

La nueva Ley de Contratos del Sector Público: un nuevo escenario para la contratación pública ⁽¹⁾

José María GIMENO FELIÚ

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Zaragoza

El Consultor de los Ayuntamientos, N° 23, Sección Especial / A fondo, Quincena del 15 al 29 Dic. 2017, Ref. 2782/2017, pág. 2782, Editorial Wolters Kluwer

LA LEY 17215/2017

Normativa comentada

Directiva 2014/23/UE de 26 Feb. (adjudicación de contratos de concesión)

Resumen

Se recogen las líneas maestras de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, que supone un importante cambio en el planteamiento de la gestión de la contratación pública con el objetivo de avanzar hacia una gestión más íntegra y transparente de la contratación pública.

I. Contexto de la reforma: estrategia, transparencia y prevención de la corrupción

Las Directivas europeas de contratación pública exigían una transposición en España para el 16 de abril de 2016 ⁽²⁾. Esta obligación de transposición se presentaba como una oportunidad para implantar un modelo estratégico de la compra pública ⁽³⁾. Cuestión sobre la que insiste la reciente la Comisión Europea «Conseguir que la contratación pública funcione a Europa y para Europa» [3 de octubre de 2017, COM(2017) 572 final] al insistir en la idea de una estrategia de contratación pública, para lo que establece el marco político general y define prioridades claras para mejorar la contratación en la práctica y dar apoyo a las inversiones en el seno de la UE.

Mediante esta Comunicación, de un lado, la Comisión propone una amplia asociación colaborativa que conduzca a un sistema de contratación pública efectivo, transparente, digital e inteligente, que responda plenamente a los retos del entorno cambiante actual. Entre otros aspectos que, según se señala, podría incluir la asociación, hay que destacar la mejora por parte de las autoridades nacionales de la organización de la contratación,

formulando estrategias de contratación nacionales claras y el establecimiento de centros de apoyo de la competencia y órganos de adquisición centralizados. Por otra parte, identifica las seis áreas prioritarias en las cuales una acción clara y concreta puede transformar la contratación pública en un poderoso instrumento de la cartera de políticas económicas de cada Estado Miembro, dando lugar a beneficios sustanciales en los resultados de los contratos: garantizar una mayor aceptación de la contratación pública estratégica; la profesionalización de los compradores públicos; mejorar el acceso a los mercados de contratación; el aumento de la transparencia, integridad y mejores datos; el impulso de la transformación digital de la contratación pública; y la cooperación para contratar de forma conjunta. Finalmente, esta Comunicación concluye que «la contratación pública seguirá siendo un instrumento crucial de aplicación de las políticas» y que «puede ayudar a abordar retos globales tales como el cambio climático», motivo por el cual la Comisión desea ejercer un papel propiciador en este proceso de transformación hacia sistemas de contratación modernos, innovadores y sostenibles.

La Ley sirve como instrumento para reconducir los problemas de corrupción y falta de transparencia de los contratos públicos

Junto a esta visión estratégica, la nueva Ley de Contratos del Sector Público también sirve como instrumento para reconducir los problemas de corrupción y falta de transparencia de los contratos públicos en España ⁽⁴⁾.

Tres años después del inicio de la tramitación para incorporar las exigencias europeas se aprobaba en octubre de 2017 la nueva ley de Contratos del Sector Público.

El texto aprobado (con un título excesivamente extenso al citar a las Directivas que se transponen), toma como punto de partida el vigente [TRLCSP \(LA LEY 21158/2011\)](#) de 2011, lo que supone la «renunciar», tanto formal como materialmente, a la idea de un «Código de Contratos Públicos», con partes diferenciadas en función del objeto: contratos públicos, concesiones, contratos excluidos ⁽⁵⁾. Se trata de un texto extenso y complejo —son 347 artículos y 53 Disposiciones Adicionales (muchas de estas Disposiciones, en adecuada técnica normativa, deberían formar parte del articulado) y 16 Disposiciones Finales—. Y en ciertas ocasiones tiene un marcado carácter reglamentario que puede complicar la aplicación.

Con relación a la **sistemática formal**, como consecuencia de la decisión inicial de no hacer una Ley *ex novo*, sino «partir de la» estructura [TRLCSP](#)

(LA LEY 21158/2011) de 2011, el resultado es que existen dos leyes: Ley de Contratos del sector público y Ley de Contratación en sectores especiales que vendrán a sustituir al TRLCSP (LA LEY 21158/2011) y a la Ley 31/2007 (LA LEY 10869/2007), de contratación en sectores especiales. Y como consecuencia de esta decisión hay un «arrastre» de preceptos de la Ley derogada.

El articulado de esta Ley se ha estructurado en un Título preliminar dedicado a recoger las disposiciones generales en esta materia y cuatro Libros sucesivos, relativos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (Libro I), la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (Libro II), los contratos de otros entes del sector público (Libro III), y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (Libro IV).

Es cierto que puede parecer un texto «continuista» o, en palabras de S. Del Saz, en relación a Ley de 2007, «un mismo traje con distintas rayas»⁽⁶⁾. Sin embargo, existen notables diferencias, principalmente porque, tras el debate parlamentario, se han dado importantes pasos para intentar solucionar problemas estructurales de transparencia y de prevención de la corrupción, en especial derivados de la dualidad de regímenes jurídicos en función de la consideración o no de Administración pública, o de debilidad del control, lo que ponía en cuestión el objetivo inicial de impulsar una diferente «gestión práctica» de la contratación pública⁽⁷⁾. Y pretende y consigue el cumplimiento de las exigencias europeas⁽⁸⁾. En todo caso, quizá por el propio procedimiento normativo, o por la inercia arrastrada de la anterior norma legal, existen algunas disfunciones que deberán ser objeto de revisión o de aplicación cautelosa

El texto final, conviene advertir, es distinto del presentado para su tramitación en las Cortes Generales. Son muchas las novedades y ajustes técnicos efectuados⁽⁹⁾. De entre ellos, se pueden destacar de forma sucinta como principales novedades agrupadas las siguientes⁽¹⁰⁾:

II. La nueva visión desde la perspectiva de integridad de la LCSP 2017

Uno de los retos —quizá el principal— de esta nueva Ley de Contratos del Sector Público es el de afrontar de forma decidida la problemática de la corrupción y avanzar en un modelo que pivote sobre el principio de

integridad⁽¹¹⁾. El objetivo de integridad –reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción– forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el [artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea \(LA LEY 12415/2007\)](#) (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la [Ley Orgánica 1/2008 \(LA LEY 9934/2008\)](#), de 31 de julio). El [artículo 1 LCSP 2017 \(LA LEY 17734/2017\)](#) incluye la referencia a este principio (aunque pasa un tanto desapercibido, lo que aconsejaría una redacción del artículo 1 distinta y «más didáctica»). No es una mera cuestión formal, pues amén del efecto didáctico de su inclusión, se refuerza la idea de que la integridad (la honradez), no es un simple principio ético, sino que tiene efectos jurídicos⁽¹²⁾. Y se adoptan medidas adecuadas a tal fin (aunque no se extiende la aplicación de la norma a partidos políticos y sindicatos y organizaciones profesionales cuando hay financiación pública mayoritaria, como era la opción inicial), con la intención de eliminar (o, al menos reconducir) prácticas que permitían la opacidad.

Es el caso de la regulación estricta de los convenios y de los encargos a medios propios, mucho más estricta y acorde al derecho europeo, la eliminación de la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía, la publicidad y control de los modificados, un modelo de publicidad diseñada para ser transparente poniendo en valor la Plataforma de Contratos del Sector público, la regulación de los conflictos de intereses y extensión de las prohibiciones de contratar por vínculos familiares, el refuerzo del recurso especial, la profesionalización de las mesas, y la opción de una nueva gobernanza dirigida por un supervisor independiente de la contratación pública. Las principales novedades son:

1. Uniformidad jurídica de los procedimientos de licitación para todo poder adjudicador

Interesa destacar que desaparecen las Instrucciones internas para los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores no administración pública en los contratos de importe no armonizado, lo que supone, por fin, la uniformidad en la aplicación de las reglas jurídicas. Resulta así indiferente el carácter o no de Administración pública del poder adjudicador para la aplicación de las reglas de contratación pública. Se pone fin a una «deslegalización procedimental» que, como se ha venido advirtiendo desde hace tiempo, ha resultado claramente distorsionadora, pues ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en

una barrera de entrada para los operadores económicos, a la vez que introducía innecesarias dosis de inseguridad jurídica que favorecían una fragmentación del mercado, lo que, a su vez, favorecía la aparición de prácticas de naturaleza clientelar, que impedían el efectivo funcionamiento —por inadecuada concurrencia— de las economías de escala. No hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el «caos» regulatorio de los distintos procedimientos de licitación⁽¹³⁾. De ahí que se pueda considerar esta uniformidad jurídica en las reglas procedimentales como la principal novedad del nuevo texto de contratos públicos⁽¹⁴⁾. Esta uniformidad no se ha extendido, sin embargo (a diferencia del Proyecto de Ley de Contratos Públicos de Navarra), al régimen jurídico de los contratos, cuando la causa de interés público que justifica un régimen exorbitante se encuentra en todos ellos, al margen de la naturaleza, pública o privada, del ente contratante.

La uniformidad jurídica en las reglas procedimentales es la principal novedad del nuevo texto de contratos públicos

Por otra parte, en relación al ámbito subjetivo, hay que recordar que se suprime la mención a que las Entidades Públicas Empresariales (EPE) no se comportan como Administración Pública y se acuerda que solo las entidades de derecho público que sean efectivamente de mercado serán no Administración Pública a efecto de esta Ley (opción ya implantada tras la entrada en vigor de la Ley 40/2015, lo que obliga a «revisar» la categorización como EPE y el régimen jurídico que le resulta de aplicación)⁽¹⁵⁾. Además, en todo caso, cualquier ente considerado como medio propio (en tanto cumpla las exigencias auto-organizativas que justifica su creación), serán, en todo caso, poder adjudicador, sin que sea posible, mediante la «forma jurídica» huir de las reglas de la contratación pública⁽¹⁶⁾.

Sin embargo, y frente a la opción contenida en el proyecto en remisión a las cortes Generales, se excluye a partidos políticos y sindicatos y organizaciones empresariales si hay financiación pública mayoritaria, limitando las exigencias a la aplicación de unas Instrucciones. Esta decisión, que es discutible técnicamente, no parece acertada en un contexto de regeneración democrática que debe ser liderada por las organizaciones políticas y cuestiona supropia legitimidad⁽¹⁷⁾. Por ello sería oportuno revisar esta decisión y «volver a la opción inicial» e incluirlos en el concepto de poder adjudicador⁽¹⁸⁾.

2. Refuerzo del control preventivo

Son muy significados los cambios en el **ámbito del recurso especial** se mantiene el modelo de los tribunales administrativos (cuyas ventajas ha destacado el profesor J. Santamaría Pastor⁽¹⁹⁾). Este sistema de «justicia administrativa especial» ha sido reforzado por el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admitió a trámite la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en fecha 23 de julio de 2014 (asunto C-203/14), lo que presupone reconocer que estos Tribunales administrativos –con fundamento en la [Directiva 89/665 \(LA LEY 4356/1989\)](#) y su reforma por [Directiva 66/2007 \(LA LEY 12720/2007\)](#)–, tienen la calificación de órganos jurisdiccionales por cuanto tienen origen legal, tienen carácter de permanentes, aplican un procedimiento contradictorio aplicando las normas jurídicas y son independientes (Sentencia de 17 de septiembre de 1997, asunto C-54/96 (LA LEY 15393/1997)*Dorsch Consult*). Y así se ha declarado por la sentencia TJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, que reconoce las notas exigidas para tal consideración –carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción– y declara que los órganos de recursos contractuales de España son órgano jurisdiccional en el sentido del [artículo 267 TFUE \(LA LEY 6/1957\)](#)⁽²⁰⁾.

Muy relevante es la ampliación del recurso especial a cuantías inferiores a las del importe armonizado

Muy relevante es la ampliación del recurso especial a cuantías inferiores a las del importe armonizado, es una decisión muy destacada, pues ha de ayudar corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública⁽²¹⁾. La opción contenida en el proyecto de Ley limitaba «en exclusiva» este recurso especial a los contratos de importe armonizado. Opción cuestionada por la doctrina de forma unánime⁽²²⁾. Y también por órganos cualificados como el Consejo de Estado⁽²³⁾, Comité Económico y Social⁽²⁴⁾, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia⁽²⁵⁾ o Transparencia Internacional España⁽²⁶⁾. El cambio producido es muy relevante pues implica superar la visión del recurso especial como una carga burocrática o «gasto» innecesario, para configurarse como un instrumento que permita garantizar la mejor transparencia mediante una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente, vinculado al derecho a una buena administración y no a las prerrogativas de la Administración⁽²⁷⁾. La opción de rebajar umbrales es, sin duda, un hito en la filosofía práctica de la contratación pública, y debe ser el inicio de un proceso para, tras dotar

con medios y recursos a los órganos de recursos contractuales, extender al recurso especial a cualquier contrato al margen del importe ⁽²⁸⁾. Por ello, resulta muy relevante la opción de ampliar por el importe el recurso especial frente a su limitación inicial a los contratos armonizados, que supera una extendida perspectiva de «gasto», y no de inversión, cuando se analizan los escenarios preventivos de control eficaz ⁽²⁹⁾.

Además, se extiende el objeto del recurso contra modificaciones y encargos ilegales (lo que supone que ya no es recurso precontractual) ⁽³⁰⁾. Sin embargo, a mi juicio de forma errónea, no se incluyen en su objeto, pese a ser obligación europea, ni las alteraciones de las condiciones de subcontratación así como los supuestos de resolución de los contratos (aunque se introduce dentro del objeto del recurso especial los rescates de concesiones) ⁽³¹⁾. Esta limitación objetiva no es coherente con las obligaciones derivadas de las Directivas «recursos» vigentes en su nueva redacción derivada de la reforma de 2014. Previsiones que, por cierto, tiene efecto directo, como ha recordado la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), que aplica un criterio amplio de «decisión» a efectos del ámbito amterial del recurso especial (ya utilizado, por ejemplo, en los Acuerdos 64 y 75 de 2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ⁽³²⁾).

Muy criticable la posibilidad de órganos de recursos contractuales locales en Ayuntamientos con la consideración de Gran Ciudad y en las Diputaciones Provinciales

Lo que resulta muy criticable es la la posibilidad (confusa tal y como ha quedado articulada en el texto, pues se reconoce la competencia autonómica en la materia y luego se incorpora una regla, lo que es en si mismo contradictorio), de que pueda haber órganos de recursos contractuales locales en Ayuntamientos con la consideración de Gran Ciudad y en las Diputaciones Provinciales, pues genera una evidente asimetría, poco compatibles con el principio de seguridad jurídica y que no se puede justificar con el argumento de la autonomía local, ya que no puede confundirse el control jurídico con una función de tutela. La proliferación de «Tribunales administrativos locales» quebrará la esencia del modelo, generará distorsión de criterios e impedirá un verdadero control eficaz y con «auctoritas». Frente a la extensión de órganos de control en distintos niveles es aconsejable determinar de forma clara el número de órganos de recursos contractuales, que deberán garantizar en todo caso la nota de independencia y especialización y la debida

colegialidad. La experiencia de la primera generación de órganos de recursos contractuales, en un contexto de mayor profesionalización y coherencia del sistema de control desde una perspectiva integral aconseja analizar las ventajas de resituar a los órganos de recursos contractuales como órganos independientes «adscritos» al Parlamento correspondiente. Se solucionaría así el cuestionamiento sobre la adscripción organizativa en un Administración Pública (y la posible «tutela administrativa» como sospecha), se fortalecería el carácter de órgano jurisdiccional a efectos del [artículo 237 TFUE \(LA LEY 6/1957\)](#) y facilitaría la planta de estos órganos de control, al permitir un control que englobase toda la actividad contractual pública de cualquier poder adjudicador (es decir, se unificaría la opción de órganos de recursos contractuales para la actividad de licitación de todos los poderes adjudicadores con independencia de su naturaleza parlamentaria o local) ⁽³³⁾.

3. Refuerzo de la transparencia como eje de la contratación pública

Se introduce más transparencia en los procedimientos, con exigencia de justificación y motivación de la necesidad y del procedimiento elegido. En especial, en el contrato menor se rebajan cuantías y se imponen ciertas reglas con el fin de evitar su indebida utilización (ahora muy «intensiva» en algunas administraciones) para evitar que sirva de cobertura en la práctica de fragmentación del objeto para eludir los controles. Asimismo, se obliga a reportar la información de los contratos menores asociado a cada contratista, con el fin de «descubrir» actuaciones irregulares. Existe, además, una novedosa regulación del procedimiento negociado con más detalle (artículos 164 a 169). Así, se advierte que existe obligación de negociar, delimitando la ponderación de los distintos aspectos a negociar (y la ausencia de negociación se considera causa de nulidad, como ha indicado Acuerdo del TACPA 8/2015). Pero lo más destacado es que desaparece el supuesto de procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía (con la evidente intención de evitar opacidad y los supuestos de corrupción). Opción que se explica de forma expresa en la Exposición de Motivos:

Desaparece el supuesto de procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía

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

supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.

Dicho procedimiento, muy utilizado en la práctica, resultaba muy ágil pero adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad, corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores. Para paliar estas deficiencias, se crea en la Ley un nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado Procedimiento Abierto Simplificado, ya citado anteriormente al aludirse a los procedimientos de adjudicación, en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, las necesarias publicidad y transparencia en el contrato»⁽³⁴⁾.

En tercer lugar, la eliminación de la posibilidad de «libre» modificación en los contratos no armonizados para los poderes adjudicadores no Administración pública –coherente con la regulación del [TRLCSP \(LA LEY 21158/2011\)](#) 2011, que obliga con indiferencia del importe– lamina la posibilidad de descontrol en los sobrecostes y, también, que exista un «incentivo» a crear entes instrumentales para alejarse del control y reglas públicas. M. Garces Sanagustín, ya advirtió hace tiempos que las malas prácticas y abusos de esta potestad han tenido, además de un efecto perverso sobre las reglas de la licitación, un claro impacto presupuestario al no abonarse las certificaciones correspondientes en proyectos con financiación europea por considerar las autoridades comunitarias que se incumplían los principios inherentes a la contratación pública⁽³⁵⁾. Y los casos recientes de ACUAMED, NOOS, Palma Arena, etc., son ejemplos de la necesidad de tolerancia cero en esta materia. Esta decisión de «no facilitar» la modificación contractual en contratos no armonizados de poderes adjudicadores no Administración pública, supone un claro «impulso» en la lógica de la regeneración democrática y la prevención de la corrupción⁽³⁶⁾. El contenido «armonizado» que se propone en las Directivas, se ha utilizado de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sean posibles regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública⁽³⁷⁾.

4. Nuevo diseño de gobernanza pública

Por último, hay que destacar la creación de un organismo independiente de supervisión y control es la bóveda de una nueva arquitectura institucional para promover las exigencias de gobernanza europea⁽³⁸⁾. La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación está adscrita orgánicamente al Ministerio de Hacienda, pero formada por personal

independiente (plazo de 6 años inamovibles), que asume las funciones de Gobernanza de las Directivas de contratación pública. Podrá dictar instrucciones, pero no se le reconocen competencias de «anulación» o sanción⁽³⁹⁾. Los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que esta organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas —además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos— lo que debe contribuir a reforzar la idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas —que puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática— conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos pública⁽⁴⁰⁾. Esta Autoridad independiente se complementa con una Comisión Mixta con el Tribunal Cuentas, de seguimiento de la contratación pública⁽⁴¹⁾.

III. La visión estratégica de la contratación pública

Se abandona una visión presupuestaria de la contratación pública, que se reorienta a una perspectiva instrumental de implementación de políticas públicas

El artículo 1.3 LCSP 2017 (LA LEY 17734/2017) supone una clara «innovación» sobre la comprensión práctica de la contratación pública, renunciando a una filosofía burocrática formal y excesivamente economicista para incorporar, de forma preceptiva, la **visión estratégica** de la contratación pública, incluyendo referencias expresas al valor social y ambiental y la protección de las PYMES. Se abandona así una visión presupuestaria de la contratación pública, que se reorienta a una perspectiva instrumental de implementación de políticas públicas. En especial, se refuerza la posición de los trabajadores en los contratos, estableciendo obligaciones esenciales relativas a la calidad de las condiciones de empleo y de retribución, cuyo incumplimiento puede justificar la resolución del contrato. Destaca también la previsión respecto a las especialidades de contratación pública en los servicios sanitarios, sociales y educativos dirigidos a las personas, lo que facilita una mejor respuesta jurídica a prestaciones alejadas a la lógica del mercado. Esto significa que un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación, del mismo⁽⁴²⁾. Se habilita que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de

estos servicios, así como que se diseñe un régimen singular de contratación ⁽⁴³⁾.

Esta visión estratégica se visualiza bien en los siguientes aspectos.

1. Los criterios de adjudicación

Los criterios de adjudicación se vinculan a la lógica de calidad-precio, y se pone en valor los servicios intelectuales (opción reclamada desde los servicios de ingeniería y arquitectura). Se precisan los criterios de adjudicación, que deben cumplir los siguientes requisitos: deberán estar vinculados al objeto del contrato; ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad; no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; y deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva. Hay una doble distinción de criterios: Criterios relacionados con coste (se incluye mejor relación coste-eficacia) y criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad-precio. Se limita el uso criterio mejoras: no podrá asignársele una valoración superior al 2,5%. Se definen como las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, sin que aquéllas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones ⁽⁴⁴⁾.

Los criterios de adjudicación se vinculan a la lógica de calidad-precio

Entre los criterios adjudicación se incluye, además, la definición y cálculo del coste del ciclo de vida y de las ofertas anormalmente bajas (ahora también por criterios sociales o ambientales). Se regulan criterios de desempate (conforme a criterios sociales). Se recuerda la obligación de establecer la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada. La regulación de la anormalidad de oferta permite poner en valor la calidad de la prestación (y evitar precarización de las condiciones laborales).

Especial valor tiene la regulación de las condiciones de ejecución ([artículo 200 LCSP 2017 \(LA LEY 17734/2017\)](#)), que se presentan como importante técnica de implementación de exigencias sociales o ambientales.

Las posibilidades eestratégicas son, din duda más amplias y dan cobertura a la doctrina fijada por los órganos de recursos contracuales (en especial, resultan de interés la Resolución 16/2016, del Tribunal de Contratación

Pública de Madrid y los Acuerdos 72, 73 y 80 de 2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

2. Fomento de la participación de las PYMEs en la contratación pública

Reforzar el tejido empresarial y consolidar empleo de calidad aconseja pensar la licitación «en pequeña escla» para incorporar con mayor intensidad a las PYMEs al mercado de los contratos públicos. La LCSP2017 se orienta hacia las propuestas incluidas en el «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos» [SEC (2008) 2.193, de 25 de junio de 2008]⁽⁴⁵⁾: nueva regulación de la división en lotes de los contratos. Así, se invierte la regla general que se utilizaba hasta ahora, de manera que, solo si no se divide, hay que justificarlo. Se regula la oferta integradora y se puede limitar número de lotes. El acceso a los pliegos y demás documentación complementaria debe ser por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados. La incorporación de la regla general de la «declaración responsable» ha de favorecer la participación de las PYMEs. Destaca la posibilidad de acción directa de los subcontratistas⁽⁴⁶⁾ y de que, previa previsión en los pliegos, el poder adjudicador compruebe el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista, así como el régimen más riguroso que respecto de los plazos de pago debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, con el fin de evitar la lacra de la morosidad que pesa sobre las Administraciones públicas, cumpliendo así lo dispuesto dentro de la [Directiva 2011/7/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 \(LA LEY 2608/2011\)](#), por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

3. La simplificación de la contratación pública como refuerzo de la estrategia

Descargar la burocracia es una exigencia necesaria que se afronta en la [LCSP 2017 \(LA LEY 17734/2017\)](#). Así, para facilitar el máximo nivel de participación, en lo relativos a las cuestiones de solvencia se aclara como condición de ejecución lo que es la adscripción de medios como complemento necesario a la solvencia que se exige. La clasificación empresarial se mantiene solo en contratos de obras de más de 500 000

euros. Importante novedad, desde la perspectiva de simplificación, es que se establece la declaración responsable como regla general en todo procedimiento abierto. Y se regula el modelo de documento (el DOUE del día 6 de enero de 2016, serie L 3, publica el [Reglamento de Ejecución \(UE\) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016 \(LA LEY 35/2016\)](#) por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación).

Interesa destacar que se introduce el procedimiento abierto con tramitación simplificada (muy similar al de la [Ley 3/2011 \(LA LEY 3971/2011\)](#) de Aragón). Los umbrales para su utilización son los no armonizado en suministros y servicios y 2 millones en obras. (salvo poder adjudicador no Administración pública, que lo puede utilizar para todo importe). Este procedimiento, contempla, además, una tramitación «sumaria» en importes inferiores a 80 000 euros en obras y 35 000 euros en servicios.

IV. Depuración conceptual de negocios jurídicos: los nuevos tipos contractuales

La [LCSP 2017 \(LA LEY 17734/2017\)](#) incorpora, desde la lógica de la armonización jurídica europea en esta materia, las técnicas y categorías (y denominación) que figuran en las Directivas europeas de contratación pública.

1. Cooperación vertical y horizontal

Se regula la cooperación vertical y horizontal (los medios propios y convenios). Se opta por utilizar las categorías y conceptos comunitarios, con el fin de favorecer la predictibilidad. Así, no se habla de encomiendas sino de encargos⁽⁴⁷⁾. Encargos que deben ser objeto de publicidad con el fin de garantizar, mediante el control, la idoneidad de cada encargo. Los entes que tengan consideración de medios propios deben contar con los medios idóneos⁽⁴⁸⁾. En todo caso, cien por cien capital público. Son necesarios, además, otros requisitos: que la empresa que tenga el carácter de «medio propio»; disponga de medios suficientes para cumplir el encargo que se le haga; que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa; que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad. Estos requisitos exigen una interpretación funcional que preserve el efecto útil del derecho europeo, tal y como se ha recordado en el Acuerdo 75/2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, al anular la instrumentación de un proceso de remunicipalización por indebida

utilización de la técnica de medisos propios (con el resultado de una contratación directa ilegal).

Ya no se habla de encomiendas, sino de encargos

Sin embargo, la posibilidad de contratar hasta un 50 por ciento de las prestaciones resulta claramente excesiva y puede no corregir un uso indebido de esta técnica (como ya ha denunciado el Tribunal de Cuentas)⁽⁴⁹⁾. Resultaría más lógico limitar esta opción al 20 por ciento de la cuantía del encargo, y sin afectar al contenido esencial de la prestación⁽⁵⁰⁾.

2. Tipología de contratos

En la tipología de contratos hay ajuste de definiciones de obras y servicios (se opta por el concepto funcional de obras: que exista influencia en la decisión final, STJUE 30 octubre 2009, Comisión/Alemania) y de concesión de obras y de servicios. Desaparece, por ello, el tipo contractual de servicios públicos⁽⁵¹⁾. Lo que no impide un régimen jurídico «más intenso» en prestaciones de servicio público (lo que explica el régimen especial de servicios a las personas que contiene la Ley)⁽⁵²⁾. Se decide que plazo de de contratos de servicios y concesiones será común a todo poder adjudicador con excepciones justificadas (como el retorno de las inversiones, complejidad del servicio, etc.). El plazo ordinario de duración de los contratos de servicios y concesión de servicios es de 5 años (porque es el que referencia la Directiva concesiones). Desaparece el tipo de contrato de colaboración público-privada pero se mantiene la posibilidad de sociedad de economía mixta en tanto fórmula de CPPI⁽⁵³⁾. Esta decisión esta motivada en la experiencia práctica y se pretende evitar confusiones o incorrecto uso. En todo caso, la opción de realizar CPP (desde de la perspectiva de SEC 2010) se encuentra en la regulación de concesiones. Se incorpora definición contrato servicios conforme al Derecho de la Unión Europea. Así, se incluye contrato concesión de servicios que se caracteriza por la existencia de riesgo (ya no hay contrato de gestión de servicios públicos: se eliminan las figuras del concierto y de la gestión interesada). Se adopta el criterio del riesgo operacional como elemento para delimitar concesión de contrato, lo que supone un cambio pues bastara con que se transfiera el riesgo de suministro de oferta o el riesgo de suministro de demanda para que exista una concesión (criterio aplicable por igual a concesiones de obras o concesiones de servicio)⁽⁵⁴⁾. El plazo concesiones queda vinculado al plazo necesario retorno inversiones. Sin embargo, no se diluye el «régimen de servicio público», pues las notas propias de

regularidad, continuidad y equidad se pueden incluir tanto en el tipo de contrato de servicios como de concesión de servicios. Se define contrato mixto con regla general de valor estimado de la prestación. Se aclara que los contratos administrativos/privados son, en esencia, «régimen jurídico».

3. Novedades del régimen de contratos administrativos

Existen ajustes técnicos (por ejemplo, mayor plazo garantía en los contratos de obras), más importantes en la regulación de las concesiones: donde se incluye el concepto de la Tasa Interna de Rentabilidad o Retorno (TIR). Se confirma la actual regulación de la responsabilidad patrimonial administrativa en los casos de resolución de las concesiones (RPA), que es un elemento de seguridad importante, que funciona como efecto llamada en los inversionistas al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión. La RPA se comporta como un elemento de aseguramiento de ciertos riesgos, pero no puede ser regulada o configurada de modo absoluto pues se diluiría el elemento del riesgo operacional⁽⁵⁵⁾. Esta RPA se limita, para la resolución por causa imputable al concesionario, la RPA atendiendo al nuevo criterio SEC 2010 (el pago de la concesión se realizará atendiendo al valor de mercado de la misma)⁽⁵⁶⁾. Se permite pagos por disponibilidad⁽⁵⁷⁾. Interesa llamar la atención con el dato de que la retribución tendrá la condición de tarifa, tanto en los casos de concesión de obras como de concesión de servicios (nuestros «servicios públicos»). Se acoge expresamente la tesis, defendida desde hace mucho tiempo por el profesor J. Tornos Mas⁽⁵⁸⁾. Lo que obligará a reformular cierta jurisprudencia que, en servicios públicos, opta por la configuración de tasa⁽⁵⁹⁾. Y no es una cuestión sin efectos prácticos pues, como bien advierte J. Tornos, «la tasa supone recaudación para un gasto público. Esto determinará que el servicio se convierte en un gasto que puede computar a efectos del déficit municipal. De acuerdo con los criterios EUROSTAT en relación con el tratamiento contable de los modelos concesionales, un cambio de modelo como el que se plantea (unido a otros datos adicionales como el compromiso de reversión de las instalaciones a la finalización del contrato), puede implicar que los compromisos de pago adquiridos por el Ayuntamiento por la duración total del contrato consoliden en su contabilidad, a efectos del cálculo del déficit y la deuda». La opción de la Ley, por este motivo es clara: la retribución de la concesión tiene naturaleza jurídica de tarifa (y no puede ser ya de opción por la entidad contratante su configuración como tasa), pues otra opción diluye (o anula)

la transferencia del riesgo operacional con efectos desde la perspectiva de consolidación de deficit⁽⁶⁰⁾.

En las prerrogativas de los contratos de concesión de obras y de servicio se mantiene la técnica del rescate como privilegio unilateral (aunque ahora con algún condicionante). Esta opción incumple la previsión del artículo 44 la Directiva de concesiones, que establece unos límites a la posibilidad de resolución anticipada por voluntad de la Administración, pues se desnaturaliza la filosofía del régimen de contratación en el ámbito de las concesiones, donde no tiene cobertura, con la extensión hasta ahora utilizada, de la prerrogativas públicas exorbitantes⁽⁶¹⁾. El interés público – al igual que sucede con la modificación contractual– ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato. Los ejes de la regulación europea no son las prerrogativas públicas, sino preservar el derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado. El rescate, como tal, es ya expropiación forzosa y no privilegio contractual, y deberá sustanciarse conforme a las reglas y principios de esta potestad (así se reconoce en el Proyecto de Ley de Contratos Públicos de Navarra, en tramitación)⁽⁶²⁾.

Las novedades expuestas suponen un importante cambio en el planteamiento de la gestión de la contratación pública que, con la debida estabilidad normativa y necesaria profesionalización⁽⁶³⁾, puede avanzar una gestión más íntegra y transparente de la contratación pública⁽⁶⁴⁾.

(1)

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

[Ver Texto](#)

(2)

Sobre el contenido de estas Directivas me remito a: J.M. Gimeno Feliú, El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), Aranzadi, Cizur Menor, 2014; J.A. Moreno Molina, «La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos», en libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2012, Aranzadi, Cizur

Menor, 2013, pp. 115 a 163; J.A. Moreno Molina, y P. Domínguez Alonso, «El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública», en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; M.M. Razquín, «Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», *RAP* núm. 196, 2015, pp. 97-13 y. De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. Ruiz De Castañeda y M.A. Bernal Blay, «La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42. Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J.A. Moreno Molina, «El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación» en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II. Una visión crítica sobre los objetivos de estas Directivas puede verse en el estudio del profesor J. Santamaría Pastor, «Contratos del sector público y derecho de la Unión», *RAP* núm. 200, 2016, pp. 83-102.

[Ver Texto](#)

(3)

Me remito a J.M. Gimeno Feliú, «Compra pública estratégica», en libro colectivo *Contratación pública estratégica*, coord. por J. Pernas García, Aranzadi, 2013, Cizur Menor, págs. 45-80; T. Medina Arnáiz, «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 43 a 94 y J. Rodríguez Arana, «La contratación del sector público como política pública», en libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, ob. cit., pp. 31-44. Este carácter instrumental de la contratación pública es expresamente reconocido en el Informe 6/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre Incorporación en

los Pliegos de los contratos de una entidad local de determinadas cláusulas sociales, y consecuencias de su eventual incumplimiento y en el Informe 1/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, sobre calificación de contratos típicos y la libertad de pactos.

[Ver Texto](#)

(4)

Vid. J.M. Gimeno Feliú, «La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad», *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (M. Villoria, J.M. Gimeno y J. Tejedor), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 246-300; T. Medina Arnáiz, «La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa», *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 104.2, 2016, pp. 77-113; y las reflexiones de A. González Sanfiel, «La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?», en libro colectivo dirigido por F. Hernández *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, 2016, pp. 31-48. También el trabajo de J.M. Martínez Fernández «Corrupción en la contratación pública», en el libro colectivo dirigido por A. Betancor, *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 433-475.

[Ver Texto](#)

(5)

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

[Ver Texto](#)

(6)

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

[Ver Texto](#)

(7)

Sorprenden algunas de las propuestas. Máxime si se tiene en cuenta que Recordamos que algunos de los compromisos del Pacto PP-CIUDADANOS para la investidura de Mariano Rajoy como Presidente del Gobierno, de 28 de agosto de 2016 «150 compromisos para mejorar España» iban en esta línea, abogando por reforzar la competencia y la transparencia en la contratación pública. La medida 109 en concreto recoge lo siguiente: «Impulsar, de forma inmediata, una reforma de la Ley de Contratos del Sector Público que incorpore las [Directivas UE 2014/2023 \(LA LEY 4612/2014\)](#), [2014/2024 \(LA LEY 4613/2014\)](#) y [2014/25 \(LA LEY 4614/2014\)](#) con el objetivo de incrementar los controles y cerrar cualquier espacio a irregularidades en las fases de preparación, adjudicación y ejecución. En especial, se limitarán los supuestos de modificación y fraccionamiento de los contratos, sin perjuicio del establecimiento de lotes para favorecer el acceso de las PYMES a la contratación pública, de acuerdo con las mencionadas directivas; así como los del procedimiento negociado sin publicidad. Se reforzará la independencia de los órganos técnicos y profesionales que intervienen en el procedimiento».

[Ver Texto](#)

(8)

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

[Ver Texto](#)

(9)

Algunos de ellos, y los principales cambios, fueron ya sugeridos desde el Observatorio de la contratación pública. En especial, resulta de interés el documento «Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las [Directivas del](#)

Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LA LEY 4613/2014) (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)», publicado en www.obcp.es.

[Ver Texto](#)

(10)

Algunas de ellas ya advertidas, en relación al primer texto sometido a consulta pública, en mi trabajo «El valor interpretativo de las Directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho «pretoriano». Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma», en libro Observatorio de los Contratos Públicos 2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 19-60 y en el estudio «Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?», REDA núm. 182, 2017, pp. 181-221.

[Ver Texto](#)

(11)

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

[Ver Texto](#)

(12)

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

[Ver Texto](#)

(13)

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

[Ver Texto](#)

(14)

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

[Ver Texto](#)

(15)

Ver J.M. Gimeno Feliú, «La incidencia de la nueva [Ley de Régimen Jurídico del Sector Público \(LA LEY 15011/2015\)](#) en el régimen de contratación de ciertos poderes adjudicadores y de la Ley de Procedimiento Administrativo Común en la posibilidad de control», Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 147, 2017, pp. 6-9. En esta línea se ha manifestado el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 20/2016, donde recuerda que «El cambio operado

en la [Ley 40/2015 \(LA LEY 15011/2015\)](#), que aunque no es básica en la definición del concepto de entidad pública empresarial, debe ser considerado a efectos de interpretar el [art. 3.2.e\) TRLCSP \(LA LEY 21158/2011\)](#) (precepto que sí es básico) que alude a las «Entidades Públicas Empresariales estatales y sus análogas autonómicas y locales», obliga a revisar la conclusión alcanzada en la antecitada Circular. Así, para afirmar ahora que las Entidades Públicas Empresariales estatales y sus análogas autonómicas y locales no tendrán la consideración de Administración pública a efectos de contratación debe atenderse a la circunstancia de que se financien «mayoritariamente con ingresos de mercado» como dato relevante para determinar su régimen de contratación. Si la financiación de una entidad autonómica no procede «mayoritariamente de ingresos de mercado» no cabrá entonces afirmar su naturaleza análoga a las Entidades Públicas Empresariales, y por tanto, su contratación quedará sometida íntegramente a las disposiciones del [TRLCSP \(LA LEY 21158/2011\)](#), sin que resulte admisible que la adjudicación de sus contratos no sujetos a regulación armonizada se regule en unas instrucciones internas de contratación (...)Y, para delimitar cuándo se entenderá que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado, deberá estarse a su consideración, o no, de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas (SEC 2010), regulado en el [Reglamento \(UE\) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013 \(LA LEY 10270/2013\)](#), relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, de directa aplicación».

[Ver Texto](#)

(16)

Así se ha advertido, para la gestión de los mercados municipales a través de empresas públicas configuradas como medios propios (el caso MERCASA), en la Resolución 23/2015 del Órgano de Recursos Contractuales del País Vasco, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de

Contratos Públicos de Aragón 104/2015 y la Resolución 125/2016 Tribunal de Contratos Públicos de Madrid. Doctrina extensible a cualquier medio propio por exigencia del Derecho europeo, tal y como se argumenta en las las Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona presentadas el 27 de abril de 2017 (Asunto C-567/15 UAB «LitSpecMet«) se analizan los requisitos para la consideración de una entidad como poder adjudicador y, en especial, la configuración que al respecto debe hacerse de una entidad que sea calificada como medio propio. Y su conclusión es que «una sociedad cuya vinculación material y funcional con un poder adjudicador justifica la excepción in house para sus operaciones internas, está sometida a aquellas Directivas cuando contrata con terceros obras, suministros o servicios, a fin de cumplir la encomienda que le hubiera confiado el poder adjudicador». Criterio confirmado en la [STJUE de de 5 de octubre de 2017 \(LA LEY 132376/2017\)](#), UAB LitSpecMet, donde afirma que «una sociedad que, por una parte, pertenece en su totalidad a un poder adjudicador cuya actividad consiste en satisfacer necesidades de interés general y que, por otra parte, lleva a cabo tanto operaciones para dicho poder adjudicador como operaciones en el mercado competitivo, debe calificarse de «organismo de Derecho público» en el sentido de esta disposición, siempre que las actividades de dicha sociedad sean necesarias para que ese poder adjudicador pueda ejercer su actividad y que, para satisfacer necesidades de interés general, la referida sociedad se guíe por consideraciones que no sean económicas, extremo que ha de verificar el órgano jurisdiccional remitente. Carece de pertinencia a este respecto el hecho de que el valor de las operaciones internas pueda representar, en un futuro, menos del 90% del volumen de negocios global de la sociedad o una parte no esencial de éste».

[Ver Texto](#)

(17)

Se ajustan, igualmente, cierta previsiones relativas a la Administración local, tanto en materia de organización,

cuantías de contrato menor en función de población y de elementos de control. Sobre la incidencia de la [Directiva 2014/24 \(LA LEY 4613/2014\)](#) en la Administración local resulta de especial interés el trabajo de M. A. Bernal Blay, «La contratación de las Entidades Locales en el nuevo paquete legislativo europeo sobre contratación pública», REALA núm. 2, nueva época, 2014.

[Ver Texto](#)

(18)

Me remito a mi trabajo «Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública». REALA, núm. 7, 2017. Esta «publicación» de la actividad contractual es necesaria tanto para conocer las necesidades de obras, servicios y suministros de los partidos políticos, así como para la selección de los proveedores en régimen de concurrencia, lo que dificultaría actuaciones irregulares en la financiación indirecta de los partidos políticos.

[Ver Texto](#)

(19)

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

[Ver Texto](#)

(20)

E. Hernández Salguero, ya había defendido este carácter «cuasijurisdiccional». «El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid». *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. Núm. 28, 28 de junio de 2013, p. 88. Igualmente, M.J Santiago, «Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro», *Revista Auditoría Pública*, núm. 66, 2015, pp. 105-118. Este reconocimiento de órgano jurisdiccional a efectos del derecho comunitario, tiene especial consecuencia en lo relativo al obligado cumplimiento de sus Acuerdos o resoluciones, que tiene el carácter de ejecutivos y

ejecutorios. Aspecto sobre el que interesa dar cuenta de la [Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2014, en el recurso de casación núm. 3014/2013 \(LA LEY 146694/2014\)](#) (asunto de la Privatización Aguas Ter-Llobregat en Cataluña).

[Ver Texto](#)

(21)

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

[Ver Texto](#)

(22)

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

(23)

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

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

- (24) Dictamen núm. 8 2015, sesión ordinaria del pleno 25 de junio de 2015.
[Ver Texto](#)
- (25) IPN/CNMC/010/15 (Informes de Propuestas Normativas).
[Ver Texto](#)
- (26) En el documento sobre Medidas de transparencia y prevención de la corrupción en Subvenciones, Licitaciones y Contratos públicos, de octubre de 2015 (medida III.- 2), se insiste en la necesidad de extender el recurso al margen del importe (<http://transparencia.org.es/ti-espana-propone-a-los-partidos-politicos-60-medidas-contr-la-corrupcion-en-subvenciones-licitaciones-y-contratos-publicos-2/>)
[Ver Texto](#)
- (27) Vid. J.M. Gimeno Feliú, «Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)». Número monográfico especial (2016) Observatorio de los contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2016
[Ver Texto](#)
- (28) Como bien ha destacado el Profesor J.M. Baño León, el sistema de recursos administrativos ordinarios no está configurado en clave de protección de la legalidad, pues pretende proteger a la Administración. De hecho, como bien explica, el sistema de justicia administrativa es un ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español. Por ello, como bien afirma, «la mejor alternativa al recurso administrativo es un buen recurso administrativo, entendiendo por tal el que garantiza una revisión de la actuación administrativa eficiente por un órgano funcionalmente independiente». «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español», en libro colectivo *Las vías*

administrativas a debate, INAP, 2016, p. 669. Con esta ampliación del ámbito del recurso especial desde la perspectiva del importe se avanza en la filosofía del régimen equivalente en el nivel de eficacia exigido por [STJUE de 6 de octubre de 2015 \(LA LEY 133807/2015\)](#), Orizzonte Salute, C-61/14.

[Ver Texto](#)

(29)

J. Ponce Sole, Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 480. Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la [Ley Orgánica 1/2008 \(LA LEY 9934/2008\)](#), de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del [Tratado de Lisboa \(LA LEY 12533/2007\)](#), por el que se modifican el [Tratado de la Unión Europea \(LA LEY 109/1994\)](#) y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). Obviamente, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias de organización podrán extender el ámbito de este recurso especial a importes inferiores, pues el [artículo 112 de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#), de Procedimiento Administrativo Común (al igual que su predecesora [Ley 30/1992, en su artículo 107 \(LA LEY 3279/1992\)](#)) habilita tal posibilidad. Así se ha hecho en Aragón mediante la [Ley 3/2011, de 24 de febrero \(LA LEY 3971/2011\)](#), de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por la [disposición final segunda de la Ley 5/2017, de 1 de junio \(LA LEY 9519/2017\)](#), de Integridad y Ética Públicas) que fija en 200 000 euros el umbral del recurso especial para el contrato de obras y en 60 000 euros para los contratos de servicios y suministros.

[Ver Texto](#)

(30)

Sobre en carácter no precontractual del recurso especial puede verse mi trabajo *La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable*», en libro col. *La contratación*

pública: problemas actuales, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, 99. 83-140.

[Ver Texto](#)

(31)

La Directiva de concesiones incorpora un supuesto tasado de causas de resolución anticipada cuyo no cumplimiento por una Administración o poder adjudicador abre la puerta al recurso especial. Me remito a mi trabajo «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo», Cuadernos Derecho Local núm. 43, 2017, pp. 50-71. También en el estudio El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica, Cámara de Comercio de Barcelona, 2017 (J.M. Gimeno, P. Sala y G. Quinteros). También Servicios públicos e ideología. El interés general en juego (F. Caamaño, J.M. Gimeno, P. Sala y G. Quinteros), 2017, pp. 118-120

[Ver Texto](#)

(32)

Convendría, por ello, en el articulado de la Ley incluir como supuesto de cierre la mención a «Cualquier decisión incluida en el ámbito objetivo de la [Directiva 89/665/UE \(LA LEY 4356/1989\)](#), de recursos y, en concreto, las cuestiones contenidas en las Directivas de contratación sobre subcontratación y extinción de concesiones».

[Ver Texto](#)

(33)

Esa es la propuesta que formulo en mi trabajo «Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública». REALA, núm. 7, 2017.

[Ver Texto](#)

(34)

Esta opción de eliminar la posibilidad de negociación por la cuantía, ha sido implantada en Cataluña mediante el [Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo \(LA LEY 8713/2016\)](#), de medidas urgentes en materia de contratación pública (artículo 7). Este Decreto Ley tiene

por objeto incorporar medidas en relación con la aplicación de determinadas disposiciones de la [Directiva 2014/23/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero \(LA LEY 4612/2014\)](#), relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la [Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero \(LA LEY 4613/2014\)](#), sobre contratación pública y por la cual se deroga la [Directiva 2004/18/CE \(LA LEY 4245/2004\)](#). Como consecuencia de la Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit, se ha presentado la proposición de Ley de medidas para promover la transparencia en la contratación pública – Grupo Parlamentario Popular– , en el Congreso, 21 octubre de 2016.

[Ver Texto](#)

(35)

M. Garces Sanagustín, «El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos», libro col. El nuevo marco de la contratación pública, Bosch, Barcelona, 2012, p. 68. La práctica de las modificaciones en España acredita una clara «patología» que pervierte todo el sistema de la contratación pública y sus principios. Vid también J.M. Gimeno Feliú, «Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público», libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2015, Aranzadi, 2016, Cizur Menor, pp. 31-138.

[Ver Texto](#)

(36)

Sin embargo, al Consejo de Estado en su Dictamen al ALCSP de marzo de 2016, de forma sorprendente, le convence esta opción y declara que «Por lo tanto, en comparación con el [TRLCSP \(LA LEY 21158/2011\)](#) en vigor, la aplicación de este régimen de modificación contractual está más acotada. En efecto, ya no afecta a todos los contratos del sector público, sino solamente a aquellos sujetos a las directivas europeas. Esta solución resulta razonable y plenamente acorde al origen comunitario de dicho régimen.» La visión de la

modificación limitada a una mera exigencia europea y no al ejercicio correcto de los principios de integridad, eficiencia y buen gobierno pone en cuestión una adecuada solución del problema de los sobrecostes en la contratación pública. La dicotomía de regímenes, en función del importe, no parece una solución correcta, en tanto se crean dos regulaciones distintas para situaciones que exigirían una misma solución jurídica.

[Ver Texto](#)

(37)

Así lo he defendido en anteriores trabajos. «El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)», Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 28-31. Vid también los trabajos de I. Gallego Córcoles, «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública» en libro colectivo Las Directivas de Contratación Pública, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos 2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167, J. Vázquez Matilla, La modificación de los contratos públicos, Aranzadi, 2015.

[Ver Texto](#)

(38)

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

La decisión sobre la creación de una oficina de este tipo debe ponderar, por exigencias del derecho a una buena

administración, los costes y beneficios concretos, de todo tipo, que la misma pueda generar, y sólo crearla si los segundos superan a los primeros. Es preciso respetar los principios de buena regulación y la evaluación de impacto normativo exigido ahora por la [Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#).

[Ver Texto](#)

(39)

El funcionamiento de la OLAF en la Unión Europea puede servir de ejemplo para su puesta en funcionamiento. Sobre ello resulta interesante el trabajo de M. Fuertes López, «La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude (A propósito de las actuaciones de la Oficina europea de lucha contra el fraude, OLAF)», *Revista de Administración Pública*. núm.175, 2014, pp. 269-301.

[Ver Texto](#)

(40)

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

[Ver Texto](#)

(41)

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

[Ver Texto](#)

(42)

Esta opción ha sido «validada» por las [Sentencias TJUE de 11 de diciembre de 2014 \(LA LEY](#)

165014/2014), CroceRossa Italiana y otros (asunto C-113/13) y de 28 de enero de 2016, Casta y otros, Asunto C-50/14, que reconocen incluso la posibilidad de adjudicación directa. Opción adoptada, por ejemplo, en Aragón por la [Ley 11/2016, de 15 de diciembre \(LA LEY 19646/2016\)](#), de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario y por Valencia [Ley 7/2017, de 30 de marzo \(LA LEY 4909/2017\)](#), sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario).

[Ver Texto](#)

(43)

Me remito a mi trabajo «Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los [artículos 74 a \(LA LEY 4613/2014\)77 de la nueva Directiva 2014/24/UE \(LA LEY 4613/2014\)](#) sobre contratación pública)», Revista Derecho y Salud, Vol. 26, núm. 2 de 2015, pp. 65-85.

[Ver Texto](#)

(44)

En todo caso, en el diseño o aplicación de estos criterios deberá analizarse la existencia de prácticas calificadas como *red flags*, tales como que exista un único licitador (criterio aplicado por el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo [60/2015, de 15 de mayo \(LA LEY 81687/2015\)](#)), que podrán justificar la anulación de la licitación.

[Ver Texto](#)

(45)

Sobre la cuestión de las PYMES y la contratación pública puede consultarse: J.M. Gimeno Feliú, «La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación Pública y las PYMEs como estrategia de reactivación económica», en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 59 a 84, y los trabajos de G. Barrio Garciaa, «Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación Pública», en libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 133-160 y J.M. Martínez «Fomento del acceso

de PYMES a la contratación pública», Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 143, 2016, pp. 92-103.

[Ver Texto](#)

(46)

Cuestión que fue de especial análisis por F. BLANCO LOPEZ en su muy interesante trabajo «La subcontratación administrativa ejercicio de la acción directa del [artículo 1597 del Código civil \(LA LEY 1/1889\)](#)», Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 38, 2011, pp. 221-258.

[Ver Texto](#)

(47)

Criterio ya aplicado por el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo [75/2017, de 4 de julio \(LA LEY 91594/2017\)](#), donde se aplica la jurisprudencia del TJUE sobre cooperación vertical y cooperación horizontal, para poder decidir la anulación de una «remunicipalización» incorrectamente instrumentada bajo la justificación de encomienda de gestión a medios propios.

[Ver Texto](#)

(48)

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

[Ver Texto](#)

(49)

Vid, por todos, el reciente Informe del Tribunal de Cuentas nº 1197/2016, de 22 de diciembre, de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación

pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013.

[Ver Texto](#)

(50)

Obviamente, cualquier ente considerado como medio propio, es, en todo caso, poder adjudicador. Así se ha advertido, para la gestión de los mercados municipales a través de empresas públicas configuradas como medios propios, en la Resolución 23/2015 del Órgano de Recursos Contractuales del País Vasco, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 104/2015 y la Resolución 125/2016 Tribunal de Contratos Públicos de Madrid. La Disposición Adicional 25 regula el régimen de contratación de TRAGSA.

[Ver Texto](#)

(51)

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

[Ver Texto](#)

(52)

No comparto la crítica a esta opción de transposición formulada por el profesor J.L. Martínez López-Muñiz en su estudio «Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública)», RAP 202, 2017, pp. 13-41. El modelo propuesto preserva las notas de garantía, continuidad y calidad de los servicios públicos, y la homogeneidad de tipo, en un contexto globalizado de la contratación pública, favorece una mejor

interpretación y aplicación de los principios europeos de la contratación pública.

[Ver Texto](#)

(53)

A favor de esta eliminación de contrato CPP del [artículo 11 TRLCSP \(LA LEY 21158/2011\)](#) se puede ver la opinión de M. Magide Herrero, «Marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la defensa», en libro col. El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público, ed. AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, pp. 68-69. Ciertamente, como bien ha sistematizado, en un análisis exhaustivo, son muchas las variables y complejidades de este tipo contractual «específicamente español» y, quizá, por ello convenga su eliminación para uniformizar las categorías y conceptos en un marco normativo europeo. Máxime, como indica M. Hernando Rydings, en contratos de estas características, que aconsejan la mayor certeza del entramado jurídico y económico. La colaboración público privada. Fórmulas contractuales, Civitas, 2012, pp. 534-541. También M. A. Fernández Scagliusi, «El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica», REDA núm. 167, 2014, pp. 293-326.

[Ver Texto](#)

(54)

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

[Ver Texto](#)

(55)

Avala esta interpretación la nueva regulación del SEC (2010), aprobada por el [Reglamento \(UE\) n° 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de](#)

2013 (LA LEY 10270/2013), relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. En relación a cómputo déficit de las operaciones de APP se indica que: «Propiedad económica y asignación del activo 20.283 Al igual que sucede con los contratos de arrendamiento, para determinar quién es el dueño económico de los activos en una APP es preciso averiguar qué unidad asume la mayor parte de los riesgos y qué unidad se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de los activos. Se asignará a esta unidad el activo, y por lo tanto la formación bruta de capital fijo. Los principales elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse son los siguientes:

- a) Riesgo de construcción, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.
- b) Riesgo de disponibilidad, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato.
- c) Riesgo de demanda, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.
- d) El riesgo de valor residual y obsolescencia, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos.
- e) La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador». Estos dos últimos apartados, en especial en los casos de resolución por causa imputable al contratista parecen aconsejar una «limitación» de la RPA en los modelos concesionales, tanto de obra como de servicios, pues de lo contrario puede entenderse que se ha excluido la transferencia de riesgos y, en

consecuencia, los activos ya no estarían excluidos del perímetro de endeudamiento. Así, dentro del riesgo operacional debe entenderse la no existencia de RPA por incumplimientos o causas imputables al concesionario. Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. Macho Pérez y E. Marco Peñas, «El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT», RAP núm. 194, 2014, 437-474.

[Ver Texto](#)

(56)

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

[Ver Texto](#)

(57)

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

[Ver Texto](#)

(58)

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

[Ver Texto](#)

(59)

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

[Ver Texto](#)

(60)

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

[Ver Texto](#)

(61)

Vid. J.M. Gimeno Feliú, «Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario», Revista el Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho núms. 58/59, 2016, pp. 50-71 (ibídem, «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo», Cuadernos de Derecho Local núm. 43, 2017). Opinión que comparte el profesor J. Tornos Mas, «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núms. 58-59, 2016, p. 49. Sobre esta cuestión es de especial interés el libro Servicios Públicos e ideología. El interés público en juego (F.Caamaño, J.M. Gimeno, P. Sala y G. Quinteros), Profit, 2017, pp. 87-90.

[Ver Texto](#)

(62)

Vid. J.M. Gimeno Feliú, «Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario», Revista el Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho núms. 58/59, 2016, pp. 50-71 (ibídem, «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes

jurídicos desde la óptica del derecho europeo», Cuadernos de Derecho Local núm. 43, 2017). Opinión que comparte el profesor J. Tornos Mas, «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núms. 58-59, 2016, p. 49. Sobre esta cuestión es de especial interés el libro *Servicios Públicos e ideología. El interés público en juego* (F.Caamaño, J.M. Gimeno, P. Sala y G. Quinteros), Profit, 2017, pp. 87-90.

[Ver Texto](#)

(63)

A. Sanmartiín Mora, «La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea», libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, 2012, pp. 408-409. Este trabajo desarrolla las distintas posibilidades de la «profesionalización» de la contratación pública, que debe ser el eje sobre el que construir un nuevo modelo estratégico y eficiente, respetuoso con el principio ético exigible a toda actuación administrativa. También, E. Malaret, «El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia», *Revista digital de Derecho Administrativo*, nº 15, primer semestre/2016, pp. 38 y ss. La opción de la Unión Europea sobre esta política de profesionalización de la contratación pública queda muy bien reflejada en la [Recomendación \(UE\) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017 \(LA LEY 16043/2017\)](#), sobre la profesionalización de la contratación pública - Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública. (BOE de 7 de octubre). En esta importante Recomendación se recuerda que los Estados miembros deben elaborar y aplicar estrategias de profesionalización a largo plazo para la contratación pública, adaptadas a sus necesidades, recursos y estructura administrativa, de manera autónomas o como parte de políticas más amplias de profesionalización de la administración pública. El objetivo es atraer, desarrollar y retener competencias, centrarse en el rendimiento y los

resultados estratégicos y aprovechar al máximo las herramientas y técnicas disponibles. Para ello se insta a los Estados a elaborar programas adecuados de formación.

[Ver Texto](#)

(64)

Por todos, J.M. Gimeno Feliú, «Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública». REALA, núm. 7, 2017 y J.M. Martínez Fernández, Contratación pública y transparencia, La Ley, 2016, en especial, pp. 393-440 .

[Ver Texto](#)