidad como consecuencia del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE que permite a los poderes adjudicadores optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes; les obliga a precisar, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el

⁶⁰ A este dictamen de la AGE hace referencia la Resolución del TACRC de 31 de octubre de 2014: «Pues bien, con expresa referencia a la argumentación del Dictamen de la Abogacía General del Estado no 69/2006, el Tribunal considera que sí es posible la limitación del número de lotes a participar, y ello por las siguientes razones: a) tal interpretación es la que parece la más ajustada a la literalidad y al contenido del precepto; b) es la que resulta más coherente con la finalidad a la que responde la división de los contratos por lotes; c) se ajusta con mayor rigor a las premisas sobre las que se asienta la técnica de división del contrato en lotes; d) resulta corroborada por el contenido del modelo de anuncio de licitación y adjudicación de contratos para su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), que figura como Anexo VIII del RGCAP [...]».

interés, si las ofertas pueden presentarse para uno, varios o todos los lotes; les faculta para limitar el número de lotes que puedan adjudicarse a un solo licitador, incluso en el caso de que se puedan presentar ofertas para varios o todos los lotes, siempre que en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés se indique el número máximo de lotes por licitador; etc. El Considerando 79 de la Directiva 2014/24/UE establece que «Cuando los contratos estén divididos en lotes, los poderes adjudicadores deben estar autorizados a limitar el número de lotes a los que un operador económico puede licitar, por ejemplo con el fin de preservar la competencia o garantizar la fiabilidad del suministro. También deben estar autorizados a limitar también el número de lotes que pueda adjudicarse a cada licitador».

En principio, la división en lotes permite que cada uno de los lotes pueda ser adjudicado a un licitador distinto, o bien varios o todos al mismo licitador, constituyendo, por tanto, cada lote un contrato independiente. El apartado 4 del artículo 99 LCSP, que permite al órgano de contratación introducir limitaciones en los casos en los se proceda a la división en lotes siempre que se justifique debidamente en el expediente y, a su vez, se indique expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares, tiene su origen en el referido artículo 46.2 de la Directiva 2014/24/UE⁶¹, y supone una novedad respecto al TRLCSP de 2011. Estas limitaciones son las dos siguientes:

- a) Podrá limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta.
- b) También podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador. En este caso, además deberán incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios o normas que se aplicarán cuando, como consecuencia de la aplica-

⁶¹ El artículo 46.2 de la Directiva sobre contratación pública establece que «Los poderes adjudicadores precisarán, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, si las ofertas pueden presentarse para uno, varios o todos los lotes. Los poderes adjudicadores estarán facultados para limitar el número de lotes que puedan adjudicarse a un solo licitador, incluso en el caso de que se puedan presentar ofertas para varios o todos los lotes, siempre que en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés se indique el número máximo de lotes por licitador. Los poderes adjudicadores indicarán en los pliegos de la contratación los criterios o normas objetivos y no discriminatorios que se proponen aplicar para determinar qué lotes serán adjudicados, en caso de que la aplicación de los criterios de adjudicación pueda dar lugar a que a un solo licitador se le adjudique un número de lotes superior al máximo indicado».

ción de los criterios de adjudicación, un licitador pueda resultar adjudicatario de un número de lotes que exceda el máximo indicado en el anuncio y en el pliego. Estos criterios o normas en todo caso deberán ser objetivos y no discriminatorios.

En realidad, cabe entender que el artículo 99.4 establece una tercera limitación cuando adicionalmente determina que «Podrá reservar alguno o algunos de los lotes para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta⁶². Igualmente se podrán reservar lotes a favor de las entidades a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava⁶³, en las condiciones establecidas en la citada disposición».

La Resolución n.º 798/2018, de 14-9-2018, del TEACRC al interpretar el artículo 99.4 de la LCSP advierte que «Nada en el artículo 99.4 LCSP permite la exclusión de una oferta más ventajosa para dar preferencia a otra con menor puntuación, precisamente en contra de la preferencia manifestada por el licitador que ha presentado la mejor oferta y es relegado. Algo distinto es que se acepte la limitación del número de lotes de los que un mismo licitador puede ser adjudicatario o que para evitar que un lote quede desierto se excepcione la regla de no adjudicar más de un lote a un mismo licitador que haya presentado la mejor oferta en más de uno de ellos.

Por otra parte, la limitación de lotes de los que se puede ser adjudicatario está legalmente configurada como una excepción a la regla general de libre concurrencia y adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, por lo que debe recibir una aplicación estricta o no extensiva, quedando fuera de la ley las excepciones a la adjudicación que desborden la limitación legalmente admitida, es decir, la del número de lotes de que se puede ser adjudicatario y que no deriven de criterios estrictamente competitivos, como sería una valoración para el caso de la existencia o no de escasa o suficiente concurrencia o la conveniencia, que siempre sería al menos discutible, de dar entra a otro licitador que ha realizado una oferta objetivamente menos valorada.

⁶² Que regula los contratos reservados.

⁶³ Que se refiere a la reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones.

A través de conceptos indeterminados muy amplios se viene a reconocer en el Pliego a la mesa de contratación una intervención sobre los propios criterios de adjudicación que resulta contraria a la certeza e integridad que deben presidir la contratación pública, de acuerdo con el artículo 1 de la LCSP.

El objetivo de que los adjudicatarios de los lotes sean empresas diferentes, que expresamente enuncia la cláusula 2.8.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no puede perseguirse fuera de los márgenes legales, que únicamente contemplan la posibilidad de limitar el número de lotes de los que se puede ser adjudicatario»⁶⁴.

3.5. Posibilidad de adjudicación de más de un lote: oferta integradora

Por oferta integradora puede entenderse «aquella que permite presentar una proposición simultánea a varios o a todos los lotes licitados —según se establezca en el pliego— de modo que se permita seleccionar la mejor oferta (individualmente o integrada), incorporando un elemento de comparación real y objetivo»⁶⁵. Necesariamente, la posibilidad de presentar «oferta integradora» exige que el licitador presente oferta individualizada a cada uno de los lotes que componen aquélla, de modo que se permite comparar la mejora que la «oferta integradora» aporta, constatándose así si el contrato debe ser adjudicado a la oferta del licitador que, respecto al conjunto de la totalidad de los lotes integrados, resulte ser la más ventajosa o, en cambio, adjudicar por lotes individualizados, al representar la suma de todos ellos un resultado más beneficioso en los términos previstos en el pliego. Incluir una posibilidad de esta naturaleza debe facilitar, en suma, la selección de la oferta económicamente más ventajosa al tiempo que no se vea restringida la competencia⁶⁶.

⁶⁴ El TEACR previamente indicaba que «Así pues, el objetivo de facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública no implica corrección alguna en los principios de igualdad, transparencia y la objetividad y no entraña innovación que permita ponerlos en entredicho. Y es que las Directivas prevén medidas concretas y variadas para lograr ese objetivo sin alterar el principio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, como es el caso, en particular, de la división de los contratos públicos en lotes...».

⁶⁵ Informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CA de Aragón.

⁶⁶ Vid. nota anterior.

El concepto de «oferta integradora», aunque no encaja exactamente con el de variante —al no conllevar una solución técnica alternativa—, ni con el de mejora —pues no incorpora prestaciones adicionales a una oferta base— tiene mucho en común con estos mecanismos que permiten la presentación de proposiciones simultáneas; se trata, en suma, de una reformulación de la proposición económica, que posibilita la revalorización de la oferta aplicando los criterios de valoración que se establezcan, criterios que deberán ser los mismos que se apliquen a las ofertas individualmente consideradas, de modo que puedan ser objetivamente comparadas⁶⁷.

El apartado 5.º del artículo 99 LCSP, también novedoso y con origen en el artículo 46.3 de la Directiva 2014/24/UE⁶⁸, establece los requisitos que deben cumplirse para adjudicar a una oferta integradora, cuando el órgano de contratación hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato y, además, permitir que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador. Deben cumplirse «todos y cada uno de los requisitos siguientes:

- a) Que esta posibilidad se hubiere establecido en el pliego que rija el contrato y se recoja en el anuncio de licitación. Dicha previsión deberá concretar la combinación o combinaciones que se admitirá, en su caso, así como la solvencia y capacidad exigida en cada una de ellas.
- b) Que se trate de supuestos en que existan varios criterios de adjudicación.
- c) Que previamente se lleve a cabo una evaluación comparativa para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumpliría mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos en el pliego con respecto a dichos lotes, que las ofertas presentadas para los lotes separados de que se trate, considerados aisladamente.
- d) Que los empresarios acrediten la solvencia económica, financiera y técnica correspondiente, o, en su caso, la clasificación, al conjunto de lotes por los que licite».

⁶⁷ Vid. nota anterior.

⁶⁸ El artículo 46.3 de la Directiva sobre contratación pública establece que «Los Estados miembros podrán disponer que, en caso de que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, los poderes adjudicadores estén facultados para adjudicar contratos que combinen varios lotes o todos los lotes cuando dichos poderes hayan especificado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, que se reservan dicha posibilidad, y hayan indicado los lotes o grupos de lotes que puedan combinarse».

En cuanto a esta posibilidad, el Considerando 79 de la Directiva 2014/24/UE dispone que «... el objetivo de facilitar un mayor acceso a la contratación pública a las PYME podría verse mermado si se obligara a los poderes adjudicadores a adjudicar el contrato lote por lote, aunque ello supusiera tener que aceptar soluciones bastante menos ventajosas respecto de una adjudicación que reúna varios o todos los lotes. Por ello, cuando la posibilidad de aplicar este tipo de método se haya indicado claramente antes, los poderes adjudicadores deberían poder llevar a cabo una evaluación comparativa de las ofertas para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumplirían mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos de conformidad con la presente Directiva con respecto a dichos lotes, que las ofertas para los lotes separados de que se trate consideradas aisladamente. En caso afirmativo, el poder adjudicador debería poder adjudicar un contrato que combine los lotes de que se trate al licitador afectado. Es preciso aclarar que los poderes adjudicadores deberían realizar dicha evaluación comparativa primero determinando qué ofertas cumplen mejor los criterios de adjudicación establecidos con respecto a cada lote separado y después comparar el resultado con las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación específica de lotes considerados en su conjunto».

Se trata, por tanto, de evitar que adjudicar el contrato lote por lote implique aceptar soluciones o propuestas menos ventajosas que una oferta que integre todos, o varios, lotes. Para ello, la oferta general o integradora debe permitir la presentación de una oferta simultánea a varios o a todos los lotes licitados de modo que se permita seleccionar la mejor oferta (individualmente o integrada), incorporando un elemento de comparación real y objetivo. Una vez efectuada la valoración de las ofertas (individuales y de los lotes integrados) y a los efectos de efectuar la adjudicación, se compararán las mejores ofertas individuales con las diferentes ofertas integradoras presentadas por los licitadores, hallando la suma ponderada de la puntuación total de las mejores ofertas individuales, con independencia de que hayan sido formuladas por distintos licitadores, y comparándola con la puntuación total de cada una de las ofertas integradoras.

3.6. Cada lote, un contrato

Finalmente, hay que tener en cuenta que el apartado 7 del artículo 99 determina que en los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contra-

to, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN Y REFLEXIÓN FINAL

El fraccionamiento del objeto contractual en lotes debe perseguir una mejor ejecución y una apertura a la competencia, y nunca un fraccionamiento irregular destinado a disminuir su cuantía y eludir los requisitos de publicidad o el procedimiento de adjudicación que correspondan. Para distinguir el fraccionamiento regular o permitido, del fraccionamiento irregular o prohibido, podemos seguir el esquema siguiente⁶⁹:

A) Se permite el fraccionamiento en los casos siguientes:

a) Cuando el objeto del contrato admita la división en lotes, bien porque así lo exija su naturaleza, bien porque cada lote sea susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituya una unidad funcional, siempre que así se justifique debidamente en el expediente.

b) También se permite el fraccionamiento cuando se trate de prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, siempre que dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En estos casos, el régimen jurídico aplicable admite la realización independiente de cada lote o prestación diferenciada y cuando la realización de una obra, la contratación de unos servicios o la obtención de unos suministros homogéneos pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes. Las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, con algunas excepciones.

⁶⁹ «Principios de contratación administrativa y su aplicación práctica en las áreas de riesgo». Comisión Técnica de Auditoría Pública. Serie Documentos. Fundación FIASEP. Disponible el 6-9-18 en <http://www.fundacionfiasep.org/bocms/images/bfilecontent/2013/10/10/9390.pdf?version=1> .

B) Está prohibido el fraccionamiento cuando se lleve a cabo con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. Para determinar qué fraccionamientos no están permitidos legalmente, se pueden tener en cuenta —no necesariamente de forma acumulativa— dos criterios, uno objetivo y el otro subjetivo:

a) Comprobar si el objeto contractual admite ser fraccionado, pues en tal caso está permitida la división en lotes y ha de motivarse la no división.

b) Valorar si existe la intención de eludir las normas de publicidad o el procedimiento de adjudicación que correspondan. Este criterio subjetivo, que obliga a tener en cuenta el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso, es útil para determinar si el fraccionamiento es o no fraudulento, en aquellos casos en que objetivamente sea difícil concluir si nos encontramos ante un objeto que se fracciona indebidamente o ante objetos diversos entre los que no existe una vinculación funcional u operativa, pues la existencia de dicha vinculación puede depender de la finalidad que se pretenda conseguir por el órgano de contratación.

No obstante, conviene no olvidar que el enjuiciamiento del posible carácter fraudulento del fraccionamiento no debería presumirse en base a criterios generales establecidos a priori, sino que debería acreditarse en cada caso, tomando como base las propias circunstancias y datos obrantes en el supuesto de que se trate⁷⁰.

Y más allá de la descripción de un fenómeno con dos caras, interesa asimismo destacar que la ordenación y planificación de la contratación pública es esencial, y sin duda el medio y solución para evitar el fraccionamiento irregular. Planificar es el instrumento idóneo para prevenir el fraccionamiento irregular. Recordemos que entre los principios generales que deben respetar todas las Administraciones Públicas en su actuación la Ley 40/2015 incluye el de planificación⁷¹, y que el artículo 28 de la LCSP dispone que «Las entidades del sector público no podrán celebrar

⁷⁰ Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 14 de junio de 2013. Accesible el 9-9-18 en http://www.madrid.org/wint_web/run/j/MostrarDocumento.icm?mime=application/pdf&tipo=tl_pdf&tabla=informe&codigo=2886

⁷¹ Artículo 3 LRJSP.

otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales» y que «Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente».

Es indudable que ninguna Administración puede funcionar correctamente si carece de una estrategia adecuada de compras y adquisición de los medios y servicios necesarios para ejecutar sus funciones. Cualquier Administración que aspire a prestar con eficacia y eficiencia servicios de elevada calidad precisa de instrumentos de ordenación y gestión de contratación o de otros semejantes. No obstante, en las Administraciones públicas la aplicación de la planificación en materia de contratación, y también en otros ámbitos como los recursos humanos, ha sido tradicionalmente más teórica que práctica. Mediante la planificación se trata en definitiva de establecer un sistema racional en el que, examinadas las actividades que se deben realizar y necesidades que se deben cubrir, se proyectan los medios y formas necesarios para su adquisición, realización y cobertura en términos de eficacia y eficiencia.

El punto de partida para la utilización de los mecanismos previstos en la normativa de contratos del sector público para cubrir las necesidades es la correcta planificación de la contratación la cual, además de permitir y contribuir al mejor respeto de los principios inspiradores de la contratación pública, contribuye también a garantizar la utilización eficiente de los fondos públicos.

Ciertamente, una vez determinadas por los entes, organismos o entidades del sector público las necesidades que deben cubrirse —cuando son previsibles e incluso cuantificables— y concretado el alcance, tanto material como temporal, del objeto de los contratos que se requieren para satisfacerlas, planificar los contratos que hay que llevar a cabo permite poder plantear diferentes opciones para cubrirlas, así como también obtener ahorros en los gastos de gestión de la contratación; una posible mejora de precios por la agregación de demanda, aprovechando las economías de escala, pero también derivada de la mayor concurrencia que permite una contratación abierta y competitiva y la posibilidad de obtención de ofertas más ventajosas; incrementar la eficacia con la integración de la prestación en un único contrato; y optimizar la ejecución global del contrato, entre otra eficiencia. Así, simplemente el estableci-

miento de la duración de un contrato en un año prorrogable por otros periodos, en lugar de suscribir sucesivos contratos menores de duraciones inferiores, permite obtener estos beneficios, pudiendo concretar la duración total del contrato en función de cómo de satisfactorio haya sido el resultado en el plazo de duración inicial o de la evolución del mercado⁷².

Asimismo, la correcta planificación previa de la contratación permite diseñar las licitaciones haciendo uso de las distintas opciones legalmente previstas; permite diseñar la adquisición de suministros mediante algún sistema de racionalización de la contratación (acuerdos marco, etc.); permite también hacer posible una contratación pública estratégica, en los términos en que se configura en la Directiva 2014/24/UE; etc.

Por el contrario, la ausencia de planificación en la contratación pública, puede impedir o hacer imposible la correcta determinación del procedimiento contractual adecuado y conllevar un fraccionamiento irregular del objeto contractual.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares en el Informe 4/2010, de 29 de octubre, sobre contratos menores, principios generales de la contratación y fraccionamiento del objeto de un contrato, indica que «en principio y con carácter general, se podría considerar que un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación de este contrato, tiene conocimiento cierto —o podría tenerlo, si se aplicaran los principios de programación y buena gestión— de la necesidad de contratar una prestación determinada de carácter o naturaleza unitarios, perfectamente definida, cuyas características esenciales no puedan variar de manera sustancial, que tiene que llevarse a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo y, aun así, tramita-

⁷² Informe 14/2014, de 22 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente). En el mismo, se señalan algunas de las modalidades contractuales que deben sustituir el uso, o abuso, de los contratos menores: «la correcta planificación previa también puede permitir diseñar la adquisición de suministros —(...)— mediante algún sistema de racionalización de la contratación, especialmente mediante el establecimiento de un acuerdo marco, con una o con diversas empresas, o la suscripción de un contrato de suministros en que la empresa contratista se obligue a entregar bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud en el momento de suscribir el contrato —previsto en el artículo 9.3 del TRLCSP».

ra diferentes contratos menores y eludiera las normas más exigentes de publicidad y procedimiento»⁷³.

En palabras del Dictamen n.º 128/2016, de 21 de abril, del Consejo Consultivo de Canarias, «la improcedencia de tal actuar, que podría evitarse si se hiciese una correcta planificación de su actividad y de la gestión contractual, con total respeto a los principios inspiradores de la contratación pública (publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores), sin duda alguna contribuiría a garantizar la utilización eficiente de los fondos públicos, una correcta planificación de las necesidades de contratación permitiría plantear diferentes opciones para cubrirlas (entre ellas, las señaladas en el art. 9.3 TRLCSP), así como ahorrar en los gastos de gestión de la contratación por una posible mejora de precios derivada no sólo por la agregación de demanda, aprovechando las economías de escala, sino también por la mayor concurrencia que permite una contratación abierta y competitiva».

5. BIBLIOGRAFÍA

- BATET JIMÉNEZ, P.: «La división del objeto del contrato en lotes». Gabilex N.º 6. Junio 2016. <http://gabilex.castillalamancha.es/>
- BATET JIMÉNEZ, P.: «Reflexiones sobre el fraccionamiento indebido de los contratos». Accesible el 3-9-2018 en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.204/recategoria.208/chk.cfe478aaaa5499e2d593bc69e8ea7fc8>
- CANDELA TALAVERO, J.E.: «El fraccionamiento del objeto de los contratos públicos y la fraudulenta utilización del contrato menor». Auditoría Pública n.º 53 (2011). Págs. 85 a 94.
- GALLEGO CORCOLES, I.: «El fraccionamiento del contrato y la división en lotes». Contratación Administrativa Práctica, N.º 138, Julio 2015, Editorial LA LEY.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, J.: «El fraccionamiento de los contratos menores y su no fiscalización: consecuencias penales». Revista de Derecho Local El Derecho, n.º 44. Septiembre de 2016.

⁷³ En el mismo sentido, Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 14 de junio de 2013. Accesible el 9-9-18 en http://www.madrid.org/wint_web/run/j/MostrarDocumento.icm?mime=application/pdf&tipo=tl_pdf&tabla=informe&codigo=2886

- HERRERA CAMPA, J.J., «Análisis normativo del fraccionamiento del gasto», *Revista Cuenta con IGAE, Edición y Distribución: Subdirección General de Información, Documentación y Publicaciones*, n.º13, Noviembre 2005, pág. 25.
- RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, M.^a. C.: «Fraccionamiento del contrato y división en lotes. Posibilidad de limitar el número de lotes a los que un operador económico pueda licitar o adjudicarse a cada licitador». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña Vol. 21 (2017)*, pp. 192-228 ISSN: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M.: «La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del sector público». *El Consultor de los Ayuntamientos*, N.º 20, Sección Opinión/Actualidad, Quincena del 30 Oct. al 14 Nov. 2017, Ref. 2425/2017, pág. 2425, Editorial Wolters Kluwer.
- MOREO MARROIG, T. «Los monolitos asturianos y el fraccionamiento ilegal del objeto del contrato». <http://www.administracionpublica.com/los-monolitos-asturianos/>
- MUÑOZ MACHADO, S.: «Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general». Tomo XIII Contratos del Sector Público. *Boletín Oficial del Estado (BOE)*. 2015
- PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (Directores). «Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público» (Tomo II). Editorial Bosch. Abril 2009.
- PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M.: «Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público». 1.^a Edición, enero 2018. Editorial La Ley Wolters Kluwer.
- ROJAS GUERRERO, R., «El fraccionamiento del objeto en los contratos administrativos », *Diario La Ley*, núm. 6737, Año XXVIII, 18 de junio 2007.
- SOLER MIFSUD, E.: «El fraccionamiento del objeto de los contratos en la Administración Local: nociones generales de la división en lotes. El fraccionamiento indebido del objeto del contrato». *Auditoría Pública* n.º 70 (2017), pp. 109-114.
- VÁZQUEZ MATILLA, F. J.: «El fraccionamiento del contrato. Ausencia de regulación en la LCSP y necesidad de definición». *El Consultor. Contratación Administrativa Práctica Boletín* 26 de julio de 2018.

Novedades en la centralización de compras en la ley 9/2017 de contratos del sector público

Isabel Gallego Córcoles¹

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

La centralización de compras es un fenómeno cada vez más importante tanto a nivel europeo como nacional. La creación del modelo de centralización en España ha planteado algunas cuestiones conflictivas, que abarcan desde su propia naturaleza hasta el ámbito subjetivo de los acuerdos marcos adjudicados por las distintas centrales. El presente trabajo se centra especialmente en explicar cómo la Ley 9/2017 ha tratado de resolver estas cuestiones.

PALABRAS CLAVE: central de contratación, centralización de compras, acuerdos marco, sistemas dinámicos de contratación, compra conjunta.

ABSTRACT

The centralization of purchases is an increasingly important phenomenon both at European and national level. Spanish model of centralization of purchases has raised some conflicting issues, ranging from its own nature to scope of the frame-

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

work agreement awarded by the central purchasing body. This paper focuses especially on explaining how law 9/2017 has tried to resolve these.

KEY WORDS: *central purchasing body, centralisation of purchases, framework agreement, dynamic purchasing system, joint procurement.*

1. INTRODUCCIÓN

En el contexto europeo, la centralización de las compras públicas es una realidad que se impone cada vez con más firmeza. Tras una primera fase de escepticismo en la que la centralización de compras se consideró un instrumento que podía tener efectos restrictivos en la competencia², la Directiva 2004/18/CE reconoció expresamente la posibilidad de crear centrales de compras, ante la constatación de que se habían desarrollado en algunos Estados miembros determinadas técnicas de centralización de adquisiciones, de forma que era necesario establecer una mínima regulación de estos instrumentos que garantizara el respeto de los conocidos principios de no discriminación e igualdad de trato³. Probablemente este reconocimiento expreso ha contribuido a que en la actualidad una de las tendencias más significativas en la contratación europea es el incremento de la licitación realizada a través de estas centrales, impulsada principalmente por la actividad de entes locales y organismos públicos que no tienen la condición formal de administración⁴.

Mientras tanto, en España el desarrollo de las centrales de compra se ha producido de forma muy paulatina. Una característica del modelo es que se ha puesto el acento no tanto en el diseño de un sistema robusto de compras colaborativas como de un sistema de racionalización del sistema de gestión contractual dentro de cada organización. Ya la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas contempló en su art. 184 la con-

² DIMITRI, N., DINI, F., & PIGA, G.: «When should procurement be centralized?» In N. Dimitri, G. Piga, & G. Spagnolo (Eds.), *Handbook of Procurement*, 2006, p. 49.

³ Vid. considerando 16.

⁴ Comisión Europea [2011] p. 7. En concreto, entre 2006 y 2009, el número de contratos marco adjudicados se ha multiplicado prácticamente por cuatro. En 2009, más de 25.000 contratos marco representaban alrededor de una séptima parte del valor de todos los contratos publicados en el DOUE. Ese mismo año, el 6,8% de todos los contratos fueron otorgados por poderes adjudicadores que actuaban por cuenta de otras autoridades. Más del 40% del valor de los contratos publicados por órganos de adquisición conjuntos o centrales correspondía a acuerdos marco.

tratación centralizada de mobiliario, material y equipo de oficina y otros bienes, y de equipos y sistemas para el tratamiento de la información⁵ y la contratación centralizada de servicios⁶. Ambos preceptos no constituían legislación básica —por lo que no eran aplicables a las CCAA— y disciplinaban exclusivamente la centralización de contratos en el ámbito de la Administración General del Estado.

Poco después, la disposición adicional décima del TRLCAP, introducida por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre preveía la adhesión de otros niveles territoriales a los sistemas de contratación centralizada de la Administración General del Estado de adquisición de bienes y servicios. Por un lado, se disponía que «las Comunidades Autónomas, Entidades Locales, sus Organismos Autónomos y entes públicos» podrían adherirse al sistema de contratación centralizada estatal. Por otro, que mediando los correspondientes acuerdos, las Comunidades Autónomas y la Entidades locales podrían adherirse a sistemas de adquisición centralizada de otras Comunidades Autónomas y Entidades Locales. Por tanto, el TRLCAP preveía sin límites que las distintas Administraciones pudiesen celebrar convenios que permitiesen agregar las demandas de entes de ámbitos geográficos y niveles de gobierno diferentes, estableciendo así una habilitación muy flexible.

Pero más allá de este contexto normativo, un hecho decisivo para el desarrollo de las centrales de compra ha sido el impacto de la crisis económica⁷.

Por su parte, el Informe elaborado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas⁸ recomendaba profundizar

⁵ Vid. art. 184. igualmente art. 183 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP).

⁶ Vid. art. 200, sustituido después por art. 199 TRLCAP.

⁷ Insiste en este aspecto, MOREO MARROIG, Teresa: «Racionalización y acuerdos marco», en Gimeno Feliu (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, p. 1515.

⁸ *Informe Cora*, publicado en el año 2013 y disponible en transparencia.gob.es/ [Fecha de consulta: 2-7-2018].

En el informe también se destaca que Mediante los trabajos de CORA se ha emprendido un proceso de reforma de la contratación de suministros y servicios de los distintos departamentos ministeriales, que pretende mejorar las ineficacias detectadas tales como la existencia de gran número de órganos de contratación, escasas compras centralizadas, diversidad de los métodos de gestión así como de los niveles de calidad de los productos suministrados y, en general, ausencia de unidad de criterio.

en la utilización de fórmulas de compra conjunta en consideración a los notables ahorros de recursos obtenidos en la centralización. Según dicho informe, durante los años 2010, 2011 y 2012 dichos ahorros fueron de 28,9, 20,8 y 96 millones de euros, respectivamente. También se aclara que el descenso en los ahorros producidos en los dos últimos años se debe a la reducción de las compras realizadas en dichos ejercicios como consecuencia de las restricciones presupuestarias.

De forma paralela, algunas Comunidades Autónomas comenzaron a aprobar también sus propias disposiciones en materia de contratación centralizada, proceso que continuó tras la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Por su parte, la creación de centrales de contratación de carácter local comenzó en un momento posterior. En todo caso, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (en adelante LRSAL) trata de impulsar —no sin ciertas contradicciones— la creación de centrales de contratación locales.

En esta breve reseña introductoria no puede omitirse la aprobación de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, DCP). En lo que a este trabajo interesa, la norma contiene una regulación más acabada de las fórmulas de agregación de la demanda⁹. La

De mayor interés a efectos de este estudio reviste el hecho de que en el informe se señale que evitar la replicación del sistema estatal en las CC.AA. es una demanda recurrente de las empresas licitadoras, que se enfrentan a la complejidad de elaborar ofertas para procedimientos de contratación que tienen por objeto el mismo tipo de bienes o servicios en los que se exigen diferentes condiciones y que se suceden con plazos muy ajustados de tiempo. Por ello, al objeto de obtener mejores condiciones y precios en los contratos de bienes y servicios comunes, así como reducir trámites y tiempos para órganos de contratación y licitadores, se propone la contratación centralizada a nivel estatal mediante la adhesión de las CC.AA. a la Central de Contratación del Estado gestionada actualmente por la Dirección General del Patrimonio del Estado, sin perjuicio de que mantengan su propia actividad centralizadora en aquellos sectores de actividad en que no opera el Estado.

⁹ Como se afirma en el considerando 59, «en los mercados de contratación pública de la Unión se comienza a observar una marcada tendencia a la agregación de la demanda por los compradores públicos con el fin de obtener economías de escala, incluida la reducción de los precios y de los costes de transacción, y de mejorar y profesionalizar la gestión de la contratación. Ello puede hacerse

nueva Directiva introduce un régimen jurídico mucho más acabado que el establecido en la Directiva que deroga. Por un lado, se establecen disposiciones relativas a la distribución de responsabilidades en la tramitación del completo procedimiento de contratación (art. 37.2, tercer párrafo), a la obligatoriedad del empleo de medios electrónicos (art. 37.3), y a la utilización de una central de compras situada en un Estado miembro que no sea el del poder adjudicador (arts. 39.3 y 39.4 DCP). También se dispone expresamente que para que un poder adjudicador pueda recurrir a un acuerdo marco celebrado por una central de contratación es preciso que el poder adjudicador en cuestión haya sido claramente identificado en la convocatoria de licitación o la invitación a confirmar interés (art. 37.1 en relación con el art. 33.2 DCP). Por último, al margen de permitir expresamente la contratación pública esporádica, el art. 38 DCP pretende distribuir las responsabilidades en estos supuestos de compra conjunta.

Finalmente, 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 regula las «Centrales de contratación» en su sección 4.ª de Capítulo II, *Racionalización técnica de la contratación*¹⁰, del Libro segundo de la LCSP (arts 227-230). Sin embargo, no se han traspuesto todas las disposiciones europeas sobre técnicas e instrumentos de la contratación electrónica y agregada. Así, si bien el art. 31.3 LCSP traspone el art. 38, relativo a «Contratación conjunta esporádica», no se ha transpuesto el Artículo 39,

concentrando las compras, bien por el número de poderes adjudicadores participantes, bien por su volumen y valor a lo largo del tiempo. No obstante, la agregación y la centralización de las compras deben supervisarse cuidadosamente para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo y la colusión y preservar la transparencia y la competencia, así como las posibilidades de acceso al mercado de las PYME».

Hemos tenido ocasión de analizar someramente la regulación de las centrales de contratación en la DCP en GALLEGO CÓRCOLES, Isabel: «Demanda agregada en el ámbito local» en Valcárcel Fernández (dir.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público*, Aranzadi, 2016, pp. 288-297. En la misma obra, vid. FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael: «Aspectos jurídicos de las técnicas e instrumentos para la contratación pública agregada», pp. 31-66.

¹⁰ En esta sección se establecen asimismo unas normas generales sobre los sistemas para la racionalización de la contratación de las Administraciones Públicas (art. 218) y se regulan acuerdos marco (arts. 219-222) y sistemas dinámicos de adquisición (arts. 223-226).

«relativo a la contratación con intervención de poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros»¹¹.

La regulación de la centralización de compras, en todo caso, se encuentra fragmentada en la Ley 9/2017. Porque, al margen de los artículos citados, la disposición adicional segunda, relativa a las «Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales» regula la adhesión de los Entes Locales a las centrales de contratación creadas por la Administración General de Estado, Comunidades Autónomas y asociaciones de entidades locales. Y, la disposición adicional vigésima séptima, regula la adquisición centralizada de medicamentos, productos y servicios sanitarios con miras al Sistema Nacional de Salud¹².

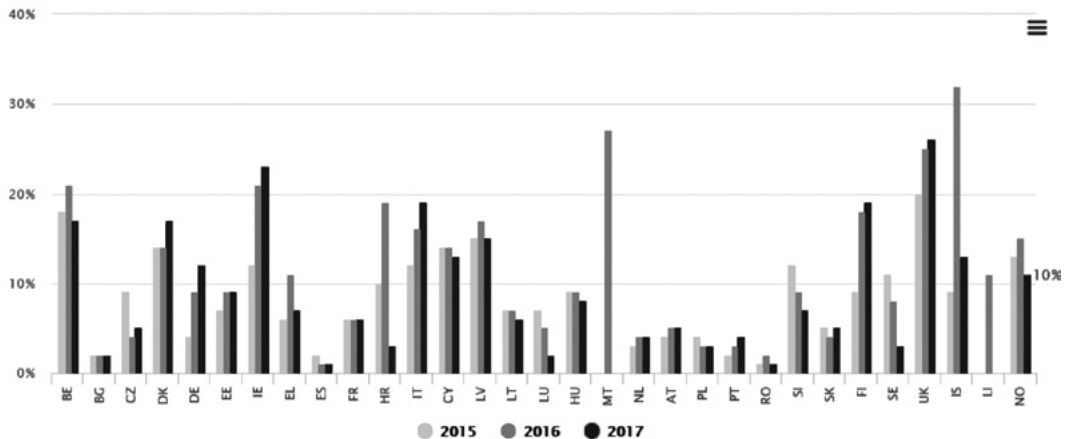
En las siguientes páginas describiremos, desde una perspectiva eminentemente jurídica los sistemas de centralización de compra que se están desarrollando en España. Desgraciadamente no se ha publicado un número suficiente de datos que permita avallar los efectos que los mismos están produciendo bien sea en los precios de los bienes adquiridos ya sea en la estructura de los mercados¹³. Aun así, el concepto de «centralización» de la contratación que empleamos habitualmente en España no termina de corresponderse con el utilizado a nivel europeo, que hace referencia no tanto a técnicas de organización interna en el seno de un poder adjudicador como de la especialización de determinados poderes adjudicadores que ponen su actividad al servicio de otros poderes adjudicadores. De hecho, uno de los 12 indicadores empleados por la Comisión Europea para evaluar los aspectos clave de la contratación pública es el de la «contratación colaborativa», esto es, la proporción de contratación que se efectúa con más de un poder adjudicador. La cifra referente a España

¹¹ Y ello, pese a que el Estado español tiene experiencia en este tipo de compras. OLLERT RUBERT, Marta: «Centrales de contratación», en Gamero y Gallego (dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 1816.

¹² Desde una perspectiva jurídica, vid. entre la bibliografía más reciente, OLLERT RUBERT, Marta: «Experiencia y expansión de las centrales de compra en el ámbito sanitario», en Valcárcel Fernández (dir.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público*, Aranzadi, 2016, pp. 321 y ss. Desde un punto de vista empírico, en la misma obra, VAQUERO GARCÍA, Alberto: «Compras agregadas u eficiencia económica, quien resalta, entre apreciaciones de gran interés, que hasta el momento el ahorro generado por las compras agregadas ha sido inferior al previsto (p. 217).

¹³ Lamenta igualmente esta circunstancia MOREO MARROIG, Teresa: «Racionalización y acuerdos marco...», *op.cit.*, p. 1515.

(1 %) no es sólo una de las más bajas de la Unión, sino que ha descendido respecto a los indicadores de 2015.



FUENTE: Comisión Europea¹⁴

2. LA NUEVA DEFINICIÓN DE «CENTRAL DE CONTRATACIÓN»: HACIA UNA MAYOR CONVERGENCIA CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Como se explicó en otro lugar¹⁵, el TRLCSP, derogado recientemente por la LCSP de 2017, adolecía de cierta debilidad en la regulación de las fórmulas de agregación de la demanda. En primer lugar, el art. 203.1 TRLCSP disponía que «las entidades del sector público podrán centralizar la contratación de obras, servicios y suministros, atribuyéndola a servicios especializados». De esta forma, las diferencias entre la definición europea y la española de central de contratación eran notables, porque mientras al Derecho europeo le preocupan las relaciones intersubjetivas —es decir, entre poderes adjudicadores diferentes—, el art. 203 TRLCSP situaba la creación de la central de contratación en el ámbito de las relaciones entre órganos del *mismo* poder adjudicador. Como ya se ha adelan-

¹⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Single Market Scoreboard*, Public Procurement, Reporting period: 01/2017-12/2017). Disponible (en inglés) en: http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm. En el informe se considera anómalo que la cifra que arroje este indicador sea inferior al 10%.

¹⁵ GALLEGO CÓRCOLES, Isabel: «Demanda agregada...», *op. cit.*, p. 297.

tado en la introducción, las centrales de compras del Derecho de la Unión Europea son poderes adjudicadores. Mientras que en Derecho español podían constituirse en el seno de los distintos poderes adjudicadores como servicios especializados, como órganos de contratación «cualificados». En definitiva, la regulación nacional era desafortunada, porque no acertaba a distinguir entre los planos interorgánico e intersubjetivo, de forma que interpretación del texto legal resultaba en algunos puntos oscura. Por lo demás, el TRLCSP prácticamente se limitaba a recoger la disciplina europea, sin parar en mientes que ésta se limita a esbozar un mínimo regulatorio que debe ser desarrollado por los Estados miembros.

En contraste con lo anterior, la definición del ahora vigente art. 227.2 LCSP se acomoda mejor al concepto de central de compras que preocupa al Derecho de la Unión Europea. Así, «las centrales de contratación actuarán adquiriendo suministros y servicios para *otros entes del sector público*, o adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos». No obstante, que este cambio en la definición incrementa el grado de colaboración en sus compras entre los distintos poderes adjudicadores resulta cuanto menos dudoso ya que, por un lado, no se han adoptado otras medidas que pretendan reforzar el papel de las centrales de compras como instrumento de colaboración entre poderes adjudicadores diferentes y, por otro, este tipo de orientación estratégica precisa de un firme compromiso político.

En todo caso, tal y como exige el Derecho europeo, las centrales de contratación se sujetarán, en la adjudicación de los contratos, acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que celebren, a las disposiciones de la presente ley y sus normas de desarrollo (art. 227.3 LCSP).

3. LOS DIFERENTES NIVELES DE CENTRALIZACIÓN DE COMPRAS EN LA LCSP

3.1. Breve referencia a la compra conjunta

El concepto de compra conjunta es lo suficientemente amplio para abarcar desde la mera adquisición coordinada a través la preparación de la documentación contractual común, hasta aquellas situaciones en las que los poderes adjudicadores siguen conjuntamente un procedimiento de contratación —bien mediante una actuación conjunta, bien confiando a un poder adjudicador

la gestión del procedimiento de contratación en nombre de todos los poderes adjudicadores—. Aunque ningún reparo ha podido oponerse a las fórmulas informales de compra conjunta (redacción de documentación contractual común, etc), es posible concluir que en tanto en cuanto no media prohibición expresa en contrario en Derecho español, ya antes del trasposición de las nuevas Directivas podían realizarse actividades de compra conjunta a través de un único procedimiento de contratación¹⁶. En este sentido, el Informe JCCA Aragón 5/2014, de 3 de marzo, consideró oportuna, viable y conveniente la licitación conjunta entre una entidad local y su organismo autónomo, licitación conjunta que podía articularse a través de cualquier acuerdo de organización o relación municipal.

Una vez admitido que, en línea de principio, es posible articular formas de cooperación al margen de la utilización de centrales de contratación, una duda que se ha planteado es la posibilidad de celebrar acuerdos marco conjuntos. El Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante JCCA) de Baleares 5/2009, de 18 de diciembre de 2009, afirma que la Ley de Contratos del Sector Público no ha incorporado al Derecho español la posibilidad de que haya una pluralidad de órganos de contratación en la conclusión de un acuerdo marco¹⁷. Admitían, por el

¹⁶ Sobre el valor interpretativo de las nuevas Directivas antes del vencimiento del plazo de trasposición vid. GIMENO FELIÚ, Jose María: *El nuevo paquete Legislativo Comunitario sobre contratación Pública. De la burocracia a la estrategia*, Thomson Reuters, 2014, pp. 23-30.

¹⁷ Añade el Informe que este hecho no supone un obstáculo para que una Comunidad Autónoma incorpore esta opción al Derecho autonómico, siempre que se respete la normativa básica estatal y las disposiciones de la Directiva, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de crear una central de contratación. En mi opinión, probablemente hubiera sido preciso un mayor desarrollo argumental de esta idea. Las reglas internas de delimitación de competencias son las que, en todo caso, han de fundamentar la respuesta a las controversias competenciales que puedan suscitarse entre el Estado y las Comunidades Autónomas (entre muchas otras, STC 252/1988). Hay que tener en cuenta además que el mero hecho de que el Derecho comunitario deje libertad de opción a los Estados miembros no implica que las Comunidades Autónomas estén constitucionalmente facultadas para exigir la solución que estimen más favorable a sus intereses (STC 146/1996).

En todo caso, el informe dio origen a una reforma en la legislación balear sobre contratos públicos, que ahora no sólo permite expresamente sino que también regula la celebración de acuerdos marco por parte de distintos órganos de contratación. Vid. art. 6 de Ley 6/2010, de 17 de junio, por la que se adoptan medidas urgentes para la reducción del déficit público modificado por el Decreto-ley 7/2012, de 15 de junio de medidas urgentes para la activación económica en materia de industria y energía, y otras actividades.

contrario, la posibilidad de celebrar acuerdos marco conjuntos tanto el Informe 5/2010 de la JCCA de la Comunidad de Aragón, como el Informe 5/2013, de 11 de abril de la JCCA de la Generalidad de Cataluña.

En la actualidad, el vigente artículo el art. 219 LCSP, que establece ya expresamente que «uno o *varios* órganos de contratación del sector público podrán celebrar acuerdos marco [...]»¹⁸ zanja definitivamente las dudas suscitadas. Lo que debe ser objeto de una valoración positiva, ya que, al margen de que el cambio de redacción viniera probablemente exigido por el Derecho de la Unión Europea, la celebración de un mismo acuerdo marco por parte de varias entidades adjudicatarias puede facilitar la incorporación de fórmulas de cooperación interadministrativa más o menos ocasional, sin el grado de formalización que exige la creación de una central de contratación como órgano o ente especializado¹⁹.

Ante ello, probablemente carezca ya de virtualidad jurídica la DA 27 LCSP, sobre adquisición de medicamentos y productos sanitarios a través de acuerdos marco conjuntos y la DA 31 LCSP, que recoge el texto de la disposición adicional trigésimo segunda que introdujo en el TRLCSP el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. El precepto permite la formalización conjunta de acuerdos marco para la contratación de servicios que faciliten la intermediación laboral por parte de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal y los órganos de contratación competentes de las Comunidades Autónomas, así como de las entidades y organismos dependientes de ellas e integrados en el Sistema Nacional de Empleo. Sin embargo, como esta posibilidad ya se reconoce con carácter general, no tienen ya mucho sentido estas habilitaciones específicas.

3.2. Sistema Estatal de Contratación Centralizada

El Sistema Estatal de Contratación Centralizada se constituye en el seno de la Administración General del Estado. No obstante, de forma voluntaria, los poderes adjudicadores pertenecien-

¹⁸ A diferencia del art. 196 TRLCSP, que hacía referencia exclusivamente a «los órganos de contratación del sector público»

¹⁹ GALLEGO CÓRCOLES, Isabel: “Las centrales de contratación en clave local”, Cunal, 2013, núm. 161.

tes a los niveles de gobierno autonómico y local pueden adherirse a él.

La Junta de Contratación Centralizada constituye el órgano de contratación del sistema estatal de contratación centralizada (229.5 LCSP). Está adscrita a la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación que, creada 2013²⁰, prestará el apoyo técnico necesario para el adecuado funcionamiento del sistema estatal de contratación centralizada (art. 229.5 LCSP).

El elemento fundamental del sistema es la declaración de suministros, obras y servicios de contratación centralizada. Efectuada por el Ministro de Hacienda y Función Pública, esta declaración conforma un catálogo prestaciones que, contratándose de forma general, tienen características esencialmente homogéneas. La inclusión de un bien, servicio u obra dentro de dicho catálogo implica la obligación de que su adquisición sea a través del sistema estatal de contratación centralizada respecto a buena parte de los poderes adjudicadores que integran el sector público estatal²¹.

El elenco de suministros y servicios declarados de adquisición centralizada se recoge en la Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada, que ha sido modificada para ampliar su ámbito objetivo de manera progresiva²². No solo se ha ampliado el ámbito de la central de compras, sino que también se han eliminado del catálogo aquellos bienes que se ha constatado que la contratación descentralizada era más eficiente, como ha sido el caso de la adquisición de los equipos de climatización.

La contratación de obras, suministros o servicios centralizados podrá efectuarse a través de los siguientes procedimientos:

²⁰ Vid. Disposición final quinta del Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de Medidas Urgentes contra la Morosidad de las Administraciones Públicas y de Apoyo a Entidades Locales con Problemas Financieros y Real Decreto 696/2013, de 20 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Antes de su creación el órgano encargado de realizar las compras centralizadas era una Subdirección general integrada en la Dirección General de Patrimonio del Estado.

²¹ Vid. art. 229.2 LCSP. En esta obligación no están incluidos ni sociedades mercantiles ni fundaciones públicas.

²² Vid. LAZO VITORIA, Ximena: «Compra pública agregada en la Administración General del Estado», en Valcárcel Fernández (dir.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público*, Aranzadi, 2016, p. 277.

- a) Mediante la conclusión del correspondiente contrato, que se adjudicará con arreglo a las normas procedimentales contenidas en el Capítulo I del Título I del Libro I de la LCSP.
- b) A través de acuerdos marco.
- c) A través de sistemas dinámicos de adquisición.

En este contexto, los acuerdos marco se utilizan para la instrumentalización de las siguientes compras: vehículos, PCs y software ofimático, impresoras, fotocopadoras y escáneres, servidores y sistemas de almacenamiento, servicios de desarrollo, servicios de alojamiento, equipos y software de comunicaciones, combustibles en estaciones de servicio, electricidad, papel, equipos audiovisuales, muebles, material de oficina, publicidad institucional y sistemas de seguridad. En estos supuestos, el órgano de contratación para la adjudicación de los contratos basados cuyo destinatario fuera una Administración, organismo o entidad adherida, será el previsto en las normas generales aplicables a dichas Administraciones, organismos o entidades (art. 229.3 LCSP).

Por otro lado, debe destacarse como tendencia el hecho de que las distintas órdenes de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada insisten en la necesidad de la centralización de las compras a través de la celebración de contratos, que tienen como destinatarios a distintos órganos de contratación de la Administración General del Estado, de forma que el número de contratos centralizados va aumentando²³. En estos contratos sólo participan órganos de contratación de carácter estatal.

Según los datos publicados por la propia central²⁴, el número de acuerdos marco y contratos centralizados que gestiona la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación actualmente es de treinta y seis. El valor estimado gestionado a través de dichos contratos se ha incrementado desde 1.200,8 millones de €, gestionados anteriormente, a 5.038,20 millones de € que se gestionan en la actualidad por la DGRCC. El ahorro previsto desde la creación de la DGRCC asciende a 549,15 millones de €. En

²³ En la actualidad, la central de contratación estatal ha adjudicado los siguientes contratos centralizados: Telecomunicaciones de la Administración General del Estado, soportes y licencias IBM, servicios postales, control de publicidad institucional, agencia de viajes, seguridad y limpieza.

²⁴ Datos disponibles en <https://contratacioncentralizada.gob.es/>. Fecha de consulta: 28-7-2018.

todo caso, el número de adhesiones a cada acuerdo marco de entes que no pertenecen a la Administración general del Estado depende de cada acuerdo. Por ejemplo no existen entes adheridos al acuerdo marco sobre medios de comunicación hoy vigentes, siendo muy significativo no obstante el número de adhesiones al acuerdo marco sobre software de comunicaciones²⁵.

Por otro lado, la actividad de la central de contratación ha sido objeto de seguimiento constante por parte de la CNMC²⁶. Con carácter general, la CNMC ha criticado la utilización del acuerdo marco en detrimento de los sistemas dinámicos de adquisición, que no obstante, no se han desarrollado todavía en España²⁷. De hecho, la central estatal todavía no ha implementado ninguno. Sea como fuere, y para superar estas objeciones, en la inclusión de nuevos servicios y suministros se han adoptado algunas cautelas relativas a la estructura del mercado sobre el que se actúa. En particular, se ha

²⁵ Consulta efectuada a los pliegos de condiciones publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público [<https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma>]. Fecha de consulta, 28 de julio de 2018.

²⁶ En virtud del art. 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia, la CNMC ha informado la documentación contractual relativa a la actividad de la central de compras estatal. Para un valioso compendio del contenido de estos informes, vid. CAMPUZANO FERNÁNDEZ, Susana y Espinosa García, Juan: «Contratación pública centraliza, competencia en el mercado y diseño de las licitaciones: experiencias recientes en España», en Valcárcel Fernández (dir.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público*, Aranzad, 2016.

²⁷ Las causas de la escasísima utilización de sistemas dinámicos de adquisición en nuestro país no deben buscarse exclusivamente en la ausencia de desarrollo real de la contratación electrónica en nuestro país, ya que la *ratio* de utilización es muy reducida a lo largo de la Unión Europea. El fracaso de esta técnica se debe a la existencia de errores de diseño en la Directiva de 2004, que, precisamente, la DCP trata de superar.

Dos son las novedades que se introducen en este instrumento de compra electrónica: en primer lugar, se suprime la necesidad de formular ofertas indicativas con ocasión de la implementación del sistema, de modo que para formar parte de él no será preciso formular oferta alguna. En segundo lugar, muy relacionado con lo anterior, el procedimiento para la constitución de un sistema dinámico se tramitará como una modalidad del procedimiento restringido. Además, no se fijará un plazo adicional para la recepción de las solicitudes de participación una vez que se haya enviado la invitación a presentar ofertas para la primera contratación específica en el marco del sistema. Si se tiene en cuenta, además, que el plazo mínimo para la recepción de las ofertas es de tan sólo 10 días, puede afirmarse que el instrumento es mucho más ágil, por lo que, en un entorno de generalización de la contratación electrónica, puede ser lo suficientemente atractivo para el gestor. En este contexto, la utilización de catálogos electrónicos —que, regulados en el art. 36 DCP, no han sido objeto de transposición en el Derecho español no obstante— posibilitaría alcanzar cuotas más elevadas de eficiencia y simplificación.

recurrido a la división en lotes, a circunscribir los contratos a determinados ámbitos territoriales, etc²⁸.

Finalmente, en la Ley también se prevé también la posibilidad de que los sujetos obligados del sistema estatal de adquisición centralizada puedan realizar acuerdos marco para adquirir bienes, servicios u obras que no hayan sido declarados de contratación centralizada, si se obtiene el previo informe favorable de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Función Pública, informe que debe obtenerse con carácter previo al inicio del procedimiento dirigido a su adjudicación (art.229.8 LCSP).

3.3. Sistemas Autonómicos de Contratación Centralizada

El art. 228 LCSP dispone que la creación de centrales de contratación por las CCAA se efectuará en la forma que prevean las normas de desarrollo de esta Ley y que aquellas dicten en ejercicio de sus competencias. En la actualidad, todas la CCAA disponen de iniciativas de contratación centralizada, sistemas que, con sus diferencias, tienden a seguir el modelo estatal que acabamos de describir. De esta forma, se establece un elenco de suministros y servicios que, en el ámbito de la Administración autonómica, deben ser objeto de compra centralizada²⁹. En la mayor parte de supuestos se permite la adhesión de los entes locales³⁰ o incluso otro tipo de entes radicados en la CCAA³¹.

²⁸ LAZO VITORIA, Ximena: «Compra pública agregada...», *op. cit.*, p. 278.

²⁹ A modo de ejemplo vid. ORDEN de 20 de abril de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, por la que se modifica la Orden de 30 de julio de 2004, de la Consejera de Hacienda, por la que se determinan los bienes y servicios de gestión centralizada y los procedimientos para su adquisición. públicos de administración electrónica, Servicios de ciberseguridad, Servicios de telecomunicaciones

³⁰ Así, entre otros, prevé esta posibilidad, el art. 32.1 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. En la actualidad, el sistema madrileño cuenta con 47 entidades adheridas, entre las que se encuentran Ayuntamientos, Cámara de Cuentas, Universidad, etc. Información disponible en http://www.madrid.org/cs/Satellite?cid=1354367780138&language=es&pagename=PortalContratacion%2FPPage%2FPCON_contenidoFinal. Fecha de consulta: 28-7-2018. No se prevé en cambio en relación con la central de Castilla-La Mancha (art. 11.3 del Decreto 294/2011, de Castilla-La Mancha).

³¹ Por ejemplo, la Universidad de Oviedo, en el caso de Asturias. Vid. art. 2.3 del Decreto 35/2015, de 12 de mayo, por el que se regula la contratación centralizada, el Registro de contratos y el Registro de documentación Administrativa de Licitadores del Principado de Asturias.

No existe información estructurada que permita comparar la actividad real de estas centrales, especialmente en lo que a actividad dirigida a otros poderes adjudicadores se refiere. En todo caso, uno de los retos del modelo probablemente sea aprovechar las experiencias y sinergias de estos sistemas. De hecho, en mayo de 2018 se celebró la primera reunión del Foro de centrales de contratación, organizado por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación con presencia de responsables de las centrales de contratación o unidades de contratación de todas las Comunidades Autónomas.

3.4. La creación de centrales de contratación de carácter local

- a) La creación de centrales de contratación por poderes adjudicadores locales: en especial, las centrales de las Diputaciones Provinciales

El art. 204.2 TRLCSP disponía que en el ámbito de la Administración local, las Diputaciones Provinciales podían crear centrales de contratación por acuerdo del Pleno. Dado que no se establecía regulación alguna para la creación de centrales de contratación por parte otros Entes Locales, surgió la duda de si sólo las Diputaciones Provinciales podían crear centrales de contratación. Sin embargo, la nueva redacción del art. 228 LCSP zanja el debate, al admitir expresamente la posibilidad de los «Entes Locales» de crear centrales de contratación. Por tanto, todo tipo de entes Locales, y no sólo las Diputaciones, podrán crear centrales de contratación³².

En todo caso, la virtualidad para articular compras colaborativas depende de tipo de ente que constituya la central. En el ámbito de la Administración municipal, la central constituye más un modelo organizativo propio dentro de cada Administración local que una central de compras en la dimensión del Derecho europeo. En cambio, las Centrales de Contratación Provinciales constituyen una pieza llamada a ser clave como modelo de compra colaborativa en el ámbito local. El art. 204 TRLCSP regulaba ya la creación de centrales de contratación por las Comunidades Autónomas y Entes

³² Dispone el art. 228.2 LCSP que sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 10 de la Disposición adicional tercera, en el ámbito de la Administración Local, las Corporaciones Locales podrán crear centrales de contratación por acuerdo del Pleno.

Locales. Era así evidente que el legislador desde aquel momento ha querido que las Diputaciones puedan constituir centrales de contratación, y que éstas extiendan su ámbito de actuación a todas las entidades locales de la provincia (incluidas las mancomunidades de municipios). Con ello se reforzaría la actividad de las Diputaciones, puesto que se trata de un instrumento de colaboración administrativa y de asistencia y cooperación jurídica y técnica con las entidades locales³³.

En todo caso, la creación de centrales de contratación provinciales se ha visto potenciada por posteriores reformas legislativas. De esta forma, el art. 36 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL) en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL), establece como competencias propias de la Diputación o entidad equivalente la siguiente:

«g) la prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes.»

Desde esta perspectiva, la atribución de esta nueva función a las Diputaciones Provinciales se incardina dentro de las medidas de reforzamiento del papel de estos Entes adoptadas por la LRSAL³⁴. Se trataría además, de un mínimo indisponible para el legislador autonómico³⁵.

En la actualidad, un número significativo de Diputaciones provinciales han creado centrales de contratación, con aparente éxito, como fórmula de articular la cooperación con los entes locales de su territorio³⁶. Sin embargo resulta llamativo que aunque, como hemos visto, la LBRL ha realizado una atribución incondi-

³³ CARBONERO GALLARDO, José Miguel: «Las centrales de compras», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 125, 2013. En este sentido, vid. entre otras, la Memoria justificativa de la creación de la Central de Contratación de la Diputación de Burgos, disponible en: <https://central.burgos.es/obtenerDocumento.do?jseccionid=492E558AEFD81FA69238FE064106058C?id=138> (Fecha de consulta: 16 de junio 2018).

³⁴ Vid. exposición de motivos LRSAL.

³⁵ JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: *Estudio introductorio y «Vademécum» sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Tercera Versión, Federación de Municipios de Catalunya, 2014, p. 94.

³⁶ Entre éstas destacan las de Valencia, Alicante, Guipúzcoa, Badajoz, en lugar de Castellón, Valladolid, Burgos, Granada, Cáceres, Álava y A Coruña.

cionada³⁷ de la competencia propia de prestación de servicios de contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes, en la mayor parte de provincias no se ha constituido aún una central.

En todo caso, las centrales de contratación provinciales ya existentes están dotadas de una serie de rasgos comunes: en primer lugar, la adhesión no implica obligatoriedad de compra por parte de los Entes locales y, por otro, los costes del servicio son asumidos por la Diputación³⁸. Por otro lado, casi todas estas centrales realizan de forma absolutamente mayoritaria labores de intermediación, a través del empleo de acuerdos marco, aunque alguna experiencia interesante se ha llevado ya a cabo en los que la Diputación provincial ha tenido más bien una función de «mayorista»³⁹.

La regulación que glosamos ha de completarse con lo dispuesto la disposición adicional segunda, apartado sexta, LCSP, según el cual «en los municipios de población inferior a 5.000 habitantes⁴⁰ las competencias en materia de contratación podrán ser ejercidas por los órganos que, con carácter de centrales de contratación, se constituyan en la forma prevista en el art. 204 mediante acuerdos al efecto». Es de sobra conocido que uno de los principales problemas de los Ayuntamientos denominados pequeños es la insuficiencia de personal cualificado para afrontar las exigencias jurídico-formales de la aplicación y gestión de la normativa sobre contratación y, en este sentido, el *Informe y Conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contrata-*

³⁷ MORILLO-VELARDE PÉREZ, Jose Ignacio: «Las competencias de las entidades locales» en Quintana López T. (Dir.) *La reforma del régimen local*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 112.

³⁸ COLÁS TENA, Jesús: «Las centrales de contratación provinciales», *Jornada sobre Centrales de Contratación en la Diputaciones Provinciales*, 36, 2015, p. 11.

³⁹ Así MOLERO GONZÁLEZ, Francisco Javier: «La central de contratación de la Diputación Provincial de Valladolid» *Jornada sobre Centrales de Contratación en la Diputaciones Provinciales*, 2015, p. 6 relata un supuesto en el que aunque la actuación se realiza al margen de la central provincial, en realidad la Diputación presta un servicio de mayorista. Se trata de la prestación del servicio municipal de análisis de las aguas de consumo: Hasta la fecha la Diputación subvencionaba a los municipios este servicio que ellos contrataban. En determinado momento se decidió contratar directamente el servicio y ofrecérselo a los Ayuntamientos por un precio público que descontaba la subvención que se venía concediendo. El precio obtenido por la Diputación tras la licitación del contrato resultó ser menos de la mitad de lo que se acreditaba por los municipios en el procedimiento de justificación de las subvenciones.

⁴⁰ Según los datos actuales de población, más de 6.800 municipios en España se encontrarían en esta situación.

*ción pública*⁴¹ recomendaba la encomienda de gestión en las Diputaciones para la formalización del expediente de contratación. Ahora bien, la previsión hoy vigente va más allá de dicha recomendación y permite la traslación del ejercicio de las competencias sobre contratación de los municipios de población inferior a 5.000 habitantes. En estos supuestos, por tanto, la actividad contractual de las centrales de contratación no se limitaría a sus habituales funciones en relación de intermediación en los supuestos de suministros y servicios recurrentes. El desplazamiento competencial previsto en el precepto constituye una delegación inter-subjetiva, que como tal, habrá de respetar lo establecido en el art. 47.2 h) LBRL. De esta forma, la actuación de la central de contratación alcanza también a las funciones de ejecución del contrato; controla la ejecución (modificación, interpretación, suspensión) del contrato y decide el cumplimiento del mismo o la existencia de causas de resolución⁴².

b) Centrales constituidas por asociaciones de entes locales

La disposición adicional quinta de la LBRL establecía en su redacción original que las entidades locales pueden constituir asociaciones, de ámbito estatal o autonómico, para la protección y promoción de sus intereses comunes, a las que se les aplicará su normativa específica y, en lo no previsto en él, la legislación del Estado en materia de asociaciones. Al amparo de esta disposición se creó la Federación Española de Municipios y Provincias (en adelante FEMP), entre cuyos fines se encuentra la prestación, directamente o a través de sociedades o entidades, de toda clase de servicios a las Corporaciones Locales⁴³. En este punto, la posibilidad de que la asociación pudiera prestar el servicio de contratación centralizada a sus asociados ha sido muy discutida.

En efecto, el IJCCA 19/01, de 3 de julio de 2001⁴⁴ rechazó que una entidad local pudiese adquirir un servicio a través de la FEMP por dos motivos: en primer lugar, porque no existía habilitación legal⁴⁵; en segundo lugar, porque dada la naturaleza privada de la

⁴¹ VVAA, 2004, p. 73.

⁴² COLÁS TENA, «Las centrales de contratación provinciales...», *op. cit.*, p. 23.

⁴³ Los vigentes estatutos fueron aprobados por la 10 Asamblea General de la FEMP, celebrada en Madrid el 24 de septiembre de 2011.

⁴⁴ Más recientemente, vid. IJCCA Islas Baleares de 4/2013, de 19 de julio.

⁴⁵ Como ya señalamos, la disposición adicional décima de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 establecía en su apartado primero que

FEMP, le era inaplicable la legislación de contratos administrativos, por lo que los contratos que celebrase no podrían tener dicho carácter. De esta forma, el recurso a las adquisiciones realizadas por la asociación podía suponer, *de facto*, la huida del Derecho administrativo. Por ello, no se consideró conforme a derecho la contratación a través de la FEMP.

Sea como fuere, la LRSAL ha modificado la disposición quinta de la LBRL, de modo que uno de los incisos del actual apartado tercero dispone que:

«conforme a lo previsto en el art. 203 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, estas asociaciones podrán crear centrales de contratación. Las Entidades Locales a ellas asociadas podrán adherirse a dichas centrales para aquellos servicios, suministros y obras cuya contratación se haya efectuado por aquéllas de acuerdo con las normas previstas en ese Texto Refundido, para la preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas»⁴⁶.

Resulta evidente así que se han tratado de superar los importantes obstáculos jurídicos que se oponían a la prestación de los servicios de contratación centralizada a través de la FEMP. Por un lado, se autoriza expresamente la adhesión de los entes locales a las centrales de contratación creadas por las asociaciones de estos entes. Por otro lado, expresamente se estipula que las asociaciones de entes locales aplicarán las normas de contratación de las Administraciones Públicas —y no la de los poderes adjudicadores, que son las propias de su naturaleza jurídica—. Como se ha advertido⁴⁷, la for-

las Comunidades Autónomas, Entidades locales, sus Organismos autónomos y entes públicos podrán adherirse al sistema de contratación centralizada establecido en los artículos 183.1 y 199, para la totalidad o para categorías de bienes y servicios, mediante acuerdos con la Dirección General del Patrimonio del Estado. En el apartado 3 se ampliaba tal posibilidad de adhesión a los sistemas de adquisición centralizada de otras Comunidades Autónomas y Entidades locales.

⁴⁶ De manera acorde, la LCSP introduce cierta mejora sistemática, al establecer en su DA 3.º, apartado 10, que las entidades locales, sin perjuicio de la posibilidad de adherirse a, centrales de contratación de las Comunidades Autónomas previstas en el apartado 3 del artículo 226, podrán adherirse a las centrales de contratación que creen conforme a esta Ley las asociaciones de entidades locales a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, así como a las creadas por la Administración General del Estado y por las Comunidades Autónomas».

⁴⁷ GIMENO FELIÚ, Jose María: «Centrales de compras, cooperación y administración local. Ventajas y límites», 2014, *www.obcp.es*.

ma jurídica de la cooperación no puede servir para alterar el marco de la competencia y sus consecuencias jurídicas.

En cualquier caso, el ejemplo más destacado de central de contratación creada por una asociación de entes locales es la Central de Contratación de la Federación Española de Municipios y Provincias⁴⁸. Su funcionamiento se rige por un Reglamento aprobado por la Junta de Gobierno de la FEMP de 17 de julio de 2014.

Según este reglamento, para hacer efectiva la adhesión a la Central de Contratación de la FEMP se precisará la adopción del correspondiente acuerdo en tal sentido por parte del pleno corporativo, así como la formalización entre la FEMP y cada Entidad del pertinente acuerdo o convenio de adhesión.

En todo caso, la adhesión no tendrá carácter obligatorio para la Entidad, que podrá efectuar sus contrataciones al margen de la Central de Contratación de la FEMP cuando lo estime oportuno. De esta forma se ha adoptado el sistema de doble adhesión, cuya legalidad, cuando la adhesión al acuerdo marco se produce una vez ya ha sido celebrado —como sucede en el caso de la FEMP—, es más que discutible⁴⁹. En este sentido, desde una perspectiva práctica, el número de adhesiones a la central no es en absoluto representativo del número de contratos que se formalizan a través de ella. De esta forma, por el momento, la formalización de contratos derivados de acuerdos marco tramitados por la central no es en absoluto significativa desde un punto de vista cuantitativo⁵⁰.

⁴⁸ Creada por acuerdo de la Junta de Gobierno de la FEMP de 28 de enero de 2014.

⁴⁹ Vid. *infra*

⁵⁰ Según los datos que facilita la propia FEMP, el servicio cuenta con 773 Entidades Locales adheridas, 167 de ellas en 2017.

El número de contratos adjudicados para la prestación de los diferentes servicios que ofrece la Central se ha incrementado de forma considerable en 2017, hasta llegar a los 150. El volumen de los 100 contratos adjudicados en 2017 asciende a 14.621.892 euros.

La actividad de la central, en lo que a su ámbito objetivo de actuación se refiere, es modesta. En la actualidad están en vigor los siguientes acuerdos marco: servicios de mediación de riesgos y seguros de la Central de Contratación de la FEMP en La Rioja, Navarra, Aragón y País Vasco, servicio de mediación de riesgos y seguros de la Central de Contratación de la FEMP, suministro de gas, suministro de electricidad y Servicio para la Gestión de Cobros en el Extranjero de Sanciones en Materia de Tráfico.

Todos estos datos han sido obtenidos en <http://www.centralcontratacionfemp.es/PortalFemp/>. Fecha de consulta: 1 de julio 2017.

En segundo lugar, se trata de una central que es gratuita para las entidades jurídicas asociadas, pero no para los operadores económicos. De esta forma, el reglamento prevé que para hacer frente a los gastos generales de la Central de Contratación, en cuanto al personal, medios materiales y técnicos precisos para el establecimiento de la Central de Contratación, y los provenientes de la actividad de la Comisión de Supervisión y Control de los contratos o acuerdos que se formalicen, los adjudicatarios de los citados contratos o acuerdos se harán cargo del abono a la FEMP de la retribución, fija o variable, inherente a la promoción, intermediación y gestión del contrato o acuerdo que resulte adjudicado a su favor. Aunque es cierto que sólo en el caso de los sistemas dinámicos de adquisición el Ordenamiento impide que se cobren gastos a los licitadores⁵¹, los gastos que se fijen deben estar justificados, ser proporcionados y no resultar discriminatorios o restrictivos del acceso a los procedimientos de adjudicación⁵². Aún al margen de todo ello, será preciso analizar con detenimiento cómo repercute la cantidad que los licitadores tienen que satisfacer a la central en las ofertas presentadas.

Finalmente, la central de la FEMP, al abarcar un número potencialmente muy elevado de usuarios, puede producir efectos restrictivos de la competencia, efectos que más difícilmente se verificarán en un nivel de agregación de la demanda de carácter provincial⁵³.

⁵¹ Dispone ahora el art. 34.9 Directiva 2014/24/UE que «no se podrá cobrar ningún gasto, ni antes de que se inicie el período de vigencia del sistema ni durante dicho período, a los operadores económicos que estén interesados o que participen en el sistema dinámico de adquisición».

⁵² Señala ARROWSMITH, («Dynamic Purchasing Systems Under the New EC Procurement Directives- a not so Dynamic Concept?», *Public Procurement Law Review*, 15, 2006, p. 26) que con carácter general el Derecho europeo permite exigir el abono algunas cantidades a los operadores económicos, siempre que se trate de costes razonables. La prohibición de exigir el pago de gastos en el ámbito de los sistemas dinámicos de contratación se justificaría en su carácter abierto y en que los costes necesariamente será limitados dada la utilización de medios electrónicos y la naturaleza estandarizada de las adquisiciones que se realizan.

En todo caso, bien es verdad que la Directiva 2014/24/UE DCP prevé que las centrales de contratación perciban una retribución por la prestación de sus servicios, pero esta previsión debe a mi juicio relacionarse exclusivamente con la posibilidad de que la remuneración la perciban del poder adjudicador que acude a ellas.

⁵³ COLÁS TENA («Las centrales de contratación provinciales..», *op. cit.*, p. 11) ha resaltado que en principio las centrales provinciales tienen poca capacidad de producir efectos restrictivos en la competencia.

En todo caso, al margen de la central de contratación de la FEMP, pero siguiendo su modelo, determinadas asociaciones de carácter autonómico han creado también sus propias centrales de contratación⁵⁴, en el ámbito de provincias en las que las Diputaciones provinciales no han procedido a establecer sistemas propios.

Para concluir independientemente que puede dudarse que sea deseable una excesiva fragmentación de la oferta de centrales de contratación, resulta en cierto modo contradictorio que una reforma legislativa que pretende evitar duplicidades administrativas —la efectuada por la LRSAL—, a la vez que configura las funciones de central de contratación como competencia propia de las Diputaciones Provinciales, habilita a las distintas asociaciones de ente locales a la creación de centrales de compra.

c) Centrales constituidas por personificaciones instrumentales
ad hoc

La LCSP no regula la posibilidad de que dos entes del sector público distintos creen una personificación instrumental *ad hoc* que constituya una central de contratación. Por ello, doctrinalmente se ha defendido que nada puede impedir que los municipios interesados constituyan entre ellos centrales de contratación si estas, como órganos de contratación, aplican la legislación sobre contratación pública, sin que necesariamente deban estar vinculadas a las que se constituyan en Diputaciones Provinciales⁵⁵. En todo caso, la articulación de centrales de compra a través de fórmulas asociativas no constituye un supuesto de laboratorio. Así el Consorcio Catalán para el Desarrollo Local (*Consorti Català pel*

⁵⁴ Así, sin ánimo de exhaustividad, la Federación Asturiana de Concejos ha creado su propia central de contratación. El Reglamento de Organización y Funcionamiento se encuentra disponible en <http://www.facc.info/Contenido.aspx?Id=267&mn=6>. Fecha de consulta [24 julio 2018]; Del mismo modo, se ha creado la central de contratación de la Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha. El Reglamento de Organización y Funcionamiento se encuentra disponible en http://www.fempclm.es/FUNCIONAMIENTO_es_1_817.html. Fecha de consulta [24 julio 2018]. No obstante, en ninguno de los dos casos la actividad de la central parece significativa.

⁵⁵ RUIZ DE CASTANEDA, Alfonso: «La contratación de las entidades locales en la LCSP», en Moreno Molina (dir.) *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, CEMCI, 2008, p. 246. A favor de esta posibilidad se pronunciado retiradamente la JCCA de Cataluña, en sus Informes 10/2011, de 27 de octubre, 10/2012, de 20 de julio y 5/2013, de 11 de abril

desenvulpament local) constituyó en su día una central de compras⁵⁶. Al margen de que se trata de una central con un notable grado de adhesiones⁵⁷, interesa destacar que está integrada por entes supramunicipales y que los Estatutos del Consorcio permiten la incorporación al mismo de entes privados interesados en los objetivos del consorcio⁵⁸.

4. LA COMPRA COLABORATIVA: ADHESIÓN A SISTEMAS EXTERNOS DE CENTRALIZACIÓN

Una vez expuestos los distintos sistemas de centralización de compras existentes en nuestro país es preciso analizar cómo se regulan las adhesiones de los poderes adjudicadores a estas centrales como forma de implementación de actividades de compra colaborativa. Para ello, la LCSP distingue entre los distintos niveles de territoriales.

El art. 229.3 LCSP regula la adhesión a la central de compras estatal por parte del «resto de entidades del sector público», es decir, las Comunidades Autónomas, Entes locales y sus organismos de Derecho público y también entidades estatales que no estén obligadas a adquirir bienes y servicios a través de la central. La adhesión, siempre voluntaria, requerirá la conclusión del correspondiente acuerdo con la Administración General del Estado a través de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación. Al margen de ello, la Ley se limita a prever que el contenido y procedimiento de los acuerdos de adhesión se establecerá mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función pública.

La adhesión puede abarcar la totalidad de suministros, servicios y obras incluidos en el mismo o solo determinadas categorías de ellos. Para la adhesión es preciso remitir a Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación la certificación del acuerdo adoptado por el Pleno o la Comisión Delegada de Gobierno, en su caso, de la Corporación y expedida por el Secretario

⁵⁶ Este Consorcio, por acuerdo de 17 de diciembre de 2009, aprobó la modificación de sus Estatutos para crear un sistema de contratación centralizada, configurándolo como un servicio especializado de central de contratación con el objeto de dar servicio a los entes locales de Cataluña.

⁵⁷ Según los datos del consorcio, cuenta con unos mil entes locales asociados. Vid. <http://www.acm.cat/acm/que-fem> [fecha de consulta: 14 junio 2018]. No obstante, no se han encontrado datos sobre la actividad actual de dicha central.

⁵⁸ La aprobación definitiva de la modificación de los Estatutos del Consorcio se ha publicado en DOPB de 11 de mayo de 2015.

General de la misma conforme al modelo normalizado, en el cual se concretan el ámbito material de bienes y servicios a que se extenderá el acuerdo y el marco de derechos y obligaciones recíprocas en que tendrá lugar la ejecución del mismo.

En cuanto a los efectos de la adhesión, en virtud de esta el Ente adherido contrae el compromiso de efectuar la contratación de la totalidad de los suministros de bienes o/y la contratación de los servicios a los que se encuentra adherido en las condiciones establecidas en los acuerdos marco celebrados por la misma con las empresas adjudicatarias⁵⁹. El grado de consolidación de la central estatal permite que la adhesión se realice en único acto, a diferencia de las centrales locales que progresivamente están conformando su oferta de bienes y servicios. Además, la implantación de las centrales provinciales, como veremos, está marcada por el afán de atraer a los Entes Locales, que no siempre han mostrado una voluntad política proclive a desprenderse de su poder de compra.

En la actualidad, los datos sobre el número de entes adheridos —al margen de aquellos que se encuentran obligados a participar en el sistema— son los siguientes⁶⁰:

- Comunidades Autónomas y organismos o entes públicos dependientes: 274.
- Entidades Locales y organismos o entes públicos dependientes: 354.
- Entidades pertenecientes al Sector Público Estatal y no comprendidas en el ámbito subjetivo obligatorio de la Central de Contratación del Estado (de conformidad con el artículo 229.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público): 41.

En segundo lugar, el art. 228.2 LCSP regula las relaciones de cooperación al margen de la central estatal de contratación. Y dispone que mediante los correspondientes acuerdos, las Comunida-

⁵⁹ Se establece, en todo caso, la salvedad de que la contratación de estos servicios o suministros al margen del sistema estatal de contratación centralizada podrá ser realizada cuando los bienes adjudicados o el régimen de prestación de los servicios establecido no reúnan las características indispensables para satisfacer las concretas necesidades del ente en cuestión. De estas circunstancias, se informará a la Dirección General con periodicidad trimestral.

⁶⁰ Los datos, facilitados por la propia Dirección General de racionalización y Centralización de Compras, están actualizados a 14 de junio de 2018.

des Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades Locales así como los organismos y entidades dependientes de los anteriores podrán adherirse a sistemas de adquisición centralizada de otras Comunidades Autónomas o Entidades Locales de otras entidades del sector público incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley. La adhesión a centrales autonómicas está regida por sus propias normas, que no siempre —como vimos—, prevé adhesiones de entes que no pertenezcan al Sector Público Autonómico correspondiente. Salvo error por nuestra parte, no se prevé que distintas autonomías colaboren en sistemas de contratación centralizada.

Por su parte, las Corporaciones Locales podrán adherirse al sistema de contratación centralizada estatal, a las centrales de las CCAA (si así está previsto), a los sistemas de otras Entidades Locales, así como a los creados por las asociaciones de entidades locales a los que se refiere la DA 5.^a de la Ley 7/1985 (DA3.^a.10 LCSP).

En definitiva, en el mismo ámbito territorial distintas centrales pueden ofertar la misma prestación, de forma que se ha impuesto así un modelo muy flexible, pero también asistemático y de efectos inciertos en el mercado. Ello hasta el punto que la LCSP dispone ahora que en ningún caso una misma Administración, ente u organismo podrán contratar la provisión de una misma prestación a través de varias centrales de contratación (art. 228.3 LCSP).

En la práctica, en algunas ocasiones la adhesión a una central externa no ha implicado la obligatoriedad de compra por parte de los entes adheridos. Así, en el ámbito local la adhesión a la central no suele implicar la obligatoriedad de compra, lo que conlleva la necesidad de que se realice una doble adhesión —la primera a la central, la segunda a un acuerdo marco concreto, una vez ha sido ya celebrado con los operadores económicos—. Este sistema de doble adhesión pretende superar la resistencia a la pérdida de poder de decisión en la gestión y decisión de compra por parte de las entidades adheridas, que siempre supone un freno a la expansión de la central. Sin embargo, esta opción no ha estado exenta de problemas jurídicos, ya que se ha discutido si ello era compatible con el art. 32.2 DCP, según la cual los procedimientos para adjudicar contratos basados en un acuerdo marco sólo será aplicables entre los poderes adjudicadores claramente identificados al efecto en la convocatoria de licitación o la invitación a confirmar el interés y los operadores económicos que fueran partes en el acuerdo marco celebrado.

El art. 227.4 LCsP pretende otorgar una solución pragmática a esta cuestión. Se dispone ahora que: «en los acuerdos marco de contratación centralizada podrán celebrarse contratos basados entre las empresas y entes del sector público *parte* del acuerdo marco, así como por *otros* entes del sector público, siempre que dichos entes, entidades u organismos se hubieran identificado en el pliego regulador del acuerdo marco, y se hubiera hecho constar esta circunstancia en la convocatoria de licitación». De esta forma, *a priori*, es posible que la adhesión al acuerdo marco pueda realizarse una vez celebrado éste —a la vista de sus resultados— siempre que esta eventualidad quede reflejada en el pliego y anuncio de licitación. La adecuación a Derecho europeo de este precepto se confirma a la vista de la doctrina establecida en la reciente STJUE de 19 de diciembre 2018, as. C-216/17. Para ARROWSMITH⁶¹, aunque la Directiva no es terminante en este sentido, probablemente exija que en el anuncio de licitación se indique que entes concretos tiene una intención real de adquirir obras, suministros y servicios a través del acuerdo marco concreto, ya que el principio de transparencia exigiría que los operadores económicos conozcan qué mercados concretos están cubiertos por el acuerdo marco. Sin embargo, el TJUE ha declarado que lo que exigen los principios de igualdad y transparencia es que los poderes adjudicadores no firmantes de dicho acuerdo marco determinen la cantidad de las prestaciones que podrán solicitar cuando celebren contratos en ejecución del acuerdo marco.

5. RECAPITULACIÓN

El auge de los modelos de centralización de compras en España se ha producido de forma reciente. De ahí que todavía son sistemas en desarrollo, más focalizados en la racionalización de compras en el ámbito de la cada Administración que en la instauración de potentes sistemas colaborativos. Lamentablemente, no existen suficientes datos empíricos que permitan contrastar los efectos de estas nuevas formas de gestión contractual, tanto desde el punto de vista de reducción de precios y costes, como de impacto en el mercado.

Desde la perspectiva de la compra colaborativa, especial interés resulta el estudio de la compra agregada local, dado el limitado poder de compra de los entes locales. Las experiencias de centrali-

⁶¹ ARROWSMITH, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3 ed, Sweet & Maxwell, 2014, pp. 1121 y ss.

zación de la contratación en el ámbito local son mucho más recientes en Derecho español que las iniciativas instauradas por Administraciones de mayor tamaño. El Derecho español ha respetado escrupulosamente la autonomía local, de tal forma que, tratándose de una decisión de innegable alcance organizativo, es el ente local el que decide adherirse o no a los sistemas de centralización de compras externos. Desde esta perspectiva, son múltiples las posibilidades que pueden ofrecerse: desde la adhesión al sistema estatal de adquisición centralizada hasta al que cree la Diputación provincial, pasando, entre otros, por los ofrecidos por las asociaciones de entes locales o por las administraciones autonómicas. De esta forma, el sistema es muy flexible, pero también algo asistemático.

Por otro lado, desde un punto de vista fáctico, puede observarse cierta resistencia por parte de los Entes locales a ceder su poder de decisión en el ámbito de la gestión de las compras lo que ha propiciado —que no justificado— la adopción de decisiones difícilmente compatibles con el Ordenamiento jurídico europeo. La reciente STJUE de 19 de diciembre 2018, as. C-216/17 permite, en todo caso, perfilar con precisión la posibilidad de que entes no firmantes de un acuerdo marco puedan celebrar contratos no basados en él.

Finalmente, la reforma del régimen local del año 2013 ha incidido en la regulación de las centrales de contratación, de manera algo incoherente, pues a la vez que la prestación de central de contratación —en municipios de menos de 20.000 habitantes— se configura como una competencia provincial propia, se permite que las asociaciones de entes locales —estatal y autonómicas— puedan crear su propia central. Los efectos prácticos de esta norma están aún por analizar, pero en una primera aproximación, ni se ha incrementado notablemente el número de las centrales provinciales creadas, ni el volumen de compra realizado a través de centrales de asociaciones de entes de municipios parece ser en general significativo.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARROWSMITH, Sue: «Dynamic Purchasing Systems Under the New EC Procurement Directives- a not so Dynamic Concept?», *Public Procurement Law Review*, 15, 2006, pp. 16-29.

ARROWSMITH, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurment*, 3 ed, Sweet & Maxwell, 2014.

- BATET JIMÉNEZ, María Pilar: «Las centrales de contratación y los acuerdos marco como sistema para la racionalización de la contratación en la Administración local», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm 15-16, 2013, pp. 1498-1512.
- CAMPUZANO FERNÁNDEZ, Susana y Espinosa García, Juan: «Contratación pública centraliza, competencia en el mercado y diseño de las licitaciones: experiencias recientes en España», en Valcárcel Fernández (dir.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público*, Aranzad, 2016.
- CARBONERO GALLARDO, José Miguel: «Las centrales de compras», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 125, 2013, versión electrónica.
- COLÁS TENA, Jesús: «Las centrales de contratación provinciales», *Jornada sobre Centrales de Contratación en la Diputaciones Provinciales*, 36, 2015. Disponible en: http://www.gobiernolocal.org/historicoBoletines/nueva_web/actividades/04_Pres_Jesus_Colas_Dip_Zaragoza.pdf [Fecha de consulta: 1-7-2018].
- COMISIÓN EUROPEA: *Informe de evaluación del impacto y la eficacia de la legislación de la UE sobre Contratación pública*. Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión. SEC(2011) 853 final.
- DIMITRI, N., DINI, F., & PIGA, G.: «When should procurement be centralized?» In N. Dimitri, G. Piga, & G. Spagnolo (Eds.), *Handbook of Procurement*, 2006, pp. 47-81.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael: «Aspectos jurídicos de las técnicas e instrumentos para la contratación pública agregada» en Valcárcel Fernández (dir.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público*, Aranzadi, 2016.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel: «Demanda agregada en el ámbito local» en Valcárcel Fernández (dir.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público*, Aranzadi, 2016.
- GIMENO FELIÚ, Jose María: *El nuevo paquete Legislativo Comunitario sobre contratación Pública. De la burocracia a la estrategia*, Thomson Reuters, 2014, 250 pp.
- GIMENO FELIÚ, Jose María: «Centrales de compras, cooperación y administración local. Ventajas y límites», 2014, www.obcp.es.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: *Estudio introductorio y «Vademécum» sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Tercera Versión, Federació de Municipis de Catalunya, 2014,

188 pp. Disponible en: <http://www.aelpa.org/actualidad/201406/Vademecum-Castellano-Final.pdf>

LAZO VITORIA, Ximena: «Compra pública agregada en la Administración General del Estado», en Valcárcel Fernández (dir.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público*, Aranzadi, 2016.

MOLERO GONZÁLEZ, Francisco Javier: «La central de contratación de la Diputación Provincial de Valladolid» *Jornada sobre Centrales de Contratación en la Diputaciones Provinciales*, 2015, 7 pp.

MOREO MARROIG, Teresa: *Manual para la utilización de los acuerdos marco y figuras relacionadas*, Thomson Reuters, 2014, 320 pp.

MOREO MARROIG, Teresa: «Aspectos económico-presupuestarios de las técnicas e instrumentos para la compra agregada», en Valcárcel Fernández (dir.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público*, Aranzadi, 2016,

MOREO MARROIG, Teresa: «Racionalización y acuerdos marco», en Gimeno Feliu (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, Jose Ignacio: «Las competencias de las entidades locales» en Quintana López T. (Dir.) *La reforma del régimen local*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 101-112.

OLLERT RUBERT, Marta: «Experiencia y expansión de las centrales de compra en el ámbito sanitario», en Valcárcel Fernández (dir.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público*, Aranzadi, 2016.

OLLERT RUBERT, Marta: «Centrales de contratación», en Gameiro y Gallego (dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant Lo Blanch, 2018.

RUIZ DE CASTAÑEDA, Alfonso: «La contratación de las entidades locales en la LCSP», en Moreno Molina (dir.) *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, CEMCI, 2008.

VAQUERO GARCÍA, Alberto: «Compras agregadas u eficiencia económica», en Valcárcel Fernández (dir.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público*, Aranzadi, 2016.

VVAA: *Informe y Conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Ministerio de Hacienda. 2004.

La ejecución del contrato tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017¹

Teresa Moreo Marroig

Funcionaria del Cuerpo Superior de la Administración General de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.
Interventora delegada

RESUMEN

Este trabajo va destinado a destacar las novedades que presenta la LCSP en toda la fase de ejecución del contrato y la importancia que tiene su control. La exposición se divide en dos partes: Una primera en la que se analizan las principales novedades que la LCSP aporta con carácter general para todos los contratos, fundamentalmente referido a las condiciones especiales de ejecución, las penalidades y la subcontratación. En la segunda parte se presenta un análisis personal del nuevo régimen de la modificación de los contratos.

PALABRAS CLAVE: Gasto público de la administración y políticas relacionadas. Generalidades. Clasificación JEL: H50

¹ Abreviaturas, sigla y acrónimos empleados: AGE: Administración General del Estado. APP: Proyectos con financiación mixta público-privada. Circular 3/96: Circular 3/1996, de 30 de abril, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se dictan instrucciones sobre función interventora. DCP: Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. DC: Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. ICEX: Institución de control externo. IGAE: Intervención General de la Administración del Estado. LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. LFTC: Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. LGP: Ley 47/2003, General Presupuestaria, de 26 de noviembre. LGS: Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. LCMCM: Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. LOEPSF: Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

ABSTRACT

The main objective of this work is to point out the updated version presented by LCSP for the execution stage of the contract and the importance of a close follow up of it. This memorandum is divided in two parts. In the first one, the general novelties that LCSP implement in all contracts are hereby analysed. It basically regards to the specific conditions of execution, penalties and outsourcing. In the second part, a more personal view is presented regarding the new framework for the modification of the contracts.

KEY WORDS: *Public expenditure of the administration and related policies. JEL Clasificación: H50*

ÍNDICE

- 1. Introducción.—2. Principales novedades en la regulación de la ejecución de los contratos. Aspectos generales.** 2.1. El plazo de los contratos. 2.2. Las condiciones especiales de ejecución del contrato y su cumplimiento. 2.3. Los responsables del cumplimiento del contrato. 2.4. Las penalidades. 2.5. La subcontratación. *a) Concepto. b) Principales innovaciones en la LCSP. c) Obligación de establecer en el PCAP las reglas de la subcontratación. d) Fin de límite abstracto de la subcontratación. e) Subcontratación manifestada en la licitación. f) Control del pago de las facturas del subcontratista. g) La Administración como tercero en el pago de las obligaciones del contratista con el subcontratista.*—**3. Nuevo régimen jurídico de la modificación del contrato.** 3.1. Visión general. 3.2. La potestad de modificar el contrato y su justificación. 3.3. Nuevo régimen jurídico. 3.4. Modificaciones previstas. 3.5. Modificaciones imprevistas. *a) Complementarios. b) Imprevisibles. c) No sustanciales y el «umbral de mínimos».* 3.6. ¿Luces verdes para la modificación de los contratos? *a) Vi-*

LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. LTBG: Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.. OCEX: Órganos autonómicos de control externo. RD 2188/95: Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado. RD 424/17: Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local. RD 128/18: Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional. STS: Sentencia del Tribunal Supremo. STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. TSJ: Tribunal Superior de Justicia. TREBEP: Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. TRLRHL: Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. UE: Unión Europea.

cio de anulabilidad por incumplir el 204 y 205. b) Precios/Unidades nuevos/as de obra no requieren modificado. c) Exceso de medición sin expediente de modificado también en suministros y en servicios. d) La concreción ex post del objeto en determinados contratos no significa una modificación. 3.7. Regulación específica para los modificados de los acuerdos marco y de los contratos basados.

1. INTRODUCCIÓN

A diferencia de otros Estados de la UE, en España, la regulación de la fase de ejecución del contrato siempre estuvo presente en las sucesivas leyes de contratos. Desde la Ley de Bases de Contratos del Estado de 1965 hasta el recién derogado TRLCSP la ley ha dedicado títulos enteros a regular la fase de ejecución si bien es cierto que lo ha hecho desde una visión bastante administrativista y hasta el siglo XXI esta regulación se ha venido dedicando a las prerrogativas de la Administración y a ciertas reglas asociadas a la contabilidad pública, dejando de lado los derechos del contratista y del subcontratista.

Con todo, el control de la ejecución de los contratos ha sido y es la asignatura pendiente en la práctica de la contratación pública. La fase de licitación y adjudicación discurre por un sendero formal controlado por los servicios jurídicos, por la Intervención y por los tribunales administrativos de recursos contractuales, sin embargo, una vez formalizado el contrato el responsable del contrato o el director facultativo de las obras queda solo frente al contratista. Su perfil profesional le atribuye, en el mejor de los casos, amplios conocimientos a propósito de la materia contratada pero esto resulta insuficiente si no se asegura una correcta coordinación con el personal asistente al órgano de contratación (unidades de contratación, de gestión económica, servicios jurídicos,...), con el fin de garantizar el cumplimiento del procedimiento legal en cada una de las incidencias que puedan surgir durante la vida del contrato, responsabilizar a quien corresponda de su incumplimiento y aplicar las penalidades previstas.

Este *tête à tête* entre la empresa y el director de las obras o el responsable «del contrato sin la intervención de otros agentes que participaron en su día en la adjudicación pero que ahora permanecen en la sombra» crea un clima altamente peligroso y favorecedor de prácticas corruptas. Solo la integridad de los sujetos que intervienen puede garantizar que no se produzcan. Para conseguir este control, además de mantener en la fase de ejecución una estrecha

relación entre el servicio promotor del contrato y las unidades de contratación y de gestión económica, también es necesario mantener la unidad del expediente, evitando la desmembración y la dispersión de los documentos que lo integran creando falsos expedientes separados que se archivan en diferentes unidades (compras, infraestructuras, servicios médicos, servicios jurídicos, unidad de gestión económica,...) sin sobresalto de nadie hasta que el expediente, con motivo de una investigación, es reclamado por la fiscalía y debe ser reconstruido para su remisión.

Los informes del Tribunal de Cuentas Europeo, del Tribunal de Cuentas de España y del resto de los OCEX ponen de manifiesto de manera recurrente las principales incidencias detectadas en el procedimiento relativas a la ejecución, el cumplimiento y la terminación de los contratos. En su informe anual sobre el presupuesto de la UE relativo al año 2013 (DOUE de 12/11/2014), el Tribunal de Cuentas Europeo ya advirtió de que el sistema presupuestario está demasiado orientado a gastar los fondos exclusivamente cuando debería centrarse más en la obtención de resultados. El Tribunal subrayó que la gestión del gasto de la UE no es aun suficientemente satisfactoria en términos generales, ni en la Unión ni en los Estados miembros. Según los auditores, en todo el período 2007-2013 se concedió prioridad a gastar los fondos disponibles («se usan o se pierden») y no a conseguir buenos resultados.

Recientemente este Tribunal ha fiscalizado los proyectos APP financiados por la UE entre los años 2000 a 2014 —situados en Francia, Grecia, Irlanda y España— para analizar si se habían gestionado eficientemente. El resultado se puede leer en el Informe Especial titulado «Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados» (N.º 9/2018). El Tribunal, poniendo como ejemplo los proyectos de autopistas fiscalizados en Grecia y España, concluye que, *«a pesar de que las APP tienen el potencial de ejecutar las políticas con mayor rapidez y garantizar unos niveles de mantenimiento de calidad a lo largo de su vida útil, las APP financiadas por la UE examinadas durante la fiscalización no siempre se gestionaron de manera eficaz ni presentaron una relación calidad-precio adecuada»* y que *«a la mayoría de proyectos fiscalizados, la opción de la APP se escogió sin un análisis comparativo previo, para demostrar que se trataba de la opción que supondría una mayor optimización de recursos»*.

En España, el Tribunal de Cuentas en su Informe N.º 1.279, aprobado el 31 de mayo de 2018, de fiscalización de la contratación celebrada en 2014 por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y

Medio Ambiente y sus organismos dependientes y su ejecución hasta 2017, ha puesto de manifiesto en sus conclusiones y recomendaciones que gran parte de los contratos han visto afectada su ejecución con retrasos, incidencias y modificaciones que han alterado tanto los costes como los plazos de terminación inicialmente previstos. Se recomienda que cuando se produzcan incidencias en la ejecución de los contratos, que supongan perjuicios para el interés público se exijan las correspondientes responsabilidades que establece la legislación vigente en los casos en que resulte procedente. Por otro lado, se debería llevar a cabo un seguimiento cercano de la ejecución de los contratos para asegurar que esta se ajusta a las necesidades que la motivaron. Con este fin, resultaría conveniente detallar suficientemente en los PCAP el modo en que se ha de llevar a cabo la supervisión de la actuación del contratista en el desarrollo de la ejecución del contrato, además de la designación del responsable del contrato encargado de la supervisión y control del cumplimiento de aquel.

En este sentido ya había advertido el Tribunal de Cuentas en el «Informe de fiscalización de la contratación realizada por los ministerios del área político-administrativa del Estado y sus organismos dependientes durante el ejercicio 2013», aprobado el 22 de enero de 2016, cuyo apartado IV «Conclusiones», punto 4, recoge la siguiente afirmación: *«En numerosos expedientes no consta la documentación acreditativa de la realización total del contrato a satisfacción de la Administración»*. Y, seguidamente, en su Recomendación 2 señala: *«Sería recomendable llevar a cabo un mayor seguimiento de la ejecución de los contratos y del cumplimiento de los plazos, haciendo efectivas las garantías en caso de incumplimiento y, en su caso, la imposición de penalidades.»*

Los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad e integridad son instrumentos que coadyuvan a la consecución de la gestión eficiente pero no son en sí mismos suficientes. El principio de eficiencia que debe presidir el gasto público y en la contratación pública —declarado en el artículo 31.2 de la Constitución Española, en el artículo 7 de la LOEPSF y en el artículo 1 de la LCSP— adquiere carta de naturaleza durante la ejecución del contrato. Solo en este momento se podrá analizar si las decisiones adoptadas en la proyección, preparación, licitación y adjudicación fueron las adecuadas en términos de eficiencia².

² Parece que no lo fueron en el caso la concesión de las autopistas Barcelona-La Jonquera, Barcelona-Tarragona, Montmeló-El Papiol y Zaragoza-Mediterrá-

¿Quién responde de la buena ejecución del contrato? No debemos olvidar que la responsabilidad del control en primera instancia no recae sobre los órganos de control externo ni sobre la Intervención sino sobre el órgano de contratación. El modelo de control que diseña la LCSP en el artículo 62 gira en torno a la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria, el responsable del contrato y el órgano de contratación.

En España no existe la cultura del control de la ejecución del contrato. Sería muy favorecedor para su creación que se dictaran documentos que contengan instrucciones muy precisas dirigidas al responsable del control del contrato, teniendo en cuenta los recursos humanos asignados para efectuar el seguimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales, todo ello con el fin de garantizar una buena gestión de los fondos públicos³.

La gestión eficiente en la contratación es una obligación de los poderes adjudicadores. El principio de buena administración proclamado en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y hoy presente en muchas de nuestras leyes, impone un nuevo paradigma del control. Pero, además, la contratación pública es un instrumento para la consecución de determinadas políticas públicas tan diversas como la conservación del medio ambiente, el refuerzo a las PYME o la sostenibilidad social. Esta versatilidad estratégica de la contratación se plasma en el apartado 3 del artículo 1 de la LCSP, donde se indica que en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios

neo y el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el mismo que han llevado al Estado a tener que abonar 1.494 M a la concesionaria de autopista Abertis por la caída del tráfico en la A7, su el Tribunal Supremo no lo remedia. El 30 de marzo de 2006, el Consejo de Estado examinó el expediente relativo al borrador de convenio entre la AGE y Autopistas, Concesionaria Española, S. A. para la modificación de determinados términos de la concesión y el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el mismo. La primera de las cláusulas del convenio asegura al concesionario en todo caso un saldo de compensación positivo en el periodo concesional. Dicha previsión comporta, de facto, la exclusión del riesgo y ventura que prevé, como principio rector, para las concesiones de autopistas la Ley 8/1972, de 10 de mayo. El Consejo ya advirtió que previsiones de tal índole no deber ser objeto de generalización por cuanto comportan la desnaturalización de la institución concesional.

³ Resulta de interés, en el ámbito latinoamericano, el «*Manual de Supervisión de contratos de la Contraloría de Bogotá D.C. «Por un control fiscal efectivo y transparente»*» Contraloría de Bogotá DC Colombia 2012, como señala Bernabé Palacín Sáenz en su interesante trabajo publicado en Gabilex, setiembre de 2016, *La supervisión de la ejecución de los contratos. En especial de las cláusulas sociales y ambientales. ¿Potencia sin control?*

sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Este mandato se acompaña a lo largo de la ley de determinadas herramientas que han de permitir su verdadera efectividad.

2. PRINCIPALES NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS. ASPECTOS GENERALES

Con las directivas de cuarta generación, por primera vez la fase de ejecución del contrato cuenta con una regulación armonizada. Lo considerando 104 a 112, así como los artículos 70 a 73 de la DCP vienen dedicados a las condiciones de ejecución, a la subcontratación y a la modificación y rescisión del contrato. Igualmente, la DC se refiere a dichas cuestiones en los considerando 72, 75 y 76 y en los artículos 42, 43 y 44.

Si bien es cierto que los cambios más significativos de la nueva regulación de la contratación pública en España no se encuentran en la fase de ejecución del contrato, la LCSP presenta novedades importantes en la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo, dedicada a efectos, cumplimiento y extinción de los contratos en general, y también en el Título II donde muchos artículos vienen destinados a los efectos y extinción de los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas. Además, la obligación de rendir cuentas de la buena ejecución del contrato se ve sutilmente reforzada en la LCSP. Bajo títulos aparentemente ajenos a ello se descubren preceptos que apuntalan el control de la ejecución. Sirva de ejemplo el artículo 195.2 donde se exige que la autorización de una ampliación del plazo de ejecución de los contratos vaya precedida de un informe del responsable del contrato donde se determine que el retraso no fue producido por causas imputables al contratista.

Cabe señalar la importancia de la aplicación del régimen jurídico administrativo a instituciones básicas de la ejecución de los contratos privados celebrados por poderes adjudicadores que no tiene la consideración de Administración pública. De acuerdo con el artículo 319 se aplican las normas administrativas que regulan las condiciones especiales de ejecución, la cesión y subcontratación, la modificación y las condiciones de pago de dichos contratos privados, lo cual lleva a cuestionarse esta calificación de «contratos privados», como

defiende CHINCHILLA MARÍN, C. en su artículo «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?» publicado en la Revista de Administración Pública, n.º 206, mayo-agosto 2018.

A continuación, voy a destacar algunos de los aspectos novedosos que presenta el régimen general de ejecución de los contratos.

2.1. El plazo de los contratos

Resulta indiscutible la especial importancia que el elemento temporal tiene en la ejecución de los contratos, pero es importante señalar que el plazo de los contratos cumple funciones distintas según la naturaleza de las obligaciones. En los contratos de resultado el plazo significa el tiempo que la Administración otorga al contratista para que cumpla con su obligación de ejecutar su objeto, en las concesiones los plazos tienen la función esencial que es la amortización de las inversiones; en los contratos de servicios de actividad el decurso de tiempo es requisito para la ejecución del contrato.

En determinados contratos, como el contrato de obras, el vínculo contractual va más allá del plazo de ejecución de la prestación. La obligación de las partes se inicia una vez formalizado, momento en que comienza a producir sus efectos el contrato, sin embargo, la obra no se iniciará hasta que no se haya llevado a cabo la comprobación del replanteo del proyecto y éste sea positivo. Por otro lado, una vez recibida la obra no finaliza el vínculo contractual y las obligaciones de las partes se mantienen vigentes hasta la aprobación de la liquidación del contrato. El TRLCSP no había resuelto debidamente esta dualidad que tuvo que ser aclarada por la Abogacía del Estado⁴.

De la lectura del artículo 29 de la LCSP, titulado *Plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación*, se deduce una importante mejora respecto al artículo 23 del derogado TRLCSP que no diferenciaba estos dos conceptos. El precepto distingue entre la duración del vínculo contractual y el plazo de que dispone el contratista para ejecutar la obra, el servicio o entregar el bien. Igualmente distingue entre la prórroga, como repetición de prestacio-

⁴ Informe 6/09 Diferencia entre el plazo de duración y el plazo de ejecución, emitido el 18 de marzo de 2009 por D. Rafael Domínguez Olivera, Abogado del Estado Jefe en el Ministerio de Fomento.

nes y prórroga como moratoria o ampliación del plazo de ejecución, cuando en el apartado 3 regula la posibilidad de concederla. Se mantiene la prohibición de prórroga tácita y se elimina la limitación de la duración de las prórrogas a la duración inicial del contrato que establecía el TRLCSP.

Considero importante comentar la novedad que supone el apartado 4 del artículo 29. En este precepto se regula lo que podríamos denominar «prórroga extraordinaria», cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación. El contrato originario se podrá prorrogar hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.

En mi opinión, la interpretación de dicho precepto debe ser estricta y no puede utilizarse como la forma habitual de actuación, previéndolo siempre en los pliegos, vulnerando el límite temporal de 5 años que la LCSP establece en el artículo 29 y computando su importe a efectos de cálculo del valor estimado del contrato⁵. En muchos casos, cuando se inicia la ejecución del nuevo contrato el contrato anterior ya ha finalizado sin posibilidad de prórroga y a pesar de ello la prestación se sigue ejecutando sin cobertura legal. Intuyo que la intención del legislador es legalizar estos supuestos de contratación irregular cuya facturación y pago no podrá ser tramitada sin la instrucción y aprobación del correspondiente expediente de revisión de oficio⁶. Con todo, se hubiera agradecido que la ley hiciera más hincapié en el carácter extraordinario de tal licencia y hubiese limitado su aplicación a servicios esenciales.

⁵ Avala este criterio el Informe 28/2018. Cuestiones diversas de la JCCA Estado.

⁶ Así se establece en el artículo 41 de la LCSP y en este sentido se pronuncian los órganos consultivos y jurisdiccionales. Por todos, Dictamen del Consejo de Estado 1724/2001, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña 206/13, de 6 de junio, del Consejo Consultivo de Andalucía 578/2013, de 11 de septiembre, del Consejo Consultivo de Valencia 437/2018, de 14 de junio, del Consejo Consultivo de Asturias 29/2018, de 29 de enero, del Consejo Consultivo de Baleares 139/2017 y sentencia del Juzgado Contenciosos Administrativo de Oviedo, Sentencia 148/2017, de 12 de junio.

2.2. Las condiciones especiales de ejecución del contrato y su cumplimiento

La DCP en su considerando 104 señala que el propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución. De modo diferente a como ocurre con los criterios para la adjudicación, constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas. No deben ser discriminatorias y deben estar vinculadas al objeto del contrato, interpretado dicha vinculación de una manera amplia de acuerdo con el apartado 6 del artículo 145. Como afirma BLANCO LÓPEZ, F. en el libro *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Capítulo 33. «Los criterios de adjudicación en la contratación pública estratégica», no se trata de implementar en el contrato obligaciones extrañas a su objeto, imponiendo a las empresas actuaciones que no guardan ninguna relación con la obligación principal de hacer o realizar la actividad a cambio de un precio.

Como ya se anuncia en el Preámbulo, la LCSP impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan, no a modo de *numerus clausus*, en el artículo 202, si bien su introducción está supeditada a que se relacione con el objeto del contrato a celebrar. En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, una gestión más sostenible del agua, el fomento del uso de las energías renovables, la promoción del reciclado de productos, el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos de las personas con discapacidad, promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mundo laboral, favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, combatir el paro, en particular sectores en riesgo de exclusión, favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicable y favorecer el comercio justo.

La obligación *ex lege* de establecer en todo caso una condición especial de ejecución ha traído como consecuencia que en determinados contratos en los que es difícil justificar la relación de la condición especial con el objeto se recurra al cumplimiento de la normativa laboral, solución que no parece la más acertada. Cabría preguntarse qué sucede si se opta por no incluir ninguna condición especial de ejecución. En mi opinión no puede ser causa de nulidad plena de los pliegos, sino que constituiría un vicio de anulabilidad que no podría subsanarse incluyéndolo en el contrato porque vulneraría el artículo 35.2 de la LCSP.

Una condición especial de ejecución es una obligación que ha de aceptar el adjudicatario del contrato y que se refiere a su ejecución. Por tanto, es suficiente que los licitadores se comprometan a cumplirla en el caso de resultar adjudicatario. Dicho compromiso se plasma en una declaración que presentará con la oferta. Corresponde al órgano de contratación decidir, de forma motivada, si los pliegos le van a otorgar carácter de obligación contractual de carácter esencial, en cuyo caso su incumplimiento podrá dar lugar a la resolución del contrato, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192. Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71. 4, referido a prohibiciones de contratar.

Para asegurar el efectivo cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución es necesario que el PCAP prevea la forma y tiempo en que deberá acreditarlo y establecer penalidades, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192, para el caso de incumplimiento de estas obligaciones, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211 para, en su caso, poder llegar hasta la resolución del contrato. Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo.

De acuerdo con el artículo 71, no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas que hayan incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 202, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave,

concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios.

Como advierte la JCCA de Aragón en su Informe 16/2014, de 1 de octubre, la determinación en el PCAP de condiciones especiales de ejecución exige un responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula y sus consecuencias y no la convierta en papel mojado.

2.3. Los responsables del cumplimiento del contrato

En la nueva LCSP la designación de un responsable del contrato deja de ser potestativa para el órgano de contratación y se refuerza la prerrogativa de inspección. El artículo 62 determina que con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él. Como novedad, en los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo. En los casos de concesiones de obra pública y de concesiones de servicios, la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general (derivado de los pactos de integridad) para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra.

Es fundamental elegir bien al responsable del contrato y definir su cometido. No existe una reserva legal de estas funciones al personal funcional, sin embargo, en mi opinión, para la mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de sus funciones, estas tareas deberían ser encomendadas a funcionarios de carrera y no a personal laboral. En contratos especialmente complejos debería estudiarse la conveniencia de nombrar un comité técnico formado por tres funcionarios. Los pliegos deberán establecer herramientas organizativas, formales y materiales para llevar a cabo su función. Sería interesante realizar auditorías sistemáticas de las tareas de supervisión llevadas a cabo por los

responsables de contrato. En la LCSP no se prevén medidas de transparencia respecto a su nombramiento.

Entre las prerrogativas que enumera el artículo 190 debo señalar algunas novedades legislativas que vienen a reforzar actuaciones de la Administración durante el control de la ejecución del contrato que, si bien no tenían una regulación específica, ya venían realizándose. Básicamente son dos: la facultad de declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato y las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato, sin que ello signifique un derecho general de inspección de las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato. En tal caso, el órgano de contratación deberá justificarlo de forma expresa y detallada en el expediente administrativo.

2.4. Las penalidades

La nueva regulación establecida en los artículos 192 a 195 presenta mejoras frente al TRLCSP. Como novedades destacar que separa lo que es incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso de los casos de mora, concreta los límites cuantitativos de la penalidades, admite la posibilidad de que los pliegos de los acuerdos marco las establezcan (de hecho ya se venía haciendo), aumenta la multa por mora (pasa de 0.20 € a 0.60 € por cada 1.000 del precio), a pesar de que la previsión de penalidades en el PCAP sigue siendo optativa para el órgano de contratación, el artículo 194 prevé la posibilidad de exigir responsabilidad al contratista por cumplimiento defectuoso o demora en los casos en que no está prevista penalidad o esta resulta insuficiente y, por último, cuando se amplíe el plazo de ejecución de los contratos, el responsable del contrato emitirá un informe donde se determine si el retraso fue producido por motivos imputables al contratista.

Para asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones del contrato no basta con atribuirles carácter de obligación esencial y poder resolver el contrato en caso de incumplimiento. La resolución del contrato causa perjuicios al interés público y debe ser la última solución. El PCAP debe dotar de las herramientas suficientes para que se pueda estimular el correcto cumplimiento del con-

trato, especialmente de esas obligaciones contractuales de carácter esencial. No ayuda la redacción del artículo 202 cuando señala en el apartado 3: «Los pliegos podrán establecer penalidades, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211.». Podría interpretarse que lo uno excluye a lo otro (o penalidades o resolución) y no debería ser así.

Respecto al procedimiento para la imposición de penalidades cabría cuestionarse si debe considerarse como un trámite más dentro de la ejecución del contrato o, por el contrario, someterse al procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común, incluida la caducidad. Esta cuestión se ha planteado ante el Tribunal Supremo que por Auto de 19 de junio de 2017 admitió a trámite el recurso de casación contra la Sentencia núm. 448/2016 de 28 diciembre del TSJ de Madrid, en la que, muy sucintamente, considera que el trámite de imposición de penalidades por la Administración como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales por el contratista no está sujeto a «procedimiento especial alguno», al no deber promoverse la iniciación de un «procedimiento autónomo», por tratarse, exclusivamente, de un trámite más dentro de la ejecución del contrato al que no le resulta de aplicación la Ley de Procedimiento Administrativo Común y, por tanto, la caducidad. En el auto de admisión el Tribunal justifica su decisión en que la sentencia recurrida fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de normas de Derecho estatal, en las que fundamenta el fallo, que es contradictoria con la establecida por otros órganos jurisdiccionales, concretamente por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2015 que presenta el siguiente tenor literal:

«...dado que ni la Ley de Contratos ni su Reglamento General contienen norma sobre la duración del procedimiento para la imposición de penalidad, ha de acudir a la legislación supletoria, quedando de este modo establecido en tres meses, —plazo más breve que si estuviéramos en una resolución sancionadora—, sin que ofrezca dudas el hecho no controvertido de que en autos dicho plazo ha sido ampliamente rebasado, por lo que debe operar la caducidad del procedimiento, con estimación del recurso y con anulación de las resoluciones impugnadas, atendiendo de este modo la pretensión de la parte sustanciada con carácter principal.»

Habrá que esperar a la decisión del Tribunal Supremo.

2.5. La subcontratación

a) Concepto

Según el dictado del artículo 215 de la LCSP, el contratista puede concertar con terceros la realización parcial de la prestación, con sujeción a lo que disponga el PCAP salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero. Para el contrato de obras, la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, que se aplica plenamente a la obra pública, define al subcontratista como la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución.

A los efectos del régimen jurídico que deba aplicarse, es esencial distinguir la subcontratación de la simple provisión de medios humanos y técnicos para ejecutar el contrato que debe realizar el contratista, a través de los proveedores o suministradores. De acuerdo con el artículo 215.2, b) de la LCSP el contratista tiene la obligación de comunicar a la Administración la identidad del subcontratista y justificar debidamente su aptitud y de informar de cualquier cambio que se produzca. Esta obligación no se extiende a los suministradores o proveedores. Por lo que se refiere a obras de construcción, la naturaleza de ciertas actividades puede plantear dudas⁷ respecto a si deben ser consideradas como subcontratación de obra o, si por el contrario, se trata de suministros o determinados servicios no calificables de subcontratación. Para aclarar tales supuestos pueden resultar muy útiles las respuestas que a casos que le son planteados, son dadas por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Migraciones y seguridad Social.

No obstante, esta sutileza en distinguir subcontratista *vs* suministrador no parece que la tenga el legislador de la LCSP pues en los artículos 216 y 217, relativos a los pagos a los subcontratistas y

⁷ Por todos: Para la colocación de una grúa torre en una obra de construcción se ha contratado a una empresa que alquila dicha grúa torre y tiene que realizar el montaje, la Dirección General de Trabajo respondió con fecha 29 de octubre de 2007 y deja claro que está dentro del ámbito de aplicación de la Ley 32/06. Suministro de hormigón. Si la actividad se limita a depositar el hormigón en el lugar decidido por la empresa contratista, siendo el personal de ésta quien desarrolla las operaciones de extendido y vibrado del mismo no se considera subcontratación.

suministradores, parece que les atribuye la misma categoría haciendo un *melange* de obligaciones derivadas de la LCSP, de la LMLCM y de la Ley 25/2013 de impulso de la factura electrónica que puede dificultar la interpretación de estos preceptos. Ya estaba así regulado en el TRLCSP. Por suerte, las disposiciones adicionales trigésima segunda y quincuagésima primera cuando hablan de la obligación de ingresar su factura en registro electrónico oficial y posibilidad de pago directo únicamente se refiere al subcontratista.

b) Principales innovaciones en la LCSP

En la subcontratación confluyen diversos intereses: el interés público que tiene la Administración en la buena ejecución del contrato, el derecho del empresario a la subcontratación y los derechos de los subcontratistas. Ha sido precisamente el primero, el interés de la Administración, el que ha conducido históricamente a una tendencia a la limitación de la subcontratación y a un esfuerzo en destacar la distinción clara entre la relación jurídica que vincula a la Administración y contratista, de naturaleza administrativa, y la relación jurídica que vincula al contratista y subcontratista, de naturaleza civil, de la que la Administración se ha desvinculado.

El escenario ha cambiado. El principio de que el adjudicatario debe ejecutar el contrato con sus propios recursos y que la subcontratación constituye una excepción se encuentra superado por un deseo de promover la participación de las PYME, en el mercado de la contratación pública y salvaguardar todos sus derechos. Ya no vale ignorar lo que acontezca en la relación entre contratista y subcontratista. Nuestra legislación laboral y también la tributaria ya había armado una telaraña de responsabilidades de la Administración Pública, al considerarla «empleador» y la LCSP, en su preámbulo, refuerza la importancia que significa la subcontratación para las PYME y recalca que se exige, para determinados contratos (obras y servicios >5M, subcontratación \geq 30%), que la Administración compruebe el estricto cumplimiento de pagos que el contratista principal hace al subcontratista. Además, refuerza el control sobre la aptitud del subcontratista y sobre el cumplimiento por su parte de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral y de las condiciones especiales de ejecución a que se refiere el artículo 202.4.

El régimen jurídico general que regula la subcontratación y los pagos al subcontratista en los contratos públicos se encuentra contenido en los artículos 215, 216 y 217 de la LCSP. Además, se debe

tener en cuenta dos disposiciones adicionales. De acuerdo con el artículo 319 las reglas de la subcontratación se aplican a todos los contratos privados, tanto si los celebran administraciones públicas como si los han adjudicado poderes adjudicadores no Administración pública. Esto significa una importante novedad frente al régimen jurídico anterior.

c) Obligación de establecer en el PCAP las reglas de la subcontratación

Visto el dictado del apartado 1 del artículo 215, la subcontratación será siempre con sujeción a lo que dispongan los pliegos. Ya el RGLCAP en su artículo 67.2, u), donde se regula el contenido de los PCAP, señalaba que los pliegos indicarán, en su caso, la parte o el tanto por ciento de las prestaciones susceptibles de ser subcontratadas por el contratista, pero el TRLCSP no impedía el silencio de los pliegos. En mi opinión, de acuerdo con el 215.1, para ejercer el derecho a la subcontratación no es suficiente la ausencia de prohibición expresa en los pliegos y la comunicación en tiempo y forma a la Administración. Es necesario que el PCAP haya establecido el régimen jurídico de la subcontratación.

d) Fin de límite abstracto de la subcontratación

El TJUE ha manifestado en varias sentencias⁸ que no es posible imponer limitaciones al recurso a la subcontratación para una parte del contrato fijada de manera abstracta como un determinado porcentaje del mismo, al margen de la posibilidad de verificar las capacidades de los posibles subcontratistas y sin mención alguna sobre el carácter esencial de las tareas a las que afectaría. De acuerdo con el artículo 215.1 el contratista ha de poder concertar con terceros la realización parcial de la prestación, con sujeción a lo que disponga el PCAP, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.^º de este artículo la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el adjudicatario. Se trata de supuestos en los que el adjudicatario lo sea por su condición personalísima y también los contratos reservados a favor de Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción, donde

⁸ STJUE (Sala Tercera) de 14 de julio de 2016 donde se concluye que un poder adjudicador no puede exigir, mediante una cláusula del pliego de condiciones de un contrato público de obras, que el futuro adjudicatario de dicho contrato ejecute con sus propios recursos un determinado porcentaje de las obras objeto del mismo.

precisamente la justificación de la restricción de los posibles licitadores lo es por la naturaleza o condición especial de los mismos. Se mantiene la obligación de solicitar autorización expresa para la subcontratación en contratos de carácter secreto o reservado, conforme a los términos de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales y de las disposiciones que reglamentariamente se dicten para su aplicación y también se mantiene la posibilidad de establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser éstas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación. En los contratos de concesión de servicios la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias, de acuerdo con el artículo 296⁹.

Con este nuevo régimen jurídico el PCAP no puede exigir que el futuro adjudicatario del contrato ejecute con sus propios recursos un determinado porcentaje del objeto del mismo sin especificar las circunstancias especiales que lo motiva. Se pone fin a la lucha doctrinal del límite del 60% tuvo lugar durante la vigencia del TRLCSP.

e) Subcontratación manifestada en la licitación

La LCSP prevé que el licitador esté obligado a manifestar ya desde el momento en que presenta su oferta si piensa subcontratar alguna parte del contrato, de acuerdo con las condiciones establecidas en el PCAP. Asimismo, puede ocurrir que este compromiso de subcontratar esté relacionado con la acreditación de su solvencia, porque para ello va a acudir a medios ajenos.

El apartado 2.a) del artículo 215 de la LCSP indica que, si así se prevé en el PCAP, los licitadores indicaran en su oferta la parte que prevén subcontratar, señalando su importe y el nombre o perfil empresarial de los subcontratistas a los que vaya a encargar la realización de parte del contrato. Considero desafortunado mantener el término «importe» pues conduce al licitador a consignar una cifra. Habría sido mejor que el precepto se refiriera a porcentaje, pero no lo hace y ello obliga al tramitador del expediente a poner especial

⁹ Ver Informe 18/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 17 de julio de 2018.

cuidado en la redacción del PCAP para evitar que dicho dato se incluya en la documentación que acompaña a la oferta y pueda desvelar su secreto en un momento inoportuno, lo cual provocaría su rechazo. Esta obligación de comunicación previa puede darse o no, pero, en todo caso, el contratista debe comunicar tras la adjudicación del contrato y antes de iniciar su ejecución la intención de celebrar subcontratos, la parte de la prestación que pretende subcontratar y justificar suficientemente la aptitud del subcontratista en referencia a elementos humanos, técnicos o experiencia, asegurando que no se encuentra incurso en prohibición de subcontratar.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 75 para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar. Cuando una empresa recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir formas de responsabilidad conjunta entre aquella entidad y las otras en la ejecución del contrato, incluso con carácter solidario. No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el artículo 90.1.e), o a la experiencia profesional pertinente, las empresas únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si éstas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades.

La LCSP ha mejorado frente al TRLCSP que carecía de plasmación legal que regularan las obligaciones derivadas de este mecanismo de acreditación de solvencia para licitar, como denunció en su día la JCCA de Aragón en la Comunicación 2/2013, de 25 de noviembre. A pesar de que en la LCSP se mantiene la expresión «independientemente de la naturaleza de los vínculos jurídicos que tenga con ella» el precepto asegura el adecuado control de seguimiento de la ejecución del contrato cuando obliga, en determinados casos, a la subcontratación y en otros va más allá pues exige una responsabilidad solidaria propia de las uniones temporales de empresa.

Por último, el artículo 90.1.i) prevé que las empresas de servicios puedan acreditar su solvencia técnica indicando la parte del

contrato que el empresario tiene eventualmente el propósito de subcontratar.

f) Control del pago de las facturas del subcontratista

En la misma línea que lo hacía el TRLCSP, la LCSP destaca que los subcontratos tendrán en todo caso naturaleza privada y que los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos. No obstante, la LCSP significa un gran avance en cuanto al control que debe hacer la Administración respecto al cumplimiento de la LMCM en la deuda comercial del contratista frente al subcontratista.

El artículo 216 obliga al contratista a abonar a los subcontratistas o suministradores en los plazos fijados que no podrán ser más desfavorables que los previstos en la LMCM (30 días ampliable a 60). Dicho plazo computa desde que se da la conformidad al suministro o a la prestación, lo cual debe hacerse en el plazo de 30 días desde la entrega. En caso de demora deberá abonar los intereses correspondientes.

De acuerdo con el apartado 5 de este artículo los subcontratistas deberán utilizar en su relación con el contratista principal la factura electrónica, cuando el importe de la misma supere los 5.000 € (cuantía que puede modificar el Ministerio de Hacienda), una vez que se haya puesto en funcionamiento el Registro Electrónico Único previsto en la Disposición adicional trigésima segunda (FA-CeB2B, versión 1.1¹⁰), que, entre otras funcionalidades, permite acreditar la fecha en que se presenten facturas por los subcontratistas al contratista principal y trasladar dichas facturas al destinatario de las mismas conforme a la configuración para recibir las facturas electrónicas que consignan en el directorio de empresas.

g) La Administración como tercero en el pago de las obligaciones del contratista con el subcontratista

Como gran novedad la LCSP prevé el pago directo al subcontratista. La Disposición adicional quincuagésima primera regula que el órgano de contratación pueda prever en el PCAP la posi-

¹⁰ Ver información en <https://faceb2b.gob.es/portal>

bilidad de que se realicen pagos directos a los subcontratistas. El subcontratista que cuente con la conformidad para percibir pagos directos podrá ceder sus derechos de cobro conforme a lo previsto en el artículo 200. Los pagos efectuados a favor del subcontratista se entenderán realizados por cuenta del contratista principal, manteniendo en relación con la Administración contratante la misma naturaleza de abonos a buena cuenta que la de las certificaciones de obra. En ningún caso será imputable a la Administración el retraso en el pago derivado de la falta de conformidad del contratista principal a la factura presentada por el subcontratista.

Se autoriza al Ministro de Hacienda y Función Pública para desarrollar, en el ámbito del sector público estatal, las previsiones contenidas en los apartados anteriores relativas a las características de la documentación que debe aportarse, el régimen de notificaciones, y el de certificaciones, operativa contable y facturación. Hasta la fecha de entrega de este trabajo el Ministerio no ha dictado las disposiciones reglamentarias necesarias para poder aplicar estos preceptos en el ámbito de la AGE si bien la Resolución de 25 de julio de 2018, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de julio de 2018, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos en el ámbito de los contratos del sector público y encargos a medios propios, publicada el 2 de agosto, ha incluido dicha posibilidad para todos los contratos y la verificación que debe hacer el personal fiscalizador consiste en comprobar que tal posibilidad está contemplada en el PCAP.

Se trata de un pago por cuenta de otro en el que la Administración realiza el pago al subcontratista para el deudor con la voluntad de extinguir la obligación (art. 1158 CC). El acreedor, en este caso el subcontratista, debe aceptar el pago para no incurrir en mora del acreedor que excluiría la mora del deudor. El pago por tercero origina la acción de reembolso y por tanto un derecho de crédito de naturaleza pública a favor de la Administración con todas las garantías que le otorga la LGP y resto de normativa de aplicación.

Pese a que algunas Administraciones han contemplado esta posibilidad (véase el Ayuntamiento de Barcelona que ha aprobado el Decreto de Alcaldía S1/D/2017-1271, de 24 de abril sobre

Contratación pública sostenible, publicado en Gaceta Municipal de 28 de abril de 2017, donde lo contempla como una condición especial de ejecución.), no se ha desarrollado de manera que quede perfectamente determinada la operatoria contable a seguir en estos casos. De acuerdo con el artículo 20 de la LGP las obligaciones de la Hacienda Pública estatal nacen de la ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según derecho, las generen. Las obligaciones de la Hacienda Pública estatal sólo son exigibles cuando resulten de la ejecución de los presupuestos, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, de sentencia judicial firme o de operaciones no presupuestarias legalmente autorizadas. Si dichas obligaciones tienen por causa prestaciones o servicios, el pago no podrá efectuarse si el acreedor no ha cumplido o garantizado su correlativa obligación.

La doctrina y la jurisprudencia han ahondado en una radical separación entre la relación jurídica administrativa que vincula a la Administración con el contratista, y la relación jurídica civil que vincula a este último con el subcontratista. Esta dirección es contraria a la que se ha seguido en el ámbito civil, laboral o tributario. En Derecho laboral existe una especial protección del trabajo en contrataciones que impone una responsabilidad solidaria del empresario principal.

La polémica entre los diferentes órdenes jurisdiccionales que pudo suscitarse en relación a la posibilidad de que el subcontratista ejerciera la acción directa se zanjó con la introducción del apartado 8 del artículo 227 del derogado TRLCSP en el que quedaba perfectamente claro que el subcontratista no tendrá ninguna acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos. Este precepto se mantiene en el artículo 215.8 de la LCSP.

Con todo, el pago al subcontratista por parte de la Administración forma parte del contrato, si así se ha previsto en los pliegos, lo cual cambia la relación jurídica contractual. Ello requiere un desarrollo normativo que contemple, entre otros, las condiciones generales de aplicación (tal vez podrían excluirse facturas de importes insignificantes), el modo en que el subcontratista deberá acreditar el impago, los lazos para que el contratista alegue y, lo más importante, la operatoria contable a seguir que se deberá establecer por cada Administración dado que la ordenación de la Hacienda es competencia de cada administración territorial.

Es importante tener presente que la Ley 32/2006, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, desarrollada mediante Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, resulta de aplicación a todo tipo de contratos de obra, ya sean contratos públicos o privados. El artículo 7 de esta ley establece además la obligación de hacer constar las subcontrataciones en el Libro de Subcontratación que el artículo 8 exige para toda obra de construcción. En dicho Libro, que debe permanecer en todo momento en la obra, se deberán reflejar por orden cronológico desde el comienzo de los trabajos todas y cada una de las subcontrataciones que se realicen indicando si son empresas o trabajadores autónomos y su nivel de subcontratación. También se hará constar la persona que ejerce las facultades de dirección y organización de cada empresa contratista, los representantes legales de los trabajadores de la misma, así como la entrega a las mismas de la parte del Plan de Seguridad y Salud que afecte a la realización de dichas obras.

Por último, el 30 de agosto de 2018, se ha publicado en el DOUE la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de mayo de 2017, sobre el Informe anual 2015 sobre la protección de los intereses financieros de la UE — Lucha contra el fraude (2016/2097(INI)). En dicho documento insta a la Comisión a dar apoyo en la lucha contra el fraude, lo cual requiere «una plena transparencia, incluso en relación con las subcontrataciones» y pide a la Comisión que supervise y evalúe la transposición de las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE sobre contratación pública a las legislaciones nacionales lo antes posible.

3. NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

3.1. Visión general

En una primera valoración general sobre el nuevo régimen jurídico de los modificados, resulta indiscutible que el legislador ha tenido en cuenta que la modificación de los contratos es un área especialmente proclive a la producción de actos de corrupción y ha considerado los sectores donde se detectan las mayores áreas de riesgo: Los entes instrumentales del sector público. La unidad de régimen, la transparencia y el control son los tres elementos sobre los que pivota el nuevo escenario. De acuerdo con el artículo 319 de la LCSP todos los poderes adjudicadores deberán aplicar el mismo régimen jurídico a la modificación de los contratos, sin que

exista la posibilidad de «libre» modificación en los contratos no armonizados para los poderes adjudicadores no Administración pública. Respecto a la transparencia, el artículo 207.3 señala que en todo caso se debe publicar un anuncio de modificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días desde la aprobación de la misma, que deberá ir acompañado de las alegaciones del contratista y de todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el adjudicatario o los emitidos por el propio órgano de contratación. Por último, en cuanto al control, podrán ser objeto de recurso especial ante el tribunal administrativo las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2.d) de la LCSP.

Con todo, cuando se analiza en conjunto la regulación del modificado en la LCSP se tiene la sensación de que el legislador ha querido suavizar las reglas que limitan la posibilidad de variar el objeto del contrato una vez formalizado, tal vez con la intención de superar lo que, en palabras de SANTAMARÍA PASTOR, JA. se ha venido llamando «negar la evidencia».

En mi modesta opinión, el régimen general del modificado comprendido en el artículo 204 y 205 de la LCSP destila una generosidad inexistente en el antiguo régimen establecido en los artículos 105 a 107 del TRLCSP. Esta generosidad es tributaria sin duda de la novedosa regulación que la DCP despliega en el artículo 72, interpretado de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, como disponen los considerando 107 a 110 de dicha directiva.

Desde *Succhi di Frutta* a nuestros días (la decisión del Tribunal de Justicia en esta sentencia de 29 de abril de 2004 se basa en que la sustitución como medio de pago de manzanas por naranjas y melocotones altera la licitación), la regulación sustantiva de la institución del modificado ha experimentado cambios importantes. Es posible que, con la Ley de Economía Sostenible, España fuera demasiado lejos en el régimen jurídico establecido en aquel momento. Podría pensarse que el legislador no solo manifestó un «intento de negar la evidencia» sino que, además, con cierto encono, probablemente desbordó los límites dibujados por el Tribunal de Justicia en sus sentencias referidas al tema de la modificación de los contratos. No es extraño porque, como ya he manifestado, la modificación de los contratos es un área especialmente proclive a la producción

de actos de corrupción. Con todo, la corrupción no es el ecosistema habitual donde se mueve la contratación pública. La gran mayoría de servidores públicos que deben resolver las incidencias surgidas durante la ejecución de los contratos actúan bajo el principio de integridad y al margen de prácticas corruptas y clientelismo. Por ello, bienvenido sea un régimen que permite dar soluciones legítimas a problemas surgidos durante la ejecución de contratos de larga duración o de importante complejidad. No debe olvidarse que en la preparación de los expedientes de contratación hay siempre un componente de estimación y que toda estimación, por definición, es una aproximación que incluye elementos cuyo comportamiento en el futuro se desconoce.

3.2. La potestad de modificar el contrato y su justificación

¿Debe la Administración quedar atada a sus propios errores e imprevisiones? A mi criterio, la respuesta debería ser: No, pero no con coste cero. Muchas de las modificaciones que se producen en los contratos de obras se deben a errores padecidos en el proyecto. ¿Se exige responsabilidades por el mal diseño y planificación de los contratos?

A modo de ejemplo, el túnel de Pajares, la segunda mayor obra de ingeniería civil que se ha ejecutado en España, presenta problemas técnicos a causa de las filtraciones de agua y la inestabilidad del terreno que hacen imposible fijar la fecha de su inauguración. De los 1.858 millones de euros que se presupuestaron en 2004, el coste se eleva a 3.500 millones. Y no solo en España. El aeropuerto de Berlín se ha convertido en Alemania en exponente de la mala planificación de las grandes infraestructuras públicas. Debía inaugurarse en 2011 y aún no cuenta con una fecha de inauguración oficial por una serie de errores de planificación y fallos de construcción, ligados al montaje sobre tres secciones del tejado de unos ventiladores demasiado pesados para que la estructura los soporte. Innecesario recordar la pesadilla del Canal de Panamá.

El *ius variandi*, esta potestad de modificar el contrato que ya estaba reconocida en el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado de 1965, es una potestad legal de naturaleza reglada que no puede ejercitarse sin límite alguno o de forma arbitraria, pero, sobre todo, no pueden ejercerse de forma incompatible con las normas de contratación de la UE, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y los principios de la contratación pública. La facultad de modificar el contrato por parte de la Administración se encuentra fundada en

la necesidad del mantenimiento de la finalidad del mismo y del interés público sobre el que descansa.

El conflicto surge entre las limitaciones para la modificación del contrato y el interés público en finalizar su ejecución. En términos teóricos, un acuerdo complementario no debería poder cambiar fundamentalmente la economía del contrato ni cambiar el objeto del mismo, salvo imponderables técnicos no imputables a las partes. Con todo, la paralización y posterior resolución de un contrato por la imposibilidad de modificarlo significa iniciar una nueva licitación para culminar su ejecución, con el consiguiente perjuicio económico para el erario público que derivará de la resolución del contrato. Sin embargo, es necesario recordar la importancia de considerar el principio de interés público en la contratación solamente operativo a través de los principios de igualdad, objetividad, transparencia, publicidad, libre concurrencia y eficiencia. La escala de principios no se puede construir bajo la total y absoluta supremacía de un interés público entendido como última ratio de la actuación administrativa o argumento definitivo que hace innecesario seguir razonando en el mismo sentido y que es muy superior a todo argumento en sentido contrario. Otra consideración derivada de una noción esencialmente política del interés público que permita actuaciones al margen de estos otros principios no resulta hoy día admisible. Como indica LÓPEZ CALERA, N. en su artículo «El interés público: entre la ideología y el Derecho», publicado en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), «*el interés público pretende significar un compendio de los fines prevalentes de un orden jurídico y político, pero se trata de un concepto jurídico indeterminado que lleva consigo comúnmente los riesgos de la confusión y de la manipulación*».

No se trata meramente de una cuestión dogmática pues tiene importantes repercusiones en el escenario económico presupuestario, resultando ser la causa más importante del sobrecoste de los contratos. Una vez que el contrato está formalizado la finalidad básica es cumplir con lo pactado sin embargo en el devenir de su ejecución, principalmente en contratos de cierta complejidad y larga duración, irrumpen multitud de incidencias que en muchas ocasiones se resuelven con la aprobación de un modificado. El problema surge cuando se utiliza el modificado de forma torticera para compensar bajas temerarias, que nunca debieron ser aceptadas, corregir groseros errores padecidos en los proyectos pese a la conformidad otorgada por la oficina de supervisión, restablecer el equilibrio económico de una concesión cuando lo que ha fallado no es el reparto de riesgos pactado sino la irreal oferta del contratista,

etc. En definitiva «incidencias» que no debían de haberse producido si el contrato hubiera sido bien diseñado y planificado y el principio de integridad hubiera informado todas y cada una de las decisiones del órgano de contratación.

Desde la atalaya del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las modificaciones de las cláusulas de un contrato público efectuadas durante su ejecución constituyen una nueva adjudicación (en el sentido de las directivas comunitarias) cuando introduce características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial que desvirtúan las ofertas presentadas y no presentadas en su día, es decir, alteran la licitación. Este acervo de criterios, en teoría, es asumido por la Directiva 2014/24/UE, que introduce por primera vez disposiciones relativas a la ejecución de los contratos públicos, entre las que se integra el artículo 72 dedicado a la modificación de los contratos. Su interpretación no puede ser más que a la luz del considerando 107, donde se puntualiza que se hace teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE. Esta jurisprudencia parece que no varía, más bien se reafirma si atendemos a las conclusiones a las que llega el Tribunal en la Sentencia de 7 de septiembre de 2016, *Finn Frogne A/S y Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, donde lo que condena es una reducción de la magnitud del contrato por considerar que puede hacerlo interesante para operadores económicos de menor tamaño que no se presentaron a la licitación. Para los estudiosos del tema fue un alivio comprobar que el considerando 107 seguía manteniendo su razón de ser: Faro que ilumina la interpretación del artículo 72 de DCP.

3.3. Nuevo régimen jurídico

Como no podía ser de otro modo, la LCSP disciplina el régimen de modificados conforme al vigente derecho derivado de la UE. Con todo, el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE es más permisivo que la nueva Ley y ésta, a su vez, más permisiva que el derogado TRLCSP.

Con independencia de que las limitaciones de los modificados resulten de aplicación a todos los poderes adjudicadores de acuerdo con el artículo 319 de la LCSP, permanece el régimen de prerrogativas y derechos de la Administración en el artículo 190, aplicable exclusivamente a los contratos administrativos. Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de in-

interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta. En cuanto al procedimiento para su ejercicio, respecto al modificado el artículo 191 de la LCSP no presenta mayor novedad que el aumento del 10% al 20%, como límite para acudir al Consejo de Estado.

De acuerdo con el artículo 203, los contratos solo podrán ser modificados cuando se dé así se haya previsto en el PCAP y excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205, con las especialidades procedimentales previstas en el artículo 207. En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en la LCSP, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 213 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.

Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 153 de la LCSP, deberán publicarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 207 y 63 y podrán ser objeto de recurso especial en los términos que prevé el artículo 44.2.d).

3.4. Modificaciones previstas

De acuerdo con el artículo 204, los contratos se podrán modificar hasta un 20% siempre que se hubiese advertido expresamente en el PCAP y no se altere su naturaleza global. El pliego deberá indicar la posibilidad de modificar el contrato formulando la cláusula de modificación de manera clara, precisa e inequívoca, precisando con suficiente detalle su alcance, límites y naturaleza, así como las condiciones en las que se puede hacer uso por referencia a circunstancias cuya concurrencia se pueda verificar de manera objetiva. En ningún caso la modificación puede suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato. Estas modificaciones son obligatorias para la empresa contratista.

La expresión «naturaleza global» es transcripción literal de la DCP. Estamos ante un concepto jurídico indeterminado, que vuelve a aparecer en el artículo 205 y que el legislador pretende concretar en el apartado 2 del 204 utilizando la expresión «en todo caso». Siempre se alterará la naturaleza global del contrato cuando el objeto se sustituya por otro diferente o se modifique el tipo de contrato y, por el contrario, una modificación no altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual.

¿Y toda la casuística intermedia? En opinión de VAZQUEZ MANTILLA, FJ, expuesta en su Tesis Doctoral «La modificación de los contratos públicos», el concepto «alterar la naturaleza global» lo podemos identificar como la alteración de la causa o fin. Asumo plenamente este criterio. La noción de naturaleza global del contrato no se identifica con el carácter sustancial de la modificación; va más allá. En palabras de HORGUÉ BAENA, C.¹¹ *«se erige en el verdadero nudo gordiano del régimen de la modificación contractual, pues manifiesta en último extremo el límite infranqueable que no puede traspasar el poder adjudicador»*

Se prohíbe que la modificación convencional establezca la aparición de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato, pero se acepta la sustitución de alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual. Lógicamente si aceptamos la sustitución de una unidad habremos de aceptar la aparición de un precio nuevo. Parece pues que la interpretación ha de ser en el sentido de restringir que el PCAP prevea la posibilidad de nuevos precios a unidades ya existentes. Esta cuestionable interpretación habrá de confirmarse con el criterio de los órganos consultivos y de los tribunales.

A pesar de que la DCP no establece límite de proporción a los modificados convencionales¹² una importante novedad de la LCSP frente al TRLCSP es el límite cuantitativo del 20% del precio inicial, siempre que el PCAP hubiera advertido expresamente de esta posibilidad. También este extremo habrá de ser objeto de interpre-

¹¹ HORGUÉ BAENA, C. «Modificación de los contratos». *Tratado de Contratos del Sector Público*. GAMERO CASADO Y GALLEGOS CORCOLES. Tirant lo Blanch. 2018.

¹² Si analizamos el Derecho comparado de los distintos Estados que conformen la UE veremos que muchos siguen esta línea de no restricción cuantitativa. Sirva de ejemplo Francia que su *Code des marchés publics* permite una modificación convencional sea cual sea el monto, siempre que no altere la naturaleza global del contrato.

tación por la doctrina. El catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, BAÑO LEÓN, J.M., coautor del libro titulado «Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público», Aranzadi 2018, en la página 1350 hace una primera interpretación que, con todo respeto, personalmente no comparto. Según el autor el 20% ha de entenderse que es un límite por modificado, no un límite para todos los modificados considerados conjuntamente.

Quedan algunos aspectos sueltos, a mi juicio destacables, que los profesionales de la contratación ya están teniendo que resolver en el momento de la elaboración de los pliegos, especialmente en contratos de servicios de actividad o de suministro de tracto sucesivo. La fase de preparación de contrato exige el cálculo de su valor estimado de acuerdo con el artículo 101 de la LCSP y para ello se deben considerar las posibles prórrogas y modificados. La prórroga en estos contratos implica una repetición de las prestaciones por un periodo superior, igual o inferior al contrato inicial, con el consecuente aumento del precio. El modificado convencional, de acuerdo con el 204.1 no puede superar el 20% del precio inicial, entendido por la doctrina¹³ como precio de adjudicación del contrato. ¿Significa esto que el límite del 20% opera durante toda la vigencia del contrato, pero referido al precio inicial? ¿No es posible por tanto que la modificación afecte también a la prórroga? A modo ejemplarizante: Pliego de un contrato de mantenimiento de edificios: PBL, sin IVA, 100.000 € por dos años, prorrogable por dos más. Modificación prevista hasta el 20%. ¿Cómo se debe calcular el VEC?

Opción 1: $VEC = 100.000 + 100.000 + 20.000 = 220.000$.

Opción 2: $VEC = 100.000 + 100.000 + 40.000 = 240.000$ €.

En mi opinión, la opción 2 no respeta el límite del artículo 204.1 puesto que el 20% no se ha calculado sobre el precio inicial. Sin embargo, parece que el TARC del Estado opina diferente. Como muestra, la resolución n.º 610/2017 de 7/07/2017 en la que se admite y estima en parte un recurso presentado contra la adjudicación de un contrato de suministro de gas natural que se licitó y adjudicó con un valor estimado por debajo de los umbrales comu-

¹³ Por todas, JCCA Murcia. Informe 04/2012, de 25 de mayo. Consulta relativa al cálculo del porcentaje de modificación en contrato que se encuentra prorrogado por un periodo distinto al del contrato inicial.

nitarios, valor que el Tribunal recalcula con método distinto al que fija el pliego. El expediente de contratación objeto de recurso se refiere a un contrato cuyo presupuesto anual alcanza la cifra de 88.876,48 €. El contrato prevé una prórroga y una posible modificación del 30%, por lo que, según el Tribunal, el valor estimado del contrato es 230.558,84 €. La resolución se dictó durante la vigencia del TRLCSP, momento en que los modificados convencionales no tenían límite porcentual y se intuye que el tribunal apostó por un cálculo exhaustivo del valor máximo *vs.* límite del modificado. Esta postura es difícil de mantener en la actualidad.

3.5. Modificaciones imprevistas

Las modificaciones no previstas en el PCAP o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo 204 solo podrán realizarse cuando la modificación encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo del artículo 205 y se limiten a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que las haga necesarias.

Estas modificaciones serán obligatorias para la empresa salvo que impliquen aislada o conjuntamente una alteración en su cuantía que exceda del 20% del precio inicial del contrato. En este caso para acordar la modificación el órgano de contratación deberá contar con la conformidad previa escrita de la empresa y ni no la otorga se resolverá el contrato, de acuerdo con la causa prevista en el artículo 211.1, g) de la LCSP.

A modo esquemático y siguiendo el dictado del artículo 205, los modificados no previstos en el PCAP que la LCSP permite son los siguientes:

a) *Complementarios*

Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados y el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un au-

mento sustancial de costes para el órgano de contratación. En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista. Además, la modificación del contrato no puede implicar una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50% de su precio inicial, IVA excluido.

El complementario como procedimiento negociado sin publicidad ha muerto. Me parece importante señalar la cuestión planteada a la IGAE en relación a si se puede tramitar un contrato de obras complementarias, acogiéndose a las previsiones de la letra b) del artículo 171 del TRLCSP, por remisión hecha en el artículo 250 del TRLCSP (contrato de concesión de obra pública; modificación de la obra pública) o, por el contrario, se está ante una modificación del contrato. En su informe de 2 de junio de 2016 la IGAE concluye que, en base al efecto directo de la DCP y teniendo en cuenta lo señalado en la Recomendación de la JCCA del Estado de 15 de marzo de 2016, no es posible tramitar el contrato de obras complementarias proyectado en los términos propuestos por el Centro gestor habida cuenta que el supuesto regulado en el artículo 171 b) del TRLCSP no se encuentra contemplado en los artículos 26.4 y 32 de la citada Directiva.

b) Imprevisibles

Acudiendo a la cláusula *«rebus sic stantibus»*, el apartado 2.b) del artículo 205 señala no será necesaria una nueva licitación cuando la exigencia de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas que una Administración diligente no hubiera podido prever, siempre que no altere la naturaleza global del contrato y no implique una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 % de su precio inicial.

c) No sustanciales y el «umbral de mínimos»

Finalmente, el apartado 2.c) del artículo 205 la LCSP prevé la posibilidad de modificar un contrato sin necesidad de verificar si se cumplen las anteriores condiciones (imprevisibilidad), siempre que se justifique especialmente la necesidad de modificación, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial y con los límites de que no altere la licitación, no

altere el equilibrio económico a favor del contratista (lo altera si se introducen unidades nuevas cuyo importe supera el 50% presupuesto inicial) y no amplíe de forma importante el ámbito del contrato. La LCSP establece un umbral de *mínimis*. Se considerará que lo amplía de forma importante cuando el valor de la modificación aislada o conjuntamente, excede del 15% si se trata del contrato de obras o de un 10%¹⁴, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral del contrato sujeto a regulación armonizada. También lo amplía si las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallan dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

3.6. ¿Luces verdes para la modificación de los contratos?

Como ya apunté en el apartado 3.1. de este trabajo, el régimen jurídico de los modificados previsto en la LCSP destila un cierto aire de libertad de movimientos frente al régimen anterior. Señalaré a continuación las «luces verdes», «vías de escape» que, en mi opinión, la ley ofrece a los operadores jurídicos, no sin cierto temor al modo en que van a ser utilizadas.

a) Vicio de anulabilidad por incumplir el 204 y 205

En primer lugar, el régimen de invalidez previsto en el artículo 40 atenúa la pena de quien incumple. Dicho precepto, titulado *Causas de anulabilidad de Derecho administrativo*, incluye entre las mismas el incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205. Tal calificación del vicio significa un cambio telúrico para los órganos de control ante la presencia de un modificado de hecho que se evidencia en la liquidación del contrato, en el que no concurren los requisitos

¹⁴ Informe 6/2015, de 16 de diciembre, sobre la modificación de un contrato de obra que suponga introducción de nuevas unidades de obras. Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía. Conclusión: En las modificaciones de los contratos de obras podrán compensarse las unidades de obras que se suprimen por las unidades de obras nuevas siempre que la diferencia entre ambas no iguale o exceda, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato y siempre que con la citada modificación no se alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación del contrato en el resto de supuestos establecidos en el artículo 107.3 del TRLCSP. DCP: Artículo 72: Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

exigidos para no llevar a cabo una nueva licitación. ¿Ya no estaremos ante un vicio de nulidad plena? Me parece importante señalar que la anulabilidad que regula el artículo 40, susceptible de convalidación, únicamente se refiere a determinados incumplimientos, a mi modo de ver sustanciales, pero no incluye los regulados en el artículo 191, entre otros, el preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente en las modificaciones que no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20% del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 €. La falta del dictamen del Consejo de Estado cuando es preceptivo supone la nulidad de pleno derecho de todo lo actuado, por considerarse una omisión de un trámite esencial del procedimiento. En este sentido se pronuncia el TS en sentencia de 14 de julio de 1997 y 14 de marzo de 1989.

b) Precios/Unidades nuevos/as de obra no requieren modificado

El siguiente precepto que quiero señalar es el artículo 242.4, referido a la modificación del contrato de obras, en el que se indica que no tendrá tal consideración ni la variación en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas, siempre que no representen un gasto superior al 10% del precio primitivo (certificación final de obra: una institución clásica), ni la inclusión de precios nuevos (letra ii) fijados contradictoriamente por los procedimientos establecidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3% del presupuesto primitivo del mismo. Del literal de la letra ii) de este precepto se puede deducir que estos precios nuevos pueden corresponder a unidades nuevas, o no. La ley no lo limita, luego permite que, con los límites establecidos, se puedan aprobar nuevos de unidades ya existentes en el proyecto o de unidades nuevas, todo ello sin necesidad de aprobar un modificado. Esto último significa una novedad muy importante que se asienta en la necesidad de dar una solución en los casos de errores padecidos en el proyecto.

c) Exceso de medición sin expediente de modificado también en suministros y en servicios

Respecto al contrato de suministros, el artículo 301 que regula el pago del precio ofrece una licencia antes no permitida para flexibilizar la rigidez del objeto del contrato como algo inamovible. En el

contrato de suministros en el que la determinación del precio se realice mediante precios unitarios, se podrá incrementar el número de unidades a suministrar hasta el porcentaje del 10% del precio del contrato, a que se refiere el artículo 205.2.c).3.º, sin que sea preciso tramitar el correspondiente expediente de modificación, siempre que así se haya establecido en el PCAP y se haya acreditado la correspondiente financiación en el expediente originario del contrato.

En el artículo 309, de forma similar a la utilizada para los contratos de suministro, la ley indica que no se consideraran modificaciones los casos en que la determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución, la variación que durante la correcta ejecución de la prestación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que se haya previsto en el PCAP y no representen un incremento del gasto superior al 10% del precio del contrato. Respecto a la previsión de financiación nada se indica en la ley¹⁵.

Los contratos en los que el precio se formula en términos de precios unitarios, referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, pueden ser por unidades ciertas o por unidades estimadas supeditadas las entregas a las necesidades de la Administración. Estos últimos tiene un régimen especial en la Disposición Adicional Trigésima Tercera que obliga a autorizar un presupuesto máximo, debiéndose aprobar un modificado antes de que se agote si las necesidades reales superan a las estimadas. A tales efectos, habrá de preverse en la documentación que rija la licitación la posibilidad de que pueda modificarse el contrato como consecuencia de tal circunstancia, en los términos previstos en el artículo 204.

De la lectura integrada de estos tres preceptos parece deducirse que la posibilidad de que se encarguen más unidades de las contratadas sin necesidad de aprobar un modificado vía artículos 301 y 309, solo se aplicará a contratos de suministro a precios unitarios con el número de unidades determinado, o bien a contratos de servicios distintos a los de tracto sucesivo según necesidades. En el caso de suministros o servicios a precio unitario, en los que el número total de entregas o de prestaciones no se defina con exactitud

¹⁵ MOREO MARROIG, T. «Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato». *Tratado de Contratos del Sector Público* GAMERO CASADO Y GALLEGO CORCOLES. Tirant lo Blanch. 2018.

al tiempo de celebrar el contrato, habrá que tramitar y aprobar un modificado si las unidades reales superan a las estimadas, de acuerdo con la citada disposición adicional. Si el artículo 301 y 309 significan la regla general para los contratos de suministro y de servicios a precios unitarios la Disposición Adicional Trigésima Tercera debe entenderse como la regla especial para aquellos contratos en los que el número total de entregas o de prestaciones no se defina con exactitud al tiempo de celebrarse. Por otro lado, los contratos que surgen de un acuerdo marco pueden reunir las características descritas en el párrafo anterior¹⁶, no obstante tienen un tratamiento en la LCSP que parece otorgarles una categoría propia, distinta de la de los contratos a los que se refieren los artículos 301, 309 y la Disposición Adicional Trigésima Tercera, categoría a la que no afectan dichas normas, en lo que se refiere a modificación sino su propio régimen que explicaré en el apartado 3.7 de este estudio.

A modo de crítica, pienso que habría sido mejor no considerar un modificado el incremento de crédito aprobado para cubrir las obligaciones derivadas de los contratos en función de las necesidades reales —deriven de un acuerdo marco o no— y haberlo catalogado de simple ajuste contable, máxime cuando en realidad no se altera el objeto del contrato puesto que no fue determinado ya que el número de unidades no se concreta al tiempo de celebrar el contrato. Eso sí, fijando un límite porcentual, principalmente como garantía de los licitadores que se obligan a unos precios unitarios de acuerdo con unas unidades estimadas, como han señalado los tribunales administrativos de recursos contractuales. Así lo manifesté en la Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016).

d) La concreción ex post del objeto en determinados contratos no significa una modificación

El artículo 308 de la LCSP, cuando habla de contenido y límites del contrato de servicios, introduce una novedad que podríamos llamar excepción al mandato del artículo 99 de determinación del ob-

¹⁶ Resulta palmario en el negocio descrito en la resolución 177/2018, de 20 de junio, del TARCA de Madrid.

jeto del contrato, puesto que permite en los contratos de servicios que impliquen el desarrollo o mantenimiento de aplicaciones informáticas que el objeto del contrato pueda definirse por referencia a componentes de prestación del servicio, siempre que en el PCAP se establezca el precio referido a cada componente de la prestación en términos de unidades de actividad, definidas en términos de categorías profesionales o coste, homogéneas para cualquier desarrollo, en unidades de tiempo o en una combinación de ambas modalidades. Como mínimo se debe establecer el marco general de las funcionalidades a desarrollar, sin perjuicio de que puedan concretarse dichas funcionalidades por la Administración atendiendo a consideraciones técnicas, económicas o necesidades del usuario durante el período de ejecución, en los términos en que se prevea en el PCAP. Todo ello sin que la norma exija la tramitación de un modificado. Dicho precepto supone un importante avance para grandes proyectos de implementación de redes informáticas.

3.7. Regulación específica para los modificados de los acuerdos marco y de los contratos basados

El artículo 222 de la LCSP dota de un nuevo régimen especial a las modificaciones de los acuerdos marco y contratos basados. En el apartado 1 de dicho artículo se determina que se podrán modificar de acuerdo con las reglas generales de modificación de los contratos. En consecuencia, el órgano de contratación podrá acordar, una vez perfeccionado el acuerdo marco o el contrato basado modificaciones cuando así esté previsto en los pliegos, conforme lo dispuesto en el artículo 204, o cuando sean consecuencia de alguna de las causas imprevistas determinadas en el artículo 205, siempre que no implique introducir modificaciones esenciales respecto a lo establecido inicialmente en el acuerdo marco. Más que una novedad lo que se hace es legalizar una situación que de hecho se venía produciendo, puesto que en el derogado TRLCSP no existía impedimento para ello. Cabe preguntarse si era necesaria una regulación específica y complicada, como veremos a continuación, o habría sido suficiente la regulación general de los modificados convencionales o imprevistos comprendida en los artículos 203 a 207 de la LCSP, incluyendo una referencia a los acuerdos marco, como hace el artículo 72 de la DCP.

De una rápida lectura de este artículo se intuye que, si el legislador ha establecido dos límites porcentuales diferentes, el 20% y el 10%, será porque pretende regular dos regímenes distintos. Otra cosa es que lo haya logrado con éxito.

Conforme lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 222, en el caso de modificación del acuerdo marco (vía 204 o 205 y con los límites establecidos en el propio acuerdo marco), los precios unitarios resultantes de la modificación no podrán superar en un 20% a los precios anteriores a la modificación y en ningún caso podrán ser precios superiores a los que las empresas parte del acuerdo marco ofrezcan en el mercado para los mismos productos. Tras la lectura de este precepto surge la cuestión de si se debe comparar precios anteriores con precios resultantes referidos a unidades ya contempladas en el acuerdo marco, o referidos a unidades nuevas que cumplan la misma finalidad. La ley no lo aclara y deberá hacerlo la doctrina científica y la jurisprudencia.

El apartado 2 del artículo 222 presenta el siguiente tenor literal:

Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, los adjudicatarios de un acuerdo marco podrán proponer al órgano de contratación la sustitución de los bienes adjudicados por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados, siempre que su precio no incremente en más del 10 por 100 el inicial de adjudicación, salvo que el pliego de cláusulas administrativas particulares, hubiese establecido otro límite.

Junto a ello, el órgano de contratación, por propia iniciativa y con la conformidad del suministrador, o a instancia de este, podrá incluir nuevos bienes del tipo adjudicado o similares al mismo cuando concurren motivos de interés público o de nueva tecnología o configuración respecto de los adjudicados, cuya comercialización se haya iniciado con posterioridad a la fecha límite de presentación de ofertas, siempre que su precio no exceda del límite que se establece en el párrafo anterior.

Una exégesis correcta de todo el artículo 222 que dibuje el marco jurídico en el que pueden operar las modificaciones necesarias para la buena ejecución de un acuerdo marco a lo largo de toda su vigencia resulta algo complicada. Parece que la ley persigue que no se petrifiquen los catálogos de bienes y servicios y pretende dotar a los operadores jurídicos de las herramientas necesarias para sustituir aquellos elementos que perjudiquen la buena ejecución del acuerdo marco y, en consecuencia, de los contratos basados. El problema surge en la interpretación que se le dé a este precepto.

Según los diccionarios de la RAE, «*sin perjuicio de*» puede significar «*dejando lo que se expresa a salvo*», luego quiere decir que la decisión no puede ir contra otra obligación, pero también puede significar «*con exclusión de*». Por tanto, se presentan dos interpre-

taciones. Una primera interpretación que apunta a considerar que «sin perjuicio de» significa que la decisión no puede ir contra otra obligación, tiene como consecuencia que la aplicación del apartado 2 de este artículo requiere la aprobación de un modificado, sin que sea suficiente la sustitución de unidades del catálogo por otras con sus correspondientes precios nuevos¹⁷. Por el contrario, si entendemos «sin perjuicio de» en el sentido «con exclusión de», no será necesario aprobar un modificado. Parece que el legislador se quiso referir a esta última acepción; si no de qué dos límites porcentuales diferentes.

Si el legislador pretendía que en estos casos no hubiera que aprobar un modificado debería haber utilizado otra locución, por ejemplo, a semejanza del artículo 242.4 de la LCSP, que introduciendo con la expresión «*No obstante, no tendrá la condición de modificado*», se excluye de aprobar un modificado para el exceso de medición de las obras.

En cualquier caso, habrá que estar a los pronunciamientos de la doctrina científica y de los tribunales.

4. BIBLIOGRAFÍA

Tribunal de Cuentas Europeo. Informe Especial n.º 9/2018 «Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados»

Tribunal de Cuenta Europeo. Informe anual sobre el presupuesto de la UE relativo al año 2013 (DOUE de 12/11/2014)

Tribunal de Cuentas de España. Informe de fiscalización de la contratación realizada por los ministerios del área político-administrativa del Estado y sus organismos dependientes durante el ejercicio 2013, aprobado el 22 de enero de 2016

Tribunal de Cuentas de España. Informe N.º 1.279, aprobado el 31 de mayo de 2018, de fiscalización de la contratación celebrada en 2014 por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente y sus organismos dependientes y su ejecución hasta 2017

¹⁷ Esta es la opinión de GONZÁLEZ SANFIEL, AM. «Acuerdos marco, pág. 1903». *Tratado de Contratos del Sector Público* GAMERO CASADO Y GALLEGÓ CORCOLES. Tirant lo Blanch. 2018.

- Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de mayo de 2017, sobre el Informe anual 2015 sobre la protección de los intereses financieros de la UE — Lucha contra el fraude (2016/2097(INI)).
- Recomendación del Consejo de 13 de julio de 2018 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2018 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2018 de España
- Informe de sobre España 2018, con un examen exhaustivo en lo que respecta a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos (07/03/18)
- Informe relativo a la contratación pública en España-2017, aprobado en abril 2018 por la JCCA de Estado (artículo 328.4 de la LCSP).
- Varios autores. Director GIMENO FELIU, JM. Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público. Aranzadi- 2018
- Varios autores. Dirigida por GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CORCOLES, I. Tratado de contratos del sector público. Tres tomos. Tirant lo Blanch. 2018
- VAZQUEZ MANTILLA, FJ. La modificación de los contratos públicos. Aranzadi. 2015
- LÓPEZ CALERA, N. «El interés público: entre la ideología y el Derecho». Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44 (2010).
- RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, T. «Contratación pública y subcontratación». Anuario Aragonés del Gobierno Local 2014 | 06 | 2015.
- CHINCHILLA MARÍN, C. en su artículo «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?» publicado en la Revista de Administración Pública, n.º 206, mayo-agosto 2018

La Auditoría de Contratos del Sector Público en el Marco de la Nueva Ley 9/2017

José Ignacio Valero Escribano

Interventor y Auditor del Estado

Doctor en Auditoría y Contabilidad

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la aplicación de la normativa de contratación pública desde la perspectiva de la auditoría, entendiéndose que es uno de los temas que suscita un mayor interés a consecuencia, principalmente, del incremento de las obligaciones de control en este área de la gestión pública y a la aprobación de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). El estudio se ha realizado adaptando el formato de un programa de trabajo, bajo un enfoque eminentemente práctico y recoge, sistemáticamente ordenadas, las principales pruebas de auditoría a realizar en cada una de las fases por las que discurre un proceso de contratación pública, incluyendo el análisis previo de la población a auditar y del sistema de control interno, así como el posterior de la publicidad desplegada, concurrencia alcanzada y de la eficacia, eficiencia y economía obtenida en las licitaciones. El diseño de las pruebas se ha realizado a partir del estudio previo de las distintas áreas de riesgo, en base a la experiencia profesional del autor, habiéndose redactado aquellas con una cuidada observancia del escepticismo profesional que ha presidir todo trabajo de control.

PALABRAS CLAVE: Auditoría de contratos; contratación pública; auditoría pública; auditoría operativa; LCSP.

ABSTRACT

This doctrinal opinion analyzes, from an audit standpoint, the implementation of the public procurement legislation, considering that this issue is of utmost interest,

mainly as a result of both the increase of the new monitoring obligations over this particular area of public management and the fact that the new Act 9/2017, 8 November, on Public Contracting (LCSP) has been enacted. The analysis has been made by adapting the format of a work program, under an eminently practical approach, and tidily and systematically includes the main audit tests to carry out in each and every phase of a public procurement process, the previous analysis on the population subject to the audit and on the internal control system as well as the subsequent process on the advertising displayed, the concurrency reached and on the effectiveness, efficiency and economy obtained from the tender of public contracts. The tests' design is the result of the previous analysis performed on the different risk areas, is based on the author's professional experience and has been drawn up really carefully and under the professional skepticism principle necessary in all monitoring task.

KEYWORDS: *Public procurement audit; public procurement; public audit; performance audit; LCSP.*

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación del Real Decreto 424/2017 ha supuesto un incremento muy significativo en las cargas de trabajo —bien sean estas asumidas directamente por funcionarios de los cuerpos de control, bien mediante colaboración con auditores privados—, donde la contratación pública ocupa un papel preponderante. A ello hay que añadir la aprobación y entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que introduce, en determinados aspectos, cambios significativos con arreglo a la regulación anterior. Como colofón, en el ejercicio 2017 también fue objeto de aprobación, mediante Resolución de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), si bien con un alcance objetivo limitado, la Norma Técnica de informe de recomendaciones de control interno e informe adicional al de auditoría de cuentas (NT IRCIA), de emisión preceptiva, salvo supuestos tasados en la misma, en todas las auditorías de cuentas relativas a ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2017. Todo ello sin olvidar los controles recurrentes que ya se venían realizando, tanto a nivel local, como autonómico y estatal, entre los que podemos destacar, en materia de contratación pública, los relativos a la gestión y certificación de fondos comunitarios.

Con objeto de abordar esta clase de trabajos de control de la gestión del área de contratación, realizamos un estudio de la aplicación de la normativa desde el punto de vista de la auditoría pública, identificando las principales áreas de riesgo y proponiendo

un conjunto sistemáticamente ordenado de pruebas y verificaciones a realizar; todo ello supeditado a las consustanciales limitaciones de espacio. Así, el presente artículo, adaptado al formato de un programa de trabajo, con un enfoque eminentemente práctico, pretende servir de referencia a aquellos profesionales del control que siendo ya conocedores de las exigencias y requisitos previstos en la LCSP para la tramitación de los distintos procedimientos y tipos contractuales, tienen que enfrentarse a la evaluación global de la actividad contractual desarrollada por un órgano o entidad.

Nuestro estudio comienza con un análisis de los procedimientos de control interno y de la población a auditar, para a continuación diseñar un programa integral de pruebas generales y específicas, agrupadas, principalmente, en cinco grandes apartados o áreas: la preparación de los contratos, la licitación y adjudicación; la ejecución de los contratos, la contratación menor y la publicidad. Las pruebas se han diseñado desde una perspectiva de escepticismo profesional, lo que precisa de una evaluación crítica de la evidencia de auditoría obtenida y que, como recuerda la Norma Internacional de Auditoría (NIA) 240 en su guía de aplicación, constituye un estado mental inquisitivo que *«requiere cuestionarse continuamente si la información y la evidencia de auditoría obtenidas indican que puede existir una incorrección material debida a fraude»*. A mayor abundamiento, recoge la NIA 200, también en su guía de aplicación, que *«el auditor debe plantearse la fiabilidad de la información que va a ser utilizada como evidencia de auditoría»*, y advierte de que, a pesar de que se tenga la convicción de que la dirección y los responsables del gobierno de la entidad son honestos e íntegros, esto *«no exime al auditor de la necesidad de mantener un escepticismo profesional ni le permite conformarse con evidencia de auditoría que no sea convincente para la obtención de una seguridad razonable»*.

En este orden de cosas, me parece oportuno traer a colación que, como ya reconocía en el año 2009 la famosa Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas n.º 21, en relación con la incomodidad del ejercicio de las funciones de control, *«puede afirmarse que, como regla general, la actividad de los interventores [...] no suele ser tarea fácil ni agradable, pues su propia función radica en fiscalizar los gastos incurridos, y el ejercicio correcto de su trabajo puede dar lugar a situaciones de malestar y teórico enfrentamiento con los ordenadores de pagos en lo que respecta a la corrección y adecuación de aquéllos.»* Sin embargo, *«es aquí donde radica la dificultad y, al mismo tiempo, la grandeza de la función interventora, amparada en cualquier caso por las leyes»*.

2. LA PLANIFICACIÓN DEL TRABAJO Y LA EVALUACIÓN DEL CONTROL INTERNO

El objetivo final de cualquier auditoría de contratación pública es la emisión de un informe en el que se recoja una opinión sobre la regularidad de la actividad contractual desarrollada, durante un período de tiempo determinado, por un órgano u organismo sujeto a la LCSP. La utilidad de este informe, como fiel representación de la evaluación de la verdadera actividad contractual desarrollada por la entidad y, por ende, la calidad del mismo, va a venir condicionada, muy significativamente, por la existencia de una adecuada planificación previa del trabajo a realizar y por su correcto desarrollo en un programa de trabajo detallado y adaptado al organismo a auditar.

Para poder realizar una primera aproximación a la actividad contractual desarrollada, toda auditoría parte de la obtención de un listado de contratos íntegro (universo o población) sobre el cual extraer una o varias muestras, de cuyo análisis obtendremos unas conclusiones que extrapolaremos a la población total. La obtención del listado de contratos o universo o, mejor dicho, su «construcción», es una tarea que puede llegar a revestir cierta complejidad técnica. En primer lugar, habrá que solicitar del ente auditado un listado comprensivo de todos los contratos **licitados** durante el período objeto de control, separando los contratos menores de los ordinarios o mayores. La exigencia de que el listado facilitado se refiera a los contratos licitados y no a los adjudicados o formalizados no es una cuestión baladí, pues, a efectos del alcance de nuestra auditoría, necesitaremos conocer todos los procesos de contratación desarrollados por la entidad, para poder identificar posibles incumplimientos normativos, por lo que un listado comprensivo de los contratos adjudicados o formalizados no incluiría las licitaciones desiertas, o aquellas en las que el órgano de contratación haya renunciado o desistido, así como aquellas otras en las que aún no se hubiere alcanzado esa fase del procedimiento.

Adicionalmente, si queremos tener una visión completa de la actividad contractual desplegada, será necesario solicitar un listado comprensivo de los contratos iniciados en ejercicios anteriores y sobre los que se hayan realizado actuaciones en el ejercicio en curso, bien relativas a la fase de licitación y selección de la oferta económicamente más ventajosa, bien relativas a la fase de ejecución, entendiendo que esta última abarca el cumplimiento, efectos y extinción de los contratos.

La información que pueda ser facilitada en estos listados por el ente auditado de forma automatizada o semiautomatizada nos proporcionará una primera evidencia acerca del grado de control interno existente. Así, sin ánimo de ser exhaustivos, el diseño de un sistema de control interno adecuado habría tenido en cuenta, al menos, que los registros auxiliares de contratación deberían contener información acerca de la naturaleza y tipo de contrato, normativa aplicable, procedimiento de licitación, duración, presupuesto de licitación, valor estimado y precio de adjudicación, parámetros relativos al proceso de licitación, adjudicación y formalización, y parámetros relativos a la ejecución y período de garantía.

Sin embargo, como hemos señalado anteriormente, la solicitud de estos listados no es más que el punto de inicio para la determinación de la población a auditar. La extracción de una muestra sobre los mismos, sin la realización de actuaciones adicionales que garanticen la integridad de la población, podría sesgar las conclusiones obtenidas, ya que las mismas no serían extrapolables a la actividad contractual efectivamente desarrollada por la entidad, sino solo a la actividad contractual voluntariamente comunicada en los listados por aquella. Para asegurar, en términos de razonabilidad, la integridad de la población objeto de estudio es necesario triangular la información facilitada con aquella otra que esté disponible de otras fuentes. Además, el resultado de todos estos cruces de datos nos servirá para ahondar en la evaluación del diseño del sistema de control interno existente en el ente u órgano auditado así como para testear el correcto funcionamiento del mismo.

En este sentido, podemos comparar la información facilitada con la contenida en los listados de contratos remitidos al Tribunal de Cuentas, Registro Central de Contratos y con la publicada en el Perfil del Contratante. También podemos analizar las publicaciones realizadas en los Boletines Oficiales correspondientes y, si la entidad no dispone de cuentas anuales auditadas, circularizar a proveedores y acreedores. Adicionalmente, resulta obligado intentar relacionar la contabilidad de la entidad con los listados de **contratos en ejecución**. La relación entre la información contable y la información facilitada reviste una gran importancia y permitirá, en un número significativo de casos, completar la población objeto de estudio, principalmente, pero no solo, por lo que a contratos menores se refiere. Asimismo, es una herramienta muy potente para la detección de eventuales modificados ocultos. Sin embargo, para poder realizar este cruce de información es necesario que,

tanto en la contabilidad como en los registros auxiliares que posee la entidad, se identifique cada procedimiento de contratación con un código de expediente o clave. Si bien este código estará presente, en la mayoría de los casos, en los listados obtenidos de los registros auxiliares, no siempre ocurrirá lo mismo en los registros de naturaleza contable, resultando en esos casos prácticamente imposible establecer una interrelación, al menos sin tener que desarrollar un trabajo de campo desproporcionado. A nuestro juicio, la ausencia de un código de expediente o clave en los asientos de los registros contables, que permita identificar claramente el expediente de contratación del que deriva cada gasto o inversión, constituye una limitación al alcance del trabajo auditor, al afectar directamente a la determinación de la población objeto de control.

Una vez obtenida una seguridad razonable acerca de la integridad de la población a auditar, deberá procederse al diseño de la muestra o muestras a extraer, así como a la determinación del procedimiento de muestreo a emplear, lo cual vendrá determinado por las características de la población objeto de estudio, el tamaño de determinadas subpoblaciones y las áreas de riesgo identificadas que consideremos preciso analizar. En este sentido, es habitual estudiar, en número de contratos y en importe, en términos absolutos y relativos, los procedimientos sujetos a las diferentes normas de contratación que pueden resultar aplicables a un mismo ente. Este sería el caso, por ejemplo, de aquellos órganos u organismos que se encuentran sometidos tanto a la LCSP como a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE). Asimismo, una vez identificada la norma o normas aplicables, debería analizarse, para cada una de ellas, mediante tablas de doble entrada que recojan el tipo de contrato y el procedimiento de adjudicación; el número e importe de los contratos de cada subconjunto, tanto en valores absolutos como relativos.

Por lo que se refiere al análisis de riesgos, es habitual considerar dos grandes variables a efectos de identificar las áreas efectivamente relevantes para la auditoría: la probabilidad de que un evento o amenaza ocurra y el impacto o magnitud del daño que se generaría en caso de que efectivamente se verificase el evento dañoso.

Para poder detectar adecuadamente estas amenazas y valorar su potencial impacto, es imprescindible tener en cuenta cuáles son los objetivos perseguidos por la normativa de contratación pública.

Así, el principal objetivo de la LCSP es que no se distorsione la libre competencia en el mercado a consecuencia de la actuación del Sector Público. Para ello, se establecen una serie de principios y procedimientos que buscan garantizar que todos los operadores interesados en un contrato público puedan participar libremente y en condiciones de igualdad, asegurándose la no discriminación y la transparencia; evitando así actuaciones que puedan favorecer situaciones de poder en el mercado como consecuencia de beneficiar de un mayor volumen de negocio y/o margen a unos participantes en detrimento de otros. Por tanto, habrá que tener muy en cuenta todos aquellos aspectos que puedan suponer un fraude a la licitación, tanto en la fase de preparación de los contratos, como en la de selección de la oferta económicamente más ventajosa y en la de ejecución.

Adicionalmente, como norma que disciplina el gasto, la LCSP público persigue un uso eficiente y eficaz de los recursos, por lo que también habrá que extremar la diligencia en aquellas actuaciones que puedan suponer un fraude a los fondos públicos o un uso ineficiente de los mismos. Finalmente, la nueva Ley incluye entre sus objetivos que en toda contratación pública se incorporen, de manera transversal y preceptiva, criterios sociales y medioambientales, siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Además, persigue facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública.

Sobre la base del análisis de riesgos realizado se procederá a ultimar el programa de trabajo, que deberá adaptarse a cada entidad teniendo en cuenta las características y el nivel de actividad contractual desarrollada, así como la experiencia previa en la misma. No obstante, con carácter general, podemos definir las áreas de riesgo que exponemos en los siguientes epígrafes de nuestro trabajo y que conformarían un programa de trabajo estándar para la auditoría de la contratación pública, organizadas sistemáticamente en función de la materia a analizar. Quedan fuera del alcance del presente trabajo, el estudio de determinadas áreas específicas como son la racionalización técnica de la contratación, la ejecución directa de prestaciones por la Administración, otros contratos onerosos excluidos de la aplicación de la LCSP, la asociación para la innovación, los concursos de proyectos y la aplicación de la LCSE.

3. ANÁLISIS DE LA PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS

La fase de la preparación es la más importante de las etapas por las que discurre un proceso de contratación pública, ya que en ella se definen las necesidades a satisfacer y se establecen las normas que han de regir la licitación y la ejecución del contrato, así como las características que ha de reunir la prestación que se proyecta obtener. En este área del programa de trabajo analizaremos, principalmente, los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) —o documentos que rijan las licitaciones— y, con una menor intensidad, los pliegos de prescripciones técnicas (PPT); pudiendo agrupar las pruebas a realizar en tres grandes subáreas: pruebas comunes a todos los procesos de licitación, pruebas específicas aplicables según el procedimiento de licitación empleado y pruebas específicas aplicables según el tipo de contrato.

3.1. Pruebas comunes a todos los procesos de licitación

Las principales áreas de riesgo identificadas con carácter general para todos los procesos de licitación son aquellas relacionadas con la definición de los criterios de admisión de los interesados, donde habrá que analizar aspectos clave como la solvencia exigida; con los criterios para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, donde los aspectos objeto de estudio comprenderán el juicio crítico de los criterios de adjudicación y desempate establecidos, de las mejoras y variantes previstas, o de los parámetros para determinar la anormalidad de las ofertas; y, finalmente, aquellas otras relacionadas con la eficacia y la eficiencia en la gestión y empleo de fondos públicos, donde las comprobaciones se centrarán en la constatación de la existencia de una adecuada definición previa de las necesidades a satisfacer y una correcta descripción del objeto del contrato.

Adicionalmente, habrá que considerar como áreas de riesgo determinados aspectos relativos al propio procedimiento de contratación, diseñando pruebas específicas destinadas a comprobar tanto el cumplimiento de aspectos materiales del mismo, como la adecuada definición del presupuesto base de licitación, del valor estimado del contrato, la duración y posibilidad de prórroga, o el establecimiento, en su caso, del comité de expertos; como de aspectos formales, tales como la tramitación electrónica del procedimiento o la competencia para contratar. Completaremos nuestro análisis con el estudio de un conjunto heterogéneo de parámetros, para los cuales entendemos que existe un riesgo significativo, como pueden

ser el régimen de garantías establecido, la previsión de revisión de precios, las condiciones especiales de ejecución, la obligación de cumplimiento de la normativa laboral, así como el adecuado suministro de información acerca del personal a subrogar, entre otros, finalizando con un análisis sucinto del PPT.

a) Competencia para contratar: Para proceder al análisis de este extremo, será necesario estudiar, con carácter previo, el reparto de competencias vigente en la entidad a auditar, originarias y derivadas, para, posteriormente, comprobar que los expedientes de contratación se encuentran aprobados por persona competente. Asimismo, en el ámbito del sector público estatal, habrá de comprobarse que se ha recabado la autorización para contratar del Consejo de Ministros, en los casos previstos en el art. 324.1 de la LCSP, o del titular del Departamento Ministerial al que se encuentren adscritos los poderes adjudicadores no administración pública (PANAPS), en los casos del art. 324.5 de la Ley, en relación con la DT 2ª.

b) Informe Jurídico: En el ámbito de las Administraciones Públicas (AA.PP.), de conformidad con el art.122.7 de la LCSP, deberá comprobarse que la aprobación de los pliegos y de los modelos de pliegos ha sido previamente informada por el Servicio Jurídico correspondiente. Tratándose de EE.LL., este informe será evacuado por el Secretario, de conformidad con el apartado 8.º de la DA 3.ª de la Ley, que también deberá pronunciarse sobre los extremos adicionales previstos en aquella.

c) Definición del objeto del contrato y división en lotes: Deberá comprobarse la determinación del objeto del contrato, de conformidad con lo previsto en el art. 99 de la LCSP. En especial, se analizará que el objeto ha sido adecuadamente definido, principalmente en los contratos de servicios, de manera que pueda comprobarse el exacto cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Asimismo, habrá de comprobarse que el pliego cumple con la exigencia de división en lotes, contenida en el apartado 3.º del citado artículo. En el caso de que no se haya procedido a realizar tal división, deberá analizarse la existencia y suficiencia de la justificación, así como la compatibilidad de la misma con las previsiones de los párrafos segundo y tercero de dicho artículo.

d) Definición previa de las necesidades a satisfacer: Deberá analizarse cuidadosamente la existencia y suficiencia del informe de necesidad del gasto al que hace referencia el art. 28.1 de la LCSP que, además, debe ser previo a la preparación de la licitación.

e) Duración del contrato y de sus prórrogas: La duración de los contratos se encuentra regulada en el art. 29 de la LCSP, que entre otros extremos recoge el principio de sometimiento periódico a concurrencia de las necesidades públicas a satisfacer de forma externa. Esto ha dado lugar a que la Ley establezca unos plazos máximos de duración para cada tipo de contrato. Así pues, según el tipo contractual ante el que nos encontremos, deberá comprobarse la regularidad del plazo de ejecución establecido y de sus posibles prórrogas; sin que pueda preverse que esta última se produzca, en ningún caso, por el consentimiento tácito de las partes.

f) Presupuesto base de licitación (PBL): El PBL puede definirse como el límite máximo de gasto que, en virtud del contrato, puede comprometer el órgano de contratación, incluido el IVA u otros impuestos indirectos. Un adecuado cálculo del PBL permitirá licitar el contrato a un precio suficiente que posibilite al contratista ejecutar correctamente las prestaciones concertadas y obtener un margen de beneficio razonable, lo que influirá directamente en la calidad de las prestaciones recibidas y en la reducción de la litigiosidad. Igualmente desincentiva los incumplimientos de la normativa laboral y medioambiental, sirviendo, asimismo, de parámetro de contraste a efectos de calcular la temeridad de las ofertas.

Por ello, a la hora de realizar esta prueba de auditoría, deberá analizarse que se ha calculado y detallado adecuadamente el PBL, de conformidad con el art.100 de la LCSP, en especial por lo que se refiere a los costes indirectos, los directos y los eventuales, expresando en partida independiente el coste salarial en aquellas prestaciones intensivas en mano de obra. En este sentido, también resulta aplicable el art. 131 del RD 1098/2001 para los contratos de obras y, como referencia interpretativa, para contratos distintos al de obras en ausencia de una regulación legal expresa¹. Además, tratándose de AA.PP., habrá de verificarse que se acredita la existencia de crédito adecuado y suficiente, mediante el correspondiente certificado de existencia de crédito, o documento equivalente en el caso de entidades sujetas a presupuesto de gastos estimativo.

g) Valor estimado del contrato (VEC): El VEC se encuentra regulado en el art. 101 de la Ley, siendo la idea subyacente que preside su cálculo la de *«potencial de negocio que se puede derivar de un contrato»*. Esta definición general ha de completarse mediante la

¹ Informe 8/18, de 10 de octubre, de la Junta de Contratación Pública del Estado (JCCPE).

aplicación de un conjunto de reglas especiales, predicables respecto de determinados supuestos, con objeto de evitar que se eluda la correcta aplicación de los procedimientos de contratación. La importancia del VEC es capital, ya que este es el parámetro de referencia que se utilizará a efectos de determinar el carácter sujeto a regulación armonizada (SARA), o no, de los contratos, así como para establecer el límite cuantitativo del procedimiento abierto simplificado, del simplificado sumario y de los contratos menores; es decir, condicionará la publicidad a desplegar y el nivel mínimo de concurrencia a promover. Por ello, habrá de comprobarse que su cálculo se ajusta a la regla general y a las reglas especiales establecidas en el citado art.101 de la Ley.

h) Solvencia financiera y técnica: Si bien un adecuado establecimiento de los criterios de solvencia es fundamental para asegurar la buena ejecución de la prestación, dichos criterios también pueden ejercer un efecto restrictivo sobre la concurrencia. Por ello, a la hora de realizar la auditoría, se evaluará la regularidad de la solvencia exigida, técnica y financiera, así como la eventual exigencia de adscripción de medios, la correcta definición de la misma y la validez de los medios seleccionados para acreditarla, enjuiciando su proporcionalidad. En este sentido, hay que destacar que será necesario definir en el PCAP tanto el medio a través del cual se acreditará como el nivel concreto de solvencia a alcanzar en el medio seleccionado. Finalmente, se comprobará la eventual exigencia de clasificación, en los casos en los que sea preceptiva, junto con los medios alternativos previstos para que los licitadores comunitarios no españoles acrediten su solvencia, siendo cuestionable en estos supuestos su definición tácita por aplicación de los criterios supletorios contenidos en el art. 92 de la LCSP.

i) Criterios de adjudicación: Los criterios de adjudicación constituyen una de las cláusulas más importantes de la licitación, ya que servirán de base para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, y su regulación se contiene en los arts. 145-147 de la LCSP. Desde el punto de vista de la auditoría, el trabajo de campo consistirá en analizar la regularidad de estos criterios, en especial la satisfacción de los requisitos del art. 145.5 de la LCSP, comprobando su adecuada definición y su vinculación directa con el objeto del contrato, en los términos del art. 145.6 de la Ley. También se comprobará que se ha establecido su peso y/o valor absoluto y, en su caso, la fórmula a través de la cual se asignarán las puntuaciones, analizando su regularidad y la constancia y suficiencia de la justificación para la elección de la misma.

Igualmente habrá que comprobar el cumplimiento de la limitación impuesta por el art. 145.4 de la Ley, relativa a los contratos de servicios del Anexo IV y a los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, donde los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas. Asimismo, se verificará que se han incluido varios criterios en los casos del art. 145.3 de la Ley, tanto económicos como cualitativos, constatando, en los restantes supuestos, la existencia y suficiencia de la justificación cuando solo se haya usado un criterio, que en todo caso deberá ser de tipo económico (art. 146.1), así como cuando se hayan usado varios criterios pero todos ellos sean de naturaleza económica (art.145.1). Además, en el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se comprobará que se indica en cuáles de ellas se irán aplicando los distintos criterios, debiendo establecerse un umbral mínimo del 50% de la puntuación **en el conjunto** de los criterios **cualitativos** para continuar en el proceso selectivo, de conformidad con el art.146.3 de la Ley. Finalmente, se comprobará que no se hayan incluido criterios de solvencia o irregulares como criterios de adjudicación.

j) Mejoras y variantes: En aquellos casos en los que se hayan incluido en el PCAP determinadas mejoras como criterio de adjudicación, deberá comprobarse que estén suficientemente definidas, en los términos del art.145.7 de la LCSP, que se establezca claramente qué extremos concretos son susceptibles de ser mejorados y que dichas mejoras pueden ser valoradas directamente por referencia a los pliegos, sin necesidad de realizar interpretaciones y desarrollos ulteriores. Además, en los casos en que proceda constituir un comité de expertos para la evaluación de los criterios subjetivos (art.146.2.a) y uno de esos criterios subjetivos sean las mejoras, el peso de estas no podrá ser superior al 2,5% de la puntuación total asignable en la valoración de las ofertas.

Por lo que se refiere al establecimiento de la posibilidad de presentar variantes, deberá comprobarse que la previsión del pliego cumple todos los requisitos exigidos por el art.142 de la LCSP.

k) Criterios de desempate: En caso de que se haya hecho uso de la previsión contenida en el art. 147.1 de la LCSP, consignando en los pliegos los criterios a emplear en caso de empate en la valoración de las ofertas, deberá comprobarse que dichos criterios de desempate están vinculados al objeto del contrato y se refieren a alguno de los supuestos consignados en el citado artículo.

l) Anormalidad de ofertas: Deberá comprobarse que se han establecido los criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, de conformidad con el art. 149 de la LCSP; lo que resultará preceptivo siempre que se apliquen varios criterios de adjudicación. Además los parámetros para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas deberán referirse a esta en su conjunto.

m) Comité de expertos: Deberá verificarse que en los pliegos se prevé la constitución del comité de expertos en el supuesto recogido en el art.146.2.a) de la LCSP; lo que no solo ocurrirá cuando el peso de los criterios subjetivos supere, en abstracto, el 50% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sino que también se verificará, entre otros casos, cuando se establezca un umbral mínimo a alcanzar en alguno de los criterios no automáticos, pues entonces su peso material alcanzará el 100% de la valoración, al no permitir al participante continuar en la licitación².

n) Régimen de garantías: Deberá evaluarse la regularidad del régimen de garantías establecido en los pliegos, tanto provisionales como definitivas y, en su caso, complementarias, así como la adecuación de su importe, de conformidad con las previsiones de los arts. 106 y 107 o, en su caso, 114 de la LCSP.

ñ) Revisión de precios: En aquellos supuestos en los que los pliegos hayan previsto la posibilidad de revisar el precio del contrato, deberá comprobarse que dicha revisión se ajusta a los supuestos y requisitos contenidos en el art. 103 de la Ley.

o) Condiciones especiales de ejecución: Deberá comprobarse que en el PCAP se ha incluido, al menos, una condición especial de ejecución relativa a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social, de conformidad con las previsiones del art.202 de la LCSP, así como la forma en que debe acreditarse el cumplimiento de dicha condición especial ante el órgano de contratación y las eventuales consecuencias en caso de incumplimiento. Este último extremo deberá comprobarse, también, respecto de las demás condiciones especiales de ejecución. Además, deberá verificarse, para todas las condiciones especiales de ejecución, que están vinculadas al objeto del contrato, en los términos del art. 145 de la Ley, que no son discriminatorias y que son compatibles con el derecho comunitario.

² Ver Informe n.º 955 del Tribunal de Cuentas.

p) Condiciones laborales: Deberá comprobarse que el PCAP recoge, de forma expresa, la obligación del adjudicatario de cumplir con las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial que resulte de aplicación.

q) Modificados previstos: Deberá analizarse si la redacción de la cláusula satisface los requisitos exigidos por el art. 204 de la LCSP.

r) Subcontratación: Deberá constatarse que solo se ha limitado la posibilidad de subcontratación en los casos tasados previstos en el art.215 de la LCSP.

s) Tramitación de urgencia: En el caso de que se haya declarado la tramitación urgente, habrá que comprobar que se cumplen los requisitos establecidos en el art. 119 de la LCSP, en especial que la circunstancia que genera la urgencia no es imputable a la actuación —o falta de actuación— del órgano de contratación, y que se encuentra adecuadamente documentada y suficientemente justificada.

t) Responsable del contrato: Deberá comprobarse que se ha establecido en los pliegos la figura del responsable del contrato que, de acuerdo con la previsión del art.62 de la LCSP, tiene carácter obligatorio.

u) Limitación de los gastos de publicidad: Deberá comprobarse que se ha establecido en los pliegos el límite máximo de los gastos de publicidad que podrán ser objeto de repercusión al adjudicatario.

v) Información relativa al personal a subrogar: Cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, deberá analizarse si los pliegos incluyen información suficiente y completa sobre el personal a subrogar y su coste para el empresario, con objeto de que todos los licitadores tengan un conocimiento exacto del mismo al tiempo de formular sus ofertas.

w) Tramitación electrónica: Deberá comprobarse que en el pliego se ha previsto que tanto la tramitación de la licitación como la presentación de ofertas, las comunicaciones y las notificaciones que se realicen sean por medios exclusivamente electrónicos, salvo en los supuestos excepcionales contemplados en la DA 15ª de la LCSP.

x) Racionalización técnica: En el ámbito del Sector Público Estatal, deberá comprobarse que el objeto del contrato no haya sido declarado de contratación centralizada o, en caso contrario, que exista la preceptiva autorización de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación (DGRCC) para su adquisición independiente, de conformidad con las previsiones de los arts. 229 y 230 de la LCSP, desarrollados en la Orden EHA/1049/2008. En el ámbito de las CC.AA. y EE.LL. habrá que estar a lo dispuesto en la normativa que les resulte de aplicación.

y) Informe fiscal: En aquellos casos en los que el órgano de contratación se encuentre sujeto al control previo de la Intervención, deberá comprobarse que los expedientes se encuentran fiscalizados favorablemente antes de que se haya procedido a la aprobación de los mismos.

z) Pliego de prescripciones técnicas (PPT): El PPT es el documento destinado a consignar las concretas características y especificaciones técnicas que ha reunir la prestación que se proyecta contratar, así como sus calidades, sus condiciones sociales y sus condiciones ambientales. En el marco de nuestra auditoría, el objetivo será analizar que no se han incluido en este documento cláusulas, que por su naturaleza administrativa, deberían figurar en el PCAP. Asimismo, deberá verificarse que el PPT no contiene condiciones o parámetros relativos a la ejecución de la prestación que sean discriminatorios o restrictivos de la concurrencia. En concreto, deberá analizarse que se cumplen las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas establecidas en los arts. 126 y siguientes de la LCSP, solicitando, en su caso, los asesoramientos técnicos necesarios. Finalmente, deberá comprobarse que se han adoptado las cautelas y salvaguardas previstas en el art. 115 de la Ley, a la hora de redactar dichas prescripciones técnicas, en aquellos casos en los que se hayan realizado consultas preliminares al mercado.

3.2. Pruebas específicas aplicables según el procedimiento de licitación empleado

Junto con las pruebas generales, detalladas anteriormente, es preciso diseñar un conjunto adicional de pruebas específicas, destinadas a comprobar el cumplimiento de la norma en aquellas áreas de riesgo propias de cada procedimiento de licitación que, con carácter general, implicará comprobar, por un lado, que se ha motivado adecuadamente la elección del mismo, de conformidad con el

art. 116.4 de la LCSP y, por el otro, que se cumplen los específicos requisitos exigidos para su utilización³.

a) Procedimiento abierto simplificado: En estos procedimientos, deberá comprobarse que el VEC no supere los umbrales recogidos en el art. 159.1.a) de la LCSP y que sólo se utilicen criterios de adjudicación automáticos, o que si se usan criterios evaluables mediante juicios de valor, se respeten los límites del art. 159.1.b) de la Ley. Adicionalmente, deberá comprobarse que se exige que todos los licitadores participantes estén inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (RO-LECSP) o, en su caso, en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma, salvo que se justifique suficientemente que tal exigencia daría lugar a una limitación de la concurrencia⁴.

b) Procedimiento abierto simplificado sumario: Deberá comprobarse que el VEC no supere los umbrales recogidos en el art. 159.6 de la LCSP, que en los pliegos no se exija solvencia económica ni técnica, ni adscripción de medios, y que solo se establezcan criterios de adjudicación de carácter automático. Igualmente, deberá comprobarse que se exige que todos los licitadores participantes estén inscritos en el Registro Oficial correspondiente.

c) Procedimiento restringido: Deberá comprobarse que los criterios de selección establecidos para reducir el número de candidatos son objetivos y no discriminatorios y que se fija el número mínimo de participantes a los que se invitará a presentar ofertas, que no podrá ser inferior a 5. La utilización de este procedimiento será obligatoria en los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV de la Ley.

d) Procedimientos con negociación: En estos procedimientos habrá que constatar que concurre alguno de los supuestos previstos en los art. 167 y 168 de la LCSP, que solo podrán licitarse sin publicidad en los casos recogidos en este último artículo. Además, deberá comprobarse que en los pliegos se ha establecido una fase de negociación obligatoria, previa a la evaluación de las ofertas. En los casos en los que se limite el número máximo de participantes a invitar, su número no podrá ser inferior a 3 y habrá de comprobarse —a excepción de los procedimientos negociados sin publici-

³ Ver Recomendación de la JCCPE de 28 de febrero de 2018 e Informe AG Entes Públicos 2/18.

⁴ Ver Recomendación JCCPE de 24 de septiembre de 2018.

dad— que se prevé la existencia de esta fase adicional previa y que los criterios de selección establecidos para reducir el número de candidatos son objetivos y no discriminatorios.

e) Procedimiento de diálogo competitivo: Deberá comprobarse que concurre alguno de los supuestos habilitantes recogidos en el art. 167 de la LCSP y que en los pliegos se establece, claramente, la existencia de una fase de selección de participantes capacitados, una de diálogo y otra de presentación y evaluación de ofertas. Deberá comprobarse que los criterios de selección establecidos para reducir el número de candidatos son objetivos y no discriminatorios. Además, en el caso de que se decida limitar el número máximo de participantes capacitados a invitar a dialogar, su número no podrá ser inferior a 3.

3.3. Pruebas específicas aplicables según el tipo de contrato

Finalmente, el área del programa de trabajo relativa a la preparación de los contratos ha de completarse con un conjunto de pruebas específicas enfocadas a cada tipo contractual, en atención a los riesgos específicos que pueden verificarse en cada uno de ellos.

a) Contrato de Obras: En este tipo de contratos, en lugar de la existencia del PPT, deberá comprobarse que existe un proyecto de obra, el cual debe haberse sometido al preceptivo informe de supervisión, salvo en aquellos supuestos previstos en el art. 235 de la Ley. Asimismo, habrá que comprobar que se ha definido adecuadamente el tipo de obra de que se trate, de acuerdo con la clasificación del art. 232 de la LCSP y que el objeto del expediente de contratación se refiere a una obra completa, tal y como se define en el art. 13.3 de la Ley. También se verificará que se ha incluido en el PCAP una cláusula que determine claramente que el contratista asume la obligación del pago de los gastos relativos a la tasa de la licencia municipal de obras y del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras y otros tributos que puedan sustituirlos, cuando sean exigibles de conformidad con la normativa vigente. Finalmente, se comprobará que existe el acta de replanteo previo del proyecto y que se ha formalizado adecuadamente, de conformidad con el art. 236 de la LCSP. Además, en los casos en los que nos encontremos ante una contratación conjunta de proyecto de ejecución y obras, habrá de verificarse la acreditación del cumplimiento de los extremos requeridos por el art.234 de la LCSP para realizar estas contrataciones excepcionales.

b) Contrato de concesión de obras: Dadas las similitudes existentes entre este tipo de contrato y el de obras, deberán analizarse las mismas cuestiones previstas en el apartado anterior para ese tipo contractual. Pero además, dadas las singularidades típicas de un contrato de concesión, deberán verificarse los siguientes extremos:

— Que se ha realizado el estudio de viabilidad previa, exigido por el art. 247 de la Ley, y que este responde, indubitadamente, a las cuestiones previstas en el citado artículo.

— Que, en su caso, existe anteproyecto de las obras y que este se ha realizado y tramitado con sujeción a las previsiones del art. 248 de la LCSP.

— Que existe una auténtica transferencia del riesgo operacional en la explotación de dichas obras, abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos, en los términos del art. 14 de la LCSP.

c) Contrato de concesión de servicios: Dadas las especificidades típicas de un contrato de concesión de servicios, deberán verificarse los siguientes extremos:

— Que se ha establecido previamente el régimen jurídico del servicio objeto de concesión, en los términos del art. 284.2 de la LCSP.

— Que se ha realizado el estudio de viabilidad previa, exigido por el art. 285.2 de la Ley, que este es favorable y que responde, indubitadamente, a las cuestiones previstas en el citado artículo. En el caso de que para la viabilidad de la concesión del servicio se contemplen ayudas para la construcción o explotación de la misma, deberá comprobarse que el informe de viabilidad se pronuncia de forma expresa sobre la existencia de una posible ayuda de Estado y la compatibilidad de la misma con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

— Que existe una auténtica transferencia del riesgo operacional en la explotación del servicio concesionado, abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos, en los términos del art. 14 de la LCSP.

Adicionalmente, si el contrato de concesión del servicio comprende también la ejecución de unas determinadas obras, deberán comprobarse los extremos específicos previstos para los contratos

de obras y concesiones de obras; si bien, como especialidad, existirá tanto un PPT como un proyecto de obras.

d) Contratos de servicios: En este tipo de contratos, como aspectos específicos, deberá comprobarse que existe el informe de insuficiencia de medios a que se refiere el art. 116.4 de la LCSP. Asimismo, deberá verificarse que se respeta el contenido y los límites establecidos para este tipo de contratos en el art. 308 de la Ley.

e) Contratos de suministro: En el caso especial de que nos encontremos ante un contrato de suministro de los denominados contratos de fabricación, deberán comprobarse los extremos previstos para los contratos de obras que le resulten de aplicación, de conformidad con las previsiones del art. 299 de la LCSP.

f) Contratos Mixtos: La complejidad de esta clase de contratos deriva de la fusión, en un único pliego, de prestaciones propias de varios tipos contractuales, o de contratos típicos y atípicos. Por ello, habrá que comprobar el cumplimiento de las reglas especiales que, para la tramitación de los mismos, recoge el art. 18 de la LCSP. Adicionalmente, deberán comprobarse los extremos específicos, comentados anteriormente, relativos al tipo o tipos de contratos que hayan resultado fusionados.

4. ANÁLISIS DE LA REGULARIDAD EN LA LICITACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS

La segunda etapa principal de todo procedimiento de contratación pública y, por tanto, la siguiente área en el programa de trabajo de nuestra auditoría, es la fase de licitación y adjudicación de los contratos. Esta fase, comienza con la publicación en el perfil del contratante y en el Boletín Oficial correspondiente, en su caso, del anuncio de licitación y finaliza una vez ha sido formalizado el contrato.

Para realizar nuestro trabajo de auditoría será necesario obtener una nueva muestra, a partir del universo de procedimientos de contratación que hayan alcanzado esta fase durante el ejercicio y que, por tanto, puede referirse tanto a contratos iniciados en el ejercicio corriente como a contratos iniciados en ejercicios anteriores. La principal fuente de información a analizar en este área serán las actas e informes elaborados por la mesa y/o los servicios técnicos del órgano de contratación, así como, en su caso, los informes del comité de expertos. Reviste también un interés especial las

eventuales reclamaciones que hayan podido formular los interesados, junto con las eventuales respuestas ofrecidas por el órgano o entidad auditada.

4.1. Pruebas comunes a todos los procesos de licitación

En la fase de licitación, las principales áreas de riesgo que nos encontramos son las relativas a la adecuada aplicación de los pliegos en la determinación de los participantes admitidos y excluidos y en la selección de la oferta económicamente más ventajosa, así como la relativa a la existencia, adecuación y suficiencia de la motivación incluida en las actas, informes y documentos similares, suscritos por la mesa y/o el personal de los servicios técnicos del órgano de contratación para la adopción de sus decisiones y valoraciones.

También será objeto de análisis la tramitación del procedimiento, diseñando pruebas adicionales tanto para el estudio de aspectos materiales, como el cumplimiento de los plazos o la composición de los órganos colegiados de asistencia y valoración, como para el estudio de otros aspectos de tipo formal, tales como el uso de medios electrónicos o la formalización del contrato. Finalmente, habrá que diseñar pruebas específicas para auditar un conjunto heterogéneo de áreas de riesgo, entre las que se encuentran la correcta aplicación de los criterios de desempate, de los parámetros para la determinación de las ofertas anormales y de las fórmulas, o el análisis del contenido de las resoluciones emitidas ante los recursos y reclamaciones recibidas.

a) Tramitación electrónica: Deberá comprobarse que, efectivamente, la presentación de ofertas, la tramitación de la licitación y todas las comunicaciones y notificaciones se han realizado por medios exclusivamente electrónicos.

b) Plazos de tramitación: Deberá constatarse el escrupuloso respeto a los plazos de presentación de proposiciones, así como la observancia de los plazos establecidos en la normativa de contratación pública para su apertura, clasificación de ofertas, adjudicación y formalización.

c) Miembros de los órganos colegiados: Habrá de comprobarse la regularidad en la composición de la mesa de contratación y de los que participen o asesoren en las valoraciones, así como de los miembros del comité de expertos, de conformidad con las previsiones de los arts. 146.2.a), 326 y 327 o, en su caso, DA 2ª de la LCSP.

d) Exclusión de licitadores: En su caso, deberá comprobarse que las actas contienen una motivación adecuada y suficiente de la exclusión de cualquier licitador o de la no admisión de una oferta.

e) Valoración de los criterios subjetivos: Deberá comprobarse en las actas y/o informes de valoración, la existencia, adecuación y suficiencia de la motivación relativa a la evaluación de los criterios subjetivos, justificándose el por qué unas proposiciones reciben una mayor puntuación que otras, para cada uno de los criterios evaluados. Además, habrá de comprobarse, mediante el examen de dichas actas e informes, que no se ha producido una subdivisión en subcriterios más específicos y no previstos expresamente en los pliegos. Finalmente, se verificará que no han dejado de evaluarse aspectos contenidos en las ofertas por no encajar en la representación mental que se ha formado el órgano de valoración del criterio de adjudicación subjetivo, pero que materialmente cumplían con la dicción que, para dicho criterio, figuraba en los pliegos.

f) Aplicación de fórmulas: Deberá comprobarse que en la evaluación de los criterios objetivos se han aplicado correctamente las fórmulas previstas en el PCAP, en los mismos términos en los que figuraban en aquellos.

g) Criterios de desempate: En caso de empate, deberá comprobarse la correcta aplicación y prelación de los criterios de desempate previstos en los pliegos y, en su defecto, la aplicación de los criterios supletorios previstos en el art. 147.2 de la LCSP.

h) Ofertas anormales: Deberá comprobarse que consta en las actas que se han aplicado los parámetros para apreciar la anormalidad de las ofertas previstos en los pliegos o los que, en su caso, resulten de aplicación supletoria, así como el resultado de dicha valoración. En el caso de que alguna oferta estuviere incurso en presunción de anormalidad, deberá analizarse que consta la solicitud de justificación al licitador, así como la adecuación y suficiencia de la motivación para su aceptación o rechazo, de conformidad con las previsiones del art. 149 de la LCSP.

i) Adjudicación: Habrá de comprobarse que el órgano de contratación adjudica el contrato al participante mejor valorado, de conformidad con la clasificación de las ofertas remitida por la mesa o por los servicios técnicos de aquel, o que, en caso contrario, está adecuada y suficientemente motivada la excepción. Asi-

mismo, deberá comprobarse la suficiencia de la documentación justificativa de la aptitud del adjudicatario para contratar y su congruencia con la declaración responsable inicialmente formulada, así como la correcta y regular constitución de las garantías y su inscripción, en su caso, ante la Caja de Depósitos correspondiente, de conformidad con la previsión de los arts. 106 y 108 de la Ley. Finalmente, deberá constatarse la existencia de la comunicación de la adjudicación a los licitadores no seleccionados, que deberá contener una motivación adecuada y suficiente de la misma, con objeto de que se facilite toda la información necesaria para que aquellos puedan interponer un eventual recurso, en caso de disconformidad.

j) Formalización: Deberá comprobarse la existencia del documento de formalización del contrato y que este contiene las menciones mínimas exigidas por el art. 35 de la Ley. Asimismo, se comprobará que no contiene cláusulas que desvirtúen el contenido de los pliegos y/o de la oferta, en especial en lo que se refiere plazos y duración, posibilidad de prórroga, modificación, revisión de precios y mejoras ofertadas. También deberá confirmarse que la formalización se ha realizado con sujeción a los plazos fijados por la LCSP, así como que esta es previa al inicio de la ejecución, de conformidad con las previsiones del art. 153 de la Ley. Finalmente, en aquellos casos en los que la adjudicación del contrato sea susceptible de recurso especial, deberá comprobarse que el órgano de contratación ha respetado el plazo de interposición del mismo antes de proceder a la formalización del contrato y que, en su caso, ha acatado los efectos suspensivos derivados de su interposición o del acuerdo adoptado por el órgano instructor.

k) Recursos y reclamaciones: En los casos en que conste la existencia de recursos o reclamaciones, deberán enjuiciarse, en el ámbito de la auditoría, las cuestiones planteadas por los interesados, con objeto de detectar riesgos adicionales, así como la eventual respuesta o resolución de aquellos y la existencia, adecuación y suficiencia de la motivación exteriorizada para su aceptación o rechazo, cuando estos sean resueltos por el órgano de contratación.

l) Informe fiscal: En aquellos supuestos en los que el órgano de contratación se encuentre sujeto al control previo de la Intervención, deberá comprobarse que los expedientes de contratación se encuentran fiscalizados favorablemente, tanto antes de la resolución de adjudicación como de la formalización.

4.2. Pruebas específicas aplicables según el procedimiento de licitación empleado

Finalmente, las comprobaciones generales deberán completarse con comprobaciones específicas, en función del procedimiento de licitación empleado, dirigidas a comprobar, para cada uno de ellos, que se han observado los trámites esenciales y los plazos fijados en la LCSP.

a) Procedimientos con negociación: Se comprobará que ha existido una fase de negociación y que hay constancia documental de las negociaciones mantenidas y de sus resultados. Además, se verificará que se ha respetado el número mínimo de empresas a invitar y, en su caso, el máximo, que el plazo concedido para la presentación de ofertas es adecuado y suficiente y que no hay distorsiones en las fechas de envío de la invitación a unos y otros licitadores. En aquellos casos en los que exista un único licitador, se analizará también la existencia, adecuación y suficiencia de las razones justificativas de esta circunstancia.

b) Procedimiento restringido: Se comprobará que ha existido una fase previa de clasificación de los participantes en función de su solvencia y una fase posterior de presentación y valoración de ofertas. Además, se verificará que se ha respetado el número mínimo de empresas a invitar y, en su caso, el máximo, que el plazo concedido para la presentación de ofertas es adecuado y suficiente y que no hay distorsiones en las fechas de envío de la invitación a unos y otros licitadores.

c) Procedimiento abierto simplificado ordinario y sumario: Deberá comprobarse que todos los participantes admitidos a la licitación se encontraban inscritos en el ROLECSP o Registro Oficial equivalente y, en especial, el adjudicatario; salvo previsión en contrario en los pliegos.

d) Procedimiento de diálogo competitivo: En estos procedimientos habrá que comprobar que ha existido una fase previa de selección de participantes, una posterior de diálogo y una fase final de presentación y valoración de ofertas así como, en su caso, que se ha respetado el número mínimo y, en su caso, máximo de participantes a invitar al diálogo. Además, en aquellos casos en los que se hayan abonado primas a los participantes, se comprobará que tal posibilidad estaba prevista en el pliego y que su cuantía no excede de los límites consignados en aquel.

Asimismo, habrá que comprobar la existencia, adecuación y suficiencia de la motivación para la selección de los participantes que han presentado las mejores soluciones y que serán invitados a la fase de presentación de ofertas. Finalmente, en caso de que se haga uso de la previsión contenida en el art. 176.3 de la LCSP, se comprobará que no se hayan modificado los elementos sustanciales de la oferta o de la licitación pública, en particular las necesidades y los requisitos establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, y que no conlleve un riesgo de falseamiento de la competencia ni tenga un efecto discriminatorio.

5. LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

La última de las fases principales por las que discurre un procedimiento de contratación pública es la fase de ejecución del contrato. Realizar un adecuado análisis de este área es crucial en cualquier auditoría de contratación pública, pues de nada serviría controlar que no se produzca un fraude a la licitación a la hora de preparar y licitar el contrato y, por ende, a la libre competencia, si posteriormente no se controla que el contrato adjudicado no sea modificado y/o cedido sin limitación alguna. Es por ello que la LCSP establece unas férreas reglas que disciplinan la ejecución de los contratos públicos de naturaleza administrativa y que, como novedad, se extienden a un buen número de aspectos relativos a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos públicos de naturaleza privada.

A efectos de nuestro análisis, en esta área del programa de trabajo tomaremos una muestra de aquellos ítems del universo que reflejen la existencia de ejecución presupuestaria en el ejercicio, bien porque se han tramitado certificaciones de obra, bien pagos a cuenta o bien liquidaciones, ya sean estas totales o parciales; es decir, con carácter general, aquellos que reflejen gasto o inversión en la contabilidad de la empresa. Dicha muestra deberá ser suficientemente representativa de las dos subpoblaciones a analizar: la de los contratos administrativos y la de los contratos privados.

Adicionalmente, en función de la frecuencia de aparición en la población de determinadas incidencias de ejecución, deberá valorarse si analizar aquellas mediante muestras independientes o mediante la muestra general anterior. Tal puede ser el caso de los modificados, las prórrogas, la cesión, la suspensión, etc.; que pueden presentar una frecuencia relativamente baja, dado su carácter incidental, sin que por ello dejen de constituir áreas de alto riesgo. En

otros casos, será siempre necesario obtener una muestra adicional, dada la naturaleza de los riesgos a verificar, como sucede en aquellos contratos que, habiendo finalizado su ejecución material, todavía siguen produciendo efectos, por encontrarse aún en período de liquidación y/o garantía. En cualquier caso, el alcance de estas muestras adicionales quedará exclusivamente limitado al concreto aspecto a auditar que justifica su extracción.

5.1. Contratos administrativos

a) Modificación del contrato: Tratándose de modificados previstos, habrá de comprobarse que éstos se ajustan, de forma estricta, a las concretas previsiones del PCAP. En el caso de los denominados modificados no previstos, habrá de comprobarse que se ajustan, también estrictamente, a los requisitos y límites del art. 205 de la LCSP. Además, en todos los casos, habrá que comprobar que aquellos han sido previamente aprobados por el órgano de contratación e informados favorablemente por los Servicios Jurídicos. También deberá verificarse que se ha exigido el reajuste de la garantía definitiva, de conformidad con el art. 109 de la Ley.

b) Prórrogas: Las prórrogas constituyen un supuesto especial de modificación del contrato que la normativa regula de forma separada. A estos efectos, entendemos por prórroga el incremento en la duración de la ejecución de un contrato, que va acompañada de un incremento en la prestación a realizar por el adjudicatario durante ese período de tiempo adicional y que, por tanto, lleva aparejada el correspondiente incremento presupuestario. Al analizar la regularidad en la aprobación de las prórrogas, es necesario comprobar que la posibilidad de realizar las mismas esté prevista de forma expresa en el PCAP y que su ejecución se adecúe a los límites temporales del art. 29 de la Ley. Finalmente, en caso de que nos encontremos ante la prórroga excepcional por expiración del plazo de ejecución del contrato, prevista en el art. 29.4 *in fine* de la LCSP, deberá comprobarse que se cumplen los requisitos del citado artículo y, en especial, que la necesidad de la misma sea el resultado de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación.

c) Ampliaciones del plazo de ejecución: En el caso de que se hayan autorizado prórrogas del plazo de ejecución, deberá comprobarse que estén debidamente justificadas, que se haya exigido el cumplimiento del plazo de ejecución establecido u ofertado, especialmente cuando fue un criterio de adjudicación, y que se hayan impuesto las correspondientes penalidades en caso de incumpli-

miento. Complementariamente, deberá verificarse que no se han producido incrementos del plazo que no cuenten con la debida autorización.

d) Condiciones especiales de ejecución: Habrá de comprobarse que se exige el cumplimiento de las condiciones especiales previstas en el PCAP y que se imponen las correspondientes penalidades o se resuelve el contrato en caso de contravención o incumplimiento.

e) Cesión: La cesión del contrato o modificación subjetiva, es otro de los supuestos especiales de modificación del contrato que la Ley regulada de forma independiente. En estos casos, deberá comprobarse que la posibilidad de cesión se encontraba prevista en los pliegos de forma expresa y que en su tramitación se observan las previsiones del PCAP y los requisitos del art. 214 de la LCSP.

f) Subcontratación: En aquellos casos en los que conste en el expediente que el contratista principal ha celebrado subcontratos, deberá comprobarse que el órgano de contratación ha exigido la previa comunicación al adjudicatario y que se han respetado las previsiones del PCAP, con los límites del art. 215 de la LCSP. Asimismo, habrá de comprobarse que los subcontratistas han acreditado al órgano de contratación, a través del adjudicatario, el cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución, respondiendo este último por aquellos en caso de contravención o incumplimiento.

g) Realidad de la inversión y recepción de la prestación: En aquellos contratos en los que las prestaciones concertadas sean de carácter material y no fungible, deberá comprobarse la realidad de la inversión, en general, y de la ejecución o cumplimiento de las mejoras y variantes contenidas en la oferta, en particular, mediante la realización de las visitas in situ necesarias, asistidos, en su caso, por los técnicos pertinentes. Asimismo, deberá comprobarse, para todo tipo de contratos, que se expiden documentos de conformidad con las prestaciones realizadas y, en su caso, actas de recepción. En este sentido, habrá que prestar una especial atención a los informes emitidos por el responsable del contrato, comprobando que se ha procedido a la preceptiva imposición de penalidades en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

h) Revisiones de precios: En aquellos supuestos en los que se hayan tramitado revisiones de precios, deberá analizarse la regularidad de las mismas, de conformidad con las previsiones del PCAP, que habrán de respetar los límites del art.103 de la LCSP.

i) Gastos y pagos: Deberá comprobarse que todos los pagos realizados se corresponden con gastos devengados por prestaciones realizadas durante el período de ejecución del contrato y a los precios ofertados por el adjudicatario. Asimismo, deberá comprobarse que los pagos acumulados desde el inicio de la ejecución no exceden del precio de adjudicación. En este sentido, deberán analizarse con especial cautela los denominados contratos en función de las necesidades, regulados en la DA 33ª de la LCSP, que se encuentran sujetos a un doble límite de plazo y presupuesto.

j) Causas de resolución: Deberá comprobarse que se aplican, en su caso, las causas de resolución de carácter automático.

k) Suspensión de la ejecución: En estos supuestos, deberá comprobarse que la indemnización reconocida se ajusta a las previsiones y requisitos del PCAP y del art. 208 de la LCSP.

l) Período medio de pago (PMP): Deberá analizarse el PMP del órgano de contratación y, a través del mismo, enjuiciar en qué medida se cumple con el período de pago recogido en el art. 198 de la LCSP, así como en los arts. 210 y 243. Asimismo, deberá comprobarse que el órgano de contratación supervisa, cuando sea preceptivo, el período de pago a suministradores y subcontratistas, de conformidad con el art. 217 de la Ley.

m) Liquidación del contrato: A partir de una muestra independiente de contratos en liquidación, se comprobará que se expiden y abonan en plazo las correspondientes liquidaciones. En el caso de que esta contenga un exceso de mediciones, habrá de comprobarse que no supere el límite del 10% del precio de adjudicación y que dicho exceso responde efectivamente a ese concepto y no a modificados no previstos y no tramitados.

n) Garantías: A partir de una muestra independiente de contratos en período de garantía habrá que comprobar que se exige la reparación de cualquier deficiencia verificada durante el mismo. Asimismo, se verificará que se devuelven de oficio las garantías definitivas y complementarias no ejecutadas al final de dicho período.

ñ) Informe fiscal: A partir de las muestras anteriores, en aquellos casos en los que el órgano de contratación se encuentre sujeto al control previo de la Intervención, deberá comprobarse que tanto los pagos, como la comprobación de la realidad de la inversión, así como cualquier otro acto que modifique el contenido de uno previamente fiscalizado y, en general, cualquier acto por el que se

aprueben nuevos gastos o se comprometa crédito, cuenta con el preceptivo informe fiscal previo.

o) Especialidades en obras: Tratándose de contratos que incluyan la ejecución de obras, para la realización de las pruebas anteriores puede ser de utilidad solicitar el presupuesto inicial de aquellas, el presupuesto vigente líquido y el importe certificado acumulado mensual, así como el plan de obra y su ejecución, junto con los libros de órdenes e incidencias de la obra. Estos documentos permitirán analizar más fácilmente si se ha producido una correcta ejecución de la misma, conforme al proyecto y al plazo establecido, o si se producen hechos anómalos y, en su caso, solicitar al gestor aclaraciones acerca de los mismos, con objeto de poder evaluar su razonabilidad.

5.2. Contratos privados

De acuerdo con la LCSP, son contratos públicos de naturaleza privada tanto aquellos adjudicados por los PANAPS y por los otros entes del sector público que no son poder adjudicador, como los adjudicados por las AA.PP. cuyo objeto se corresponda con los recogidos en los números 1.º y 2.º del art. 25.1.a) de la Ley y, residualmente, aquellos otros que no tengan carácter administrativo. En estos contratos solo se verificarán aquellos puntos, de entre los previstos en el apartado anterior para los contratos administrativos, que les resulten de aplicación; lo cual, además, variará en función del tipo de contrato privado de que se trate.

6. LA CONTRATACIÓN MENOR

Uno de los principales abusos que ha venido experimentando la contratación pública es el uso indiscriminado de los denominados contratos menores; constituyendo este procedimiento especial un área de riesgo cuyo análisis resulta obligado en cualquier auditoría de la contratación pública. Por ello, proponemos el diseño de las siguientes pruebas globales para esta área del programa de trabajo, cuyo objeto será, principalmente, detectar posibles fraccionamientos irregulares de los objetos contractuales.

a) Peso de la contratación menor: Deberá analizarse la importancia en el período objeto de control de la contratación menor, enfrentándola a la ordinaria y la total. Este análisis deberá realizarse tanto en número de contratos como en importe y ha de incluir valores absolutos y relativos. No obstante, dado que los contratos

menores tienen una duración inferior al año y la contratación ordinaria puede tener una duración que se proyecte durante varios ejercicios, es necesario que al formular la comparación esta se establezca con cautela y en términos homogéneos. Una posible solución pasaría por emplear como parámetro de contraste el importe devengado o certificado en los contratos ordinarios en ejecución durante el período controlado.

b) Análisis del objeto: A partir del universo comprobado de contratos menores deberá analizarse la contratación del período mediante su agregación por objetos homogéneos. En el caso de que la población presente un tamaño excesivo deberá valorarse la posibilidad de extraer una muestra. Asimismo, deberán identificarse aquellas contrataciones que respondan a necesidades recurrentes o prestaciones de tracto sucesivo y enjuiciar la regularidad de su tramitación como contratos menores⁵. Finalmente, deberán analizarse con precaución aquellos contratos menores que respondan a objetos para los que exista o haya existido, durante el período controlado, un contrato ordinario en ejecución, con objeto de comprobar que no enmascaren modificados ocultos o irregularmente tramitados.

c) Análisis de los proveedores: A partir del universo comprobado de contratos menores, deberá analizarse la concentración de proveedores, mediante la agregación de la información, triangulándola, posteriormente, con la información disponible de otras fuentes, como la declarada en el modelo AEAT 347 para los pagos superiores a 3.000 €. En el caso de que se detecte la existencia de una elevada concentración en determinados proveedores y esta situación sea recurrente en el tiempo, deberá valorarse la posibilidad de analizar, a través de la información disponible en el Registro Mercantil, la eventual existencia de conexiones con el personal clave del órgano de contratación u otras partes vinculadas.

d) Análisis del procedimiento: Mediante la obtención de una muestra, deberá analizarse la correcta tramitación de estos contratos, al amparo de la nueva regulación contenida en la LCSP. En concreto, deberá comprobarse que existe un informe previo de necesidad y una previa aprobación del gasto, con mención expresa de los extremos previstos en el art. 118.3 de la LCSP, así como que existe la correspondiente factura junto con la precepti-

⁵ Informe 6/16, de 27 de abril de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA).

va recepción de conformidad. Adicionalmente, en los contratos menores de obras, deberá comprobarse que figura el presupuesto, que ha de ser elaborado por los servicios técnicos competentes del órgano de contratación, o contratada su redacción de forma externa, sin perjuicio de que también deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Además, deberá figurar el informe de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra o, en su defecto, pronunciamiento expreso, elaborado por los servicios técnicos competentes, aseverando que no se verán afectados los extremos anteriores.

7. LA AUDITORÍA DE OTRAS ÁREAS

Una vez analizadas las principales fases por las que discurre un proceso de contratación pública, es preciso completar nuestro programa de trabajo con el estudio de la suficiencia de la publicidad desplegada y de un conjunto heterogéneo de potenciales áreas de riesgo relativas a otros aspectos regulatorios.

7.1. Publicidad de los procedimientos de contratación

La nueva normativa de contratación pública intensifica, notablemente, las obligaciones de publicidad e información a suministrar por los órganos de contratación. La publicidad tiene un impacto directo en la concurrencia y, por ende, en la libre competencia. Por ello, deberán estudiarse, mediante la obtención de una o varias muestras, los siguientes extremos:

a) Plan de comunicación: Habrá que comprobar que la entidad auditada ha publicado el plan de contratación a que hace referencia el art. 28.4 de la LCSP.

b) Información en Boletines Oficiales y perfil: Deberá comprobarse que se ha publicado en el DOUE y/o en el Boletín Oficial correspondiente toda la información preceptiva exigida por la LCSP. Igualmente, deberá comprobarse que se ha publicado en el perfil del contratante toda la información preceptiva y, en concreto, la relacionada en el art. 63 de la LCSP, incluida la publicidad de los contratos menores. También deberá constatarse que se han respetado las prioridades de publicación en los lugares o boletines establecidos al efecto.

c) Contenido de los anuncios: Deberá analizarse si los anuncios de licitación contienen la información recogida en el Anexo III de la LCSP.

d) Codificación del contrato: Se comprobará que se ha categorizado adecuadamente el contrato en función de su objeto. En especial habrá que comprobar la adecuación de la nomenclatura CPV consignada (vocabulario común de contratos públicos).

e) Cumplimiento de plazos: Debe constatar que se han respetado todos los plazos mínimos de publicidad y, en especial, los plazos para la presentación de ofertas o solicitudes de participación. En aquellos casos en los que se haya modificado el contenido del anuncio y/o de los pliegos, deberá comprobarse que se ha ampliado adecuadamente, en su caso, el plazo para la presentación de ofertas.

7.2. Eficacia, eficiencia y economía

Como complemento de los análisis de regularidad practicados, es preciso realizar un estudio de la eficacia, eficiencia y economía de los procesos de licitación en el período objeto de control, proponiéndose el diseño y la realización de las siguientes pruebas de auditoría, con objeto de obtener una información cualitativa de carácter descriptivo.

a) Recorrido de las fórmulas: Sobre la totalidad de la muestra seleccionada para realizar el estudio de regularidad de la licitación, se analizará el recorrido teórico de las fórmulas empleadas para valorar los criterios económicos y cualitativos de carácter automático, comparándolo con el recorrido real experimentado en el proceso de licitación. Sobre los nuevos valores habrá que analizar el peso relativo cada clase de criterios automáticos, comentando los resultados obtenidos y comparándolos con los del adjudicatario. Asimismo, deberá analizarse si existen tendencias similares en contratos análogos.

b) Peso relativo de los criterios subjetivos: Deberá analizarse el recorrido teórico de la puntuación asignada en los criterios subjetivos con el recorrido real que ha experimentado en la licitación. Sobre los nuevos valores se analizará el peso relativo de los criterios subjetivos frente a los automáticos, comentando los resultados obtenidos y comparándolos con los del adjudicatario. Asimismo, deberá analizarse si existen tendencias similares en contratos análogos.

c) Coste de la calidad: Deberá analizarse el coste incremental derivado de la aplicación de otros criterios distintos de los económicos. Se entenderá por coste incremental la diferencia de precio existente entre la oferta más económica y la oferta seleccionada como más ventajosa. Asimismo, deberá analizarse la baja media obtenida en las licitaciones.

d) Nivel de concurrencia: Deberá analizarse el nivel de concurrencia alcanzado en las licitaciones de la muestra. Adicionalmente, deberá analizarse el peso de la participación de las PYMES en relación con el resto de empresarios, tanto en la fase de licitación como en la adjudicación de los contratos.

7.3. Convalidaciones, enriquecimiento injusto y reconocimiento extrajudicial de créditos

Una de las áreas de mayor riesgo que encontramos en materia de contratación pública y que requiere de un análisis independiente son los expedientes de contratación que han sido objeto de convalidación, de un reconocimiento extrajudicial de crédito, o de un procedimiento destinado a evitar el enriquecimiento injusto de la Administración. La nota común que concurre en todos estos expedientes, que solo encontraremos, normalmente, en aquellos entes con presupuesto de gastos limitativo sujetos al ejercicio de la función interventora, es la omisión del ejercicio de la misma, unido, generalmente, a la elusión de uno o varios de los trámites previstos en la normativa de contratación pública.

Por ello, en función del tamaño de esta subpoblación, será necesario analizar la totalidad de la misma, o una muestra, con objeto de analizar las causas que han dado lugar a la aplicación de estos procedimientos extraordinarios, la eventual recurrencia de estas incidencias a lo largo del tiempo en determinados objetos o tipos contractuales y el peso de la ejecución derivada de estos procedimientos en relación con la ejecución total. Asimismo, habrá que considerar la posible existencia de responsabilidades.

7.4. Tramitación de emergencia

En aquellos casos en los que nos encontremos ante un contrato tramitado mediante el procedimiento excepcional de emergencia, habrá de comprobarse que se haya dado cuenta de aquella al Consejo de Ministros, en el plazo máximo de 30 días, o al órgano de gobierno territorial competente, en su caso, en los términos establecidos en

la regulación autonómica aplicable. Además, el inicio de la ejecución no podrá ser superior a 1 mes, a contar desde la declaración de la emergencia. Finalmente, habrá que constatar que las prestaciones así contratadas se circunscriban, exclusivamente, a las actuaciones imprescindibles para superar aquella, sin incluir prestaciones complementarias que, aunque necesarias, bien podrían contratarse mediante la tramitación de un procedimiento ordinario o urgente.

7.5. Seguimiento de recomendaciones

Como colofón del trabajo de campo de auditoría realizado, deberá analizarse, en su caso, si el órgano controlado ha diseñado medidas correctivas para subsanar las deficiencias detectadas en los controles realizados en ejercicios anteriores, la realidad de su implantación y su efectivo cumplimiento.

8. LOS MEMORANDOS DE CONCLUSIONES Y EL INFORME DE AUDITORÍA

La última etapa de nuestra auditoría consistirá en elaborar los memorandos de conclusiones de cada una de las áreas del programa de trabajo. Los memorandos deberán contener una explicación clara de las pruebas realizadas y de la muestra o muestras empleadas, así como del procedimiento de muestreo aplicado, del objetivo perseguido con la realización de las pruebas y de los resultados obtenidos, con indicación expresa del grado de adecuación a la normativa. Cada memorando deberá completarse con una tabla resumen de irregularidades, que incorpore información de carácter cuantitativo y cualitativo y que identifique los concretos preceptos vulnerados y los ítems de la muestra afectados. Sobre la base de los memorandos podrá elaborarse el informe de auditoría, en especial el apartado relativo a los resultados del trabajo y el relativo a las conclusiones y recomendaciones. En el ámbito del control interno, el formato de los informes se regula en el Anexo I de la Resolución de 30 de julio de 2015, de la IGAE, por la que se dictan instrucciones para el ejercicio de la auditoría pública.

En la redacción de los informes de auditoría pública es conveniente dividir los resultados del trabajo por áreas, en correspondencia con los apartados del programa de trabajo y con los memorandos elaborados, si bien en las áreas de mayor extensión puede ser aconsejable su subdivisión en subáreas. En cada una de aquellas deberá darse información sobre los objetivos perseguidos, las muestras ex-

traídas y las pruebas realizadas, las eventuales limitaciones al alcance del trabajo auditor puestas de manifiesto, los resultados obtenidos, la regularidad de los mismos y, en su caso, la normativa concreta incumplida, calificando de forma expresa la opinión y explicando por qué se incumplen, o se entiende que se incumplen, los concretos preceptos vulnerados. Los resultados y su calificación deberán redactarse de forma clara y concisa, siguiendo una línea argumental lógica y ordenada, e incluyendo información suficiente, competente y relevante. Además, es muy recomendable incluir información de carácter general, si bien de forma sucinta, con objeto de facilitar la comprensión del informe al cada vez más amplio y variado conjunto de destinatarios y usuarios de la información pública, que no en todos los casos poseerán formación técnica específica en materia de contratación, pero que necesitarán o tendrán interés en conocer con precisión la bondad de la gestión realizada.

Los hechos constados deberán presentarse de forma convincente e imparcial y, siempre que sea posible, de forma agregada, haciendo referencia a categorías de hallazgos y su frecuencia, en términos absolutos y relativos, evitando aludir a expedientes concretos, salvo que su nominación sea necesaria para la mejor transmisión de la información relevante. En este sentido es preciso resaltar que, a efectos de la elaboración del informe, será preciso reflejar tanto los hallazgos positivos como los negativos, pues solo así podremos emitir una opinión imparcial y completa sobre la gestión de la contratación pública desarrollada por la entidad en el período analizado, siendo este el concreto objetivo de la auditoría pública; ya que en caso contrario únicamente ofreceríamos una recopilación de errores e incidencias, sistemáticamente ordenada. Sin embargo, ello no empece que, a consecuencia de los efectos derivados de los errores e incumplimientos detectados, deba darse una mayor y más amplia información y, por tanto, una aparente mayor preponderancia, a aquellos aspectos de la gestión en los que la opinión emitida haya resultado ser calificada.

Asimismo, puede ser adecuado incluir en cada área de los resultados del trabajo una prudente indicación de las eventuales consecuencias que pueden derivarse para los gestores y/o para la entidad en caso de no corregir los defectos detectados, tanto en el plano nacional como en el comunitario. Igualmente se hace necesario realizar una mención expresa a los logros notables alcanzados por la entidad en la corrección de los errores e incumplimientos puestos de manifiesto en auditorías previas.

Finalmente, cada área de los resultados del trabajo deberá culminarse con una tabla resumen de irregularidades, con referencia a los ítems de la muestra afectados, relegándose la información de detalle, tanto la que se refiere al concreto expediente, como la que se refiere a la información descriptiva de los incumplimientos detectados en cada caso, a un anexo del informe, «desbrozando» así el cuerpo del mismo de información superflua. En este sentido hay que tener presente, nuevamente, que el objetivo de la auditoría no es opinar sobre cada uno de los hallazgos detectados en los ítems de la muestra, realizando un prolijo análisis expediente a expediente, sino opinar sobre la actividad contractual en su conjunto desarrollada por la entidad, resumiendo los eventuales incumplimientos en categorías homogéneas de errores, con el doble objetivo de extrapolarlos a la población en su conjunto y de determinar aquellos de carácter recurrente a subsanar; todo ello sin perjuicio de que se realice la oportuna referencia a los incumplimientos aislados identificados, si se consideran significativos y relevantes.

9. BIBLIOGRAFÍA

CORTELL GINER, R.P. y MARTÍN NÁJERA, S.A. (pon.): *Principios de Contratación Administrativa y su Aplicación Práctica en las Áreas de Riesgo*. Documento n.º 5. Comisión Técnica de Auditoría Pública. Fundación FIASEP. 2013.

CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *Fiscalización y Auditoría de la Contratación por el Sector Público*. AECA. 2010.

PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*. La Ley. Madrid. 2018.

RODRÍGUEZ CASTAÑO, A.R.: «Auditoría de la contratación pública». *Manual de Auditoría Pública*. FUENTES ESCRIBANO, M.S. Y RODRÍGUEZ CASTAÑO, A.R. (coord.). Lex Nova. Pamplona. 2013.

La contratación pública desde la perspectiva social

Antonio Ramón Rodríguez Castaño

Tribunal de Cuentas

Carmen Sanjurjo González

Miembro de la ONG ACCEM

RESUMEN

Los autores han realizado un estudio de la relación entre la contratación pública y lo social: las políticas sociales y las normas sociales. Después de una introducción, que aborda con carácter general la cuestión contemplando los tres grados de relación entre los contratos y la actividad social y más concretamente las políticas sociales, se centran en desarrollar el aspecto social de la contratación pública, tratando lo previsto en las directrices europeas y en la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. Finalizan reflejando los aspectos sociales concretos de la nueva Ley haciendo una exegesis desde el punto de vista procedimental contemplando por tanto dichos aspectos en cuanto a su incidencia en la preparación de los contratos, en la licitación y adjudicación de los mismos concluyendo con su ejecución. El trabajo pretende haber realizado una aproximación a las posibilidades que da la Ley para actuar en el mundo social a través de la contratación pública.

PALABRAS CLAVES: contrato, políticas sociales, concierto, cláusula social, ejecución.

ABSTRACT

The authors have realized a study of the relation between the public contracting and the social thing: the social policies and the social procedure. After an introduc-

tion, which approaches with general character the question contemplating three degrees of relation between the contracts and the social activity and more concretely the social policies, they centre on developing the social aspect of the public contracting, treating the foreseen in the European directives and in the Exposition of reasons of the new Law of Contracts of the Public Sector of 2017. They finish reflecting the social concrete aspects of the new Law doing an exegesis from the point of view procedural contemplating therefore the above mentioned aspects as for his incident in the preparation of the contracts, in the bidding and adjudication of the same ones concluding with his execution. The work tries to have realized an approximation to the possibilities that the Law gives to act in the social world across the public contracting.

KEY WORDS: *contract, social policies, concert, social clause, execution.*

I . INTRODUCCIÓN

Aun cuando un contrato público, por su naturaleza jurídica, es idéntico a un contrato privado, sus regulaciones son distintas. La diferencia se manifiesta en varios aspectos, pero aquí vamos a fijarnos en el de la imperatividad de los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos públicos.

Esa imperatividad podría creerse en una primera aproximación que se basa en el deseo del legislador de garantizar el acierto en la elección, acierto que podría definirse como adquirir la mejor prestación al mejor precio.

Sin embargo, la contratación pública supone un gasto público ingente y es aquí donde surge la posibilidad de utilizar la contratación no sólo como un medio para adquirir bienes y servicios sino utilizarla también como un instrumento de políticas públicas. Y una de esas políticas es la política social.

La relación entre la contratación pública y la actuación social de los entes públicos puede estudiarse distinguiendo tres grados:

- el contenido social mínimo en los contratos, o respeto en la contratación pública a los aspectos sociales regulados en otras normas.
- la utilización de la contratación pública como un instrumento de la política social.
- la consideración de la contratación pública como medio de política social.

Como puede apreciarse la gradación establecida va de menor a mayor intensidad de consideración del aspecto social en la contratación pública.

Comenzando por el primer grado, en toda contratación va a surgir de manera colateral una serie de cuestiones sociales y el ente público ha de plantearse como actuar frente a las mismas. En la ejecución de un contrato los trabajadores de adjudicatario o del subcontratista en su caso, deben realizar su actividad conforme a unas normas legales, reglamentarias o convencionales que disciplinan su relación con sus empresarios, no con el ente público que ha adquirido la prestación que realizan y el cumplimiento de esas normas incumbe al empresario, pero no es menos cierto que el ente público adjudicador no puede permitir que dichas normas se vulneren.

La legislación aborda lo que hemos llamado efectos colaterales de dos maneras:

— una general impidiendo licitar a quienes hayan incumplido cierta normativa en materia social o medioambiental, son las prohibiciones para contratar, actualmente recogidas en el artículo 71 de la LCSP17. Nótese que aquí se está tomando en consideración un aspecto «*metacontractual*», la vulneración de una normativa por la que el licitador ha sido condenado, vulneración que no se ha producido en el contrato objeto de licitación, pero aun así no se le permite licitar por interesante que pueda ser su oferta. Es una decisión política que no tiene que ver ni con la adecuada calidad y precio de la prestación, ni con la libre competencia (al menos no directamente en el caso concreto) pero es totalmente lógico que un ente público (aun cuando no sea una Administración) no pueda actuar de forma que premie el incumplimiento de normas imperativas por adecuada que pueda ser la prestación ofertada.

— la segunda es concreta, se refiere al contrato que se está licitando o ejecutando. En esta se impide que se adjudique el contrato a la oferta que necesariamente implique que se van a incumplir ciertas normas sociales, más concretamente las referidas a las condiciones de trabajo de quienes van a ejecutar materialmente la prestación. Un ejemplo claro es el rechazo de ofertas anormales por incumplimiento de las obligaciones del licitador respecto a sus trabajadores, que más adelante se aborda.

Viendo ahora el tercer grado, el segundo se deja para más tarde pues es el núcleo de este artículo, la consideración de la contratación pública como medio de política social supondría que la contratación pública tendría como objetivo desarrollar la política social, de tal manera que los contratos no sirvieran para adquirir una prestación necesaria de la mejor calidad y al mejor precio, sino que, por ejemplo, se adquiriesen servicios no necesarios a los malos efectos de ocupar desempleados.

Esta perspectiva está absolutamente vedada. El artículo 28 de la LCSP17 permite solamente celebrar los contratos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de los fines institucionales del ente contratante. Esta idea subyace en el concepto de contratación pública socialmente responsable y en el de cláusula social. Es decir, se deben adquirir prestaciones necesarias para el ente público adquirente y sólo partiendo de esta idea se puede intentar dar al contrato un aspecto social.

El segundo de los grados a que más arriba nos hemos referido, la utilización de la contratación pública como un instrumento de la política social.

Los documentos de estudio o incluso normativos que existen sobre la relación entre acción social y contratación pública parten de una concepción que implica un prejuicio. Parten de la idea de que pueden incluirse aspectos sociales en la contratación pública, pero eliminan «*a limine*» la consideración de que la contratación como herramienta social en sí misma.

Así la guía de la Comisión Europea al respecto se denomina o se subtitula «*una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*» y define las contrataciones públicas socialmente responsables como las que tienen en cuenta uno o varios aspectos sociales a la vez que respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea y en las Directivas de contratación.

Por su parte la Instrucción 1/2016 del Ayuntamiento «*Relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal*» define lo que debe entenderse por cláusula social a los efectos de interpretación y aplicación de la Instrucción, es decir contemplan la posible existencia de cláusulas sociales en un contrato, pero no un contrato dirigido como tal a conseguir un fin social.

Nos hemos referido y a partir de ahora trataremos este segundo grado que en realidad es el que presenta problemas y áreas de posible actuación.

II. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS Y LA LCASP17

La provisión de servicios sociales por el sector público no ha de hacerse necesariamente a través de contratos públicos, así lo reconoce la Directiva y la Exposición de Motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, (en adelante LCSP17). La figura no contractual más utilizada es la concertación social, que está plenamente implantada en algunas CC.AA.

En segundo lugar, la relación de la contratación pública con los servicios sociales en la nueva Ley se manifiesta en tres aspectos:

- el legislador utiliza la normativa contractual pública para proteger, de manera colateral, ciertos aspectos sociales. Esto tiene una importancia menor, pues no se refiere directamente a la provisión de servicios sociales.
- se establecen una serie de principios de carácter social que han de inspirar la actuación contractual de los poderes públicos.
- se determinan una serie de contenidos concretos en la regulación de ciertos contratos favorecedores de las adquisiciones sociales y de las entidades del Tercer Sector.

La LCSP17 contiene, al menos, 55 menciones a aspectos sociales, algunos de ellos constituidos por artículos o disposiciones completas.

La Exposición de Motivos de la LCSP17¹ establece que con las nuevas Directivas la Unión Europea se da por concluido un proceso de revisión y modernización de las vigentes normas sobre contratación pública, que permiten, entre otras cuestiones, que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes. Sigue diciendo la Exposición de Motivos en su apartado II que por primera vez se establece la obligación de los

¹ En el último párrafo de apartado I.

órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación, entre otros permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de, entre otros, aspectos sociales vinculados al objeto del contrato.

En este apartado de los principios sigue siendo contundente la Exposición de Motivos que en su apartado III recalca que la Ley trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social (además de otras) y que todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley.

La última referencia a la Exposición de Motivos es a su apartado IV, que trata tres cuestiones:

- Se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social y podrán incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato. En particular, en el caso de las condiciones especiales de ejecución, la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en el artículo 202.
- Se siguen regulando los contratos reservados a centros especiales de empleo o la posibilidad de reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, extendiéndose dicha reserva a las empresas de inserción y exigiéndoles a todas las entidades citadas que tengan en plantilla el porcentaje de trabajadores discapacitados que se establezca en su respectiva regulación. En el ámbito de la discapacidad, se recoge como causa de prohibición de contratar con las entidades del sector público el no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de los empleados de las empresas de 50 o más trabajadores sean trabajadores con discapacidad.
- Además, con el ánimo de favorecer el respeto hacia los derechos humanos, y en especial hacia los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras y de los pequeños productores de países en vías de desarrollo, se introduce la posibilidad de que tanto los criterios de adjudicación como las condiciones especiales de ejecución incorporen aspectos sociales del proceso de

producción y comercialización referidos a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate, y en especial podrá exigirse que dicho proceso cumpla los principios de comercio justo que establece la Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo (2005/2245(INI)) en su apartado 2.

Además los principios de la Exposición de Motivos, que tienen un carácter informador e interpretativo que más directamente contenedor de mandatos, el artículo 1.3 exige que en toda contratación pública se incorporen de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

De todo lo anterior se desprende necesariamente la obligación de los órganos de contratación de adoptar una serie de decisiones favorecedoras de lo social, pero esas decisiones quedan en muchos casos a la voluntad de los órganos de contratación.

III. ASPECTOS SOCIALES EN LA LCSP17

La LCSP17 hace referencia en al menos 55 ocasiones a aspectos sociales, estos van a ser expuestos a continuación tomando como esquema el devenir de un procedimientos contractual, con sus tres etapas, preparación, licitación y ejecución, antecediendo a ello una cuestión general.

Así como aspecto general común a todas las fases del procedimiento contractual cabe citar el recogido en el artículo 1.3 que exige que en toda contratación pública se incorporen de manera transversal y preceptiva criterios sociales que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente establece que se facilitará el acceso a la contratación pública a las empresas de economía social.

En cuanto a la preparación del contrato o elaboración del expediente encontramos los siguientes aspectos:

- El párrafo 2 del artículo 28 establece que las entidades del sector público valorarán la incorporación de consideraciones sociales, como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública.
- En la regulación de las condiciones de aptitud el artículo 65 prevé que cuando así lo determine la normativa aplicable, se le requirieran al contratista determinados requisitos relativos a su organización, el destino de sus beneficios o su sistema de financiación. Lo que evidentemente tiene una gran importancia respecto a las entidades del Tercer Sector.
- Se prohíbe contratar (artículo 71) a las siguientes personas: las sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, y apartado a las empresas de 50 o más trabajadores que no cumplan el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, si no cumplen con la obligación de contar con un plan de igualdad.
- En relación con la concreción de las condiciones de solvencia el artículo 76.1 prevé que en los contratos de servicios se pueda exigir a las personas jurídicas que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación. Lo que en contratos de contenido social puede tener una importancia capital, habida cuenta de la cualificación específica del personal de las entidades del Tercer Sector. Además el mismo precepto determina que los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello, lo que incide en lo señalado más arriba.
- En cuanto a la acreditación de la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios, el artículo 90.3 establece que si el objeto contractual requiriese aptitudes específicas en materia social, de prestación de servicios de proximidad u otras análogas, en todo caso se exigirá como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos y medios en las referidas materias.

- El artículo 93 establece que en los contratos sujetos a una regulación armonizada, cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantías de calidad, en particular en materia de accesibilidad para personas con discapacidad, deberán hacer referencia a los sistemas de aseguramiento de la calidad basados en la serie de normas en la materia, certificados por organismos conformes a las normas europeas relativas a la certificación.
- El artículo 99.4.b) prevé, que cuando el objeto de un contrato se divida en lotes, se pueda reservar alguno para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta . Igualmente se podrán reservar lotes a favor de las entidades a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava , que se refiere a ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones en las condiciones establecidas en la citada disposición.
- El art. 125.1.b) al definir el concepto de prescripción o especificación técnica, dice que cuando se trate de contratos de suministro o de servicios aquella especificación que figure en un documento en la que se definan las características exigidas de un producto o de un servicio incluido el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad universal y diseño universal o diseño para todas las personas). Y en el mismo sentido el artículo 126, dentro de las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas, establece en su párrafo 3 que para toda contratación que esté destinada a ser utilizada por personas físicas, las prescripciones técnicas se redactarán, salvo en casos debidamente justificados, de manera que se tengan en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como los criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas.
- El artículo 129 establece la obligación para el órgano de contratación de informar a candidatos y licitadores de sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales, que en lo que a aspectos sociales se refiere se concreta en informar de las disposiciones

vigentes en materia de protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad. La misma obligación de información establece el artículo 130 sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo y es de señalar que en su párrafo 2 se dice que lo dispuesto respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación y que cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.

- La Disposición Adicional Decimoctava establece una garantía de accesibilidad para personas con discapacidad y así dice que en el ámbito de la contratación pública, la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales, deberán realizarse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas.
- El artículo 29.4 establece que los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas, pero se matiza diciendo que podrá establecerse en los contratos de servicios relativos a los servicios a las personas un plazo de duración mayor cuando ello fuera necesario para la continuidad de aquellos tratamientos a los usuarios en los que el cambio del prestador pudiera repercutir negativamente.
- El artículo 127.2 permite que cuando se tenga la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo social se podrán exigir en las prescripciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato como medio de prueba de que las obras, los servicios o los suministros cumplen las características exigidas, etiquetas de tipo social o medioambiental, como aquellas relacionadas la igualdad de género o las que garantizan el cumpli-

miento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, siempre que se cumplan ciertas condiciones.

Respecto a la licitación los aspectos relacionados con cuestiones sociales son los siguiente:

- 21.- Dentro de la regulación de los criterios de adjudicación el artículo 145.2. de la LCSP17, establece que la mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos y que en los criterios cualitativos se podrán incluir aspectos sociales, que se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato. Además podrá valorarse la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.

Por otra parte el artículo 145.3: establece que la aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá en la adjudicación de los contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación. Esto tiene importancia porque en los contratos de contenido social se produce esta circunstancia y el lograr que no se adjudiquen únicamente por el criterio del precio favorece a las entidades del Tercer Sector.

Por último una de las limitaciones más importantes en cuanto a la aplicación de aspectos sociales en un contrato es que (especialmente en cuanto a los criterios de adjudicación) deben estar vinculados al objeto del contrato, pero se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen entre otros en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas, conforme al artículo 145.6.

En todos estos casos el órgano de contratación debe valorar el aspecto social del contrato para incluir unos criterios u otros y para determinar el número de criterios.

- 22.- El artículo 147 establece la existencia de criterios de desempate aplicables, en su caso, después de que se apliquen los criterios de adjudicación. Los criterios de desempate deberán estar vinculados al objeto del contrato y se referirán a ciertos aspectos, casi todos ellos de contenido social, como: proposiciones presentadas por aquellas empresas que tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa, proposiciones de empresas de inserción reguladas, en los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial, las ofertas de entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo para la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo, proposiciones presentadas por las empresas que incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Y en defecto de previsión en los pliegos se contemplan otros criterios de desempate también de contenido social.

- El artículo 167.f) recoge como supuesto de aplicación del procedimiento de licitación con negociación el caso de que se trate de contratos de servicios sociales personalísimos que tengan por una de sus características determinantes el arraigo de la

persona en el entorno de atención social, siempre que el objeto del contrato consista en dotar de continuidad en la atención a las personas que ya eran beneficiarias de dicho servicio.

Esto resulta muy conveniente, pero además podría trabajarse que resultase aplicable a los contratos de contenido social los supuestos de los apartados a y b del artículo «a) Cuando para dar satisfacción a las necesidades del órgano de contratación resulte imprescindible que la prestación, tal y como se encuentra disponible en el mercado, sea objeto de un trabajo previo de diseño o de adaptación por parte de los licitadores, b) Cuando la prestación objeto del contrato incluya un proyecto o soluciones innovadoras», dado que pueden plantearse servicios sociales prestados de formas innovadoras desde el punto de vista de la atención a los usuarios.

También debe tenerse en cuenta que el artículo 172.3 establece que el procedimiento de diálogo competitivo podrá utilizarse en los casos enumerados en el artículo 167.

- Dentro de la valoración de las ofertas el artículo 157, en su apartado 5, prevé que se podrán requerir informes a las organizaciones sociales de usuarios destinatarios de la prestación, a las organizaciones representativas del ámbito de actividad al que corresponda el objeto del contrato, a las organizaciones sindicales, a las organizaciones que defiendan la igualdad de género y a otras organizaciones para la verificación de las consideraciones sociales y ambientales.

- Un aspecto importante, que supone un gran cambio respecto a la legislación anterior, es que en la regulación de las ofertas anormalmente bajas (artículo 149) se debe pedir información a los licitadores cuyas ofertas contuviesen presuntamente valores anormales, sobre el respeto de sus obligaciones en materia social o laboral (entre otras) no siendo justificables, para lo que aquí interesa, los precios que incumplan lo establecido en el artículo 201, y este último precepto incluye como obligación la de cumplir los convenios colectivos, lo que en la legislación anterior no ocurría y sólo se podía exigir el cumplimiento de las obligaciones basadas en una norma legal o reglamentaria. El apartado II de la Exposición de Motivos determina que los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque no cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral.

Dentro de la valoración de las ofertas el artículo 157, en su apartado 5, prevé que se podrán requerir informes a las organizaciones sociales de usuarios destinatarios de la prestación, a las organizaciones representativas del ámbito de actividad al que corresponda el objeto del contrato, a las organizaciones sindicales, a las organizaciones que defiendan la igualdad de género y a otras organizaciones para la verificación de las consideraciones sociales y ambientales.

En cuanto a la ejecución de los contratos cabe citar los preceptos siguientes:

- El artículo 201 establece la obligación de los órganos de contratación de tomar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos que los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia social y laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional y en particular las establecidas en el anexo V.
- El artículo 202 es uno de los más importantes en cuanto a la versión social de la LCSP17. Se refiere al establecimiento de condiciones especiales de ejecución del contrato, y vamos a centrarnos en las de carácter social.

El precepto permite a los órganos de contratación establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del mismo y no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

Pero además resulta obligatorio establecer en todo contrato al menos una de las condiciones especiales de ejecución de carácter económico, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

En cuanto a las de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapa-

cidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

Se puede apreciar que el campo es inmenso. Y si bien ha existido un cierto retroceso porque en la nueva Ley, a diferencia de la anterior se exige que la condición esté directamente relacionada con el contrato (lo que en realidad podía exigirse, en buena lógica, en la regulación anterior aunque no se contemplase de manera expresa), no es menos cierto que la obligatoriedad de inclusión de, al menos, una condición especial de ejecución es un avance lleno de posibilidades, pues implica que quien licite el contrato ha de tener capacidad para poder llevar a cabo la ejecución en la forma determinada por la condición especial, lo que pone en una situación de privilegio a las entidades del Tercer Sector frente a las empresas mercantiles.

- El artículo 35, al regular el contenido mínimo del contrato, en realidad el contenido mínimo del documento de formalización, establece en el apartado 1.c) que la definición del objeto, entre otras circunstancias, teniendo en cuenta las consideraciones sociales.

Pudiera parecer que este precepto no es muy importante porque el documento de formalización se realiza una vez adjudicado el contrato, pero sí lo es por dos órdenes de razones:

- a) en primer lugar el contrato se ejecutara tal y como esté definido y si no se ha definido en el documento de formalización las consideraciones sociales, estas podrán no ser tenidas en cuenta.
 - b) el objeto definido en la formalización procede del definido en el pcap y por tanto este artículo está incidiendo es sí en la definición del objeto del contrato en el pliego.
- Se permite por el artículo 107.1 que se exima al adjudicatario de la constitución de garantía definitiva, justificándolo adecuadamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares en los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales o la inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

SEGUNDO CUATRIMESTRE DEL AÑO 2018

Javier Medina Guijarro y José Antonio Pajares Giménez

INTRODUCCIÓN

Siguiendo similar metodología a la de los números anteriores, ofrecemos en esta sección al lector interesado en ello una información de carácter general sobre la legislación y la jurisprudencia más relevante producida en el segundo cuatrimestre del año, en relación con las materias que directa o indirectamente afectan a la actividad económica-financiera del sector público, así como sobre las fiscalizaciones aprobadas por el Pleno del Tribunal y publicadas en el Boletín Oficial del Estado.

En la primera parte «Legislación y otros aspectos» constan, sistemáticamente ordenadas, Leyes del Estado y, en su caso, Autonómicas, Decretos u Órdenes ministeriales, y demás Resoluciones. La información que se proporciona consiste en el enunciado de la disposición y en la referencia del periódico oficial donde se publica, para facilitar su consulta.

La segunda parte «Jurisprudencia» recoge, principalmente, las resoluciones dictadas por la Sala de Justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal, figurando una breve descripción de su fundamentación jurídica. También se hace mención, cuando procede, de las sentencias y autos pronunciados por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en materias que afecten al Tribunal de Cuentas, así como de las cuestiones y recursos de inconstitucionalidad que, por su relevancia, merecen citarse.

La tercera parte refleja las «Fiscalizaciones» del Tribunal de Cuentas, incluyendo, en su caso, la resolución aprobada por la Comisión Mixta en relación con el resultado fiscalizador que se trate, con el *Boletín Oficial* de su publicación.

1. LEGISLACIÓN Y OTROS ASPECTOS

1.1. Leyes Estatales y disposiciones con valor de Ley

- LEY 2/2018, de 23 de mayo, por la que se modifica la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España. (BOE n.º 126, de 24 de mayo de 2018)
- CORRECCIÓN DE ERRORES 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, de 26 de febrero de 2014. (BOE n.º 126, de 24 de mayo de 2018)
- CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA LEY 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. (BOE n.º 131, de 30 de mayo de 2018)
- LEY 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación. (BOE n.º 142, de 12 de junio de 2018)
- LEY 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. (BOE n.º 142, de 12 de junio de 2018)
- LEY 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas. (BOE n.º 142, de 12 de junio de 2018)
- REAL DECRETO-LEY 4/2018, de 22 de junio, por el que se concreta, con carácter urgente, el régimen jurídico aplicable a la designación del Consejo de Administración de la Corporación RTVE y de su Presidente. (BOE n.º 152, de 23 de junio de 2018)
- REFORMA DEL REGLAMENTO del Congreso de los Diputados, por la que se modifica el artículo 46.1. (BOE n.º 156, de 28 de junio de 2018)

- REFORMA DEL REGLAMENTO del Senado, por la que se modifica el artículo 49.2. (BOE n.º 156, de 28 de junio de 2018)
- LEY 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. (BOE n.º 161, de 4 de julio de 2018)
- LEY 7/2018, de 20 de julio, de modificación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. (BOE n.º 176, de 21 de julio de 2018)
- CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA LEY 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. (BOE n.º 182, de 28 de julio de 2018)
- REAL DECRETO-LEY 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos. (BOE n.º 183, de 30 de julio de 2018)
- REAL DECRETO-LEY 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. (BOE n.º 183, de 30 de julio de 2018)
- REAL DECRETO-LEY 8/2018, de 3 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo. (BOE n.º 188, de 4 de agosto de 2018)
- REAL DECRETO-LEY 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género. (BOE n.º 188, de 4 de agosto de 2018)
- REAL DECRETO-LEY 10/2018, de 24 de agosto, por el que se modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura. (BOE n.º 206, de 25 de agosto de 2018)

1.2. Acuerdos Internacionales

- Instrumento de ratificación de los Estatutos del Banco Asiático para inversión en infraestructuras, hechos en Pekín el 29 de junio de 2015. (BOE n.º 159, de 2 de julio de 2018)
- Estatutos del Centro Europeo de Recursos Biológicos Marinos. Consorcio de Infraestructuras de Investigación Europeas (EMBRC-ERIC). (BOE n.º 159, de 2 de julio de 2018)

1.3. Leyes Autonómicas y disposiciones con valor de Ley

1.3.1. Comunidad Autónoma de Andalucía

- LEY 1/2018, de 26 de abril, por el que se establece el derecho de tanteo y retracto en desahucios de viviendas en Andalucía, mediante la modificación de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, y se modifica la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo. (BOE n.º 127, de 25 de mayo de 2018)

- LEY 2/2018, de 26 de abril, relativa a modificación de la Ley 6/2016, de 1 de agosto, por la que se modifica la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable. (BOE n.º 127, de 25 de mayo de 2018)

- LEY 3/2018, de 8 de mayo, Andaluza de Fomento del Emprendimiento. (BOE n.º 127, de 25 de mayo de 2018)

- LEY 4/2018, de 8 de mayo, Andaluza del Voluntariado. (BOE n.º 127, de 25 de mayo de 2018)

- LEY 5/2018, de 19 de junio, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas. (BOE n.º 183, de 30 de julio de 2018)

- LEY 6/2018, de 9 de julio, del Cine de Andalucía. (BOE n.º 186, de 2 de agosto de 2018)

1.3.2. Comunidad Autónoma de Aragón

- LEY 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón. (BOE n.º 131, de 30 de mayo de 2018)

- LEY 7/2018, de 28 de junio, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Aragón. (BOE n.º 209, de 29 de agosto de 2018)

- LEY 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón. (BOE n.º 209, de 29 de agosto de 2018)

1.3.3. Comunidad Autónoma de Asturias

- LEY 2/2018, de 23 de marzo, de los asturianos en el exterior y del reconocimiento de la asturianía. (BOE n.º 108, de 4 de mayo de 2018)
- LEY 4/2018, de 4 de mayo, sobre financiación de créditos adicionales a la prórroga presupuestaria. (BOE n.º 127, de 25 de mayo de 2018)
- LEY 5/2018, de 22 de junio, sobre derechos y garantías de la dignidad de las personas en el proceso del final de la vida. (BOE n.º 181, de 27 de julio de 2018)
- LEY 7/2018, de 24 de julio, de medidas en materia de función pública como consecuencia de la prórroga presupuestaria. (BOE n.º 209, de 29 de agosto de 2018)

1.3.4. Comunidad Autónoma de Canarias

- LEY 1/2018, de 13 de junio, de modificación de la Ley 13/2014, de 26 de diciembre, de Radio y Televisión Públicas de la Comunidad Autónoma de Canarias. (BOE n.º 172, de 17 de julio de 2018)

1.3.5. Comunidad Autónoma de Cantabria

- LEY 2/2018, de 8 de mayo, de Casas de Cantabria. (BOE n.º 137, de 6 de junio de 2018)
- LEY 4/2018, de 15 de junio, por el que se regula el Consejo Social de la Universidad de Cantabria. (BOE n.º 181, de 27 de julio de 2018)

1.3.6. Comunidad de Castilla-La Mancha

- LEY 1/2018, de 11 de enero, de modificación de la Ley 14/2005, de 29 de diciembre, de Ordenación del Transporte de Personas por Carretera en Castilla-La Mancha. (BOE n.º 108, de 4 de mayo de 2018)
- LEY 3/2018, de 24 de mayo, de protección y apoyo garantizado para personas con discapacidad en Castilla-la Mancha. (BOE n.º 163, de 6 de julio de 2018)

1.3.7. Comunidad de Castilla y León

- LEY 2/2018, de 18 de junio, por la que se modifica la Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León. (BOE n.º 162, de 5 de julio de 2018)
- LEY 4/2018, de 2 de julio, de ordenación y funcionamiento de la red de protección e inclusión a personas y familias en situación de mayor vulnerabilidad social o económica en Castilla y León. (BOE n.º 193, de 10 de agosto de 2018)
- LEY 5/2018, de 2 de julio, por la que se modifica la ley 9/2014, de 27 de noviembre, por la que se declaran las áreas funcionales estables de Castilla y León y se modifica la Ley 7/2013, de 27 de septiembre, de Ordenación, Servicios y Gobierno del Territorio de la Comunidad de Castilla y León. (BOE n.º 193, de 10 de agosto de 2018)

1.3.8. Comunidad Autónoma de Cataluña

- RESOLUCIÓN 9/XII, del Parlamento de Cataluña, de convalidación del Decreto-ley 2/2018, de 9 de marzo, de recuperación de una parte de la paga extraordinaria y adicional del mes de diciembre de 2012 del personal del sector público de la Generalidad de Cataluña. (BOE n.º 106, de 2 de mayo de 2018)
- RESOLUCIÓN 10/XII, del Parlamento de Cataluña, de convalidación del Decreto-ley 1/2018, de 9 de marzo, de necesidades financieras del sector público en prórroga presupuestaria. (BOE n.º 106, de 2 de mayo de 2018)
- LEY 1/2018, de 8 de mayo, de modificación de la Ley 2/2014, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público. (BOE n.º 112, de 9 de mayo de 2018)
- LEY 2/2018, de 8 de mayo, de modificación de la Ley 13/2008, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno. (BOE n.º 112, de 9 de mayo de 2018)

1.3.9. Comunidad Autónoma de Extremadura

- LEY 6/2018, de 12 de julio, de modificación de la Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del turismo de Extremadura. (BOE n.º 183, de 30 de julio de 2018)

- LEY 7/2018, de 2 de agosto, extremeña de grandes instalaciones de ocio (LEGIO). (BOE n.º 208, de 28 de agosto de 2018)

1.3.10. Comunidad Autónoma de las Illes Balears

- LEY 4/2018, de 12 de junio, de modificación de la Ley 4/1991, de 13 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular en las Illes Balears. (BOE n.º 169, de 13 de julio de 2018)
- LEY 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears. (BOE n.º 169, de 13 de julio de 2018)
- LEY 6/2018, de 22 de junio, por la que se modifican varias normas del ordenamiento jurídico de las Illes Balears en materia de turismo, de función pública, presupuestaria, de personal, de urbanismo, de ordenación farmacéutica, de transportes, de residuos y de régimen local, y se autoriza al Gobierno de las Illes Balears para aprobar determinados textos refundidos. (BOE n.º 169, de 13 de julio de 2018)

1.3.11. Comunidad de Madrid

- LEY 1/2018, de 22 de febrero, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad de Madrid. (BOE n.º 137, de 6 de junio de 2018)
- LEY 2/2018, de 4 de mayo, de modificación de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, para la regulación de los desarrollos urbanísticos a través de fases o unidades funcionales. (BOE n.º 187, de 3 de agosto de 2018)

1.3.12. Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

- LEY 2/2018, de 26 de marzo, de Gratuidad de los Libros de Texto de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. (BOE n.º 156, de 28 de junio de 2018)
- LEY 6/2018, de 30 de mayo, por la que se modifica la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia. (BOE n.º 156, de 28 de junio de 2018)
- LEY 7/2018, de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. (BOE n.º 183, de 30 de julio de 2018)

- LEY 8/2018, de 23 de julio, de ayudas de Lorca. (BOE n.º 191, de 8 de agosto de 2018)

1.3.13. Comunidad Foral de Navarra

- LEY FORAL 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos. (BOE n.º 108, de 4 de mayo de 2018)
- LEY FORAL 3/2018, de 19 de abril, para la modificación de la Ley Foral 14/2015, de 10 de abril, para actuar contra la violencia hacia las mujeres. (BOE n.º 116, de 12 de mayo de 2018)
- LEY FORAL 4/2018, de 19 de abril, por la que se modifican la Ley Foral 14/2015, de 10 de abril, y la Ley Foral 11/2005, de 9 de noviembre. (BOE n.º 116, de 12 de mayo de 2018)
- LEY FORAL 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. (BOE n.º 139, de 8 de junio de 2018)
- LEY FORAL 6/2018, de 17 de mayo, por la que se modifican la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente, la Ley Foral 19/1996, de 4 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, y la Ley Foral 4/2000, de 3 de julio, del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra. (BOE n.º 139, de 8 de junio de 2018)
- LEY FORAL 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra. (BOE n.º 139, de 8 de junio de 2018)
- LEY FORAL 8/2018, de 17 de mayo, de modificación de la Ley Foral 19/1996, de 4 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. (BOE n.º 139, de 8 de junio de 2018)
- LEY FORAL 9/2018, de 17 de mayo, de Reforma de la Compilación de Derecho Civil de Navarra en Materia de Filiación. (BOE n.º 139, de 8 de junio de 2018)
- LEY FORAL 12/2018, de 14 de junio, de Accesibilidad Universal. (BOE n.º 157, de 29 de junio de 2018)
- LEY FORAL 14/2018, de 18 de junio, de Residuos y su Fiscalidad. (BOE n.º 157, de 29 de junio de 2018)

- LEY FORAL 15/2018, de 27 de junio, de Ciencia y Tecnología. (BOE n.º 181, de 27 de julio de 2018)
- LEY FORAL 16/2018, de 27 de junio, por la que se modifica la Ley Foral 33/2013, de 26 de noviembre, de reconocimiento y reparación moral de las ciudadanas y ciudadanos navarros asesinados y víctimas de la represión a raíz del golpe militar de 1936. (BOE n.º 181, de 27 de julio de 2018)
- LEY FORAL 17/2018, de 3 de julio, por la que se modifica la Ley Foral 8/2006, de 20 de junio, de Seguridad Pública de Navarra. (BOE n.º 181, de 27 de julio de 2018)
- DECRETO FORAL LEGISLATIVO 1/2018, de 4 de julio, de Armonización Tributaria, por el que se modifica la Ley Foral 19/1992, de 30 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido; la Ley Foral 20/1992, de 30 de diciembre, de Impuestos Especiales; la Ley Foral 11/2015, de 18 de marzo, por la que se regulan el Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica, el Impuesto sobre los Gases Fluorados de Efecto Invernadero y el Impuesto sobre los Depósitos en las Entidades de Crédito; y el Texto Refundido de la Ley Foral del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. (BOE n.º 186, de 2 de agosto de 2018)

1.3.14. Comunidad Autónoma del País Vasco

- LEY 1/2018, de 7 de junio, de modificación de la Ley 12/2012, de 21 de junio, contra el dopaje en el deporte. (BOE n.º 187, de 3 de agosto de 2018)
- LEY 2/2018, de 28 de junio, de Puertos y Transporte Marítimo del País Vasco. (BOE n.º 187, de 3 de agosto de 2018)
- LEY 3/2018, de 28 de junio, de modificación de la Ley 13/1988, de 28 de octubre, de Consejos Escolares de Euskadi. (BOE n.º 187, de 3 de agosto de 2018)
- LEY 4/2018, de 28 de junio, de Formación Profesional del País Vasco. (BOE n.º 187, de 3 de agosto de 2018)

1.3.15. Comunidad Autónoma de La Rioja

- LEY 4/2018, de 10 de abril, de medidas a favor de las víctimas del terrorismo de la Comunidad Autónoma de La Rioja. (BOE n.º 114, de 10 de mayo de 2018)

1.3.16. *Comunitat Valenciana*

- LEY 8/2018, de 20 de abril, de modificación de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana. (BOE n.º 117, de 14 de mayo de 2018)
- LEY 10/2018, de 18 de mayo, de creación del Consell del Audiovisual de la Comunitat Valenciana (CACV). (BOE n.º 139, de 8 de junio de 2018)
- CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA LEY 6/2018, de 12 de marzo, de modificación de la Ley 14/2010, de 3 de diciembre, de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos. (BOE n.º 139, de 8 de junio de 2018)
- LEY 11/2018, de 21 de mayo, de modificación de la Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de creación del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana. (BOE n.º 157, de 29 de junio de 2018)
- LEY 12/2018, de 24 de mayo, de publicidad institucional para el interés ciudadano y la concepción colectiva de las infraestructuras públicas. (BOE n.º 157, de 29 de junio de 2018)
- LEY 13/2018, de 1 de junio, de modificación de la Ley 3/1993, de 9 de diciembre, forestal de la Comunitat Valenciana. (BOE n.º 157, de 29 de junio de 2018)
- LEY 14/2018, de 5 de junio, de gestión, modernización y promoción de las áreas industriales de la Comunitat Valenciana. (BOE n.º 157, de 29 de junio de 2018)
- LEY 15/2018, de 7 de junio, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana. (BOE n.º 157, de 29 de junio de 2018)
- LEY 16/2018, de 28 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida. (BOE n.º 183, de 30 de julio de 2018)
- CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA LEY 22/2017, de 29 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2018. (BOE n.º 183, de 30 de julio de 2018)
- REFORMA DEL REGLAMENTO de Les Corts aprobado por el Pleno en sesión de 18 de julio de 2018. (BOE n.º 186, de 2 de agosto de 2018)

1.4. Reales Decretos

- REAL DECRETO 256/2018, de 4 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública y se modifica el Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (BOE n.º 109, de 5 de mayo de 2018)

- REAL DECRETO 236/2018, de 27 de abril, por el que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas para el fomento de la creación de organizaciones de productores y asociaciones de organizaciones de productores de carácter supraautonómico en el sector agrario. (BOE n.º 112, de 9 de mayo de 2018)

- REAL DECRETO 271/2018, de 11 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Sector Ferroviario. (BOE n.º 116, de 12 de mayo de 2018)

- REAL DECRETO 292/2018, de 18 de mayo, por el que se regula el procedimiento de acceso y el régimen de prestación de la formación profesional marítima y sanitaria del Instituto Social de la Marina. (BOE n.º 137, de 6 de junio de 2018)

- REAL DECRETO 355/2018, de 6 de junio, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. (BOE n.º 138, de 7 de junio de 2018)

- REAL DECRETO 359/2018, de 8 de junio, por el que se crean Subsecretarías en los departamentos ministeriales. (BOE n.º 140, de 9 de junio de 2018)

- CORRECCIÓN DE ERRORES DEL REAL DECRETO 359/2018, de 8 de junio, por el que se crean Subsecretarías en los departamentos ministeriales. (BOE n.º 142, de 12 de junio de 2018)

- REAL DECRETO 337/2018, de 25 de mayo, sobre los requisitos aplicables a las previsiones macroeconómicas y presupuestarias. (BOE n.º 151, de 22 de junio de 2018)

- REAL DECRETO 594/2018, de 22 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno. (BOE n.º 152, de 23 de junio de 2018)

- REAL DECRETO 595/2018, de 22 de junio, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (BOE n.º 152, de 23 de junio de 2018)
- REAL DECRETO 695/2018, de 29 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 664/2015, de 17 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Ferroviaria. (BOE n.º 158, de 30 de junio de 2018)
- REAL DECRETO 696/2018, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de la gestión financiera de la Seguridad Social. (BOE n.º 158, de 30 de junio de 2018)
- REAL DECRETO 697/2018, de 29 de junio, por el que se crea el Grupo de Trabajo para la reforma del Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música y se deroga el Real Decreto 229/2018, de 20 de abril, por el que se aprueba la modificación de los Estatutos de la Fundación del Teatro Real F.S.P., que pasa a denominarse Fundación Nacional del Teatro Real y del Teatro de la Zarzuela F.S.P., y se adoptan las disposiciones necesarias para la integración en la Fundación de los medios del Teatro de la Zarzuela, centro de creación artística del Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música. (BOE n.º 158, de 30 de junio de 2018)
- REAL DECRETO 698/2018, de 29 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 595/2018, de 22 de junio, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (BOE n.º 158, de 30 de junio de 2018)
- REAL DECRETO 694/2018, de 29 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno. (BOE n.º 160, de 3 de julio de 2018)
- REAL DECRETO 816/2018, de 6 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad. (BOE n.º 164, de 7 de julio de 2018)
- REAL DECRETO 817/2018, de 6 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Cultura y Deporte y se modifica el Real Decreto 595/2018, de 22 de junio, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (BOE n.º 164, de 7 de julio de 2018)

- CORRECCIÓN DE ERRORES DEL REAL DECRETO 419/2018, de 18 de junio, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno. (BOE n.º 168, de 12 de julio de 2018)
- REAL DECRETO 863/2018, de 13 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Política Territorial y Función Pública. (BOE n.º 170, de 14 de julio de 2018)
- REAL DECRETO 864/2018, de 13 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio para la Transición Ecológica. (BOE n.º 170, de 14 de julio de 2018)
- REAL DECRETO 865/2018, de 13 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. (BOE n.º 170, de 14 de julio de 2018)
- REAL DECRETO 860/2018, de 13 de julio, por el que se regulan las actividades preventivas de la acción protectora de la Seguridad Social a realizar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. (BOE n.º 173, de 18 de julio de 2018)
- REAL DECRETO 903/2018, de 20 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. (BOE n.º 176, de 21 de julio de 2018)
- REAL DECRETO 904/2018, de 20 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, y por el que se modifica el Real Decreto 595/2018, de 22 de junio, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (BOE n.º 176, de 21 de julio de 2018)
- REAL DECRETO 900/2018, de 20 de julio, de desarrollo de la disposición adicional trigésima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en materia de pensión de viudedad. (BOE n.º 178, de 24 de julio de 2018)
- REAL DECRETO 948/2018, de 24 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 355/2018, de 6 de junio, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. (BOE n.º 180, de 26 de julio de 2018)
- REAL DECRETO 950/2018, de 27 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se de-

sarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo. (BOE n.º 182, de 28 de julio de 2018)

- REAL DECRETO 952/2018, de 27 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior. (BOE n.º 183, de 30 de julio de 2018)

- REAL DECRETO 953/2018, de 27 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento. (BOE n.º 183, de 30 de julio de 2018)

- REAL DECRETO 956/2018, de 27 de julio, por el que se aprueba y publica el Acuerdo adoptado por la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado el 23 de julio de 2018, en relación al régimen retributivo de la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración General del Estado y Organismos o Entidades Públicas dependientes. (BOE n.º 183, de 30 de julio de 2018)

- REAL DECRETO 997/2018, de 3 de agosto, por el que se modifica el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero. (BOE n.º 188, de 4 de agosto de 2018)

- REAL DECRETO 998/2018, de 3 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. (BOE n.º 188, de 4 de agosto de 2018)

- REAL DECRETO 999/2018, de 3 de agosto, por el que se regula la composición y funcionamiento del Consejo de la Juventud de España. (BOE n.º 188, de 4 de agosto de 2018)

- REAL DECRETO 996/2018, de 3 de agosto, por el que se crea la Escuela de Arte de Ceuta y se regula su funcionamiento. (BOE n.º 191, de 8 de agosto de 2018)

- REAL DECRETO 1044/2018, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el Real Decreto 595/2018, de 22 de junio, por el que se establece la estructura orgánica básica de los Departamentos Ministeriales. (BOE n.º 2016, de 25 de agosto de 2018)

- REAL DECRETO 1045/2018, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación y Formación Profesional. (BOE n.º 206, de 25 de agosto de 2018)

- REAL DECRETO 1046/2018, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Empresa. (BOE n.º 206, de 25 de agosto de 2018)

- REAL DECRETO 1047/2018, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y se modifica el Real Decreto 595/2018, de 22 de junio, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. (BOE n.º 206, de 25 de agosto de 2018)

1.5. Órdenes Ministeriales y Circulares

- ORDEN HFP/457/2018, de 30 de abril, por la que se modifica la Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada. (BOE n.º 110, de 7 de mayo de 2018)

- ORDEN HFP/458/2018, de 3 de mayo, por la que se modifica la Orden EHA/2043/2010, de 22 de julio, por la que se regula el procedimiento de remisión de las cuentas anuales y demás información que las entidades del sector público empresarial y fundacional del Estado han de rendir al Tribunal de Cuentas, y de la información de carácter anual y trimestral a remitir a la Intervención General de la Administración del Estado. (BOE n.º 110, de 7 de mayo de 2018)

- ORDEN JUS/464/2018, de 24 de abril, por el que se regula la base de cotización, la determinación de la cuota y el procedimiento de ingreso de las cotizaciones de los mutualistas a la Mutua General Judicial. (BOE n.º 111, de 8 de mayo de 2018)

- ORDEN HFP/556/2018, de 24 de mayo, por la que se actualizan las normas sobre gastos, pagos, intervención y contabilidad de MUFACE. (BOE n.º 132, de 31 de mayo de 2018)

- ORDEN HAC/692/2018, de 28 de junio, por la que se dictan las normas para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para 2019. (BOE n.º 158, de 30 de junio de 2018)

- ORDEN AUC/702/2018, de 26 de junio, por la que se modifica la Orden AEX/1001/2003, de 23 de marzo, de delegación de competencias en materia de personal, contratación y gestión presupuestaria y del gasto público. (BOE n.º 161, de 4 de julio de 2018)

- ORDEN HAC/787/2018, de 25 de julio, por la que se modifican las Órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda de 1 de febrero de 1996, por las que se aprueban los documentos contables a utilizar por la Administración General del Estado y la Instrucción de operatoria contable a seguir en la ejecución del gasto del Estado y la Orden EHA/3067/2011, de 8 de noviembre, por la que se aprueba la Instrucción de contabilidad para la Administración General del Estado. (BOE n.º 182, de 28 de julio de 2018)

- ORDEN HAC/874/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Orden HAP/1724/2015, de 31 de julio, por la que se regula la elaboración de la Cuenta General del Estado. (BOE n.º 196, de 14 de agosto de 2018)

1.6. Acuerdos, Resoluciones e Instrucciones

- RESOLUCIÓN de 8 de mayo de 2018, de la Dirección General del Tesoro, por la que se actualiza el anexo 1 incluido en la Resolución de 4 de julio de 2017, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales. (BOE n.º 112, de 9 de mayo de 2018)

- RESOLUCIÓN de 10 de mayo de 2018, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017. (BOE n.º 126, de 24 de mayo de 2018)

- RESOLUCIÓN de 10 de mayo de 2018, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 3/2018, de 20 de abril, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor. (BOE n.º 126, de 24 de mayo de 2018)

- RESOLUCIÓN de 29 de mayo de 2018, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se designan los miembros de la mesa de contratación. (BOE n.º 131, de 30 de mayo de 2018)

- RESOLUCIÓN de 25 de mayo de 2018, de la Mutuality General de Funcionarios Civiles del Estado, sobre delegación de competencias. (BOE n.º 132, de 31 de mayo de 2018)

- RESOLUCIÓN de 28 de mayo de 2018, conjunta de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se modifica la de 27 de marzo de 2018, por la que se regula el procedimiento para la realización del pago de las cotizaciones a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social. (BOE n.º 137, de 6 de junio de 2018)

- RESOLUCIÓN de 5 de junio de 2018, de la Dirección General del Tesoro, por la que se actualiza el Anexo 1 incluido en la Resolución de 4 de julio de 2017, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales. (BOE n.º 137, de 6 de junio de 2018)

- RESOLUCIÓN de 8 de junio de 2018, de la Dirección General del Tesoro, por la que se corrigen errores en la de 5 de junio de 2018, por la que se actualiza el anexo 1 incluido en la Resolución de 4 de julio de 2017, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales. (BOE n.º 140, de 9 de junio de 2018)

- RESOLUCIÓN de 4 de junio de 2018, conjunta de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se modifica la de 13 de octubre de 2016, por la que se establecen el procedimiento y las condiciones para la participación por vía telemática en procedimientos de enajenación de bienes a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (BOE n.º 142, de 12 de junio de 2018)

- RESOLUCIÓN de 8 de junio de 2018, de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, por la que se da cumplimiento a la disposición adicional segunda de la Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada. (BOE n.º 143, de 13 de junio de 2018)

- RESOLUCIÓN de 11 de junio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se modifica el anexo del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se dispone la numeración de las órdenes ministeriales que se publican en el «Boletín Oficial del Estado». (BOE n.º 143, de 13 de junio de 2018)
- RESOLUCIÓN de 5 de julio de 2018, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se actualiza el anexo 1 incluido en la Resolución de 4 de julio de 2017, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales. (BOE n.º 163, de 6 de julio de 2018)
- ACUERDO de 2 de julio de 2018, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se modifica parcialmente el Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional. (BOE n.º 165, de 9 de julio de 2018)
- RESOLUCIÓN de 3 de julio de 2018, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 28 de junio de 2018, por el que se aprueba la instrucción relativa a la remisión telemática al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones anuales de los contratos celebrados por las entidades y entes del Sector Público Local al amparo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. (BOE n.º 166, de 10 de julio de 2018)
- RESOLUCIÓN de 4 de julio de 2018, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 4/2018, de 22 de junio, por el que se concreta, con carácter urgente, el régimen jurídico aplicable a la designación del Consejo de Administración de la Corporación RTVE y de su Presidente. (BOE n.º 168, de 12 de julio de 2018)
- RESOLUCIÓN de 20 de julio de 2018, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 28 de junio de 2018, por el que se aprueba la sustitución de la Instrucción general relativa a la remisión telemática al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones de contratos, convenios y encomiendas de gestión celebrados por las entidades del Sector Público Estatal y Autonómico, aprobada por Acuerdo del Pleno de 28 de noviembre de 2013. (BOE n.º 182, de 28 de julio de 2018)

- RESOLUCIÓN de 25 de julio de 2018, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de julio de 2018, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos en el ámbito de los contratos del sector público y encargos a medios propios. (BOE n.º 186, de 2 de agosto de 2018)
- RESOLUCIÓN de 2 de agosto de 2018, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se actualiza el anexo 1 incluido en la Resolución de 4 de julio de 2017, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales. (BOE n.º 188, de 4 de agosto de 2018)

2. JURISPRUDENCIA TRIBUNAL DE CUENTAS. SALA DE JUSTICIA

2.1. Sentencias y Resúmenes Doctrinales

- **SENTENCIA N.º 4/2018. Recurso de apelación n.º 3/18, interpuesto contra la Sentencia n.º 12/2017, de 16 de octubre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance n.º A-133/16, del ramo de Sector Público Autónomo....., ALMERÍA. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano.**

Resumen de doctrina: Desestima la Sala el recurso de apelación interpuesto.

Tras un análisis del instituto de la prescripción y de la compatibilidad de jurisdicciones pone de manifiesto que se trata de determinar, en definitiva, si ante una cuestión prejudicial penal que surge en la tramitación del procedimiento de reintegro por alcance, se han aplicado correctamente en primera instancia las reglas vigentes sobre la materia y, si la decisión de proseguir con la resolución del litigio, dictando la Sentencia que ahora se recurre, en la que se aplicó la regla general de compatibilidad con las consecuencias que ello conlleva en cuanto a la apreciación del plazo de prescripción de 5 años, a contar desde que se produjeron los hechos constitutivos de alcance, contenido en el apartado 1 de la Disposición Adicional Tercera de la LFTCu, fue, o no, conforme a Derecho.

Como ha señalado el Ministerio Fiscal, constituye requisito «*sine qua non*» para que el procedimiento contable se suspenda en el momento en que el mismo esté pendiente de dictarse Sentencia, no sólo que los hechos que revistan la apariencia de un delito y que se estén investigando en el pleito penal, guarden relación o identidad sustancial con los que fundamentan las pretensiones de las partes en el litigio contable, sino que la decisión del Tribunal o Juez Penal revista una «*influencia decisiva*».

Considera la Sala de Justicia que el Ministerio Fiscal no ha justificado debidamente por qué los hechos contemplados en el pleito penal adquieren un carácter fáctico decisivo a efectos de condicionar el pronunciamiento de la Juzgadora «*a quo*».

Por otra parte, no entiende asimilable el presente supuesto al resuelto mediante Auto de 11 de noviembre de 2015, ya que los elementos fácticos sí se revelaron de importancia decisiva para la adecuada resolución del pleito contable, al contrario de lo que sucede en el presente caso, en los que no se duda de la existencia de la responsabilidad contable declarada en primera instancia.

• **SENTENCIA N.º 5/2018. Recurso de apelación n.º 7/18, interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de octubre de 2017, que acordó estimar parcialmente la demanda interpuesta por la Junta Vecinal de..... contra....., sin imponer las costas causadas en la primera instancia, del ramo Sector Público Local (Junta Vecinal.....), León. Ponente: Excm. Sra. D.ª Margarita Mariscal de Gante y Mirón.**

Resumen de doctrina: La Sala desestima el recurso interpuesto con imposición de costas al apelante.

Comienza exponiendo los motivos esgrimidos por la parte apelante en su recurso, así como los aducidos por las partes apeladas.

Con carácter previo, la Sala hace referencia a la reiterada doctrina de la misma en relación con la naturaleza jurídica del recurso de apelación como recurso ordinario, que permite al Tribunal de apelación la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, tanto de las partes como del órgano juzgador de instancia y la de resolver confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido, e incluso decidir lo mismo con fundamentación diferente, aunque siempre dentro del respeto al principio de congruencia y dentro del límite de las pretensiones de las partes. Sin embargo, la fijación de los he-

chos y la valoración de los medios de prueba es competencia del juez de instancia, sin perjuicio de que sobre la base de la naturaleza del recurso de apelación, que permite un *novum iudicium*, pueda la Sala valorar las pruebas practicadas en la instancia y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*.

También destaca que en la jurisdicción contable rige igualmente la doctrina jurídico-procesal de la «valoración o apreciación conjunta de la prueba» reiteradamente admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En el supuesto de autos, la Consejera de primera instancia se ha convencido de la declaración de hechos probados que consta en la sentencia, previa valoración o apreciación conjunta de «las pruebas documentales obrantes en las Actuaciones Previas y en las Diligencias Preliminares, así como las admitidas y aportadas en fase de prueba». Y así, razona la Sala, la entidad apelante, que ha dado por justificadas las salidas de fondos conforme al criterio contenido en la sentencia impugnada no puede ir en contra de sus propios actos en el escrito de recurso de apelación.

• **SENTENCIA N.º 6/2018. Recurso de apelación, rollo N.º 9/18, interpuesto contra la Sentencia N.º 5/2017, de 26 de junio, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance N.º B-188/16, del ramo de Sector Público Local, Ayuntamiento Barcelona. Ponente: Excma. Sra. D.ª María Antonia Lozano Álvarez.**

Resumen de doctrina: La Sala desestima el recurso interpuesto con imposición de costas al recurrente.

Comienza realizando una exposición pormenorizada de las alegaciones vertidas por las partes y entrando en el examen de los motivos del recurso, manifiesta que no debe olvidarse que la justificación del gasto y del pago de los fondos públicos no puede conseguirse a través de cualquier tipo de documento, sino solo mediante los que se ajustan a los requisitos legalmente previstos para ese fin y, en el presente caso, la realización de los pagos con cargo a las arcas públicas municipales está acreditada a través de los documentos contables y presupuestarios exigibles y mediante las facturas correspondientes. Lo que no ha quedado demostrado es que tales pagos se aplicaran a fines públicos de la competencia del Alcalde. La agenda, por sí sola, únicamente constituye un documento interno de trabajo que ni siquiera puede considerarse documento administrativo. Por otra parte, el demandado no ha practicado

la prueba que le incumbía, de acuerdo con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de demostrar, en su caso, la eventual existencia de algún gasto de viaje, aparcamiento o restauración cuya finalidad pública autorizada pudiera deducirse.

Esgrime en segundo lugar el recurrente que la Sentencia recurrida aplica indebidamente la carga de la prueba cuando exige al demandado acreditar el destino dado a los fondos públicos y la relación de dicho destino con los fines públicos jurídicamente aceptables. El demandante debió, a juicio del apelante, probar que tales fondos no se invirtieron en el destino público que les correspondía pero no lo hizo.

Manifiesta la Sala que la Sentencia recurrida no condena al demandado a reintegrar la diferencia entre las sumas que habría tenido derecho a gastar y las que en realidad gastó, sino que le condena a devolver todas las cantidades que extrajo de las arcas municipales a través del pago con la tarjeta de crédito del Ayuntamiento de gastos de locomoción, restauración y aparcamiento, cuya finalidad pública autorizada no ha sido capaz de demostrar.

Continúa exponiendo la Sala, que resulta acreditada la relación causal entre la actuación del recurrente y el menoscabo ocasionado a los fondos públicos municipales, quien no fue capaz de acreditar que dichos fondos hubieran sido destinados a atender fines relacionados con el interés público. Por otra parte, no se aprecia ninguna circunstancia (caso fortuito, fuerza mayor...) que permita considerar interrumpido el nexo causal entre la conducta del apelante y el daño patrimonial ocasionado al Ayuntamiento. En cuanto a la negligencia grave, la Sala comparte los criterios en los que aparece declarada y fundamentada en la Sentencia de primera instancia.

Finalmente, manifiesta la Sala en relación con las costas de la primera instancia, que comparte la aplicación que se hizo en la Sentencia impugnada del artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

• **SENTENCIA N.º 7/2018. Recurso de apelación n.º 14/18 interpuesto contra la Sentencia 8/2017, de 11 de julio, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance n.º A-10/15, Entidades Locales (Ayuntamiento.....), Sevilla. Ponente: Excmo. Sr. D. Felipe García Ortiz**

Resumen de doctrina: Desestima la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público.

Comienza exponiendo pormenorizadamente los motivos que sirven de fundamento al recurso formulado y las alegaciones vertidas por las partes para, a continuación, entrar en el análisis de si la sentencia objeto de impugnación incurre en incongruencia omisiva, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, ya que su resolución condicionaría el resto de las pretensiones formuladas.

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que para que la incongruencia vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva debe constituir una desviación del «*thema decidendi*» de tal importancia que suponga una completa modificación de los límites o fines en que se produce el debate contradictorio. Ahora bien, nada impide que el órgano judicial pueda fundamentar su decisión en argumentos jurídicos distintos de los alegados por las partes, pues, conforme al principio «*iura novit curia*», los Jueces y Tribunales no están obligados, al motivar sus sentencias, a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes.

Para el Tribunal Constitucional (Sentencia 85/2000) es preciso distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones, y éstas en sí mismas consideradas. En cuanto a las primeras no sería necesario una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, siendo suficiente una respuesta global o genérica. Siendo así, la Sala considera que no aprecia la incongruencia omisiva, que alega el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso, por cuanto éste manifestó, tras instruirse de la causa, que no formularía demanda distinta a la presentada por el Ayuntamiento. Por otra parte, la Sala considera igualmente que la sentencia impugnada tuvo en cuenta la pretensión del Ministerio Público relativa a la interrupción de la prescripción, aunque no entrara a valorar el fondo del asunto, en la medida en que desestimó la demanda por prescripción.

Tampoco se puede compartir, continúa manifestando la Sala, el efecto interruptivo de la prescripción de las responsabilidades contables que pudiera derivarse de los hechos objeto de este procedimiento, que atribuye el Ministerio Fiscal a la Resolución del Pleno del Ayuntamiento de 3 de junio de 2005, puesto que fue un acto de trámite (de iniciación del procedimiento), que no provocaba indefensión, no decidía sobre el fondo del asunto, ni predefinía en absoluto el contenido de la resolución definitiva. Al respecto, recuerda la Sala que, según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, los actos de trámite no pueden ser impugnados ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de forma autó-

noma o separada del acto administrativo definitivo, circunstancia que se ha producido en este supuesto que nos ocupa y, visto que la Jurisdicción Contenciosa no se ha pronunciado sobre la conservación del acto de trámite del acuerdo de iniciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial ni ha retrotraído a éste las actuaciones, concluye la Sala que no puede apreciar los efectos interruptivos de la prescripción alegados por el Ministerio Fiscal, al considerar que la nulidad declarada afecta a la totalidad del procedimiento cursado.

• **SENTENCIA N.º 8/2018. Recurso de apelación, rollo n.º 17/18, interpuesto contra la Sentencia N.º 13/2017, de 20 de diciembre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance n.º C-7/17, del ramo de Sector Público Local, Ayuntamiento....., Albacete. Ponente: Excma. Sra. D.ª María Antonia Lozano Álvarez.**

Resumen de doctrina: Desestima la Sala el recurso de apelación interpuesto con imposición de costas al apelante.

Comienza exponiendo pormenorizadamente los motivos que sirven de fundamento al recurso formulado y las alegaciones vertidas por el Ministerio Público.

Alega, en primer lugar, el recurrente, que la operación enjuiciada consistía en la construcción de tres cortafuegos no en una compraventa de aprovechamientos forestales. Este planteamiento, manifiesta la Sala, no puede estimarse por cuanto las actividades adicionales de retirada de residuos no pueden considerarse inherentes a la naturaleza del contrato, sino prestaciones diferentes que, en su caso, podrían haberse pactado por separado. Por otra parte, esgrime el recurrente que si se hubiera producido un perjuicio para las arcas públicas se hubieran personado en el procedimiento, tanto la Junta, que era quien tenía encomendada la gestión de los montes, como el Ayuntamiento, que era el titular de los mismos. Este argumento tampoco puede ser atendido, ya que la existencia de un menoscabo en los fondos públicos no deriva de la intervención de unas partes u otras en el proceso, sino de la prueba practicada.

También alega el recurrente que el reintegro debería haberse reclamado, en su caso, a la empresa y no al Alcalde, que no dictó resolución alguna que pudiera dar lugar a su responsabilidad personal. Tampoco este razonamiento es atendido por la Sala ya que la legitimación pasiva en los procedimientos de responsabilidad con-

table está limitada a gestores de fondos públicos, perceptores de subvenciones, causahabientes de los mismos y posibles perjudicados por el proceso, según se desprende del artículo 55.2, en relación con el artículo 49.1, ambos de la LFTCu. Por lo tanto, carece de legitimación pasiva en el presente proceso una empresa privada que ni ha gestionado fondos públicos ni ha percibido subvenciones, como sucede con la adjudicataria del contrato.

Lo que se discute en el presente proceso, sin embargo, no es la competencia del Alcalde para decidir la cesión de los residuos forestales sino el carácter ilegal, gravemente negligente y lesivo para los fondos públicos de dicha decisión. Su participación en los hechos no se ha ajustado a los principios de buena gestión financiera.

Plantea, finalmente, el recurrente que no se cumplen los requisitos legalmente exigidos para la responsabilidad contable pues ni se ha producido menoscabo en los fondos públicos, ni se ha vulnerado ninguna norma reguladora de la actividad económico-financiera del Sector Público, ni concurre en su actuación dolo o negligencia grave, ni existe entre dicha actuación ninguna relación de causalidad con ningún daño a las arcas públicas.

Estas cuestiones, manifiesta la Sala, han sido correctamente examinadas y decididas en la Sentencia de primera instancia.

• **SENTENCIA N.º 9/18. Recurso del artículo 41.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo N.º 22/17. Ramo: Sector Público Local (Ayuntamiento.....) Teruel. Ponente: Excma. Sra. D.ª María Antonia Lozano Álvarez**

Resumen de doctrina: Estima la Sala el recurso interpuesto sin imposición de costas al Ayuntamiento.

La representación procesal del demandante fundamenta su recurso en dos tipos de motivos: vicios de tramitación procedimental y cuestiones de fondo sobre la responsabilidad contable reclamada.

La Sala declara, con carácter previo, y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la inexistencia de una indefensión jurídicamente relevante, ya que no se ha producido un perjuicio real y efectivo para la posición jurídica y los intereses del afectado.

A continuación, examina y rechaza los supuestos vicios de tramitación del expediente puestos de relieve por el demandante, cuales son infracción del deber jurídico de suspender, hasta que la Sala de Justicia resuelva el presente recurso, el procedimiento iniciado por

el Ayuntamiento para el cobro —esta alegación ha perdido su objeto porque el Pleno de la Corporación Local, por Acuerdo de 18 de julio de 2017, resolvió suspender el procedimiento de apremio hasta que el Tribunal de Cuentas dictara Sentencia sobre el fondo del asunto, siguiendo así la recomendación formulada por la Tesorera Municipal en su Informe de 2 de junio de 2017—; inadecuación del procedimiento porque en lugar de tramitarse como un expediente de responsabilidad contable, debería haberse tramitado como un procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial —esta alegación no puede estimarse pues, de acuerdo con los artículos 41.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, en relación con el artículo 1 del Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, las responsabilidades contables no constitutivas de alcance en los fondos públicos pueden declararse en vía administrativa, pero a través del procedimiento especial de exigencia de responsabilidad contable previsto en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio—; vulneración de las garantías del procedimiento ya que no se ha incorporado al nuevo expediente diversa documentación solicitada por el recurrente —constan, sin embargo, en la pieza de instrucción del procedimiento de responsabilidad contable diversas resoluciones, suficientemente motivadas, en las que la Instructora decide qué documentos deben incorporarse al expediente y cuáles resultan innecesarios—; determinados documentos (correos electrónicos, Informe jurídico de la Universidad de Zaragoza y liquidación provisional del Tribunal de Cuentas) fueron incorporados al procedimiento de forma irregular —el recurrente no acredita que el acceso de dichos documentos al expediente contravenga lo previsto en los artículos 7, 9 y 10 del Real Decreto 700/1988, de 1 de julio—; el Ayuntamiento acordó, con fecha 29 de diciembre de 2015, en un mismo acto, la caducidad de un expediente y el inicio de otro nuevo por los mismos hechos, pero sin acordar el archivo del caducado —los argumentos esgrimidos en esta materia no conectan con las causas de nulidad y anulabilidad previstas en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aplicable a los hechos enjuiciados—; vulneración del principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —considera la Sala, sin embargo, que el Acuerdo del Pleno Municipal de 29 de diciembre de 2015 de caducidad de un expediente e inicio de otro se ajusta plenamente a los requisitos jurídicos exigidos—; el procedimiento ha caducado al no haberse fijado el plazo para resolver —la Sala desestima, igualmente, esta alegación por cuanto el plazo de caducidad es de seis meses para los procedimientos de responsabilidad administrativa patrimonial—; ilegalidad del acuerdo de incoación del expediente porque en dicha

resolución no se hace referencia a la petición razonada que ponga de manifiesto las infracciones, requisito exigido en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio —considera la Sala que el expediente de responsabilidad contable tramitado se sustenta en las inspecciones e investigaciones administrativas pertinentes—; vulneración del principio de igualdad y no discriminación —tampoco son estimados por la Sala a la vista de la tramitación de las actuaciones—.

En relación con la posible nulidad del Decreto del Alcalde por el que éste resolvió la recusación de la instructora que había formulado el interesado dentro del procedimiento administrativo de responsabilidad contable, es una alegación que debe ser estimada pues tal pronunciamiento correspondía al Pleno de la Corporación y no a su Alcalde lo que implica también la nulidad de la resolución final del procedimiento, al tratarse de un trámite esencial, por lo que ha de ser estimada la demanda formulada y acordarse la retroacción del procedimiento hasta el momento posterior a la presentación del escrito por el que el demandante formuló la recusación de la instructora.

Por todo ello, la Sala estima el recurso interpuesto sin imposición de costas al Ayuntamiento debido a la existencia de razonables dudas de derecho.

• **SENTENCIA N.º 10/2018. Recurso de apelación n.º 20/18 interpuesto contra la Sentencia 12/2017, de 12 de diciembre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance n.º C-113/16, Sector Público Local (Ayuntamiento.....), Asturias. Ponente: Excmo. Sr. D. Felipe García Ortiz.**

Resumen de doctrina: Desestima la Sala el recurso de apelación interpuesto, con imposición de costas a los apelantes.

Expone, en primer término, los distintos argumentos esgrimidos por las partes y analiza la procedencia de inadmitir el recurso, conforme a lo solicitado por la representación procesal de la Fundación, concluyendo que el artículo 80.2 de la LFTCu afirma sin paliativos que «*Contra las sentencias pronunciadas por los Consejeros de Cuentas en primera instancia cabrá recurso de apelación*». La remisión que hace la LFTCu al régimen regulador de la apelación contencioso-administrativa sólo se refiere a los trámites por los que debe discurrir el recurso de apelación contable. Por ello, no cabe inadmitir el recurso de apelación formulado por los actores públicos al haberse interpuesto en tiempo y forma.

Entra la Sala a continuación a conocer de los motivos de fondo y en relación con la falta de motivación que vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que produzca la nulidad de pleno derecho que se alega en el escrito de recurso, considera que el Consejero de instancia ha motivado a través de la correspondiente relación de hechos probados y fundamentos de derecho, el pronunciamiento sobre condena en costas basado en el criterio del vencimiento objetivo, conforme al artículo 394.1 LEC.

En relación con la pretensión subsidiaria de que existen razones de hecho y de derecho que implican la no imposición de costas en el presente procedimiento, la Sala comparte el criterio manifestado por el órgano *a quo* ya que no estima que las argumentaciones planteadas por la representación de los actores públicos en su escrito de recurso —que la acción pública se ejercitó en virtud de un Informe de la Intervención Municipal del Ayuntamiento en el que se ponían de manifiesto numerosas irregularidades; que los recurrentes han actuado conforme con la posición mantenida por el Ministerio Fiscal; y que se han producido limitaciones al ejercicio de la acción pública— pudieran ser consideradas como serias dudas de hecho o de derecho para la resolución del asunto.

Por último, en relación con la petición de que se fije una cantidad máxima por costas de este procedimiento de 4.000 €, en aplicación del apartado 3.º del artículo 139 de la LJCA no es estimada por la Sala porque no cabe la aplicación supletoria del artículo 139 de la LJCA, sino la directa del artículo 394 de la LEC.

Respecto a las costas causadas en segunda instancia, procede su imposición a los impugnantes, por haber sido desestimado totalmente el recurso interpuesto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA. No obstante, por la limitación del objeto del recurso, la imposición de las costas se realiza hasta una cifra máxima de 2.000 €, conforme a lo previsto en el apartado 4 del precitado artículo 139.

• **SENTENCIA N.º 11/2018. Recurso de apelación n.º 50/17, interpuesto contra la Sentencia n.º 9/2017, de 13 de julio de 2017, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance n.º A-350/15, del ramo de Sector Público Local (Ayuntamiento.....), NAVARRA. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano.**

Resumen de doctrina: Desestima la Sala el recurso de apelación interpuesto sin imposición de costas.

Rechaza la pretensión de indefensión que el apelante alega a consecuencia de la admisión, por el órgano jurisdiccional de instancia, de la prueba propuesta por el ahora apelado, afirmando que dicha admisión fue adecuadamente razonada.

Desestima la falta de legitimación pasiva alegada por la Concejal apelada afirmando, tras examinar la doctrina de la Sala que, si bien no concurre dicha legitimación pasiva en la apelada en cuanto firmante de la autorización de la percepción de dietas por otros concejales por concebirse esta actuación como el mero cumplimiento de la obligación administrativa de firmar, sí ostenta dicha legitimación en cuanto perceptora de las mencionadas dietas, concurriendo en este caso la obligación de justificar.

Rechaza, asimismo, que se haya producido un ejercicio abusivo de la acción pública determinante de su nulidad, afirmando haber sido ésta correctamente ejercitada y recordando para ello el principio *pro actione*, como derecho de acceder a la jurisdicción y obtener una resolución de los tribunales.

Desestima igualmente la pretensión de que la Sala declare, como cuestión prejudicial, la nulidad del sistema de dietas de la citada corporación, ya que un posible pronunciamiento acerca de la nulidad de un acto administrativo es competencia exclusiva del orden jurisdiccional de dicha naturaleza.

En cuanto a las cuestiones de índole material, la posible responsabilidad contable derivada de la percepción de dietas por parte de la Concejal apelada, analiza en primer lugar la Sala, la legislación aplicable al caso en cuanto que su infracción constituye un elemento determinante de dicha responsabilidad. Se refiere, seguidamente, al concepto jurisprudencial de indemnización, tanto procedente del Tribunal Supremo como de la propia Sala, analizando a continuación, la práctica efectivamente llevada cabo por la Ayuntamiento en cuanto a la percepción de las citadas dietas.

Afirma que no corresponde a la Jurisdicción Contable realizar una valoración de legalidad del sistema municipal de devengo y justificación de las dietas pero sí relativa a su idoneidad o falta de ella para garantizar una gestión eficiente y un control adecuado de estas. Recuerda, asimismo, que en el ámbito de la presente jurisdicción, es aplicable el principio civil de la carga de la prueba en virtud del cual corresponde, a la ahora apelante, probar la existencia de la obligación de indemnizar los daños derivados de la existencia del pretendido alcance (y por ende la prueba de la existencia de la

referida responsabilidad), correspondiendo a la ahora apelada probar los hechos que obstaren a la existencia de dicha obligación (y por ende la prueba de inexistencia de dicha responsabilidad).

Conforme a la prueba practicada y discrepando del criterio mantenido por la sentencia de instancia, entiende la Sala que efectivamente se ha producido daño o menoscabo en los caudales públicos por no encontrarse debidamente justificada la percepción de las mencionadas dietas por parte de la apelada, en particular en lo relativo a las fechas de las reuniones que daban derecho a las mismas.

Afirma que la obligación de justificación documental se desprende del propio Reglamento Orgánico del Ayuntamiento, no pudiendo oponerse a la declaración de existencia del daño el hecho de que la insuficiente justificación fuera el modo de proceder habitual de la propia corporación. Entiende que otros concejales sí aportaban documentación suficiente para entender convenientemente justificada la percepción de las mencionadas dietas y en ningún caso puede entenderse esta pretendida costumbre, preferente frente a las fuentes escritas del ordenamiento.

Afirma la Sala que, junto con el daño, han de concurrir los demás requisitos requeridos jurisprudencialmente para poder apreciar la existencia de responsabilidad contable, no concurriendo en este caso el dolo o culpa grave, al tratarse de culpa leve, ni el nexo causal, por no existir relación directa, completa e inmediata entre la actuación y el daño.

2.2. Autos

• **AUTO N.º 13/2018. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, n.º 5/18, Actuaciones Previa n.º 84/17, SECTOR PÚBLICO LOCAL (Ayuntamiento.....), Las PALMAS. Ponente: Excmo. Sr. D. Felipe García Ortiz.**

Resumen de doctrina: La Sala desestima el recurso interpuesto sin imposición costas al recurrente.

Comienza poniendo de manifiesto la naturaleza y finalidad de las Actuaciones Previa, así como el carácter y objeto del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu y continúa refiriéndose a los motivos alegados por el recurrente —que se deje sin efecto el embargo de bienes y derechos hasta que se resuelvan las solicitudes de suspensión y de aplazamiento de pago—.

Destaca la Sala su doctrina reiterada (entre otros, Autos 21/2013, de 4 de diciembre, y 17/2014, de 28 de octubre), a propósito de que la interposición del recurso sustanciado al amparo del artículo 48 de la LFTCu carece de efectos suspensivos, salvo que se produzcan supuestos excepcionales, que la Sala considera que no se dan en el presente caso. Y es que el embargo preventivo decretado por la Providencia recurrida es la consecuencia jurídica que el legislador ha impuesto para aquellos casos en los que aparezca un posible alcance y un presunto responsable contable del mismo, siendo, no obstante, una medida cautelar que no traba de forma definitiva el patrimonio del presunto responsable sino, únicamente, hasta que el proceso jurisdiccional que, en su caso, se incoe, concluya mediante la pertinente resolución firme. Por otra parte, continúa argumentando la Sala, el recurrente no ha aportado razonamiento alguno relacionado con una posible indefensión sufrida que pudiera aconsejar acceder a la suspensión de la Providencia impugnada.

Con independencia de lo expuesto, señala la Sala que el recurso interpuesto ha quedado desprovisto de fundamento, al haber resuelto esta Sala, por Auto anterior, todas las pretensiones formuladas.

Por último, en cuanto a la petición subsidiaria de revisión de oficio de la Providencia de embargo, hay que destacar que la revisión de oficio está regulada en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), como uno de los medios de control de los actos dictados en los procedimientos administrativos. Sin embargo, las Actuaciones Previas a la iniciación de un procedimiento jurisdiccional, dada su naturaleza, por cuanto sirven de soporte a aquélla, han sido concebidas por el Tribunal Constitucional (STC 18/1991, de 31 de enero), como preparatorias y directamente orientadas al enjuiciamiento y, en su caso, exigencia de responsabilidad. Desde este punto de vista habrá de ser el Consejero de Cuentas, como órgano de la primera instancia de la jurisdicción contable quien decida sobre el fondo del asunto y, por ende, sobre la existencia o inexistencia de responsabilidad contable y demás cuestiones que se le planteen.

Por lo expuesto, no cabe proceder a la revisión de oficio contemplada en la LPACAP, pues no existe base legal que permita, ni siquiera por la vía de supletoriedad, como ha venido reiterando esta Sala (entre otros, Auto 21/2013, de 4 de diciembre), la aplicación a las Actuaciones Previas de la Ley de Procedimiento Administrativo.

• **AUTO N.º 14/2018. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril, N.º 6/18, Actuaciones Previas N.º 281/16, del ramo de Sector Público Local, Ayuntamiento....., Madrid. Ponente: Excm. Sra. D.ª María Antonia Lozano Álvarez.**

Resumen de doctrina: La Sala desestima los recursos interpuestos sin imposición costas.

Analiza los distintos motivos de apelación esgrimidos por los recurrentes. En cuanto a la petición de suspensión la desestima, toda vez que «*la interposición del recurso al que se refiere el artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, no tiene carácter suspensivo salvo que concurren circunstancias excepcionales*» (Auto de la Sala de 23 de febrero de 1995), las cuales no concurren en este caso. En cuanto a la petición de archivo de actuaciones manifiesta la Sala que no cabe decretarlo ni por la Delegada Instructora en las Actuaciones Previas ni por esta Sala a través del presente recurso, ya que es una competencia atribuida a los Consejeros de Cuentas en la fase de primera instancia (Auto de 3 de febrero de 2005). En cuanto a la posibilidad de articular un incidente de nulidad de actuaciones de los artículos 241.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 64.2 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, manifiesta que no es posible a través de un medio de impugnación especial y limitado como es el previsto en el artículo 48 de la LFTCu, ya que los aludidos preceptos resultan de aplicación a la instancia jurisdiccional.

También desestima la Sala las alegaciones de los recurrentes que afectan al fondo del asunto, cuales son la intervención de éstos en los hechos examinados; si cabe apreciar o no en su conducta los requisitos de la responsabilidad contable por alcance previstos en el artículo 38 de la L.O 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y en el artículo 49 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del mismo; la cuantía de dicho posible alcance; y la legitimación pasiva en la primera instancia.

En relación con la alegación relativa al hecho de que el embargo es una medida en exceso gravosa para una de las recurrentes y la relativa a la situación de concurso de acreedores de la entidad mercantil, manifiesta la Sala que no tienen relación con los dos motivos tasados que podrían hacer prosperar el presente recurso: indefensión o denegación injustificada de diligencias de averiguación.

En cuanto al motivo de impugnación relativo a que las alegaciones de una de las recurrentes no fueron examinadas y respondidas por la Delegada Instructora, manifiesta la Sala que tal

circunstancia, en caso de haber ocurrido, habría generado indefensión. Sin embargo, en las Actuaciones Previas consta acreditado que la Delegada Instructora examinó y dio respuesta a las alegaciones planteadas.

Por último, pone de manifiesto la Sala en relación con la supuesta falta de conocimiento del procedimiento hasta la citación a la Liquidación Provisional, que hasta ese momento no cabe comunicar las diligencias practicadas ni dar posible recurso contra las mismas, ya que no existen aún interesados identificados en el procedimiento (Auto de 4 de junio de 2003) y en relación con los principios de contradicción y audiencia bilateral, que no resultan aplicables a la fase instructora de los procedimientos de reintegro por alcance. En cuanto a la pretendida nulidad de actuaciones porque se ha prescindido de las formas esenciales del procedimiento tampoco puede ser estimada, ya que de lo actuado se desprende que se han cumplido debidamente todos los trámites previstos para las Actuaciones Previas en el artículo 47 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

• **AUTO N.º 15/2018. Recurso de apelación n.º 8/18, contra el Auto de 16 de octubre de 2017, dictado en el Procedimiento de Reintegro por Alcance n.º A 346/16, Ramo Sector Público Autonómico (Consejería.....), Región de Murcia. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano.**

Resumen de doctrina: Desestima la Sala los recursos de apelación interpuestos sin imposición de costas.

Con carácter previo al enjuiciamiento de las cuestiones planteadas por las partes recurrentes, la Sala expone el *iter* procedimental del que trae causa la presente apelación hasta finalizar en el Auto objeto de esta impugnación acordando no incoar el procedimiento de reintegro por alcance.

Y tras su análisis, constata que la Consejera de Cuentas de instancia ha respetado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), así como el principio «*favor actionis*» o «*pro actione*», dentro de los límites que ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aplicando normas supletorias de procedimiento, con el fin de tratar de asegurar las posibilidades de ejercitar la acción de responsabilidad contable, accediendo a suspender el procedimiento en todas las ocasiones en que, tanto el Ministerio Fiscal como la representación Letrada de la Comunidad Autónoma —demandante en autos— así lo solicitaron expresamente (artículo

lo 19.4 de la LEC, como precepto supletorio de segundo grado), al evacuar el traslado del trámite de audiencia concedido, al amparo del artículo 68.1 «*in fine*» de la LFTCu (en los términos prevenidos en el artículo 55 de la LJCA, al que la norma remite).

Solo cuando las partes optaron por no realizar alegaciones de ningún tipo, el órgano juzgador de primera instancia pasó a aplicar la norma supletoria de primer grado específica, a la que obligan las normas procesales especiales en el ámbito contable contenidas, tanto en la LOTCu (Disposición Final Segunda, 2 «*in fine*»), como en la LFTCu (artículo 68.1 «*in fine*»). Concluye la Sala que una paralización indefinida del procedimiento colisionaría con el derecho a un procedimiento público sin dilaciones indebidas, con todas las garantías que, asimismo, es recogido por el artículo 24 de la CE, en su apartado 2, así como con el principio de contradicción, regido por el de igualdad de las partes. Por tanto, la Juzgadora «*a quo*» aplicó correctamente las normas procesales aplicables en contra de lo mantenido por las partes apelantes.

En relación con las costas causadas en esta instancia, procedería su imposición a la parte apelante, sin embargo, estima la Sala que, dada la complejidad jurídica de las cuestiones debatidas, se justifica la no imposición de las mismas.

• **AUTO N.º 16/2018. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 n.º 10/18, Actuaciones Previas n.º 264/16. Ramo: Sector Público Local (Ayto.....), CIUDAD REAL. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano.**

Resumen de doctrina: La Sala desestima el recurso interpuesto sin imposición de costas al recurrente.

Tras exponer los planteamientos jurídicos realizados por cada una de las partes, la Sala recuerda, con carácter previo, la naturaleza jurídica del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, naturaleza jurídica que unos constantes criterios doctrinales de esta Sala de Justicia, han calificado como un medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia. Los motivos de este recurso no pueden ser otros que los establecidos taxativamente por la ley, es decir, que «*no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaran o que se causare indefensión*».

A este respecto, para apreciar la existencia de indefensión, acorde con la doctrina constitucional que se acaba de transcribir, se exige, en relación con la tutela judicial efectiva que proclama el men-

cionado artículo 24 de la Constitución, que se haya producido un perjuicio real y efectivo para la posición jurídica y los intereses de los afectados.

En aplicación de todo lo que antecede la Sala manifiesta rechazar de plano todos los argumentos esgrimidos por el recurrente en su escrito de recurso. Y es que los alegatos de éste referidos a mantener que no se dan, acumulativamente, los requisitos, legal y jurisprudencialmente establecidos para declarar la existencia de responsabilidad contable por alcance, y que, en todo caso, debería extenderse la responsabilidad económica y personal de los hechos sometidos a investigación por el Órgano Instructor, con carácter solidario, a otras personas que el recurrente identifica, constituyen cuestiones de fondo que no pueden ser resueltas en este excepcional trámite de recurso.

En relación con la supuesta indefensión ocasionada por los defectos formales habidos respecto a la práctica de determinadas diligencias de investigación de las que no se dio traslado al recurrente la Sala considera que ha resultado acreditado que no se limitó su participación durante la instrucción de las Actuaciones Previas, ni fue preterido en ningún trámite esencial, ni se le impidió completar las diligencias con los extremos que tuvo por conveniente, teniendo en cuenta que las diligencias de investigación que señala en su escrito, podrán ser instadas válidamente, como propuesta de prueba, dentro del procedimiento declarativo que proceda, ante el Órgano de enjuiciamiento Contable, con independencia de que el mismo pueda legítimamente discrepar de la medida de aseguramiento adoptada, a través de la Providencia impugnada, debiendo afirmarse que el Órgano Instructor se limitó a dar estricto cumplimiento a las previsiones legales establecidas.

• **AUTO N.º 17/2018. Recurso n.º 12/18, interpuesto, al amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, contra la Providencia de embargo, de fecha 20 de febrero de 2017, dictada en las Actuaciones Previas n.º 234/11, Comunidades Autónomas (Consejería.....), Andalucía. Ponente: Excmo. Sr. D. Felipe García Ortiz.**

Resumen de doctrina: La Sala desestima el recurso interpuesto sin imposición de costas al recurrente.

Con carácter previo al análisis de las pretensiones planteadas por el recurrente, expone la Sala la naturaleza jurídica del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu, que una doctrina constante de

esta Sala ha calificado como un medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia (por todos, Autos 4/2011, de 23 de marzo, y 19/14, de 3 de diciembre). De ahí que los motivos de impugnación no puedan ser otros que los taxativamente establecidos en la Ley, es decir que «no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaran» o que «se causare indefensión». Conviene recordar, además, que las Actuaciones Previas tienen carácter preparatorio del ulterior proceso jurisdiccional contable, y en el caso de que de las actuaciones llevadas a cabo se desprendieran indicios de responsabilidad contable, es obligado cuantificar de manera previa y provisional el perjuicio ocasionado en los caudales públicos, procediendo, seguidamente, a adoptar las medidas cautelares de aseguramiento que sean necesarias para garantizar los derechos de la Hacienda Pública que pudieran haberse menoscabado.

Indica la Sala que las pretensiones planteadas no se ajustan, en modo alguno, a los condicionantes del artículo 48 de la LFTCu, es más, el impugnante ni siquiera alega motivo alguno por el que no se pudiera proceder al embargo de sus bienes o derechos, sino que vuelve a reiterar las alegaciones formuladas en los recursos interpuestos en su día contra la Liquidación Provisional y contra la Providencia de denegación de diligencias.

En cuanto a la exclusión del recurrente como presunto responsable en las Actuaciones Previas practicadas con base en que no aparece en el Informe del Director General de Relaciones Laborales de la Junta hay que considerar que el Delegado Instructor, por imperativo del artículo 47.1, apartado c) de la LFTCu, tras las investigaciones realizadas, ha considerado presunto responsable, entre otros, al mencionado recurrente, pero esta presunción de responsabilidad es previa y provisional. Será en el correspondiente procedimiento jurisdiccional que, en su caso, se incoe, donde se constituirá la oportuna relación jurídico-procesal.

En relación con el embargo preventivo la Sala señala que, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, está concebido como una medida para asegurar, con carácter cautelar o precautorio, el posible cumplimiento del pago o realización del valor de una obligación por el deudor en favor del acreedor, sin que presuponga una presunción de culpabilidad, ni quebrante la presunción de inocencia, ni quiebre la tutela judicial efectiva. Por tanto, una vez practicada la Liquidación Provisional del alcance, que fue confirmada por Auto posterior de esta Sala en el que figura como res-

ponsable contable del alcance, entre otros, el recurrente, y efectuado el requerimiento sin que fuera atendido, al Delegado Instructor no le cabía otra cosa que efectuar el embargo preventivo de sus bienes y derechos.

Por último, indica la Sala que en la fase de Actuaciones Previas no cabe el archivo y sobreseimiento que pretende la representación del recurrente, al poder ser acordados sólo en primera instancia.

• **AUTO N.º 18/2018. Recurso N.º 13/18 del Art. 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, Actuaciones Previas n.º 84/1. Ramo: Sector Público Local, Ayuntamiento....., Las Palmas. Ponente: Excma. Sra. D.ª Margarita Mariscal de Gante y Mirón.**

Resumen de doctrina: La Sala desestima los recursos interpuestos sin imposición costas al recurrente.

Analiza la Sala los distintos motivos de apelación esgrimidos por el recurrente —los embargos acordados por las resoluciones recurridas resultan contrarios a Derecho, al haberse dictado dichas resoluciones antes de que se resolviera expresamente sobre los recursos y peticiones de suspensión, de aplazamiento y de revisión de oficio—. Y concluye que no son contrarios a Derecho, ya que ninguno de los recursos ni solicitudes formuladas tiene efecto suspensivo ni constituye obstáculo legal para acordar las medidas previstas en el artículo 47.1.g) de la LFTCu. Es más, el órgano instructor tiene el deber de acordar dichos embargos una vez constatada la concurrencia de las circunstancias previstas en el citado artículo. Lo anterior no priva de virtualidad a los recursos y solicitudes que, al tiempo de acordarse los embargos, estuvieran pendientes de decisión, ya que si las resoluciones que posteriormente recayeran en dichos recursos o solicitudes resultaran incompatibles con el mantenimiento de los embargos, las propias resoluciones podrían acordar dejar sin efecto los que se hubiesen acordado.

En cuanto a los dos últimos motivos de impugnación alegados referidos a la infracción del artículo 47.4 de la LFTCu, al haberse dictado las resoluciones de embargo fuera del plazo previsto en dicho precepto, y a la infracción del artículo 75 de Reglamento General de Recaudación, por no haberse valorado, al acordar cada uno de los embargos impugnados, la suficiencia de los demás embargos, concluye, igualmente, la Sala, que tampoco pueden prosperar. En primer lugar, porque se basan en pretendidas infracciones legales que se atribuyen a las resoluciones impugnadas que

exceden de los motivos tasados por los que puede interponerse el recurso del artículo 48.1 de la LFTCu. En segundo lugar, tampoco cabe apreciar que se hayan producido las infracciones denunciadas. En cuanto al plazo de dos meses establecido en el artículo 47.4 de la LFTCu, es doctrina consolidada de esta Sala de Justicia que dicho plazo tiene un carácter meramente orientativo y su incumplimiento no puede ser determinante de la caducidad del trámite ni del procedimiento. Por otro lado, el artículo 75 del Reglamento General de Recaudación condiciona la procedencia de los embargos a «que no se hubiese pagado la deuda por la ejecución de garantías o fuese previsible de forma motivada que de dicha ejecución no resultará líquido suficiente para cubrir la deuda», circunstancias que concurren en el presente caso.

Por último, manifiesta la Sala que ninguna norma exige a la autoridad que ordena un embargo realizar valoraciones ni comprobaciones previas sobre la suficiencia de los embargos que ya estuviesen trabados, aunque nada impide que el sujeto pasivo pueda pedir la reducción de los mismos.

• **AUTO N.º 19/2018. Recursos del art. 48.1 de la Ley 7/88, n.º 16/18, interpuestos contra la Providencia de 19 de marzo de 2018, dictada en las Actuaciones Previas n.º 281/2016, de Sector Público Local (Ayto.....), Madrid. Ponente: Excma. Sra. D.ª Margarita Mariscal de Gante y Mirón.**

Resumen de doctrina: La Sala desestima los recursos interpuestos sin imposición de costas a los recurrentes.

Comienza exponiendo las alegaciones vertidas por éstos en sus respectivos escritos y, tras su análisis, concluye que deben ser desestimadas.

En primer lugar, en cuanto a la petición de nulidad de actuaciones planteada por la representación procesal de la mercantil mediante escrito de fecha 16 de febrero de 2018, debe advertirse que dicha petición ya ha sido resuelta mediante Auto de la Sala de Justicia de fecha 30 de mayo de 2018.

Y, en cuanto a las demás peticiones contenidas tanto en el recurso de la mercantil, como en el de la otra recurrente, deben ser desestimadas por carencia sobrevenida de objeto.

Con fecha 13 de abril de 2018 la Delegada Instructora de las actuaciones previas dictó Providencia, que dejaba sin efecto la an-

terior Providencia de 19 de marzo de 2018, al entender que se había producido un «error material» en ésta, advertido al tener conocimiento de los recursos interpuestos.

Mediante estas decisiones de la Delegada Instructora, concluye la Sala, resulta satisfecho el interés de las partes recurrentes.

• **AUTO N.º 20/2018. Recursos del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, rollo n.º 21/18. Actuación Previa n.º 281/16. Ramo: SECTOR PÚBLICO LOCAL (Ayuntamiento.....) MADRID. Ponente: Excmo. Sr. D. Felipe García Ortiz**

Resumen de doctrina: La Sala desestima un recurso e inadmite otro sin imposición de costas a los recurrentes.

Comienza con una exposición pormenorizada de las alegaciones vertidas por los intervinientes en las actuaciones.

A continuación, y con carácter previo a la resolución de los recursos, alude a la naturaleza jurídica de las Actuaciones Previas —preparatorias de la vía jurisdiccional— así como al carácter y objeto del recurso del artículo 48.1 de la LFTCu —cuyos únicos motivos de interposición es que no se accediere a completar las diligencias de averiguación con los extremos que los comparecidos señalaren o que se hubiere ocasionado indefensión—.

En relación con uno de los recursos interpuestos, manifiesta la Sala que, al plasmarse, en el Acta de Liquidación Provisional la responsabilidad contable directa de éste, entre otros, la naturaleza de dicha responsabilidad no puede ser otra que solidaria, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 38.3 de la LOTCu y en aplicación de la misma se dictan los Proveídos por la Delegada Instructora.

Tampoco comparte la Sala la argumentación planteada de que el embargo preventivo de los bienes que ordena la resolución impugnada es improcedente porque los practicados sobre bienes de los responsables contables directos cubran suficientemente las eventuales responsabilidades porque el responsable solidario tiene la obligación de resarcir la totalidad de lo reclamado pese a que existan otros deudores. La Providencia de embargo dictada por la Delegada Instructora, objeto del recurso interpuesto, es conforme a derecho.

Para terminar de resolver el recurso la Sala analiza la afirmación de que el bien embargado no pertenece al recurrente sino a una persona que no es parte en el proceso —que es cónyuge del ante-

rior— y, tras el examen de la documentación aportada, la Sala ratifica el embargo preventivo ordenado por la resolución recurrida porque todas las actuaciones practicadas por la Delegada Instructora se realizaron cuando el bien en litigio era propiedad, con el 100% de pleno dominio, con carácter ganancial, del ahora recurrente y su cónyuge, y ello con independencia del posible fraude y alzamiento de bienes que se hubiera podido originar, cuestiones ambas que exceden del ámbito de esta Jurisdicción Contable.

Por lo que respecta al ofrecimiento de bienes que se realiza en el escrito de recurso la Sala manifiesta la pertinencia de solicitar al Consejero de instancia la modificación de medidas cautelares a tenor de lo dispuesto en el artículo 743 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

En cuanto al recurso interpuesto por la representación de la otra parte recurrente, la Sala lo inadmite porque no es parte en el procedimiento de reintegro por alcance turnado, ni ha intervenido, en modo alguno, en las Actuaciones Previas n.º 281/16, objeto de este rollo. La diligencia de embargo contenida en la resolución recurrida se notificó a la recurrente en cumplimiento de lo establecido legalmente y por tener la consideración de ganancial el bien embargado y ello no genera indefensión alguna, ya que podría interponer ulteriormente una tercería de dominio, *ex* artículo 595 de la LEC.

• **AUTO N.º 21/2018. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 n.º 1/18, Actuaciones Previas n.º 234/11. Ramo: CC.AA. (C.ª de), ANDALUCÍA. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano.**

Resumen de doctrina: Se desestima el recurso interpuesto contra la Providencia de requerimiento de pago de 20 de diciembre de 2017, sin imposición de costas.

La Sala se refiere, en primer lugar, a la naturaleza jurídica del recurso, afirmando que se trata de un medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia configurado como mecanismo de revisión de las resoluciones adoptadas en fase de Actuaciones Previas. Indica, en cuanto a sus motivos que, tal y como afirma reiterada doctrina de esta Sala, únicamente habrán de ser los que taxativamente determine la ley, es decir, que no se hubiera accedido a completar las diligencias en los extremos que los comparecidos señalaren o se hubiere causado indefensión. No corresponde a la Sala por vía del presente recurso, conocer del fondo del

asunto, pues ello no solo supondría desbordar el ámbito objetivo del mismo sino también invadir el ámbito competencial de los Consejeros de Cuentas como órganos de primera instancia.

Analiza brevemente el concepto jurisprudencial de indefensión sostenido por el Tribunal Constitucional y por la propia doctrina de la Sala, afirmando que su apreciación exige la existencia de un perjuicio real y efectivo para la posición jurídica y los intereses de los afectados que no se ha producido en el presente caso.

Asimismo manifiesta, en relación con la alegación del recurrente por la que sostiene la existencia de una supuesta falsificación de la documentación atinente a los hechos investigados, que se trata de una cuestión directamente relacionada con el fondo del asunto y necesitada de una adecuada actividad probatoria en el seno del ulterior procedimiento jurisdiccional que pudiera incoarse, no correspondiendo a la Sala, por vía de este recurso, conocer de ella ni mucho menos valorar las pruebas que han de resultar procedentes.

• **AUTO N.º 22 /2018. Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988 n.º 19/18, Actuaciones Previas n.º 234/11. Ramo: CC.AA. (C.ª), ANDALUCÍA. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano.**

Resumen de doctrina: Se desestima el recurso interpuesto contra la Providencia de embargo de 19 de abril de 2018, sin imposición de costas.

Se refiere la Sala, en primer lugar, a la naturaleza jurídica del recurso, afirmando que se trata de un medio de impugnación especial y sumario por razón de la materia configurado como mecanismo de revisión de las resoluciones adoptadas en fase de Actuaciones Previas. Indica, en cuanto a sus motivos, que únicamente habrán de ser los que taxativamente determine la ley, es decir, que no se hubiere accedido a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalen o se hubiere causado indefensión. Señala que no corresponde a la Sala, por vía del presente recurso, conocer del fondo del asunto, pues ello no solo supondría desbordar el ámbito objetivo del mismo sino también invadir el ámbito competencial de los Consejeros de Cuentas como órganos de primera instancia.

En cuanto a la alegación del recurrente mediante la que manifiesta ser errónea la relación de determinados pagos sobre los cuales se decretó el embargo, afirma que es una cuestión que incide

directamente sobre el fondo del asunto y necesitada de una adecuada actividad probatoria, no correspondiendo, por tanto, a la Sala, por vía del presente recurso, conocer de ella ni valorar los medios de prueba que hayan de ser procedentes.

No aprecia indefensión en el presente caso pues en ningún momento se limitó la participación del recurrente en la instrucción, ni fue preterido en ningún trámite esencial.

Indica, asimismo, que todo ello es compatible con el hecho de que la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas imponga al Delegado Instructor la obligación de practicar las diligencias del artículo 47 con la finalidad de analizar las acciones u omisiones constitutivas de responsabilidad contable *prima facie*, pero sin que la instrucción pueda suponer un mecanismo de enjuiciamiento anticipado o paralelo de esa responsabilidad, pues ello supondría una extralimitación de las facultades del citado órgano. Indica en este sentido, que el embargo decretado por el Delegado Instructor del sueldo del recurrente no constituye sino una medida cautelar contenida en el artículo 47.1.g tendente al aseguramiento de las posibles responsabilidades contables que posteriormente pudieran ser declaradas en el correspondiente procedimiento.

3. FISCALIZACIONES

RESOLUCIÓN de 21 de marzo de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación de las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas sin órgano de control externo propio, ejercicios 2014 y 2015. (BOE n.º 120, de 17 de mayo de 2018)

RESOLUCIÓN de 21 de marzo de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la Universidad de La Rioja, ejercicio 2015. (BOE n.º 120, de 17 de mayo de 2018)

RESOLUCIÓN de 21 de marzo de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la Universidad de Cantabria, ejercicio 2015. (BOE n.º 120, de 17 de mayo de 2018)

RESOLUCIÓN de 21 de marzo de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en

relación con el Informe de fiscalización de la Universidad de Murcia, ejercicio 2015. (BOE n.º 120, de 17 de mayo de 2018)

RESOLUCIÓN de 21 de marzo de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la Universidad de Castilla-La Mancha, ejercicio 2015. (BOE n.º 120, de 17 de mayo de 2018)

RESOLUCIÓN de 21 de marzo de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la Universidad Politécnica de Cartagena, ejercicio 2015. (BOE n.º 120, de 17 de mayo de 2018)

RESOLUCIÓN de 21 de marzo de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización del cumplimiento de las recomendaciones realizadas por el Tribunal de Cuentas en el informe de fiscalización del Ayuntamiento de Castro Urdiales. (BOE n.º 120, de 17 de mayo de 2018)

RESOLUCIÓN de 21 de marzo de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización del desarrollo, mantenimiento y gestión del Tranvía de Jaén. (BOE n.º 120, de 17 de mayo de 2018)

RESOLUCIÓN de 21 de marzo de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización sobre rendición de cuentas de las entidades locales, ejercicio 2015, con especial atención a entidades con incumplimientos reiterados de dicha obligación. (BOE n.º 120, de 17 de mayo de 2018)

RESOLUCIÓN de 21 de marzo de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la Universidad de Extremadura, ejercicio 2015. (BOE n.º 120, de 17 de mayo de 2018)

RESOLUCIÓN de 24 de abril de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación del Museo Nacional del Prado, del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, y de la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza, ejercicios 2015 y 2016. (BOE n.º 149, de 20 de junio de 2018)

RESOLUCIÓN de 24 de abril de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la situación a 31 de diciembre de 2016, de las actuaciones realizadas por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA, relativas al Servicio Postal Universal. (BOE n.º 149, de 20 de junio de 2018)

RESOLUCIÓN de 24 de abril de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización sobre los acuerdos y resoluciones contrarios a reparos formulados por los interventores locales y las anomalías detectadas en materia de ingresos, así como sobre los acuerdos adoptados con omisión del trámite de fiscalización previa, ejercicios 2014 y 2015, en coordinación con los órganos de control externo de las comunidades autónomas. (BOE n.º 149, de 20 de junio de 2018)

RESOLUCIÓN de 24 de abril de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la Moción sobre la reducción del plazo legal de rendición de la Cuenta General del Estado. (BOE n.º 149, de 20 de junio de 2018)

RESOLUCIÓN de 9 de mayo de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, ejercicios 2015 y 2016. (BOE n.º 168, de 12 de julio de 2018)

RESOLUCIÓN de 9 de mayo de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de las actuaciones de Enusa Industrias Avanzadas, S.A., relacionadas con la protección del medioambiente, ejercicio 2013 y actualización de la situación a 31 de diciembre de 2016. (BOE n.º 168, de 12 de julio de 2018)

RESOLUCIÓN de 9 de mayo de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de los procedimientos de gestión y control de los deudores por prestaciones de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, ejercicio 2015. (BOE n.º 168, de 12 de julio de 2018)

RESOLUCIÓN de 9 de mayo de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización del Consorcio Casa África, ejercicios 2014 y 2015 (BOE n.º 168, de 12 de julio de 2018)

RESOLUCIÓN de 9 de mayo de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización del Consorcio Público Casa del Mediterráneo, ejercicios 2014 y 2015. (BOE n.º 168, de 12 de julio de 2018)

RESOLUCIÓN de 9 de mayo de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización del patrimonio inmobiliario de las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares, periodo 2014-2015. (BOE n.º 168, de 12 de julio de 2018)

RESOLUCIÓN de 9 de mayo de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización del seguimiento de las recomendaciones contenidas en informes aprobados en el periodo 2013-2015 relativos al área político-administrativa del Estado. (BOE n.º 168, de 12 de julio de 2018)

RESOLUCIÓN de 25 de junio de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la actividad crediticia del Instituto de Crédito Oficial, ejercicio 2016. (BOE n.º 196, de 14 de agosto de 2018)

RESOLUCIÓN de 25 de junio de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la gestión y control de las prestaciones asumidas por las empresas que colaboran voluntariamente con la Seguridad Social, ejercicio 2015. (BOE n.º 196, de 14 de agosto de 2018)

RESOLUCIÓN de 25 de junio de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización del cumplimiento de las recomendaciones realizadas por el Tribunal de Cuentas en el informe de fiscalización del Ayuntamiento de Guadalajara. (BOE n.º 196, de 14 de agosto de 2018)

RESOLUCIÓN de 25 de junio de 2018, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización del grado de cumplimiento de los planes para la corrección de los desequilibrios financieros vigentes en 2014 y de los efectos de su aplicación en la estabilidad presupuestaria por los ayuntamientos con población entre 75.000 y 150.000 habitantes. (BOE n.º 196, de 14 de agosto de 2018)

PUBLICACIONES



SEIJAS QUINTANA, José Antonio; SALAS CARCELLER, Antonio; SUÁREZ ROBLEDANO, José Manuel y MARTÍN DEL PESO GARCÍA, Rafael: «Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentarios, concordancias, jurisprudencia, legislación complementaria e índice analítico». 21.ª Edición 2018. Colex Reader; 2018, 1481 páginas.

Este libro es mucho más que lo que se viene definiendo en el argot profesional como «una legislación comentada», es un auténtico tratado jurídico que introduce una exhaustiva información que resulta de mucha utilidad para la interpretación y aplicación de los preceptos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y de otras normas complementarias.

La interpretación de las normas jurídicas es una tarea a menudo compleja y que precisa, para llegar a conclusiones jurídicamente correctas, de dos instrumentos fundamentales:

- a) Una actitud respetuosa hacia el Derecho, por parte de los agentes jurídicos, que evite reconocer a las normas un contenido o finalidad que no tienen, dando lugar a soluciones forzadas, o que incurrir en fraude de ley o que resultan incompatibles con las reglas interpretativas recogidas en el Título Preliminar del Código Civil.
- b) Una información jurídica amplia que permita valorar con rigor profesional, de acuerdo con la experiencia forense, la jurisprudencia y la doctrina científica, la extensión y límites

del contenido de un determinado precepto.

En el ámbito del Derecho Procesal resulta especialmente relevante poder fundamentar con solidez el sentido que se da a los diversos trámites previstos en las leyes, pues un enfoque jurídicamente incorrecto puede menoscabar los derechos derivados del artículo 24 de la Constitución y las garantías previstas en la legalidad procesal.

Por eso, el tratado objeto de la presente recensión resulta una eficaz ayuda para tener una panorámica completa de las implicaciones de un determinado mandato legal y de cómo afrontar las posibles ambigüedades, contradicciones o lagunas que pudiera plantear el mismo.

La Obra se centra en dos ámbitos regulatorios:

1. **La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.**
2. **Legislación complementaria:**
 - Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria.
 - Constitución Española —extracto artículos 24, 117 a 127—.
 - Ley de 23 de julio de 1908 sobre préstamos usurarios.
 - Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.
 - Código Civil —extracto artículos 199 a 201, 216, 228 a 233, 248 a 265, 273, 276 a 285, 297, 299 a 306—.

- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial —extracto artículos 1 a 4, 9 a 22 no-nies, 26, 38 a 52, 56, 60, 61, 73, 77, 82 85, 86 bis, 86 ter, 100, 165, 167, 168, 179 a 206, 217 a 278, 292 a 297, 391, 392, 542 a 546, 551 a 557, D.A. 7ª, D.A. 8ª y D.A. 15ª—.
- Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque —extracto artículos 49, 50, 57 a 68, 77, 78, 88, 89, 96 y 146 a 155—.
- Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales.
- Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores —extracto artículos 1, 8, 9, 12 y D.A. 3ª—.
- Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital —extracto artículos 8 a 11 quater, 13, 19 a 22, 39, 40, 204 a 208, 233 y 234—;
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal —extracto artículos 18 a 39, D.A. única, D.T. única y D. D.T. única—;
- Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema Lexnet.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita —extracto articulado completo y D.A. 1ª, D.A. 2ª, D.A. 6ª a 8ª—.
- Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Justicia Gratuita.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género —extracto artículo 20—.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil —extracto D.A. 1ª y 3ª—.
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual —extracto artículo 138 a 141 y 143—.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación —extracto artículos 1 a 22—.
- Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles —extracto artículos 1, 3, 11, 15, 16 D.A. 1ª a 4ª, D.T. única, D. D.T. única y D.F. 3ª—;
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias —extracto artículos 22 a 26 y 53 a 58—.

– y Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Como se ve, la amplitud del espectro legislativo comentado en el libro constituye uno de los principales activos del mismo, pues en él se examinan los aspectos más relevantes de prácticamente todas las normas del Ordenamiento Jurídico español que tienen algún impacto en los procesos civiles y mercantiles.

En cuanto a la naturaleza de la información que aporta la Obra en relación con los diversos preceptos que se comentan en ella, puede sistematizarse en los siguientes apartados:

- Concordancias con otras normas de todos los rangos jurídicos.
- Comentario/Jurisprudencia: examina cuestiones relevantes relativas al precepto analizado y las relaciona con una amplia jurisprudencia de los tribunales de justicia. Este apartado resulta de especial interés porque identifica los aspectos más controvertidos, dudosos o importantes del artículo de que se trate, y les da solución jurídica razonada, con referencia al tratamiento que han tenido en la Jurisprudencia.

Se trata de un texto, en palabras de la propia editorial, que *«tiene un enfoque práctico, incluye comentarios de autor, jurisprudencia actualizada y concordancias pensados para el profesional que necesita respuestas en su labor diaria. Los autores*

que colaboran en la presente edición aportan su experiencia y autoridad en la materia haciendo que la obra resuelva e instruya de manera magistral (...) la edición está diseñada con un nuevo formato práctico y manejable que permite una consulta amena, proporcionando acceso a formato electrónico».

La formación y experiencia profesional de los autores se plasma con claridad en los comentarios y en la selección jurisprudencial elegida, al tratarse de juristas que por su condición de magistrados aportan una larga trayectoria profesional dedicada a la interpretación y aplicación de las normas en general, y de las de naturaleza procesal en particular.

José Antonio Seijas Quintana, Magistrado de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo; Antonio Salas Carceller, también Magistrado de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo; José Manuel Suárez Robledano, Magistrado y Consejero del Tribunal de Cuentas y Rafael del Peso García, Presidente de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Oviedo, reúnen la formación y experiencia propias del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado y, a la vez, una vocación por la investigación jurídica que les permite dotar al texto de la Obra no solo de un elevado nivel de erudición, sino también de una notoria claridad expositiva que facilita el uso del libro como elemento de consulta.

La propia estructura del trabajo —que incluye un índice analítico muy completo de la Ley de Enjuiciamiento Civil— refleja la

vocación práctica del mismo y la importancia que se da en él al objetivo de que su uso sea sencillo y eficaz.

La Obra tiene como destinatarios a los agentes jurídicos en general, jueces y magistrados, fiscales, letrados del Sector Público, abogados y procuradores, pero también puede constituir una eficaz ayuda para los profesionales de la docencia y la investigación y para sus alumnos.

En el conocido libro *«Teoría e Ideología del Derecho»* el profesor Giuseppe Lumía insiste en la importancia que tiene dotar a los intérpretes del Derecho del mayor y mejor número de elementos de ayuda: normas sobre interpretación de las otras normas, jurisprudencia, analogía legis y analogía iuris, equidad, supletoriedad normativa, etc.

La Obra objeto de la presente recensión entronca con la escuela italiana del profesor Lumía y demuestra la plenitud del Ordenamiento Jurídico y la existencia dentro del mismo de mecanismos suficientes para cubrir las lagunas y resolver las contradicciones y ambigüedades del Derecho Positivo.

Por otra parte, se trata de un libro particularmente útil para el ejercicio diario de la Jurisdicción Contable, entendida como la función —de naturaleza jurisdiccional— que tiene atribuida el Tribunal de Cuentas para enjuiciar la conducta de los gestores públicos que lesionen los fondos públicos por la administración ilegal de los mismos.

Esta función del Tribunal de Cuentas, amparada en el artículo 136 de la Constitución, en la Ley 2/1982, de 12 de mayo, en la Ley 7/1988, de 5 de abril, así como en la Jurisprudencia unánime del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, tiene una relación muy estrecha con la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En primer lugar porque en la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas se dice que en los procesos jurisdiccionales que se tramiten, será de aplicación supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil inmediatamente después de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En segundo término, porque el artículo 73.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, establece que el procedimiento de reintegro por alcance, que es el principal proceso de la Jurisdicción Contable, se regirá por las normas del juicio declarativo que corresponda contempladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de las normas especiales que se recogen en la citada Ley de Funcionamiento del Tribunal.

En tercer y último lugar, porque existen en la aludida Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas referencias directas a la aplicación de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los procesos de la Jurisdicción Contable en cuestiones como la ejecución de sentencias, la tasación de costas, las medidas cautelares, etc...

Resulta importante, por tanto, incluir en la Revista Española de Control Externo del Tribunal de Cuentas una recensión sobre una Obra que puede resultar de especial utilidad para resolver dudas y fortalecer la fundamentación de las resoluciones en la

tramitación de los procesos jurisdiccionales de que conoce el Tribunal de Cuentas, y que se hallan intensamente conectados en su tramitación con la normativa procesal civil.

CARLOS CUBILLO RODRÍGUEZ

NORMAS PARA LA PREPARACIÓN DE ORIGINALES PARA LA REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Los trabajos (artículos, notas, comunicaciones y reseñaciones) deberán ser originales, cediendo el autor, antes de su publicación, los derechos de explotación y copia a la Revista Española de Control Externo.
 2. Los trabajos no podrán encontrarse en proceso de evaluación ni haber sido publicados o aceptados para su publicación en cualquier otro medio.
 3. Los originales deberán presentarse a espacio y medio, cuerpo de letra 12.
 4. La extensión de los artículos deberá estar comprendida entre 15 y 30 páginas, incluyendo cuadros, gráficos, notas a pie de página y referencias bibliográficas.
 5. Las notas y comunicaciones no superarán las 10 páginas y las reseñaciones no superarán las 5 páginas.
 6. En los artículos la primera página incluirá: título, nombre del autor o autores, cargo o titulación, institución de trabajo, un resumen de una extensión de entre 150 y 250 palabras y 5 palabras clave. El resumen y las palabras clave deberán redactarse en español y en inglés.
 7. La estructura debe responder al siguiente esquema:
 - a) Los apartados en que, en su caso, se divida el artículo irán precedidos de un número (arábigo) y del correspondiente epígrafe en minúscula y en negrita.
 - b) Las posibles subdivisiones irán precedidas de dos dígitos y el correspondiente epígrafe en letra normal.
 - c) Si resultaran indispensables mayores subdivisiones, estas irán precedidas de una letra minúscula seguida de medio paréntesis —a), b), c)...— y el epígrafe, en su caso, en letra normal.
 8. Las referencias bibliográficas se pondrán al final del texto, siguiendo el orden alfabético de autores. Las notas a pie de página se numerarán en arábigos, a espacio sencillo y cuerpo de letra 10.

De forma orientativa, el modo de redactar las referencias bibliográficas será el siguiente:

 - **Libros:** Apellidos del autor/es en mayúsculas; título del libro (en cursiva), editorial, ciudad de publicación y año.
 - **Revistas:** Apellidos del autor/es en mayúsculas; título del artículo (entrecomillado), nombre de la revista (en cursiva), número o volumen y año.
 - **Trabajo recogido en un libro colectivo:** Apellidos del autor/es en mayúsculas; título del trabajo (entrecomillado); título del libro (en cursiva); apellidos en mayúsculas del coordinador, director o editor de la obra, seguido de las abreviaturas coord., dir. o ed. (entre paréntesis); editorial, ciudad de publicación y año.
 - **Publicaciones electrónicas:** Apellidos del autor/es en mayúsculas; título del trabajo (entrecomillado); título del libro o nombre de la revista (en cursiva), número o volumen y año. Seguidamente se mencionará (entre llaves y en cursiva) la dirección web donde se puede consultar el trabajo.
 9. Los originales y la correspondencia sobre los mismos deberán dirigirse a la Secretaría del Consejo Editorial (c/ Padre Damián, 19 - 28036 Madrid - Tel.: 91 592 21 07 - e-mail: recex@tcu.es), que facilitará las instrucciones concretas que se le soliciten.
- Nota:** Los originales que se publiquen en la Revista podrán incluirse también en la edición electrónica de la misma.

La correspondencia puede dirigirse a:

REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO
Tribunal de Cuentas. Padre Damián, 19
28036 Madrid - Fax: 91 457 29 92 - recex@tcu.es

Advertencia: Los originales recibidos en esta REVISTA son sometidos a la evaluación anónima de especialistas cualificados.

NOTA: Ni el Consejo Editorial ni el Tribunal de Cuentas se hacen responsables de la opinión vertida por los autores de los artículos publicados en esta Revista.



TRIBUNAL DE CUENTAS