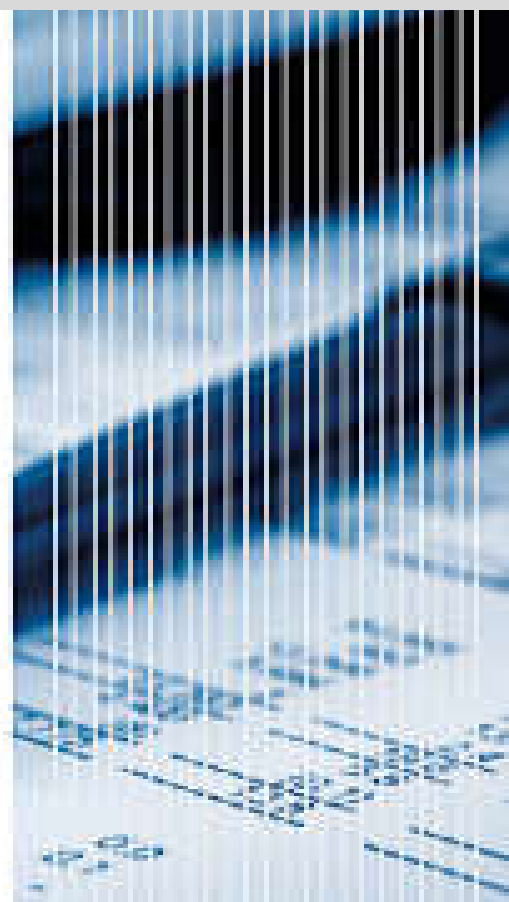


La nueva regulación de la contratación del Sector Público: Fiscalización y Enjuiciamiento por el Tribunal de Cuentas

Curso en el Palacio de Justicia de la Rioja. Octubre, 2018



TRIBUNAL DE CUENTAS

La nueva regulación de la contratación del Sector Público: Fiscalización y Enjuiciamiento por el Tribunal de Cuentas

Logroño, del 3 al 5 de octubre de 2018

Dirección

José Manuel Suárez Robledano
Presidente de la Sección de Enjuiciamiento
Tribunal de Cuentas

Secretario-Coordinador

Manuel José Alonso Núñez
Subdirector Técnico
Departamento 3º Sección de Enjuiciamiento
Tribunal de Cuentas

Organización



TRIBUNAL DE CUENTAS

Participación



Colaboración

Cortes Generales, Ministerios de Justicia, Asuntos Exteriores,
Unión Europea y Cooperación, Defensa, Hacienda, Fomento,
Educación y Formación Profesional y Fundación Sagasta

ÍNDICE SISTEMÁTICO

PRESENTACIÓN	3

INAUGURACIÓN

María José de la Fuente y de la Calle. Presidenta. Tribunal de Cuentas.....	7
José Ignacio Ceniceros González. Presidente. Gobierno de La Rioja	11
María del Pilar Oliva Brañas. Decana. Colegio Autonómico de Registradores de la Rioja.....	15

PRIMERA JORNADA: PANORÁMICA GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La fiscalización de la contratación pública como mecanismo para luchar contra la corrupción. Obligación de remisión de información de fiscalización al Tribunal de Cuentas u Órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma. José Manuel Suárez Robledano. Presidente de la Sección de Enjuiciamiento. Tribunal de Cuentas.	23

El Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en la contratación del Sector Público: su ámbito de competencia. Felipe García Ortiz. Consejero del Departamento de Fiscalización de Empresas Estatales y otros Entes Públicos y del Departamento Tercero de Enjuiciamiento. Tribunal de Cuentas.	57

La contratación Irregular en el Sector Público como supuesto de responsabilidad contable. Miguel Ángel Torres Morato. Fiscal-Jefe. Tribunal de Cuentas	71

La colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra la corrupción. Jesús Jordano Fraga. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.	95

Las directivas de contratación pública de 2014 y la Ley 9/2017 de Contratación del Sector Público: una visión relacional. Jesús María Chamorro González. Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Tribunal Superior de Justicia de Asturias	115

SEGUNDA JORNADA: ENJUICIAMIENTO Y FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La vía de control de la contratación a través del recurso especial en materia de contratación y el papel de la oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación. María José Santiago Fernández. Presidenta Nueva Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. **137**

Los resultados de la fiscalización de la contratación en el sector estatal. Fernando Valderrey de Prado. Letrado del Tribunal de Cuentas. Jefe de Área del Departamento de Área Político–Administrativa del Estado del Tribunal de Cuentas. **153**

La fiscalización de otras formas instrumentales de gestión próximas a la contratación pública:

La fiscalización de los convenios de colaboración. Manuel Aznar López. Consejero de Fiscalización del Área de Administración Económica del Estado. Tribunal de Cuentas. **159**

La fiscalización de los encargos a medios propios. Pedro de Vega Blázquez. Subdirector Jefe de la Asesoría Jurídica del Departamento de Fiscalización del Área de Administración Económica del Estado. Tribunal de Cuentas. **193**

MESA REDONDA

La contratación pública de los Ministerios y de las Comunidades Autónomas: contratos de concesión de obras, de suministros y de servicios.

Contratación en el Ministerio de Justicia. Antonio Dorado Picón. Letrado de la Administración de Justicia..... **213**

La nueva Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación en la universidad: el punto de vista de un economista. Jorge Sainz González. Profesor de Economía Aplicada, Universidad Rey Juan Carlos. *Visiting Fellow, Institute for Policy Research, University of Bath*..... **231**

La nueva definición de concesión en la Ley de Contratos del Sector Público y las Directivas comunitarias. Alicia Segovia Marco. Abogada del Estado. Ex Secretaria General Técnica Ministerio de Fomento..... **243**

Contrato de concesión de obras, de suministros y de servicios, especialidades de la contratación administrativa en el Ministerio de Defensa. David Santos Sánchez. Abogado del Estado. Ex Secretario General del Ministerio de Defensa..... **257**

Contratos de concesión de obras, de suministros y servicios. Cristina López Heras. Subdirectora General Jefe de la Oficina Presupuestaria del Ministerio de Asuntos Exteriores Unión Europea y Cooperación. **269**

TERCERA JORNADA: LOS PROCESOS Y GARANTÍAS

El control de la contratación pública en las actuaciones previas y la responsabilidad contable. Un examen práctico de los casos más conocidos y de actualidad.

Antonio Luis Casamayor de Mesa. Delegado Instructor de Actuaciones Previas de la Presidencia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas. Letrado de la Comunidad de Madrid. **279**

Los registros públicos y la contratación pública. Francisco Javier Gimeno Chocarro. Registrador de la Propiedad de Pamplona.....**293**

La contratación del Sector Público desde la sociedad civil: la perspectiva de Transparencia Internacional. Jesús Lizcano Álvarez. Presidente Transparency International-España. Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid **327**

CLAUSURA. María José Segarra Crespo. Fiscal General del Estado. **345**

PRESENTACIÓN

José Manuel Suárez Robledano

*Presidente de la
Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas*

Es tal la importancia de la Contratación del Sector Público en su integridad que la propia Ley Orgánica 2/1982, en su art. 11 destaca, como labor principal del Tribunal de Cuentas que fiscalizará en particular “los contratos celebrados por la administración del Estado y las demás Entidades del sector público”. La reciente entrada en vigor de la novísima Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público “sirvió de pauta, de centro de atención y de verdadero “Leiv motiv” para pensar en la conveniencia de unas apretadas sesiones sobre la contratación pública.

A continuación, además del importante trabajo de logística y preparación de dichas jornadas, que recayó en su práctica integridad en funcionarios del Departamento 3º de la Sección de Enjuiciamiento, teníamos que optar por la celebración del curso en alguna de las múltiples ciudades de nuestra geografía , siendo esa una de las cuestiones más difíciles de decidir .. La elección final de Logroño no fue difícil ya que a su tradición e historia se sumaban las excelencias de todo tipo que la acompañaban y su ubicación equidistante de las otras grandes ciudades del entorno.

El trato, la acogida y la ubicación de las jornadas por parte de los logroñeses, sus autoridades y los asistentes en general superó las más optimistas previsiones. Más de un centenar de asistentes resaltaron la importancia del tema y el interés que suscitaba y lo sigue haciendo. Tal interés tiene cierta relación con la importancia de todas las cuestiones relacionadas con la contratación pública desde el doble plano de su relevancia económica y del interés legal. Las cifras presupuestarias que en relación con la contratación pública se manejan, son verdaderamente astronómicas. Pensemos sólo , a título de ejemplo , en obras públicas de la envergadura del AVE, o en otras de un importe económico semejante así como de las múltiples obras o servicio de entidad económica inferior que precisan todas y cada una de las Administraciones Públicas para su normal funcionamiento y el debido cumplimiento de sus atenciones públicas exigidas por las leyes.

El contenido de las jornadas, por lo demás, fue de lo más completo que cabe imaginarse, por su exhaustividad y el alcance de las cuestiones debatidas, todas ellas con participación de los asistentes a aquellas. Me cupo el honor de dar una general e introductoria panorámica general de la contratación pública en España, para a continuación, tratar sobre la responsabilidades derivadas de posibles anomalías detectadas en la contratación del sector público .Se trató asimismo, sobre un planteamiento realista, crítico pero con agudeza de dicha contratación en la realidad práctica de cada día y los problemas que se detectan en la actualidad. De la normativa de la Unión Europea que inspira la reforma se ocupó un práctico y resaltó posibles carencias del desarrollo de la Ley Española.

No podía faltar en las jornadas las vías especializadas de la contratación pública, resaltando de entre ellas, las cuestiones referidas a los convenios de colaboración y los encargos a medios propios, completándose tal visión con la realidad de los distintos ministerios y de las comunidades autónomas, en Mesa Redonda formada al efecto. La relevancia de la nueva Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación fue tratada por su Presidenta. Ya en lo específico, se

trató la aplicación de la ley a la Universidad, así como los problemas particulares de dicha aplicación del concepto de concesión desde el plano europeo, español, de las características de los contratos públicos del Ministerio de Defensa y de algunos contratos públicos en particular.

De nuevo sobre el enjuiciamiento contable, se trató del análisis en la fase del análisis en la fase de instrucción de las posibles responsabilidades por el alcance en los hechos derivados de la contratación pública culminándose el curso con el tratamiento registral, con la visión de la Fiscalía General del Estado. En definitiva, se completó así una visión amplia y completa, actual de tal materia y de su regulación legal y económica, de sus defectos, de sus puntos positivos, de los que quizá, uno de los más relevantes sea el de la adecuada y real ponderación del coste de las obras a ejecutar.

SESIÓN DE INAUGURACIÓN



De izq. a drcha. Carmelo Prieto Ruiz, Decano del Colegio de Notarios de La Rioja, en representación del Consejo General del Notariado; José Manuel Suárez Robledano, Presidente de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas; José Ignacio Ceniceros González, Presidente del Gobierno de La Rioja; María José de la Fuente y de la Calle, Presidenta del Tribunal de Cuentas; Miguel Escanilla Pallás, Presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en representación del Consejo General del Poder Judicial, M^a del Pilar Oliva Brañas, Decana del Colegio Autonómico de Registradores de La Rioja.

Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de la Rioja; Excmos. Sres. Consejeros y Fiscal-Jefe del Tribunal de Cuentas; Excmos. Sres. Presidentes y Miembros de órganos de control externo de las comunidades autónomas; Ilmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja; Ilma. Sra. Decana del Colegio de Registradores de la Rioja; Ilmo. Sr. Decano del Colegio de Notarios de la Rioja; resto de Autoridades presentes

Nos hemos dado cita en este noble Edificio del Palacio de Justicia, Sede del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en un foro de intercambio de experiencias y de debate, para abordar una materia de extraordinario interés y de gran actualidad, cual es, la contratación del Sector Público. Es para mí una enorme satisfacción participar en la apertura de estas Jornadas a petición del Director de las mismas, D. José Manuel Suárez Robledano, Presidente de la Sección de Fiscalización del Tribunal de Cuentas.

En los últimos años, la contratación pública ha sido objeto de una profunda revisión a la luz de la normativa de la Unión Europea, que se ha ido incorporando a la legislación española. El último paso en esta evolución viene constituido por la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), cuya entrada en vigor ha tenido lugar el 9 de marzo de 2018.

Con esta Ley se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, que se dictaron en el marco de la «Estrategia Europa 2020». En ellas, la contratación pública se configura como un instrumento básico para conseguir en el mercado interior un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando un uso de los fondos públicos con una mayor racionalidad económica.

Estas disposiciones se encaminan a incrementar la eficiencia del gasto público y a facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública; a simplificar los trámites; a desarrollar sistemas más eficientes, transparentes e íntegros para un mejor cumplimiento de los objetivos públicos; así como a impulsar que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes y conseguir una mejor relación calidad-precio.

La nueva Ley de Contratos garantiza los principios de libertad de acceso a las licitaciones; publicidad y transparencia de los procedimientos; la no discriminación, y la igualdad de trato entre los licitadores, aspectos fundamentales en la gestión pública.

Quisiera destacar, en este sentido, la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos, habiéndose incluido los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las empresariales, así como las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada, debiendo actuar, entonces, conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación.

Asimismo, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad (lucha contra la corrupción), la Ley persigue una eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación 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.

De este modo se persigue un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos, y, por supuesto, a través de la prestación de mejores servicios a los usuarios de los mismos.

La contratación pública constituye una de las actividades más relevantes que llevan a cabo las entidades públicas para la satisfacción del interés general, la prestación de los servicios y la realización de los fines que les son propios, siendo esta un área en la que se gestiona un importante volumen de recursos económicos. La especial trascendencia de la actividad fundamenta que sea considerada, por la propia normativa -en concreto, por los artículos 39 y 40 de la LFTCu- como uno de los objetivos prioritarios de la actuación fiscalizadora del Tribunal de Cuentas. Para el buen desempeño de esta tarea, la Institución precisa contar con información suficiente, adecuada y fiable, que ha de proveerse de la forma más inmediata posible y mediante un uso eficiente de los recursos materiales disponibles.

La fiscalización de la contratación debe comprender los distintos momentos de su preparación, perfección y adjudicación, formalización, afianzamiento, ejecución, modificación y extinción.

Con el fin de proceder a su fiscalización, los Centros, Organismos o Entidades que hubieran celebrado los contratos legalmente previstos deberán enviar al Tribunal determinada información, en concreto, anualmente, habrán de presentar una relación anual de los celebrados y, en el plazo de tres meses desde su formalización, copia

certificada del documento en el que se recoja esta y un extracto del expediente; se extiende también dicha obligación a las incidencias producidas en la ejecución de los contratos.

El artículo 335 de la nueva LCSP recoge una regulación más amplia, cuantitativa y cualitativamente, que la normativa anterior en relación con estas obligaciones de remisión de la información contractual al Tribunal de Cuentas o, en su caso, al Órgano externo de fiscalización correspondiente de la Comunidad Autónoma por las entidades pertenecientes al sector público, lo que redundará automáticamente en una mayor transparencia de la gestión.

Con el fin de armonizar y facilitar el cumplimiento de las previsiones legales de presentación de la información contractual por parte de las entidades y entes del Sector Público, el Tribunal de Cuentas, mediante sucesivas Instrucciones aprobadas por su Pleno -las últimas de 2018, ajustando las mismas a la nueva LCSP-, ha establecido los procedimientos para el envío de la información y precisado la documentación que ha de acompañarla. Además, en el ámbito local se han firmado convenios de colaboración entre el TCu y los distintos órganos de control externo de las comunidades autónomas encaminados al uso de una única herramienta -la Plataforma de Rendición de Cuentas de las Entidades Locales- para el envío de dicha información, estableciendo medidas de coordinación para habilitar una remisión telemática única y para posibilitar una explotación común de la información por todas las instituciones fiscalizadoras.

El Tribunal de Cuentas dispone, además, de una aplicación informática para el tratamiento de la información contractual recibida, que constituye una herramienta de fiscalización que contribuye de manera decisiva en la mejora de la eficiencia de los trabajos.

De la fiscalización de la contratación pública -en sus diversos niveles territoriales-, resultan, con frecuencia, las mismas incidencias -que persisten en el tiempo, con más o menos intensidad-, en lo que se refiere a la fase de preparación de los contratos, al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, así como a la ejecución de aquellos -tales como retrasos; modificaciones motivadas por proyectos incompletos y poco exhaustivos, lo que evidencia una inadecuada planificación y preparación de los contratos; alteraciones en los costes y en los plazos de ejecución; y un recurso excesivo a las prórrogas-.

Reconociendo los progresos realizados, el TCu insiste, sistemáticamente, en similares recomendaciones, encaminadas a dotar de más transparencia a la contratación; a justificar la misma en mayor medida; a contar con informes económicos, estudios de costes o estudios de mercado específicos que avalen razonadamente los importes presupuestados y la sostenibilidad de lo contratado; a emplear un mayor rigor en las fases de planificación, preparación y tramitación de los expedientes de contratación; y a ejercer una vigilancia y control más estrictos en la ejecución de los contratos y del cumplimiento de los plazos, imponiendo, en caso de inobservancia, las penalidades oportunas. Todo ello, además, de las posibles responsabilidades de distinta naturaleza que puedan derivarse de la contratación; entre ellas, las contables, que han de dilucidarse en el TCu.

La relevancia para la fiscalización de la materia contractual se evidencia en el hecho de que, de las fiscalizaciones previstas en el Programa de Fiscalizaciones del 2018 aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas, el 41% de las mismas incluyan en su ámbito objetivo la contratación pública, bien como fiscalizaciones específicamente centradas en ella, bien como área de verificación en otras más amplias de cumplimiento o integrales.

Sin duda, la Ley de Contratos de 2017 plantea nuevos retos y soluciones, y viene a impulsar principios que, a primera vista, podrán contribuir a alumbrar, en algunos aspectos, mejores prácticas de gestión en la contratación pública. Contamos en estas Jornadas con ponentes de gran altura y experiencia para identificarlos y analizarlos. Así, se dan cita en las mismas expertos del Tribunal de Cuentas -tanto de las Secciones de Fiscalización como de Enjuiciamiento-, y de los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas; representantes de órganos judiciales y de la Fiscalía; Registradores y Notarios; Catedráticos de Universidad; expertos de las Administraciones Públicas; representantes políticos; y agentes del sector privado. Todo ello permitirá ofrecer en estas Jornadas una visión completa y poliédrica de la materia, unívoca en el objeto y plural en la aproximación, que planteará nuevos retos en el ejercicio del control externo de la contratación pública, de manera que, ciertamente, haga efectivo su objetivo final, cual es, contribuir a la mejora de la gestión.

No quiero robarles más del precioso tiempo que dedicarán a la tarea, bajo un programa realmente amplio y denso. Por lo tanto, no me resta más que agradecer su participación y desear que el objetivo propuesto se consiga en su máximo nivel.

Quiero darles la bienvenida a Logroño y a La Rioja. Les felicito porque han acertado ustedes al elegir celebrar este curso aquí y en estas fechas.

Está generalizándose la vendimia y esta tierra (desde La Rioja Alta a La Rioja Baja) se convierte en un inmenso lagar donde es protagonista la recolección de las uvas que servirán para crear el vino que nos da nombre en todo el mundo.

Me permito aconsejarles (prudentemente) que saquen tiempo estos días para perderse por alguno de nuestros pueblos, conocer mejor esta tierra y... dejarse llevar por los sentidos.

Querida Presidenta. Creo que es absolutamente procedente la celebración de este curso en el que se va a reflexionar, compartir experiencias y conocimientos sobre la entrada en vigor de la Ley de Contratación del Sector Público una vez que se ha cumplido el primer semestre desde su entrada en vigor.

Una norma que conlleva importantes mejoras para los órganos de contratación de los poderes públicos de nuestro país a partir de una firme apuesta por profundizar en la transparencia pero también en la inclusión de aspectos cualitativos en los criterios de adjudicación.

La nueva ley responde a la necesidad de dotar de mayor publicidad al proceso de contratación pública, simplificar sus trámites y procedimientos e incrementar los controles, eliminando espacios de arbitrariedad y garantizando la libre concurrencia.

Por otro lado, algunos de los beneficios de la Ley ya están plenamente vigentes: me refiero a que La Rioja ha sido una de las primeras CA integradas en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, por lo que los licitadores riojanos acceden ya al procedimiento simplificado convocado por cualquier poder adjudicador de España.

En todo caso, estaremos muy atentos a las conclusiones de este curso que serán, sin duda, muy interesantes a tenor de los diferentes enfoques que se plantean en el programa:

- La perspectiva fiscalizadora y enjuiciadora del propio Tribunal de Cuentas.
- La jurisprudencia europea y del Tribunal Supremo.
- El alcance de los convenios de colaboración.
- Las garantías de solvencia de los licitadores o
- La regulación de los *lobbies*, por citar sólo algunos.

Señoras y señores. El Tribunal de Cuentas de España es una garantía para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ejecución de los programas que tienen que ver con la gestión de los recursos públicos.

Su labor de fiscalización se centra en la comprobación del sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficacia y eficiencia y contribuye, con ello, a alejarnos del cáncer de la corrupción.

Una institución que, aunque centenaria, forma parte de los pilares de nuestro vigente Estado Democrático y de Derecho; y no solo porque depende directamente de las Cortes Generales y su Presidente es nombrado por el Rey.

Es el alcance técnico de sus informes de fiscalización y la calidad de las resoluciones judiciales dictadas en el ejercicio de su jurisdicción los que han convertido al Tribunal de Cuentas en una institución necesaria, útil y provechosa para toda la sociedad.

Sus resoluciones y aportaciones, y les hablo desde la perspectiva de La Rioja, han contribuido a reforzar la transparencia y avanzar en la rendición de cuentas al conjunto de la sociedad.

Me refiero a que las recomendaciones formuladas en los informes de fiscalización nos aportan no sólo una evaluación crítica sino también una guía esencial para la toma de medidas de mejora de la praxis administrativa en todos nuestros departamentos.

Lo estamos haciendo y lo seguiremos haciendo: tanto en materias relacionadas con la transparencia como en aquellas que tienen que ver con la gestión económica o la planificación presupuestaria.

Finalizo, queridos amigos. Ser supervisado por el Tribunal de Cuentas puede ser para algunos una incomodidad; no lo es para el Gobierno de La Rioja.

Más al contrario, la presencia de un control externo y de garantías nos ha ayudado a mejorar y a avanzar en términos de rigor, eficacia y transparencia.

Hay en nuestra sociedad una nueva cultura de control, rendición de cuentas y escrutinio de los poderes públicos; una sociedad cada vez más exigente que demanda nuevos espacios de participación en el marco de un ejercicio real de los derechos de ciudadanía.

Como en el caso de la Ley que este curso analiza, eliminar espacios de arbitrariedad y favorecer una contratación más justa y eficaz otorga beneficios a toda la sociedad, fortalece a las propias instituciones y, por ello, aumenta la confianza de los ciudadanos en el sistema, que es de lo que se trata.

Les reitero mi más cordial bienvenida a La Rioja y mi deseo de que este curso sea provechoso para todos. Muchas gracias por su atención.

Decana del Colegio Autónomo de Registradores de la Rioja

Excmo. Sr. Presidente de la CCAA de La Rioja; Excmo. Sra Presidenta del Tribunal de Cuentas; Ilmo. Sr Presidente de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de La Rioja.

Los registradores de la propiedad, como garantes de la seguridad jurídica estamos encantados de participar en jornadas como la que nos ocupa para estudiar a fondo la Ley de Contratos del Sector Público que pretende lograr una mayor transparencia en la contratación pública y aclarar las normas vigentes en aras a conseguir es mayor seguridad jurídica.

Estos objetivos coinciden sin duda con los objetivos que persiguen los Registros Públicos, entre los que se encuentra el Registro de la Propiedad a cargo de los registradores: la seguridad jurídica, que se consigue a través de la inscripción, inscripción a la que acceden únicamente de aquellos títulos y derechos que cumplan con todos los requisitos establecidos en las leyes y además a través de la publicidad de las titularidades, gravámenes y demás circunstancias relativas a los sujetos y derechos y inscribibles en los registros públicos.

Es evidente que la relación entre los registros jurídicos y la actividad administrativa es cada vez más estrecha e intensa. Muestra de ello es la relación entre la normativa urbanística y el Registro de la Propiedad que incide directamente en la configuración de la propiedad del suelo urbano y su estatuto.

No es posible conocer el alcance de los derechos sobre suelo urbano sin estudiar la legislación urbanística que lo ha diseñado en un determinado ámbito de actuación. Y aquí interviene claramente el Registro de la Propiedad contribuyendo a dar publicidad, no sólo de titularidades, sino de limitaciones derivadas de la mencionada legislación urbanística que, además de su publicidad legal, pueden servirse del Registro para dar a conocer a los propietarios las características y posibles limitaciones de su derecho, creando en definitiva mayor seguridad en el tráfico jurídico en un mundo donde las relaciones administrativas son cada vez más complejas.

Otro de los ámbitos en los que queda patente la estrecha vinculación entre los registros jurídicos y la legislación administrativa es precisamente el que nos convoca hoy aquí que es de la contratación pública. Es evidente que los actos administrativos gozan de las presunciones de legalidad, validez y eficacia lo que es tenido en cuenta en la calificación que llevan a cabo los registradores de la propiedad respecto de los documentos administrativos que acceden al Registro. No vamos a entretenernos ahora en el alcance

de la calificación respecto de dichos documentos que no debe ser visto en modo alguno como una vigilancia improcedente de la actuación administrativa ni tampoco como un debilitamiento de la presunción de legalidad antes aludida. Al contrario, mediante nuestra labor de calificación los registradores contribuimos a conseguir que la actuación de la Administración sea más eficiente y transparente. Por ello se califican también los documentos teniendo en cuenta los obstáculos que surgen del Registro, obstáculos que una consulta a tiempo permite tener en consideración a la autoridad administrativa en la tramitación pues resulta evidente que el objetivo final será conseguir la inscripción en el registro a fin de producir efectos frente a terceros.

Importante es también el registro de titularidades reales en orden a la contratación pública ya que va a permitir conocer la identidad de las personas físicas que controlan las sociedades (sus titulares reales) y, por consiguiente, va a facilitar el control del cumplimiento de las normas de licitación en lo que se refiere a los adjudicatarios.

En definitiva, los registradores somos funcionarios públicos con el objetivo principal de proteger el interés general y los intereses particulares de los ciudadanos en derechos constitucionalmente recogidos como son la propiedad, la libertad de comercio y la interdicción de la arbitrariedad y la indefensión procesal.

Para concluir podemos decir que todo ello hace que los registradores debamos formarnos cada vez más y mejor en el conocimiento de la legislación pública y de ahí nuestra presencia en foros como éste donde se subraya la importancia de esta relación. Por todo ello nuestro agradecimiento y deseo de colaboración con el Tribunal de Cuentas y con las demás instituciones que participan en la organización y patrocinio de este curso.

PRIMERA JORNADA:
PANORÁMICA GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA



PRIMERA JORNADA:
PANORÁMICA GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La fiscalización de la contratación pública como mecanismo para luchar contra la corrupción. Obligación de remisión de información de fiscalización al Tribunal de Cuentas u Órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma.

José Manuel Suárez Robledano. Presidente de la Sección de Enjuiciamiento.
Tribunal de Cuentas.

El Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en la contratación del Sector Público: su ámbito de competencia.

Felipe García Ortiz. Consejero del Departamento de Fiscalización de Empresas Estatales y otros Entes Públicos y del Departamento Tercero de Enjuiciamiento.
Tribunal de Cuentas.

La contratación Irregular en el Sector Público como supuesto de responsabilidad contable.

Miguel Ángel Torres Morato. Fiscal-Jefe.
Tribunal de Cuentas.

La colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra la corrupción.

Jesús Jordano Fraga. Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Sevilla.

Las directivas de contratación pública de 2014 y la Ley 9/2017 de Contratación del Sector Público: una visión relacional.

José María Chamorro González. Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

**LA FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO
MECANISMO PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN.
OBLIGACIÓN DE REMISIÓN DE INFORMACIÓN DE FISCALIZACIÓN
AL TRIBUNAL DE CUENTAS U ÓRGANO CORRESPONDIENTE
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA**

José Manuel Suárez Robledano

*Presidente de la
Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas*

1. ACTUACIÓN GENERAL DEL TRIBUNAL DE CUENTAS Y, PARTICULARMENTE, EN LA FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

La ubicación del Tribunal de Cuentas de España en el propio nivel constitucional ha de partir, necesariamente, de la previsión constitucional contenida en el art. 136 de la Constitución vigente. Pero conviene mencionar ciertos datos y precedentes históricos, aunque la mayoría de la doctrina viene estimando un origen foráneo más exacto a partir de la napoleónica *Cour de Comptes* exaltada en los murales del antiguo Hospital de Los Inválidos parisinos en derredor de la tumba de su creador.

- **La actual configuración de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas de España**

Decía Juan II de Castilla, en cuanto a las tareas o funciones de la Contaduría Mayor, en sus Ordenanzas de 2-11-1437 y de 30-9-1442, que *Yo el Rey fago saber a vos los mis Contadores Mayores e a vuestros Logares Tenientes e oficiales...que no os empachéis de cosa alguna que no sea tomar e recibir las mis cuentas..., ver los testimonios e escripturas que traen..., oir a recabadores e a las otras personas que me han de dar cuentas..., e librar los pleitos e determinarlos. E si así ficiéreis, salud e gracia*¹. O sea, ya se decía entonces, desde que existe el Tribunal más antiguo de España, que, aparte de los pleitos o juicios de responsabilidad contable, se debía contraer aquel a fiscalizar a todas aquellas instituciones que debían rendir cuentas, siendo ya entonces perceptible que se trataba de un control referido a lo público.

Dentro de la doble cara que ostenta en el sistema legal español el Tribunal de Cuentas, pues, como se ha visto, además del enjuiciamiento contable acabado de analizar, tiene encomendada la fiscalización del sector público por el artículo 136 de la Constitución, se ha de hacer mención en este apartado a dicha esencial función de control externo, pues el interno se verifica por la Intervención de cada Administración respectiva, pero, como es natural, no como mero recordatorio de lo que existe sino, por el contrario, atendiendo a la necesidad, al tiempo que se expone la situación actual, de plantear medidas necesarias para que se mejore la regulación legal actual y se tenga, como ya se hizo antes con la jurisdicción contable, una cabal y completa idea de que es lo que hay que modificar y mejorar.

¹ Véase la *Colección de las Leyes, Ordenanzas, Plantas, Decretos, Instrucciones y Reglamentos expedidos para el gobierno del Tribunal y Contaduría Mayor de Cuentas desde el reinado del Señor Don Juan II hasta el día*. Madrid. Imprenta Real. 1829.

En tal sentido crítico, lo primero que hay que hacer es mencionar que, tal y como han considerado diferentes y confluyentes planteamientos prácticos y doctrinales, la adecuación ha de partir de una situación de crisis económica y de una latente corrupción, en gran medida ya pasada y superada con controles penales y contables posteriores a ella, en determinadas, no generalizadas, esferas de la actividad pública de algunos indignos gestores del poder público, fundamentalmente en las esferas local y de las subvenciones. Quizá sea ese el aspecto a mejorar, pero sobre ello se tratará más adelante respecto a la fiscalización del sector público local, de los Ayuntamientos españoles que, en definitiva, son más de ocho mil entidades dispersas y de muy difícil homogeneidad.

Las expuestas circunstancias requieren que se proceda, tal y como se ha solicitado reiteradamente desde diversas instancias, a incrementar los recursos del Tribunal de Cuentas, de carácter legal, material y personal, por considerarse insuficientes los actuales, no obstante la tasa de reposición cero establecida en momentos de crisis, y porque las prioridades resultan evidentes aun durante la crisis o, precisamente, por ello. Recuérdese, por ejemplo, que, no obstante la debatida residencia del control financiero de los ingresos de los Partidos Políticos en el seno del Tribunal de Cuentas, se han reforzado en la reforma de 2012 tales controles por medio de la publicidad en la red de su respectivo balance y de la cuenta de resultados, concretamente en el apartado referido a la entidad de los créditos que se les han concedido, la entidad concedente y las posibles condonaciones de deuda del ejercicio en cuestión, debiendo comunicar al Tribunal y al Banco de España los acuerdos que mantengan con las entidades de crédito con referencia a su deuda.

Pero, desde otro punto de vista y obligado por la norma de Transparencia introducida ya en nuestro Ordenamiento por la Ley 19/2013, las Administraciones Públicas -todas ellas- vienen obligadas a efectuar una publicidad activa facilitando el acceso a la información pública así como a aplicar las normas del denominado Buen Gobierno, refiriéndose el artículo 2.1.f), específicamente, al Tribunal de Cuentas. Será el recién creado Consejo de Transparencia y Buen Gobierno el órgano novedoso que tiene por finalidad promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de Buen Gobierno. Tal disposición marca, por lo tanto, pautas que harán que se proceda a moldear la actividad pública en el sentido de activar los referidos mecanismos, con la finalidad de evitar trozos, aspectos o sectores ocultos de la integridad de la actividad pública. Y creo, sinceramente, que será muy positivo que el Tribunal de Cuentas, como órgano de control externo de la actividad

del sector público aplique tales principios con rigurosidad para dar a conocer la extraordinaria importancia que tiene su actividad ordinaria de fiscalización y de enjuiciamiento posible posterior.

Pero tienen importancia otros aspectos de la actividad fiscalizadora sobre la que solo apuntamos algunas notas que estimamos de relevancia para el futuro de la institución. Aparte de que la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 10/1993, de 23 de noviembre, con la introducción de una nueva modalidad de la malversación que tiene lugar cuando tienen lugar determinados actos de administración desleal de fondos públicos², se ha establecido la denominada Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal por la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre. Dicha entidad, creada con la clara finalidad de reforzar el compromiso constitucional, artículo 135 reformado de la Constitución, de lograr un control eficaz del cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública mediante la introducción de nuevos mecanismos de supervisión y transparencia en las políticas fiscales de las diferentes Administraciones Públicas. Verdaderamente, se trata de una Ley complementaria de la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

La novedosa institución referida no es un nubarrón nuevo sobre las competencias propias de control externo del Tribunal de Cuentas, como parece haberse creído por algunos, sino que, por el contrario, más que un acto de preterición del Tribunal, se ha tratado de proceder a la creación de un ente paralelo u obligado al, a su vez, establecido por la normativa de la Unión Europea³. La Autoridad tendrá que velar o cuidar por el estricto cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera mediante la evaluación continua del presupuesto, de la deuda pública y del análisis de las previsiones económicas, emitiendo informes y opiniones al respecto, tratando los primeros sobre las previsiones económicas, sobre el Programa de Estabilidad, el análisis de la ejecución presupuestaria, la deuda pública así como la regla

² Ver mi artículo SUÁREZ ROBLEDANO, J.M.: *Presente y futuro de la Jurisdicción Contable*, en el número 45, Vol. XV, Septiembre 2013, de la *Revista de Control Externo*. Madrid. Tribunal de Cuentas, 2013, págs. 153-199.

³ Hay que tener en cuenta que, tal y como se menciona en el Preámbulo de la citada Ley Orgánica 6/2013, con esta Ley Orgánica, se refuerza el compromiso de lograr un control eficaz del cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y la regla de gasto mediante la introducción de nuevos mecanismos de supervisión y transparencia en las políticas fiscales de las distintas Administraciones Públicas. Además, se da cumplimiento a lo previsto en la Directiva 2011/85/EU, del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados Miembros, en cuanto a la necesidad de contar con instituciones fiscales independientes que realicen el ejercicio de un seguimiento efectivo del cumplimiento de las reglas fiscales, basado en análisis fiables e independientes realizados por órganos con autonomía funcional respecto de las autoridades presupuestarias de los Estados Miembros.

de gasto y el informe previo a la aprobación de los planes económico-financieros. Puede advertir, asimismo, sobre la conveniencia de activar las medidas preventivas establecidas en la Ley Orgánica 2/2012.

Como se ve, atendiendo a las propias competencias de la Autoridad referida, difícilmente puede hablarse de concurrencia o competencia respecto de las facultades de fiscalización del sector público que competen al Tribunal de Cuentas. Se trata de funciones complementarias y no coincidentes en modo alguno. No se puede olvidar que, por otra parte, la coordinación en la lucha contra la corrupción también cuenta con instituciones que, desde el seno del Consejo de Europa y desde el año 2003, se encargan de tales cometidos. Se trata del GRECO, acrónimo de Grupo de Estados contra la Corrupción, al que se encarga del seguimiento de las medidas adoptadas por los Estados firmantes en tal cuestión, siendo de relevancia la consideración de sus recomendaciones al efecto de no echar en saco roto los posibles resultados de, entre otras, las fiscalizaciones del Tribunal de Cuentas detectando irregularidades.

No pueden, además, sino compartirse las extendidas opiniones en pro de una mayor especialización y profesionalidad de todos los integrantes del órgano de control, de tal manera que sea la calidad profesional, la experiencia jurídica y económica así como la especial dedicación a tales menesteres los que determinen la selección de los integrantes del Tribunal de Cuentas. Cualificación que, asimismo, ha de adornar a la totalidad del personal que sirve en el mismo, exigiéndose excepcionales dotes personales y preparación adecuada para llevar a cabo tales funciones de control externo legalmente establecidas.

Los órganos constitucionales de todos los Estados democráticos conocidos, y por supuesto los de mayor entidad económica y relevancia internacional, tienen órganos de control, no se olvide, con componentes designados por sus Parlamentos, sin que ello pueda tacharse de politización, puesto que así ocurre en todos ellos, por supuesto, respetando las condiciones de mérito y capacidad exigidas para integrar el colegio de sus componentes. O sea, que, cumplidas las condiciones legalmente establecidas en orden a la formación, independencia y criterio de sus miembros, las propuestas que haga el Parlamento solo pueden ser tachadas así de partidistas por los que no obtienen aceptación de los candidatos por ellos propuestos. Pero, tengamos en cuenta, eso es la esencia de la democracia, o sea que los más votados sean los que elijan a los integrantes de los órganos de control, y a los demás de naturaleza constitucional, por supuesto, siempre que el ordenamiento jurídico garantice su plena independencia en su mandato.

En cuanto a la propia función de fiscalización, impropia denominada de auditoría pública, en confusión propiciada por la derivada del solapamiento entre la técnica empleada y la función propiamente desarrollada, no viene de más efectuar algunas pinceladas sencillas, aunque de gran calado social y jurídico. En primer lugar, debemos atender a la práctica, o sea a las enseñanzas de la jurisprudencia, pues, como indica en un magnífico trabajo el actual Director Técnico del Departamento 1º de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas⁴, resulta necesario atender a los *criterios de interpretación y aplicación de dichas leyes que se han ido incorporando a la Jurisprudencia*, partiendo, añade, de la finalidad de complementar el Ordenamiento Jurídico que se atribuye a aquella por el artículo 1.6 del Código Civil, creando así, finaliza, *un cuerpo jurídico cercano a las fuentes del Derecho*.

A renglón seguido, y estamos de acuerdo con ello para lo sucesivo, el Tribunal Supremo, en las Sentencias de su Sala 3ª, destaca dos importantes características singulares de la función fiscalizadora y de sus procedimientos⁵, a saber, que la función fiscalizadora es ajena, en cuanto al fondo, al control del Tribunal Supremo así como que los informes de fiscalización no tienen carácter constitutivo (Sentencias de 18-10-1986, 16-7-1988, 27-2-2004 y el Auto del 3-3-2000).

También estamos de acuerdo, y debe mantenerse, la supremacía constitucionalmente declarada, en materia de control externo, del Tribunal de Cuentas, cuando, en sus relaciones con los OCEX (Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas), se ha dicho por la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Constitucional 187/1988, de 17 de octubre, y 18/1991, de 31 de enero, y Auto de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 26-7-2004) que:

- 1) La existencia de los Ocx no limita el ámbito territorial de la competencia fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, y
- 2) Tal existencia no limita las áreas del sector Público sobre los que puede ejercer su competencia fiscalizadora el Tribunal de Cuentas, que siguen siendo todas, incluidas las autonómica y la local, aunque el ámbito principal sea el estatal.

⁴ CUBILLO RODRÍGUEZ, C.: *La fiscalización en la jurisprudencia*, en el número 45, Vol. XV, Septiembre 2013, de la *Revista de Control Externo*. Madrid. Tribunal de Cuentas, 2013, págs. 63-78.

⁵ Obra citada en nota anterior, página 65. Seguimos, esencialmente, en este y en los siguientes apartados la magnífica exposición contenida en el anterior artículo doctrinal.

- 3) El Tribunal de Cuentas no es un Tribunal Supremo cuando ejerce su función jurisdiccional.
- 4) Como se ha dicho antes, el fondo de la fiscalización queda fuera del control jurisdiccional, y
- 5) El control judicial sí puede extenderse a las infracciones legales cometidas con ocasión de la propia fiscalización, tales como las vulneraciones del derecho al honor, la posible comisión de delitos, etc.

En torno a la naturaleza de la función de fiscalización, debe profundizarse y mantenerse que ejerce el Tribunal de Cuentas una verdadera función o labor de prevención de la lucha contra el fraude, enmarcándose tal actividad, también en la lucha contra la corrupción, por lo tanto. Y ello puede inferirse, además de la valoración que se haga en los informes de fiscalización respecto de la eficacia y de la eficiencia de la gestión controlada así como de la legalidad de la misma (artículo 9.1 de la Ley Orgánica 2/1982), de los propios resultados de la fiscalización en los que se harán constar cuantas infracciones, abusos o prácticas irregulares se hayan observado, indicando la responsabilidad en que se hubiera podido incurrir y las medidas para exigirla (artículo 12.2 de dicha Ley Orgánica). Puede así encontrarse, aunque no sea su principal función pues la de la jurisdicción contable estriba en la reparación de la responsabilidad por alcance, con bolsas o focos de fraude.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo señala que, aunque la finalidad del procedimiento fiscalizador no es la de detectar hechos generadores de responsabilidades contables ni, consiguientemente, se dirige contra nadie en concreto (Sentencia de 29-9-2010), no prevaleciendo la función fiscalizadora sobre la jurisdiccional contable, ni viceversa, añade la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas que la fiscalización de la actividad económico-financiera del Sector Público y el enjuiciamiento contable deben interpretarse de forma coordinada, es decir, como dos vertientes de una única potestad o función de control, y que el juego de la doble competencia, fiscalizadora y jurisdiccional, del Tribunal de Cuentas, está en la esencia misma de la Institución e inspira su legislación reguladora (Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 13-9-2004 y de 14-11-2005, en relación con la de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 22-11-1996). En definitiva, la función fiscalizadora no tiene como finalidad natural el desembocar en el ejercicio de la función jurisdiccional, sino que se agota en la labor de informe a las Cortes Generales, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o a los Plenos de las Entidades Locales... (Sentencia de la Sala

3ª de 3-7-1998). Pero conclúyase en que, como se ha destacado también desde la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 30-1-2012, se ha abierto la puerta a una cierta valoración de la eficiencia por la jurisdicción contable en tanto que ha de tenerse en cuenta que de los hechos objeto de enjuiciamiento se deduzca despilfarro de los fondos públicos, o sea del dinero de todos los españoles⁶.

Proseguiremos este breve apartado señalando, además, que los informes de fiscalización serán un medio de prueba muy cualificado en los procesos contables aunque no sean vinculantes, prevaleciendo, como no podía ser de otra forma, el criterio judicial de la sana crítica en tales juicios, no pudiendo pronunciarse la jurisdicción contable del Tribunal de Cuentas sobre las cuestiones que se plantean en los procedimientos fiscalizadores (Auto de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 6-10-2005). La función fiscalizadora ha de considerarse, en definitiva, como de naturaleza administrativa, aplicándosele con carácter supletorio la normativa del procedimiento administrativo (Disposición Final 2ª de la Ley Orgánica 2/1982), pero ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 32.1 de la Ley de Funcionamiento tan citada y la interpretación del Auto de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 3-3-2000, resulta *la inaplicación del régimen de recursos administrativos a los actos fiscalizadores del Tribunal de Cuentas... Los acuerdos de fiscalización que adopte el Tribunal de Cuentas para su sometimiento a la Comisión Mixta Congreso-Senado, no son susceptibles de recurso en vía administrativa ni en esta jurisdiccional*. No obstante, respecto del trámite de audiencia del artículo 44 de la Ley de Funcionamiento, se establece una excepción, diciendo el Tribunal Supremo (Sentencia de 29-9-2010) que se confiere aquella exclusivamente a los responsables del Sector o Subsector público fiscalizado, o a las personas o entidades fiscalizadas y a quienes hubieran ostentado la representación del subsector fiscalizado, sin que se extienda a cualquier persona que, por haber prestado servicios en la entidad pública cuya gestión haya podido ser analizada en el procedimiento fiscalizador, pudiera considerarse afectada por las afirmaciones contenidas en el resultado de la fiscalización. Tal trámite, obligatorio y esencial de

⁶ Dice dicha resolución, por cierto dictada en un caso de responsabilidad contable derivada de la contratación de lo que más adelante se trata, y en lo que interesa, que *como demuestra la sentencia de apelación, no fueron razones de oportunidad las que guiaron su apreciación del alcance. En efecto, no hay en su juicio consideraciones de conveniencia. Ni siquiera necesita adentrarse en valoraciones sobre la eficiencia pues se queda en el plano de la legalidad en la administración de fondos públicos. Nos está diciendo que la revisión que se hizo del contrato no estaba justificada porque no se acreditó con datos concretos su necesidad. De ahí que los caudales públicos destinados a hacerla efectiva se utilizaran indebidamente. Y así es porque a Forcem no se le concedieron para que hiciera de ellos cualquier uso sino únicamente los adecuados a los fines para los que se aportaron. Entre ellos no se hallan, con seguridad, los de contraer compromisos innecesarios. Ese exceso es lo que determina el alcance como convincentemente argumenta la sentencia*.

audiencia en el procedimiento de fiscalización, debe hacerse con la puesta de manifiesto de las actuaciones antes de la redacción del proyecto del informe de fiscalización, por el Departamento responsable de la fiscalización en cuestión, ajustándose a lo prevenido en el artículo 44.5 de la Ley de Funcionamiento y a la supletoria Ley de Procedimiento Administrativo 39/2015.

Sin perjuicio de lo que luego se añade respecto del significado general y de las aportaciones derivadas de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con vigencia general desde el pasado 10 de marzo de 2018, la referida disposición señala como objetivos resaltados en su propia exposición de motivos el permitir *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*. Eficiencia que, por lo tanto, impedirá el referido derroche de fondos públicos o permitirá las medidas judiciales correctoras para que el Tribunal de Cuentas pueda recuperar los activos públicos indebidamente dispendiados por los responsables contables de ellos.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que se quiere que la nueva Ley consiga *lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio*. Se persigue evitar así la quiebra de las contrataciones derivadas del desequilibrio entre precio y posibilidad real de ejecución del contrato adjudicado, observado, por desgracia, en no pocas contrataciones públicas por esa tendencia irreal a la baja en las adjudicaciones, a la par que se quiere acabar con las contrataciones teledirigidas, amañadas o contrarias a la verdadera concurrencia. Se quiere así acabar con las ofertas que se denominan *anormalmente bajas*.

En la colaboración contra la *corrupción y la prevención de los conflictos de intereses*, que ha de presidir la actuación administrativa general, se introducen disposiciones en el Libro I que persiguen la finalidad de que los órganos de contratación adopten medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que surjan en los procedimientos de licitación. Paralelamente, se aplican las técnicas relacionadas con la *compliance*.

Por otra parte, se crea la *Oficina de Supervisión de la Contratación, también a nivel estatal, con plena independencia orgánica y funcional, integrada por un Presidente y cuatro vocales que gozan de la condición de independientes e inamovibles, que debe*

rendir cuentas anualmente a las Cortes Generales y al Tribunal de Cuentas sobre sus actuaciones. La misma deberá coordinar la supervisión en materia de contratación pública de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación en esta materia, dado que las Comunidades Autónomas pueden crear sus propias Oficinas de Supervisión. La Oficina está facultada para dar traslado a la Fiscalía u órganos judiciales o administrativos competentes de hechos de los que tenga conocimiento y que sean constitutivos de delito o infracción. Adicionalmente, es el órgano competente para la aprobación de la ya mencionada Estrategia Nacional, en cuya ejecución se verán involucrados los tres órganos que se han relacionado, así como sus equivalentes a nivel autonómico.

También se estructura novedosamente la remisión de la información contractual, para su verificación, al Tribunal de Cuentas en tanto que, en su Libro IV, se prevé que *una nueva regulación de la Mesa de contratación y de la obligación de remisión de información de fiscalización al Tribunal de Cuentas u órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma.* Dicha obligación ha sido instrumentada respecto del sector público local, adecuándola a la nueva Ley de Contratos del Sector Público, por medio de la Resolución de la Presidencia del Tribunal de Cuentas de 3-7-2018 aprobando la Instrucción relativa a la remisión telemática al mismo de los extractos de 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 del 10-7-2018). Y, casi sin solución de continuidad, respecto del sector público estatal y autonómico, por medio de la Instrucción publicada por Resolución de la Presidencia del Tribunal de Cuentas de 20-7-2018.

La preocupación de la transparencia también tiene su reflejo en la supresión del procedimiento negociado sin publicidad, que se suprime, creándose, en su lugar, un procedimiento simplificado con publicidad más ajustado a las normas de la concurrencia.

- **Breve referencia al control externo de los Partidos Políticos y su fiscalización, general y contractual**

Los Partidos Políticos, que se estructuran desde la definición constitucional⁷ como elementos esenciales en la vida democrática de España, son objeto de control o

⁷ Como es sabido, establece el artículo 6 de la Constitución que *los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.*

fiscalización especial por el Tribunal de Cuentas en una doble vertiente. Por una parte, en la Ley del Régimen Electoral General de 19-6-1985 y, por otra, en la Ley Orgánica 8/2007, de 4-7, sobre financiación de los partidos políticos. Esta, a su vez, ha sido objeto de dos importantes reformas por las Leyes Orgánicas 5/2012, de 22-10, y 3/2015, de 30-3. Solo citaremos aquí algunos aspectos de relevancia en lo tocante a tal específica fiscalización, cuya ubicación en el Tribunal de Cuentas es objeto de fuertes críticas y no se explica bien del todo⁸.

En el sintético análisis que se efectúa aquí de este sugerente tema, por otra parte, aludiremos solo a algunos de los principales problemas o cuestiones de relevancia suscitados, sin pretender un exhaustivo estudio de aquel, amplio y extenso como pocos en el ámbito del derecho del control externo. Hay autores que se han ocupado con brillantez, por otra parte y recientemente, de estas cuestiones⁹. La reforma del 2012, aparte de otros extremos que mentaremos a continuación, se enmarca entre las medidas directamente inspiradas en el principio de transparencia, reflejándose en obligaciones de publicidad activa y de notificación, estando la percepción de las ayudas públicas supeditadas al cumplimiento de la obligación por los partidos políticos de su obligación de presentar sus cuentas de forma detallada y documentada en el plazo legalmente establecido, para ser fiscalizadas así por el Tribunal de Cuentas.

En primer lugar, desde el plano de la legislación electoral general, hay que referir que la obligación que tienen los partidos de presentar una contabilidad detallada y documentada de sus ingresos y gastos electorales, extendiéndose la obligación a las entidades de crédito respecto de los créditos concedidos así como a las empresas que hubieran facturado por gastos electorales, requiere un pronunciamiento de fiscalización posterior y dentro de los 200 días siguientes a la presentación de la contabilidad referida. Con su resultado, el Tribunal de Cuentas puede proponer la no adjudicación o la reducción de la subvención al partido, sin que, por desgracia, se detallen aquí los criterios o requisitos para acordarlas, siendo facultativa dicha posibilidad a elevar a las Cortes Generales o a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

⁸ Debe recordarse que, de conformidad con lo establecido en el artículo 136 de la Constitución, el control externo del Tribunal de Cuentas se extiende a la fiscalización *de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público*, pudiendo solo con un esfuerzo muy afinado estimarse que el control de los partidos políticos sea asimilable al de un propio sector público. La extensión se ha justificado desde el punto de vista de la financiación que reciben constituida por fondos públicos.

⁹ Debe citarse aquí el magnífico artículo de CARBAJOSA PÉREZ, B.: *Transparencia y financiación de los partidos políticos*, en el número 42, Vol. XIV, Septiembre 2012, de la *Revista de Control Externo*. Madrid. Tribunal de Cuentas, 2012, págs. 199-232.

No se configuró aquí el Tribunal como órgano sancionador, sino solo con facultades para proponer sanciones, de tal manera inconcreta o imprecisa, cosa que, como veremos, se ha rectificado en parte posteriormente. Además, ha sido en las directrices técnicas de cada proceso electoral en las que se ha remediado tal ausencia de descripción de criterios, adoptando algunos que sirven para dar certeza a la propuesta correspondiente, no pudiendo sino acudir al sistema general de recursos ante el silencio del art. 134.2 de la Ley Electoral. Todas esas deficiencias requieren una futura regulación para conseguir dar certidumbre a tales carencias. La Ley Orgánica 5/2012 viene a prever, no obstante, la añadida facultad que tiene el Tribunal de imponer sanciones directamente para el caso en el que los partidos políticos superen los límites de los gastos electorales previstos en la Ley Electoral, consistiendo en la equivalencia del exceso producido.

Respecto a la financiación ordinaria, referimos, asimismo, algunos de los problemas que se han resuelto con la última reforma y algunos otros que pueden quedar aún pendientes. Tal y como se ha señalado certeramente¹⁰, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2012, no puede sino tacharse de muy acertada la adecuación en la Ley de Presupuestos de cada ejercicio del importe global de las subvenciones a los partidos políticos, suprimiendo la mención al IPC anual de la cuantía anterior de las subvenciones. Se ha prohibido la financiación privada que supere el límite de los 50.000 € anuales por donaciones procedentes de una misma persona física o jurídica, estando prohibidas totalmente las de carácter anónimo, finalista o revocable. Resulta certera, asimismo, la prohibición de recibir donaciones de personas físicas que presten servicios o realicen obras para las Administraciones Públicas o de empresas participadas mayoritariamente por aquellas, así como de empresas, personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica. Las condonaciones bancarias, totales o parciales, quedan absolutamente prohibidas desde el año 2015.

El deber de notificación al Tribunal de Cuentas alcanza ahora a las donaciones superiores a 25.000 € así como las de inmuebles, en un plazo de tres meses desde su aceptación. Dicha notificación debe efectuarla el partido político concernido.

Solo merece parabienes la obligación que tienen los partidos políticos de presentar cuentas anuales consolidadas, extendida a los ámbitos estatal, autonómico, comarcal y local. La remisión de las mismas ha de efectuarse al Tribunal de Cuentas antes del 30 de junio del año siguiente al que se refieran. El Pleno del Tribunal aprobó ya el Plan de Contabilidad aplicable a las Formaciones Políticas. Además, en orden a la publicidad,

¹⁰ Obra citada en la nota anterior, páginas 213 y siguientes.

deben los partidos y las fundaciones a ellas vinculados hacer públicas, preferentemente en sus Webs, y una vez efectuadas las fiscalizaciones, el balance y la cuenta de resultados, la cuantía de los créditos pendientes de amortización, los concedidos anualmente así como su tipo y la entidad concedente. Asimismo, las subvenciones recibidas y las donaciones y legados por más de 25.000 euros así como la identificación del donante o legatario.

En orden al régimen sancionador, por último, resolviendo algunos problemas interpretativos anteriores, el art. 17 reformado establece que se impondrán sanciones, eliminando la expresión podrá imponer, tipificando las infracciones en el sentido novedoso de sancionar los casos de superación de los límites de gastos electorales, aparte de referirse a las donaciones privadas y aportaciones de personas extranjeras que superen las limitaciones y requisitos establecidos en los artículos 5 y 7 de la Ley, así como la asunción por terceras personas de los gastos del partido político. Todas las infracciones son conceptuadas bien como muy graves, graves o leves, imponiéndose sanciones cuya graduación va desde el duplo al quíntuplo de la cantidad que exceda del límite legalmente permitido hasta la menor consistente en multa no inferior a los 5.000 euros. El Tribunal vigilará que las sanciones se hagan efectivas antes del siguiente libramiento de la subvención, detrayéndose de su importe si no se pagó el mismo. Si no tiene derecho a subvención, se requerirá para su pago y, de no pagarse voluntariamente, se pasarán las actuaciones a la Agencia Tributaria para su recaudación en período ejecutivo. No se consideran sujetos infractores a los donantes.

Del procedimiento sancionador regulado en el art. 18 interesa destacar que se inicia por acuerdo del Pleno previa información previa con audiencia del partido político, habiendo establecido el Pleno del Tribunal un turno de instructores previo en el que no se integran los Consejeros del mismo, cosa que parece obvia para poder decidir con posterioridad. Iniciado el procedimiento sancionador, el instructor formulara una propuesta de resolución en la que, para el caso de estimar inexistente la infracción o la responsabilidad, parece que no se precisa de mayor motivación, o al menos de una amplia motivación, al señalar la Ley que sólo contendrá la propuesta de absolución¹¹.

¹¹ No obstante ello, la normativa general dispone lo contrario en tanto que el art. 18 del Real Decreto 1398/1993, referido a la potestad sancionadora de la Administración, establece que *concluida, en su caso, la prueba, el órgano instructor del procedimiento formulará propuesta de resolución en la que se fijarán de forma motivada los hechos, especificándose los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan y la persona o personas que resulten responsables, especificándose la sanción que propone que se imponga y las medidas provisionales que se hubieran adoptado, en su caso, por el órgano competente para iniciar el procedimiento o por el instructor del mismo; o bien se propondrá la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad.*

Elevada al Pleno, este dicta resolución motivada que solo puede variar los hechos de manera favorable al posible responsable, por lo que está vinculado por la declaración de hechos probados, de manera injustificada¹². Cabe recurso ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que suspende la ejecución automática si se trata de imponer alguna de las sanciones del art. 17 bis de la Ley de financiación.

Debe tenerse en cuenta, además, que se producirá la caducidad del expediente si en el plazo de 6 meses desde la iniciación del mismo no hubiera sido notificada la resolución, quedando paralizado por causas imputables a los interesados e interrumpida la prescripción por el inicio del expediente. La prescripción es de 5 (muy graves), 3 (graves) y 2 años (leves) a contar desde el momento de la comisión de la infracción. Para terminar, debe indicarse que el Tribunal debe vigilar la ejecución de la sanción, que materialmente corresponde al Ministerio del Interior si se trata de retención de subvenciones y a la Agencia Tributaria en otro caso. No se dice cómo se ejerce tal función de vigilancia.

En orden a la regulación de su contratación, la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017 ha publicitado la misma al señalar que *se han incluido los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las empresariales, así como las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos siempre que se cumplan determinadas circunstancias como que su financiación sea mayoritariamente pública y respecto de los contratos sometidos a regulación armonizada*. Aunque se apuntan, como excepción, *los contratos que tengan por objeto la realización de campañas políticas, que no seguirán las normas de esta Ley*.

Dice, a tal efecto, el art. 3.4 de la referida Ley que *los partidos políticos, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2007, de Financiación de los Partidos Políticos; así como las organizaciones sindicales reguladas en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales a las que se refiere la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con la letra d) del apartado 3 del presente artículo, y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente*.

¹² Véase al respecto lo establecido, por el contrario, en el art. 20 del Real Decreto citado en la nota anterior.

Añade el apartado segundo de dicho precepto, en lo atinente a la existencia de unas instrucciones necesarias en cada formación política, *que los sujetos obligados deberán aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación que se adecuarán a lo previsto en el párrafo anterior y a la normativa comunitaria, y que deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda su asesoramiento jurídico. Estas instrucciones deberán publicarse en sus respectivas páginas web.*

- **Las Delegaciones Territoriales del Tribunal de Cuentas**

Se ha modificado la Ley de Funcionamiento del Tribunal por la Ley 15/2014, estableciendo *que no obstante lo anterior, en las Comunidades Autónomas que no tuvieran establecido órgano de control externo, el Tribunal de Cuentas podrá establecer secciones territoriales del mismo para el cumplimiento de las funciones propias* (art. 29.4). Tal novedad, que responde a cierto pensamiento referido a la evitación de duplicidad de órganos de control, se dirige a acercar el control a dichas Comunidades. No existen, por ahora, tales Secciones Territoriales.

- **Los Órganos de Control Externo (OCEX) de las Autonomías que cuentan con ellos**

Las Comunidades Autónomas, a través de los denominados Ocex, ejercen el control externo autonómico y local en su territorio respecto del respectivo sector público autonómico y local. Las relaciones con el Tribunal han de ser de colaboración, evitándose en todo caso y como se ha resaltado que el sector público empresarial autonómico tenga pérdidas o concurra en el mercado con la iniciativa privada.

Los Ocex no tienen carácter homogéneo, pues unos son unipersonales y otros colegiados, así como se diversifican en sus competencias, de las que, en todo caso, está excluido el enjuiciamiento, como ya hemos dicho antes. Se ha criticado¹³ la excesiva dejación en los Ocex del ejercicio de las competencias del Tribunal en los sectores públicos autonómico y local, debiendo reflexionarse sobre ello en esta época de prácticas ilícitas y de corrupción, pues gran parte de ella se detecta en el sector público local, especialmente.

¹³ Véanse al efecto las reflexiones contenidas en el libro VERA SANTOS, J.M.: *El Tribunal de Cuentas y los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 2001.

La antedicha coordinación, sin perjuicio del carácter superior del Tribunal, tiene lugar por medio del establecimiento de técnicas y criterios comunes de fiscalización, la remisión al primero de las cuentas del sector público autonómico, y la posibilidad de solicitar concretas funciones fiscalizadoras (art. 29 de la Ley de Funcionamiento).

- **El control externo de las entidades locales españolas**

Siendo en este punto en el que las demandas sociales y legales de control externo quizá sean mayores, vista la situación actual así como la dispersión en más de 8.000 unidades del sector público local, la fiscalización del mismo está actualmente compartida con los Ocex, como se vio antes.

No debe olvidarse que, para remediar situaciones inadmisibles, debe activarse al máximo la disposición del art. 45 de la Ley Orgánica 2/1982, en relación con el 32 de la Ley de Funcionamiento, al limitar la posibilidad de instar fiscalizaciones al Tribunal, a las Cortes Generales, y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, no admitiéndose ninguna otra petición.

La mejora del control externo, según se sostiene de manera general y pese a lo que ello lleva consigo, exige la reducción notable del número de entidades locales a controlar, dada su dispersión, la reducción del número de sociedades mercantiles locales así como la potenciación de los Consorcios y de las Mancomunidades para la prestación de servicios comunes a varias de ellas.

2. RECIENTES CASOS RESUELTOS POR LA SALA DE JUSTICIA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Vamos a mencionar, aun someramente y en primer lugar, algunas resoluciones de la Sala 3ª del TS en materia de responsabilidad contable o por alcance derivada de situaciones derivadas de contrataciones de las Administraciones Públicas. Con posterioridad, se tratará de los dos últimos casos relevantes conocidos por el Tribunal de Cuentas, en su Sala de Justicia y en el Departamento 3º de Enjuiciamiento del mismo, sobre tal extremo. Esto último como mera muestra de la actualidad referida a la responsabilidad contable.

En la Sala 3ª del Tribunal Supremo destaca, en primer lugar, la Sentencia de 8-11-2006 (Sección 2ª) que abordó un supuesto en el que se había contratado con una empresa la instalación para el Ministerio de Trabajo de pagodas, stands y otros elementos de montaje en un recinto ferial. En ella se considera que no existe responsabilidad contable

del Director Gerente de aquella empresa contratista en tanto que la responsabilidad contable no se identifica, de modo necesario, con la responsabilidad civil o la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir, frente a la Administración, quienes, sin estar vinculados al servicio de la misma o estándolo pero no teniendo a su cargo el manejo de bienes o causales públicos, causen daños a éstos, bien directamente, bien determinando la obligación de la Administración de indemnizar a terceros. En estos casos, no se estará ante supuesto alguno de responsabilidad contable, sino ante una situación de «responsabilidad civil frente a la Administración pública», para cuya determinación ésta, a falta de un precepto legal que la habilite, habrá de acudir a la Jurisdicción civil como cualquier otro sujeto de derecho (Sentencia de 7 de junio de 1999. Por tanto, se concluye, sin perjuicio de las responsabilidades que, en su caso, pudieran serle exigidas en otros órdenes jurisdiccionales, resulta incuestionable que al carecer de la condición de gestor de fondos o efectos públicos, no puede, de ningún modo, ser considerado como sujeto de imputación de posibles responsabilidades contables.

Asimismo, en la Sentencia del TS de 17 de abril de 2008 (Sección 2ª), al tratar de la posible responsabilidad de terceros contratistas con la Administración, reitera que resulta, pues, obligado concluir que sólo pueden ser sujeto de responsabilidad contable aquéllos que tengan la condición de gestores de fondos públicos, sin perjuicio del supuesto especial de los perceptores de subvenciones u otras ayudas del sector público. El art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento atribuye a la jurisdicción contable el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan contra "... todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos...", debiendo comprenderse en dicho concepto tanto los funcionarios como los que no ostenten tal condición, sean o no cuentadantes, y ello porque el término cuentadante es un concepto jurídico determinado que corresponde no sólo a los funcionarios encargados de la gestión de ingresos y gastos de la Administración del Estado, y a los Presidentes o Directores de los Organismos Autónomos o Sociedades del Estado, sino también a los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, y a los perceptores de subvenciones corrientes concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sean personas o entidades públicas o privadas.

Por su parte, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2015 (Sección 7ª) se determina que la responsabilidad por alcance declarada no se basa en la actividad desarrollada en el momento de la adjudicación del controvertido contrato ni en el de la elaboración de sus pliegos, sino al posterior de ejecución del mismo, pues la Sentencia de primera instancia condena por haber pagado a MFZ, sin justificación en unas

contraprestaciones recibidas o en la constitución de la debida garantía, la cifra de 2.832.334,63 euros con fecha 27 de abril de 2001, y no por haber participado en la celebración del contrato ni por haber intervenido en el pago de otras cantidades que se produjo en enero y febrero del mismo año por decisión de su antecesor.

La Sala de Justicia, en su Sentencia de 21-3-2017, caso *INTECO*, indica que los apelantes, según la sentencia impugnada, al suscribir las certificaciones de obra del contrato por ellas contratado con terceros, se integraron en el procedimiento de pago del precio del contrato, adoptando así decisiones con influencia directa en la salida de fondos públicos desde el patrimonio de la Sociedad pública al de la empresa contratista. Se considera que han de ser considerados como cuentadantes ostentando la exigida legitimación pasiva en el proceso contable. No se había demandado a la empresa pública ni a los integrantes de su Consejo de Administración, contratista de las obras en cuestión, siendo los condenados en la instancia personas que habían realizado tareas técnicas, pero también de gestión y firma de certificaciones y otros documentos relevantes para el pago del precio de la obra.

En el supuesto referido, los demandados no eran personal funcionario ni laboral de la entidad pública, estando vinculados a ella por concretos contratos de prestación de servicios profesionales. No derivaría la consideración de ellos como gestores de fondos públicos de sus solas funciones técnicas que, como profesionales de la arquitectura hubieran desempeñado respecto de la obra como responsables de su dirección y ejecución, sino de actuaciones que hubieran realizado con efectos de pago sobre el precio de la misma con fondos públicos. En atención al artº 99.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, la expedición de la certificación de fin de obra por facultativo era requisito previo al pago de la misma, siendo ello decisivo en el pago de su importe a precios de mercado acreditados, aunque el pago anticipado realizado estuvo justificado con la finalidad de mantener el plazo de ejecución inicialmente previsto, lo que supuso un ahorro de gastos de alquiler al no tener que pagar la renta de los locales ocupados hasta aquel momento, por lo que no hubo daño acreditado ni, por lo tanto, alcance.

El Departamento 3º de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, en Sentencia de 4 de abril de 2018 desestima una demanda frente a los anteriores responsables de un ente televisivo autonómico atendiendo a la ausencia de dolo o negligencia grave en sus comportamiento contractual en tanto que habían comunicado a la Intervención la pendencia de cantidades a favor de la Administración derivadas de penalizaciones por retrasos en la ejecución de contrato de obras garantizadas con aval y reclamación judicial, habiendo dejado la propia Administración sin efecto dicho aval y

pagado el importe reclamado a la constructora en un proceso judicial civil seguido a instancias de ella.

3. SIGNIFICACIÓN Y NOVEDADES DE IMPORTANCIA EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Aunque ya se han mencionado genéricamente con anterioridad, se ha de indicar, de manera añadida, que se cuenta en la nueva Ley con las siguientes innovaciones de importancia¹⁴:

1ª. Figura del responsable del contrato: se crea la figura del responsable del contrato-funcionario o empleado público que es el designado para ello, de tal manera que el adjudicatario sepa a quien dirigirse y sea el que se ocupe de vigilar la ejecución del contrato.

2ª. Contratos menores: se reduce la capacidad de la Administración para la adjudicación directa de los mismos, de tal manera que se reducen a 40.000 y 15.000 € los límites vigentes antes de 50.000 para contratos de obras y de 18.000 para el resto (excluido el IVA).

3ª. Adjudicación exprés: se agilizan los procesos con modelos al efecto en todos los contratos inferiores a 80.000 € en el de obras y 35.000 para el resto.

4ª. Modificados: en los pliegos con empresas privadas se limitan al 50% del importe contratado.

5ª. Cláusulas sociales y medioambientales: se incorporan obligatoriamente en los contratos públicos con la finalidad de obtener una mejor relación calidad-precio y una mejor eficiencia en la utilización de fondos públicos. Debe facilitarse el acceso a las pequeñas y medianas empresas así como a las de economía social (art. 99, innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales).

6ª. Inserción laboral y discapacidad: se reservará un porcentaje de la contratación a tales empresas.

7ª. Impago de salario: se puede rescindir el contrato por tal causa.

¹⁴ Diario Expansión, Suplemento 20-10-2017, página 41.

8ª. **Transparencia contractual:** desaparecen las instrucciones de contratación del sector público.

9ª. **Partidos políticos y sindicatos:** son sujetos obligados, pudiendo utilizar instrucciones de contratación para adjudicar contratos, añadiéndose las asociaciones empresariales.

10ª. **Corrupción:** no pueden ser contratistas los condenados por corrupción entre particulares. Las instrucciones obligatorias de la Oficina Independiente luego mencionada servirán para mejorar las buenas prácticas de contratación pública, así como para prevenir, detectar y solucionar de manera efectiva las posibles prácticas de corrupción y los conflictos de interés.

11ª. **Recursos:** pasa a ser preceptiva la regulación del recurso especial, ampliándose su ámbito ya que pueden recurrirse los contratos de obras (de más de 3 millones €), de suministros y servicios (de más de 100.000 €), y los contratos administrativos especiales así como aquellos donde no se pueda fijar su valor.

12ª. **Indemnizaciones por expectativas de mercado no cumplidas:** se prohíben estas indemnizaciones, de tal manera que se eliminará la responsabilidad patrimonial de la Administración ante proyectos fallidos (Radiales, Proyecto Castor...).

13ª. **Rescates:** las decisiones sobre remunicipalizaciones de concesiones pueden ser impugnadas ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, conllevando la admisión del recurso referido la suspensión de su ejecución, con un tiempo medio de resolución de 15 días a un mes. Se amplía en general el ámbito de los contratos sujetos a recurso ante dicho órgano.

14ª. **Programación de la actividad contractual:** se obliga a las entidades del sector público a programar su actividad contractual (anual o plurianual), dando a conocer la programación mediante anuncios de información previa.

15ª. **Se opta, pues, por una decidida reducción de las excepciones a la publicidad en la contratación pública en general.**

16ª. **Convenio colectivo:** además del propio, la empresa debe cumplir con el convenio colectivo sectorial.

17ª. Organismo de Control: se crea como tal la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la contratación pública (semejante a la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal), con capacidad normativa y para emitir recomendaciones e instrucciones obligatorias para el cumplimiento de los órganos de contratación, teniendo funciones de inspección, dando inmediato traslado a la Fiscalía, órganos judiciales o administrativos competentes de hechos constitutivos de delito o infracción de los que tenga noticia. Sus miembros tendrán un mandato de 6 años. Depende del Ministerio de Economía y sustituye a la CNMC en la supervisión del sector de la contratación pública.

18ª. Oficina Especial de Evaluación: depende de la anterior y se encargará de estudiar la rentabilidad socioeconómica de la contratación pública. También existirán la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y el Comité de Cooperación en materia de Contratación Pública. Dicha Junta debe elaborar y remitir a la Comisión Europea un informe bienal sobre contratación pública incluyendo información sobre contratación de las PYME, los principales incumplimientos detectados o la prevención, detección y notificación de casos de fraude, corrupción, conflictos de intereses o colusión.

19ª. Ponencia permanente sobre contratación pública en las Cortes: además de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, se crea esta nueva Comisión parlamentaria para el mejor control de la contratación pública.

20ª. Fracción en lotes: los grandes contratos obligatoriamente deben fraccionarse en lotes, de tal manera que deberá justificarse cuando no se haga así. Ello permite convocar un solo concurso para diferentes tareas.

21ª. Flexibilización concursantes y adjudicatarios: en lo referente a la solvencia de las empresas, a sus características y circunstancias, sin que se exija a las sociedades con menos de 5 años la acreditación de trabajos previos con la Administración.

22ª. Potenciación de las Pymes: en tal sentido, se prescribe el fraccionamiento en lotes de los grandes contratos siempre que la naturaleza del contrato lo permita, al tiempo que se flexibilizan y simplifican los requisitos de solvencia técnica y financiera (comprobación del período medio de pago a proveedores), como se ha dicho antes, para facilitar su acceso a la contratación pública.

23ª. Criterio de adjudicación contractual: se cambia el criterio prioritario de adjudicación de los contratos públicos de la mejor oferta económica por el de la

relación calidad-precio, revalorizando los aspectos cualitativos, e incorporando los aspectos sociales como la igualdad de género y discapacidad, la inserción social y los aspectos medioambientales. Particularmente, en los contratos de servicios y los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual los criterios relacionados con la calidad deben representar, al menos, el 51% de la puntuación asignable en la valoración de ofertas.

24ª. Se permiten las consultas preliminares con expertos o con el propio mercado: realizadas con el objeto de preparar correctamente futuras contrataciones o licitaciones, sin que se excluyan de la licitación a las empresas que participen en las referidas consultas.

25ª. Nuevas modalidades de contratación: se introduce el nuevo procedimiento de contratación abierto simplificado, y dos modalidades específicas, la licitación con negociación y la asociación para la innovación, que son muy interesantes para supuestos complejos o que precisen de nuevas soluciones, con previsiones para la protección de los trabajadores.

26ª. Factura electrónica: se establece su obligación así como la posibilidad de pago directo de la Administración a los subcontratistas, detrayendo su importe del de los contratistas si así lo prevén los pliegos contractuales.

27ª. Se incrementan los controles sobre la morosidad: las empresas que trabajen para la Administración no podrán pagar tarde a sus proveedores, depositando cada factura en un registro electrónico.

28ª. Transparencia: todos los expedientes de contratación serán públicos con la excepción de la información clasificada o que pueda poner en peligro otros derechos, justificándose siempre tales excepciones a la publicidad general.

29ª. Revisión de precios en los contratos administrativos: para lo que se tendrá en cuenta la variación de los costes específicos y no el IPC, en atención a la Ley 2/2015, de desindexación de la economía española.

30ª. Declaración responsable en la adjudicación: cuando no pueda ser expedida certificación administrativa de no estar incursos en prohibiciones para contratar por parte de los empresarios, se puede sustituir por otro documento con ese nombre

otorgado ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado (art. 85).

31ª. Medidas en defensa de la competencia: para evitar conductas colusorias, además de informarse a la CNMC, se prevé que las mesas de contratación trasladen a la misma los indicios de aquellas (arts. 69, 132 y 150.1). En general, la Ley pretende fomentar la concurrencia y las compras innovadoras.

32ª. Exclusión temporal de actividades del sector público: hasta que se incorpore al derecho español la Directiva 2015/25/UE, será la anterior Ley 31/2007 la que seguirá rigiendo la contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

33ª. Preferente tramitación electrónica: de todos los procedimientos de contratación.

4. LA OTRA CARA DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO, DE TODOS ELLOS: COMPROBACIÓN DE LA CONTRATACIÓN O SU PROPIA FISCALIZACIÓN

En análisis del contrato administrativo revela varias circunstancias importantes en orden a las responsabilidades que pueden derivar de su propia configuración. Así, en la legislación de contratos del sector público vigente puede hacerse la siguiente justificación de la necesidad del contrato:

- Exigencia y contenido de la obligación: art. 28 LCSP,
- Responsable, Órgano de contratación: arts. 116 y 117 LCSP,
- Consecuencias, Nulidad de pleno derecho: arts. 43 LCSP y 1261 CC.

La responsabilidad recaería en este caso en el órgano de contratación, que es el que ha de ordenar el inicio del expediente de contratación motivando la necesidad, siendo el gestor de fondos típico (arts. 28, 104 y 105 LCSP). La falta de necesidad implicaría la ausencia de causa contractual exigida por el art. 43 LCSP en relación con el 1261 CC, aunque la ausencia de justificación del art. 129 LCSP es poco probable.

Y, sobre la adjudicación sin crédito:

- Consecuencia, Nulidad de pleno derecho: art. 39 LCSP,
- Responsabilidad, Necesidad y valor correcto, Ausencia de responsabilidad.

Si no hay crédito el contrato es nulo (arts. 104 y 39 LCSP), aunque si la Administración adquiere el contrato deberá pagar al tercero haciéndose mediante reconocimiento extrajudicial de deuda. Si la prestación era necesaria y se paga su valor, ni habría en ese caso perjuicio para los fondos públicos ni responsabilidad contable derivada.

Y, sobre la **adjudicación incorrecta**:

- Adjudicación a favor de la oferta que sea la más ventajosa,
- Vicio procedimental y daño evaluable.

Ha de estimarse por incorrecta la que recae en el licitador que no haga la oferta económicamente más ventajosa o aquella en la que se han producido defectos formales en el procedimiento de tal manera que no llega a saberse si la del adjudicatario era la oferta económicamente más ventajosa. Se entiende que hay responsabilidad contable si se elige una oferta económicamente más cara que la que habría que debido ser elegida. En este caso ha de existir un perjuicio probado que no será fácil (falta de publicidad o no se han solicitado ofertas por los interesados en el restringido, art. 160 LCSP, o no existe causa del mismo, aunque será difícil determinar otra posible adjudicación en otro precio).

Y, sobre las **consecuencias de la no exigencia de garantías preceptivas**:

- Responsabilidad si resulta fallido el derecho de la Administración,
- Aplicable en casos de cancelación o devolución incorrecta o constitución por menor cuantía o no actualización.

La responsabilidad existirá si deben hacerse efectivas para obtener cantidades a las que tiene derecho la Administración (art. 101 LCSP: penalidades, correcta ejecución, incautación de la fianza, vicios de suministros), salvo que se hagan efectivas en otros bienes pues en ese caso se percibe una indemnización sustitutoria (art. 188 LCSP).

Podría existir responsabilidad en los casos de cancelación o devolución incorrecta o constitución de garantía por menor cuantía de la exigible, pudiendo ser responsabilidad patrimonial según quien sea el responsable de la no exigencia, aunque lo normal es que sea el órgano de contratación, que es el gestor de los fondos públicos.

En el denominado caso Ceuta, Sentencia dictada el 26-2-2009 por el Departamento 3º de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, se denegó la responsabilidad pretendida en tanto que en el contrato de consultoría y asistencia suscrito con un despacho de Abogados relativa a la representación y defensa de los proyectos e iniciativas ante las instituciones de la UE existieron meras irregularidades formales en los expedientes de gasto y pago correspondientes a la ejecución de dicho contrato, no existiendo saldo deudor injustificado alguno ni ausencia de justificación en las cuentas relativas al expediente de contratación, habiéndose dado puntual cumplimiento al objeto contractual pactado.

Y, en lo referente a la **imposición y exigencia de penalidades:**

- Naturaleza de las penalidades,
- Obligatoriedad de su exigencia,
- Responsabilidad en caso de no exigencia.

Existirá responsabilidad en atención a lo establecido en los arts. 219, 63, 111 y otros de la LCSP.

En lo tocante a la **recepción de prestación incompleta o incorrecta:**

- Reúne todos los requisitos de la responsabilidad,
- Es preciso valorar el daño que comprende la reposición.

Existirá responsabilidad, aunque si el técnico que asiste a la recepción no es el gestor de fondos públicos se trataría de una responsabilidad patrimonial de la Administración.

Es el supuesto del denominado caso Ascensor contemplado en la Sentencia de la Sala de Justicia de 5-2-2004.

Modificación ilícita de un contrato del sector público (modificados):

- Es aplicable tanto a las modificaciones previstas como a las imprevistas,
- Si la prestación modificada era necesaria y tiene el valor que ha costado no habría perjuicio,
- Habría responsabilidad en caso de que se aplicase incorrectamente la baja del principal.

José Manuel Suárez Robledano

Aunque se trate de modificados incorrectos, porque se deriven de causas previsibles o a necesidades nuevas, si la prestación que ha sido su objeto era necesaria y vale lo que cuesta, no habrá responsabilidad contable. Si en otro caso.

Habría responsabilidad contable si se realiza un mal cálculo de la baja en el modificado, por ejemplo si se calcula sobre el presupuesto de ejecución material.

En lo tocante a la **incorrecta fijación del precio en la contratación efectuada:**

- Vulneración del art. 102 de la LCSP,
- El perjuicio es fácil de apreciar en los contratos adjudicados mediante procedimiento negociado.

En caso de precio superior al que sería el procedente, con infracción del art. 87 LCSP que atiende al precio general de mercado, tal defecto imputable al órgano de contratación que aprueba los pliegos y autoriza el gasto daría lugar a responsabilidad contable. Puede darse con mayor facilidad en los contratos negociados, siendo más complicado en los demás contratos.

En cualquier caso, su prueba es difícil. *Casos BOE, Libro CCAA, Master Canarias, Rostrogordo, Malversación contable Enatcar.*

En el caso Chofer del Director Gerente, tratado en el Auto de la Sala de Justicia de 4-11-2004, se indicó que es muy importante que exista infracción de Ley en su cuantía para que exista responsabilidad contable, aunque la necesidad o no de la contratación solo es un supuesto de mala gestión.

Esencialmente, la diferencia responsabilidad contable-responsabilidad patrimonial de las Administraciones está en la gestión de fondos públicos, de tal manera que en los casos del art. 132 LCSP, en todos ellos, la nulidad que da lugar a indemnización a cargo del funcionario siempre que se trate de gestor de fondos públicos, y no en otro caso.

Y para la **revisión de precios,**

- Habría perjuicio y por lo tanto responsabilidad si:
 - a) No se cumpliesen los requisitos,
 - b) No se aplicase correctamente dicha revisión.

Habrà lugar a la responsabilidad contable si se aplica el 1% del IPC o la revisión de precios del contrato en supuestos no permitidos o sin cumplir los requisitos legales, como si se incluye la variación del coste de la mano de obra no prevista en el contrato.

Para terminar, en lo referente a la resolución por mutuo disenso existiendo causa de resolución:

- Reúne todos los requisitos de la responsabilidad.

En atención al art. 230 LCSP habría responsabilidad contable en este caso.

Vamos a proceder a un análisis más detallado, después de señalar tales puntos sobre posibles responsabilidades generales, de una posible responsabilidad contable derivada de los contratos del sector público **atendiendo a los requisitos de toda responsabilidad contable**.

Como se ha señalado, en la intervención en la cadena de gestión administrativa y presupuestaria de tales contratos se puede incurrir en responsabilidad contable¹⁵. En la **acción u omisión** tanto la fijación del precio del contrato como la exigencia de constituir garantías provisionales y la misma exigencia de penalidades o la pasividad suponen la gestión de fondos públicos por los responsables de la administración respectivos.

En las actuaciones de los órganos consultivos o de asistencia, que no gestionan fondos públicos, como sus informes no son vinculantes aunque se aparten de la LCSP, y si lo son si se ajustan a la Ley (propuesta de la Mesa de Contratación), no existiría responsabilidad contable al existir discrecionalidad técnica en ellos. La Mesa no es gestora de fondos públicos y su propuesta no conlleva responsabilidad contable para sus miembros.

La **vulneración de la normativa contable y presupuestaria** se puede estimar concurrente cuando se dé propiamente la misma así como si se infringen las reglas, todas ellas, que regulan la actividad económico-financiera pública. Ello ocurrirá si se omite la certificación referida a la existencia del crédito en la tramitación de un expediente de contratación o si se aprueban los pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas después de la autorización del gasto. Asimismo, las infracciones en el régimen de adjudicación de los contratos o del que regula la selección del contratista.

¹⁵ Rodríguez Castaño, A.R., *La responsabilidad contable derivada de los contratos del sector público* (Ponencia no publicada).

Respecto a la exigencia de **menoscabo en los caudales o efectos públicos**, que se considera como el requisito más importante respecto a la contratación pública, la necesidad de que se produzca un daño en el patrimonio público ha de comprender los requisitos del art. 59 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, o sea que se trate de un daño efectivo y real, económicamente evaluable e individualizable respecto a bienes y derechos concretos de titularidad pública. Su prueba presenta dificultades menores en los casos de malversación contable (contrato y pago de prestaciones que no se realizan, ya que el daño es su importe más los intereses) que en los casos de insuficiencia cuantitativa o cualitativa de las prestaciones satisfechas en la ejecución del contrato (como sucede en los casos de penalizaciones no aplicadas al importe de la obra pendiente de pago por la administración).

Además, desde el punto de vista subjetivo, se exige la concurrencia de **dolo, culpa o negligencia grave**. Atendiendo a la jurisprudencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas se pueden hacer las siguientes indicaciones referidas a la misma contratación pública:

- La diligencia del gestor público o cuentadante tiene perfiles más rigurosos que la del administrador que interviene en una relación jurídico-privada o en una contratación civil o mercantil.
- El que algunos integrantes de la cadena de gestión de los contratos del sector público incumplan sus obligaciones no justifica el que se dé un incumplimiento de las propias.
- Es diligencia suficiente, que excluye la responsabilidad, prever los daños y adoptar las medidas adecuadas para evitarlos, aunque, en definitiva, no se puedan evitar al final y haya daños.
- Puede actuar como circunstancia atenuante o eximente de responsabilidad el que se dé una ausencia de medios personales y materiales suficientes siempre que se cumplan los requisitos legales establecidos en la contratación.

Finalmente, para la exigencia de responsabilidad contable se requiere la existencia de una **relación de causalidad**, o conexión directa entre la acción u la omisión y el daño, así como que la **responsabilidad se desprenda de las cuentas que deben rendir los que tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos**. Desde el primer aspecto, el gestor que deja prescribir el derecho a reclamar daños y perjuicios o unas penalidades por incumplimientos contractuales será responsable, salvo que concurra fuerza mayor o caso fortuito que ocurre si tiene lugar un fallo general informático en el caso de la

prescripción, lo que interrumpe el nexo causal. Desde el segundo plano, aunque en este momento existe un recurso de casación ante la Sala 3ª del TS sobre la inclusión en el concepto de cuentadante de los *extraneus* que cooperan con los cuentadantes, sobre todo en los casos de subvenciones y malversaciones, el concepto de *cuentadante* desde el punto de vista contractual puede aplicarse al órgano de contratación así como a un técnico facultativo, en los casos de contratos del sector público, y, en general, a toda persona que tiene a su cargo bienes y derechos de titularidad pública y debe rendir cuenta de su manejo. *Cuenta*, entendida en sentido amplio, además de la contabilidad formal, lo es, en el ámbito contractual todo documento administrativo o presupuestario en el que se reflejan hechos derivados del vínculo contractual público con alcance económico-financiero.

5. ¿EL COMPLIANCE EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO?

La nueva Ley de Contratos del Sector Público viene a potenciar la existencia de programas de *compliance* en las empresas que deseen contratar con la Administración Pública con la finalidad de prevenir y de evitar la posible existencia de irregularidades en la futura ejecución de estos contratos¹⁶. Esas buenas prácticas empresariales tenderán a evitar la comisión de delitos por los directivos y empleados de las empresas, siendo más seguras las empresas con la implementación de dichos programas, tanto desde el punto interno como desde el plano exterior.

Sobre el éxito de la implementación de tales programas en España no podemos albergar dudas de género alguno en tanto que ya en 2014 se decía¹⁷ que tras la introducción del *compliance* en el Código Penal en el año 2010, el 41,8% de las organizaciones en España han implantado un modelo de prevención y detección de delitos, y un 51,9% han realizado algún tipo de evaluación de riesgo de fraude en los últimos 24 meses.

Particular importancia ha de darse a la publicación en diciembre de 1984 de la Norma ISO 19600-2014, *Compliance management systems-Guidelines*, que es aplicable a todo tipo de organizaciones. Establece dicha norma de calidad una metodología común, medible y comparable, aunque con capacidad para articular las necesidades de *compliance* adaptadas a la operativa, distribución competencial,

¹⁶ Al efecto las reflexiones contenidas en el artículo de MAGRO SERVET, V.: *La contratación de empresas con el sector público y la recomendación de la existencia de programas de compliance*. Revista CEFLegal nº 204, enero 2018, págs. 149-162. Madrid, Centro de Estudios Financieros 2018.

¹⁷ DE PABLOS, S.: *Controller jurídico, el detective más útil para la empresa*. Redacción Estrategia Financiera nº 327, mayo 2015, págs. 32-36. Madrid. Walters Kluwer España.

idiosincrasia, madurez y cultura de cumplimiento, momento económico, estrategia comercial... de cada empresa y grupo de empresas.

De sus recomendaciones y contenido destacan la formación continua en cumplimiento y la integración del desempeño en la evaluación de los empleados así como la supervisión de los acuerdos de contratación externa.

Para prevenir la comisión de delitos en la empresa, en mayo de 2017 se publicó la Certificación UNE 19601, o “sistema de gestión de *compliance penal*”. Los planes de prevención de delitos en el seno de la empresa no supondrán un gasto más sino una verdadera inversión en programas beneficiosos para la empresa en cuestión. Su implementación viene relacionada por la norma contenida en el artº 31 bis) del Código Penal al tratar del riesgo a prevenir y de su exoneración o, al menos, atenuación, correlativa a la responsabilidad civil de la se salvan los administradores que adoptaran todas las medidas convenientes para evitar el daño (artº 237 de la Ley de Sociedades de Capital). Así se conseguirá lo que los anglosajones denominan *business benefit*.

Desde el punto de vista de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017, como ya se ha dicho antes en otro apartado, se potencia la adopción de medidas para evitar la corrupción al tiempo que establece pautas fijas y objetivables para las empresas que deseen contratar con las diversas Administraciones Públicas. A título de ejemplo, las Directivas traspuestas (2014/23/UE y 2014/24/UE) establecen la exoneración de las prohibiciones para licitar o contratar con la Administración Pública de aquellas empresas que hubieran implementado medidas técnicas, organizativas y de personal, concretas y apropiadas para evitar nuevas infracciones penales en su organización empresarial. El artº 71 de la Ley establece la prohibición de contratar respecto de quienes estén condenados por delitos de corrupción, entre otros, alcanzando dicha prohibición a las personas jurídicas así como a sus administradores, de hecho o de derecho. El complementario artº 72 añade que no procederá la aplicación de la prohibición citada si la persona incurso en ella, en trámite de audiencia, acreditara la adopción de las medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas.

Bibliografía

CALDERÓN, A. y CHOCLÁN, J.A.:

- *Código Penal Comentado*. Barcelona, Datadiar y Deusto Jurídico 2004.

CARBAJOSA PÉREZ, B.:

- *Transparencia y financiación de los partidos políticos*, en el número 42, Vol. XIV, Septiembre 2012, de la Revista de Control Externo. Madrid. Tribunal de Cuentas, 2012, págs. 199-233.

CUBILLO RODRÍGUEZ, C.:

- *La fiscalización en la jurisprudencia*, en el número 45, Vol. XV, Septiembre 2013, de la Revista de Control Externo. Madrid. Tribunal de Cuentas, 2013, págs. 63-79.

DE PABLOS, S.:

- *Controller jurídico, el detective más útil para la empresa*. Redacción Estrategia Financiera nº 327, mayo 2015, págs. 32-36. Madrid. Walters Kluwer España.

MAGRO SERVET, V.:

- *La contratación de empresas con el sector público y la recomendación de la existencia de programas de compliance*, en el número 205, Enero 2018, de la Revista CEFLegal. Madrid, Centro de Estudios Financieros 2018, págs. 149-162.

RODRÍGUEZ CASTAÑO, Antonio Ramón:

- *La responsabilidad contable derivada de los contratos del sector público*. Ponencia no publicada (agradezco a la gentileza de su autor el habérmela facilitado sin dificultad alguna).

SUÁREZ ROBLEDANO, José Manuel:

- *Presente y futuro de la Jurisdicción Contable*, en el número 45, Vol. XV, Septiembre 2013, de la Revista de Control Externo. Madrid. Tribunal de Cuentas, 2013, págs. 153-199.

VERA SANTOS, J.M.:

- *El Tribunal de Cuentas y los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 2001. Colección de las Leyes, Ordenanzas, Plantas, Decretos, Instrucciones y Reglamentos expedidos para el gobierno del Tribunal y

Contaduría Mayor de Cuentas desde el reinado del Señor Don Juan II hasta el día. Madrid.
Imprenta Real 1829.

**EL ENJUICIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EN LA CONTRATACIÓN DEL
SECTOR PÚBLICO: SU ÁMBITO DE COMPETENCIA**

Felipe García Ortiz

*Consejero del Departamento 3º de Enjuiciamiento
y del Departamento de Empresas Estatales y otros Entes Públicos de Fiscalización*

Buenos días,

Ante todo, agradecer la deferencia del Director del Seminario, don José Manuel Suárez Robledano, por haberme invitado a participar en este curso. Un curso relevante que permite que la nueva regulación de la contratación del Sector Público recientemente llevada a cabo, pueda ser analizada desde una perspectiva multidisciplinar y desde diferentes ángulos organizativos y funcionales. Agradecer la presencia de los diferentes representantes de órganos legislativos, gubernativos y judiciales, así como de los de las Corporaciones, con especial atención al Colegio de Registradores de España y Consejo General del Notariado y también de la Fundación Sagasta, colaboradora como los anteriores en el desarrollo de estas jornadas. Agradecer, por otro lado, vuestra presencia esperando que el contenido de las exposiciones, y el debate, pueda ser fructífero y de vuestro interés.

Como la contratación administrativa va a ser desarrollada por diversos profesionales y desde puntos de vista no excluyentes sino complementarios, puede ocurrir que en próximas ponencias se reiteren, con un mayor nivel de detalle, algunos de los aspectos que expondré con carácter general a continuación.

El título del curso es “La nueva regulación de la contratación del Sector Público: Fiscalización y Enjuiciamiento por el Tribunal de Cuentas” y, aunque también se tratan otros temas, el marco general está enfocado sobre las dos funciones relevantes del Tribunal. En mi caso particular, me corresponde la de Enjuiciamiento en la contratación del Sector Público y de la competencia en este ámbito.

Lo primero que hay que reseñar es que la Fiscalización y el Enjuiciamiento son dos funciones diferentes, pero que interactúan entre ellas.

1. FISCALIZACIÓN - ENJUICIAMIENTO

En el modelo español la fiscalización de la actividad económico-financiera del Sector Público y el enjuiciamiento contable son funciones, al mismo tiempo, independientes y coordinadas, que actúan con finalidades distintas, pero que se conectan.

La función fiscalizadora no persigue, como objetivo básico, detectar hechos generadores de responsabilidad contable, sino emitir un informe sobre la adecuación del ente o institución fiscalizada a los principios de legalidad, eficacia, transparencia y eficiencia, entre otros, en el uso de los recursos públicos.

Mientras la función jurisdiccional contable dirime, en un proceso con garantías, las responsabilidades originadas por los hechos que han ocasionado daño a los fondos públicos y realizados por personas concretas que han manejado dichos fondos.

Eso no quiere decir que la función fiscalizadora no pueda llegar a detectar hechos que podrían ser generadores de responsabilidad contable; es más, si los detecta debe expresarlos y remitir la documentación a la Sección de Enjuiciamiento, pero partiendo de la premisa de que ésta no es su finalidad principal.

No cabe la menor duda que la función de enjuiciamiento contable cobra pleno sentido en la medida que completa la labor fiscalizadora y puede dar lugar a condenar los hechos susceptibles de responsabilidad contable. Precisamente, la ubicación de la Sección de Enjuiciamiento dentro del Tribunal de Cuentas español es porque se considera que dada la especialidad de la materia asume con plenitud y eficacia su función jurisdiccional, a través de sus órganos, sin la dispersión que otro tipo de organización podría ocasionar.

Así se ha entendido en el derecho comparado relativo a Tribunales de Cuentas con funciones jurisdiccionales, y así se ha reconocido en nuestra Constitución cuando en el artículo 136 indica que el Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido.

El informe de fiscalización pues, es una fuente que soporta la documentación que es objeto de prueba y valoración en el procedimiento de responsabilidad contable. Otras vías son posibles para dar lugar a un proceso de jurisdicción contable, como informes de control externo o interno, comunicaciones de otros órdenes jurisdiccionales, denuncias o acciones públicas. En todo caso, sí se considera la fuente más relevante, entre otras cuestiones porque con ella se conectan las dos Secciones del Tribunal, la de Fiscalización y la de Enjuiciamiento. Por otro lado, el Informe de Fiscalización no es un medio de prueba “iuris et de iure”, prueba plena en el proceso contable, pero sí es un medio de prueba cualificado por razón de su autoría, de sus destinatarios y de su procedimiento de elaboración, sin perjuicio de que se valore el procedimiento de responsabilidad contable conforme a las reglas de la sana crítica.

El Informe de Fiscalización puede reseñar hechos de responsabilidad contable, tanto de alcance o malversación de caudales públicos, como de otros supuestos de responsabilidad contable. En el caso de alcance o malversación los hechos se remiten a la Sección de Enjuiciamiento para reparto a los Departamentos de Enjuiciamiento y, tras

ser informado por el Ministerio Fiscal y Servicio Jurídico del Estado, se propone, en su caso, el nombramiento de un Delegado Instructor para que investigue los hechos.

Si los hechos suponen otro tipo de responsabilidad contable, el Consejero de Fiscalización, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o Servicio Jurídico abre pieza separada para concretar los hechos, los posibles responsables y los perjuicios ocasionados a los fondos públicos. La pieza separada es el antecedente del juicio de cuentas posterior que se desarrolla en la Sección de Enjuiciamiento.

Como puede observarse, en España la imbricación y coordinación entre las Secciones de Fiscalización y Enjuiciamiento es relevante y permite que en la Sede del propio Tribunal puedan ser resueltos los distintos supuestos de responsabilidad contable detectados en los Informes de Fiscalización.

Según nuestro Tribunal Supremo, la función fiscalizadora y la jurisdiccional se consideran distintas y de igual relevancia, sin que prevalezca una sobre la otra. La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas indica que la fiscalización de la actividad económico-financiera del Sector Público y el enjuiciamiento contable deben interpretarse de forma coordinada, es decir, como dos vertientes de una única potestad o función de control. Y que ambas competencias están en la esencia misma de la Institución e inspiran su legislación reguladora.

Eso sí, la aportación de datos que efectúan en su ámbito los profesionales de la auditoría y que vierten en un informe de fiscalización, basado en los principios de legalidad, eficacia y eficiencia, responden a una función que opera en un plano distinto de las exigencias procesales que son propias de la jurisdicción contable. Lo cierto es que los informes de fiscalización no sólo pueden ser el origen de un proceso jurisdiccional de responsabilidad contable sino también un medio de prueba cualificado en el mismo, aunque no son vinculantes ni se consideran de prueba plena.

2. REMISIÓN Y ANÁLISIS DE CONTRATOS

Dicho esto, y de acuerdo con la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, y su Ley 7/1988, de Funcionamiento, la función fiscalizadora, que tiene carácter externo, permanente y consuntivo, se refiere al sometimiento de la actividad económico-financiera del Sector Público a los principios de legalidad, eficiencia, economía, transparencia, sostenibilidad medioambiental e igualdad de género; y ha de ser ejercida por el Tribunal en relación con la ejecución de los programas de ingresos y gastos públicos.

Una parte relevante de los ingresos y gastos públicos se derivan de la ejecución de contratos, es por ello que el artículo 39 de la citada Ley 7/1988 declara sujetos a la fiscalización del Tribunal todos los contratos celebrados por la Administración del Estado y de las demás entidades del Sector Público, fiscalización que en aplicación del artículo siguiente, debe comprender los distintos momentos de su preparación, perfección y adjudicación, formalización, afianzamiento, ejecución, modificación y extinción. Precisamente con esta finalidad el artículo 40 de la Ley 7/1988 determina la obligación de rendición, para todas las entidades integrantes del Sector Público, de una relación anual de los contratos celebrados en el ejercicio anterior, acompañada de los documentos de formalización y de cumplimiento o extinción.

Las obligaciones de rendición de información contractual al Tribunal de Cuentas han sido extendidas y desarrolladas a través de otras disposiciones normativas posteriores. La actual Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público recoge en su artículo 335 estas obligaciones de una manera mucho más extensa, incluyendo expresamente la contratación menor en las relaciones anuales que se han de remitir al Tribunal, exigiendo la remisión de expedientes de todos los contratos a partir de determinados importes en función del tipo, y ordenando la remisión de los Acuerdos Marco cuyo valor estimado supere determinada cuantía. Además se han de remitir al Tribunal los documentos que acrediten las modificaciones y demás incidencias surgidas en la ejecución de los citados contratos, así como aquellos que justifiquen su cumplimiento y extinción. Por su parte, la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, recoge obligaciones de rendición para los Convenios cuyos compromisos económicos asumidos superen los 600.000 euros además de para sus modificaciones e incidencias.

La complejidad a la que se ha llegado en las obligaciones legales de rendición en materia contractual ha motivado que el Pleno del Tribunal, a través de sucesivos Acuerdos, concrete y clarifique su modo de cumplimiento por parte de las entidades integrantes del Sector Público, encontrándose actualmente en vigor las Instrucciones Generales de Rendición aprobadas por los Acuerdos del Pleno de 20 de julio de 2018 para las entidades del Sector Público estatal y autonómico, y de 3 de julio de 2018 para las entidades y entes del Sector Público local. Además, el Tribunal ha implantado dos Plataformas para la rendición telemática de toda esta información que facilita, tanto las labores de rendición de los sujetos obligados, como el tratamiento de tan extensa información por parte del Órgano Fiscalizador.

Todos estos datos y documentos constituyen una herramienta clave para tomar conocimiento de cómo se está desarrollando la actividad contractual en el ámbito

público, para saber qué tipos de contratos se celebran, cuales son los procedimientos de adjudicación más utilizados, para detectar el uso de prácticas irregulares como el abuso de modificados, para identificar que adjudicatarios han resultado más beneficiados... y en definitiva, para determinar las áreas de riesgo que precisan de fiscalizaciones específicas por parte del Tribunal.

3. IRREGULARIDADES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La contratación pública se encuentra sometida en la actualidad a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, que recoge distintos niveles de aplicación de su articulado a los diferentes sujetos que integran el Sector Público, en función de su consideración o no como poderes adjudicadores. La Ley consagra en su artículo Primero su objetivo principal, que es garantizar que la contratación pública se ajuste 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.

En consecuencia, la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ha introducido una serie de modificaciones destinadas a garantizar una mayor transparencia, a incrementar la competencia y a evitar prácticas colusorias o abusivas. La actividad contractual, además de encontrarse sometida al principio de legalidad, ha de garantizar una gestión eficiente y eficaz de los recursos públicos destinados a la satisfacción del interés general. Con la nueva normativa se han eliminado prácticamente los procedimientos de contratación directa sin publicidad, que se han demostrado absolutamente ineficaces dada la ausencia de competencia, se han reforzado los mecanismos de control preventivo, se han establecido restricciones para las modificaciones de contratos y otras medidas en materia de subcontratación para garantizar la competencia y el acceso a la pequeña y mediana empresa a la licitación pública. Además, la contratación se ha reorientado para convertirse en un instrumento para el desarrollo de política social, medioambiental y económica.

Sin perjuicio de los delitos que pueden cometerse durante el procedimiento de contratación, que podrían incardinarse en los delitos de prevaricación, cohecho, malversación, tráfico de influencias u otros, y de que siempre que se produzca un daño a los fondos públicos los gestores podrían incurrir en responsabilidad contable, el resto de

infracciones o prácticas irregulares en materia de contratación perjudican principalmente el cumplimiento de los principios consagrados en la LCSP haciendo, en definitiva, menos eficiente la gestión de fondos públicos.

Resulta, por tanto, de gran importancia que el Tribunal fiscalice esta actividad y vele por el cumplimiento de los principios que la ordenan, dando así cumplimiento al mandato Constitucional consagrado en el artículo 136 de fiscalizar la gestión económica del Estado y del resto del Sector Público, que de acuerdo con el artículo 9 de la Ley Orgánica 2/1982, queda sometida, entre otros, a los principios de legalidad, eficiencia, economía y transparencia.

Son numerosas las irregularidades que el Tribunal ha venido detectando en materia de contratación, lo que se pone claramente de manifiesto en las Conclusiones y Recomendaciones con las que culminan sus Informes de Fiscalización.

Así, por ejemplo, en la fase de planificación y preparación de los contratos, que constituye uno de los elementos básicos que debe ser fiscalizado, al ser el punto de partida de la actividad contractual y condicionar el desarrollo de las siguientes fases, el Tribunal ha puesto de manifiesto en diversos informes una deficiente planificación, lo que tiene consecuencias negativas en términos de coste económico y social, al tiempo que afecta a la libre competencia. En la práctica existe una gran resistencia a la rescisión de los contratos (especialmente en los contratos de obra) por el coste y los retrasos que suponen la paralización de las obras y una nueva licitación, por lo que se ha acudido de forma abusiva a las modificaciones de los contratos. Práctica que, sin duda alguna, pone en cuestión los criterios y las condiciones de licitación y/o de la adjudicación inicial del contrato (bajas temerarias, defectos de proyecto, etc.). Según los datos del Eurobarómetro de la Comisión Europea *“Businesses attitudes towards corruption in the EU, 2014”* España es el país en el que la modificación de los contratos públicos está más extendida (69%), muy lejos de la media europea (44%) y de Finlandia (18%). No podemos olvidar que las modificaciones de los contratos suponen una modificación de las condiciones iniciales con las que los diferentes licitadores presentaron sus ofertas. En este contexto, una correcta definición de las necesidades a satisfacer, la elección del procedimiento de contratación más adecuado y la definición de los criterios de adjudicación, se convierten en los instrumentos esenciales para una gestión eficiente y eficaz al servicio del interés general.

En recientes informes del Tribunal de Cuentas se ha detectado, con carácter general, una deficiente aplicación de la legislación contractual pública. En particular se ha puesto de manifiesto una débil o inexistente justificación del objeto del contrato o de la elección

del procedimiento de adjudicación, la ausencia de justificación de la adopción de determinados criterios de adjudicación o su formulación en términos demasiado generales que abren la puerta al tratamiento desigual entre los licitadores. El abuso de la contratación menor y el fraccionamiento indebido del objeto de los contratos con este fin. Se han detectado abusos en la tramitación de modificaciones de contratos, de contratos complementarios y de la figura de Acuerdo Marco, con las consiguientes restricciones de la concurrencia, convalidaciones de gastos ejecutados sin cobertura contractual y en consecuencia, con infracción del principio formal que rige la actividad contractual pública, declaraciones de urgencia indebidas, altos porcentajes de desviaciones de precios respecto al presupuesto inicial... Todo este catálogo de incumplimientos coincide con las malas prácticas señaladas en la OCDE.

En el Plan Estratégico del Tribunal de Cuentas para el periodo 2018-2021, aprobado por el Pleno el 25 de abril de 2018, se incorporó como uno de sus objetivos principales *“Realizar actuaciones que sirvan a las Cortes Generales y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas para impulsar la adopción de medidas que contribuyan a conseguir un sector público más racional y eficiente”, actuaciones entre las que se incluye “implantar un sistema electrónico de seguimiento de las Recomendaciones incluidas en los informes de fiscalización, así como de las Resoluciones sobre los mismos de las Cortes Generales, incorporando la publicación de los resultados en el portal web del Tribunal de Cuentas”. También se estableció como objetivo “Identificar y fiscalizar las principales áreas de riesgo, con especial hincapié en las prácticas que puedan propiciar el fraude y la corrupción”, incluyendo como actuación la fiscalización sistemática de la “contratación y las subvenciones”.* La consecución de ambos objetivos, en los que tiene un papel fundamental el control sobre la actividad contractual pública, contribuirá sin duda a mejorar la eficiencia en el empleo de recursos y fondos públicos.

4. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CONTABLE

Como resumen de lo anterior, se puede hacer una breve referencia a los supuestos más frecuentes de responsabilidad contable derivados de la contratación. Estos supuestos se pueden agrupar en torno a tres ejes fundamentales:

- **La existencia de un pago injustificado.** En este supuesto podrían situarse hechos como:
 - Carencia o insuficiencia de crédito para amparar un gasto o pago y siempre que exista daño al erario público, o que el bien contratado no resulte necesario ni se halle justificado.

- Falta de justificación de los pagos efectuados.
 - Superar los pagos a cuenta de la liquidación final.
 - Pago de intereses de demora sin justificación.
 - Realización de pagos indebidos en las modificaciones de contratos.
- **La existencia de un pago excesivo.** En este supuesto se pueden destacar:
 - Excesos en los pagos por suspensión o resolución de contratos.
 - Incorrecta fijación de los precios, sus variaciones y revisión siempre que ocasione un mayor gasto y pago del que procediera.
 - Exceso de pago sobre el previsto o la duplicidad del mismo.
 - **La inacción en la exigencia del resarcimiento del daño por el contratista.** En este supuesto citar:
 - La no imposición de penalidades al contratista, por defectos o vicios que ocasionen un daño a los fondos públicos.
 - Incorrecta aplicación de las garantías siempre que ocasione un daño a los fondos públicos o incumplimiento de las penalizaciones previstas o el pago de primas indebidas.

5. CONTRATOS PATRIMONIALES

Con independencia de lo anterior, no puedo dejar de mencionar, aunque sea brevemente, un área de la contratación de la Administración, expresamente excluida del ámbito de la Ley de Contratos del Sector Público –artículo 9.2-, que, igualmente, origina un riesgo de aparición de supuestos de diversos tipos de responsabilidades. Esta contratación hace referencia a los contratos patrimoniales de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas.

Este tipo de contratos se encuentran sujetos a unos procedimientos singulares de tramitación, con un régimen general de tasación previa e independiente, que pretende garantizar una correcta justificación de las decisiones adoptadas sobre este tipo de bienes patrimoniales.

Los contratos patrimoniales típicos se podrían agrupar, básicamente, en torno a los contratos de adquisición, arrendamiento y enajenación de inmuebles, generalmente realizados por concurso público, procedimiento restringido o subasta pública, pero que, en determinados supuestos, afectados por las peculiaridades o la idoneidad del inmueble, o por las condiciones del mercado, pueden tramitarse a través del régimen de contratación directa.

Sin perjuicio de la competencia de los órdenes administrativos y civil a que se refiere la legislación patrimonial, queda a salvo la jurisdicción contable en esta área de la contratación, cuando se origine un daño a los fondos públicos por dolo o negligencia grave de autoridades y empleados públicos.

En todos estos supuestos, resulta especialmente compleja la apreciación de la prueba, en el ámbito de la jurisdicción contable, debido a la necesidad de probar el precio justo y adecuado de la transacción realizada.

Conviene realizar, en este momento, una breve referencia al derecho de repetición, que le ampara a la Administración, en aquellos supuestos en los que se le hubiera causado un perjuicio a un tercero, ante el que es responsable patrimonialmente la Administración, o ante los perjuicios que se le causen a la propia Administración, por autoridades o funcionarios que, actuando con dolo o negligencia grave, sean responsables patrimoniales, de acuerdo con las previsiones del artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Esta es la responsabilidad patrimonial que corresponde a autoridades y personal o empleados públicos en materia de contratación. Esta acción, de repetición, podrá ejercerse por la Administración contra estas autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, siempre y cuando no proceda la exigencia de responsabilidad contable, por afectar a caudales o efectos públicos, de acuerdo con las previsiones del artículo 38 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, e, igualmente, del artículo 177 de la ley General Presupuestaria.

6. DOCTRINA DE LA SALA DE JUSTICIA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS SOBRE CONTRATACIÓN

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en las resoluciones dictadas en materia de contratación se ha venido pronunciando, de forma generalizada, respecto a que la infracción de la normativa reguladora de la contratación -vulneración de los principios de publicidad y concurrencia, irregularidades en el procedimiento, aumentos de presupuestos sobre los inicialmente aprobados, incrementos de precios, etc.- no supone por sí misma la declaración de responsabilidad contable, puesto que dada la naturaleza de ésta -esencialmente reparadora- se requiere para que pueda ser declarada que se pruebe la existencia de un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado que se haya causado a los fondos públicos.

Es necesario para que pueda declararse la responsabilidad contable en asuntos referidos a la contratación pública, en general, que, de la valoración de la prueba practicada, con arreglo a la sana crítica, se llegue a la conclusión de que el precio pagado ha sido excesivo o no se ajusta al valor de mercado. Circunstancia ésta cuyo elemento probatorio es complejo.

Así la Sala de Justicia, en la Sentencia 10/2005, de 17 de julio, que analiza la contratación de suministros en una Corporación Local, consideró que la vulneración de los principios de publicidad y concurrencia en el procedimiento de contratación, no dio lugar a la existencia de responsabilidad contable, al no haberse probado que las infracciones cometidas dieran lugar a un daño a los fondos públicos, ya que los correspondientes suministros habían sido entregados a la Corporación Municipal, que los había recepcionado de conformidad y dispuesto de ellos, y habían sido destinados a una finalidad pública.

En la Sentencia 9/2017, de 21 de marzo, que se pronuncia sobre el incremento del precio pagado en un contrato de obras sobre lo inicialmente presupuestado, se indicaba que no se detectaba la existencia de responsabilidad contable, al no haberse producido un daño concreto, ya que el exceso del precio se produjo por la aceleración de los trabajos por el contratista para acabarlos dentro del plazo inicialmente pactado, a pesar de haberse aprobado una ampliación de las unidades de obra a ejecutar, lo que supuso unos costes reales y efectivos que hubo que abonar a la empresa constructora.

En la Sentencia 32/2017, de 28 de noviembre, en la que se resuelve sobre la adquisición de FEVE de un local para albergar las oficinas de dicha sociedad y sobre la enajenación de un importante acopio de vías de segundo uso, la Sala de Justicia no apreció la existencia

de responsabilidad contable porque, en primer lugar, no quedó justificado que el precio de mercado del local adquirido careciera de fiabilidad. En cuanto a la enajenación de vías sobrantes, como chatarra, mediante adjudicación directa, la Sala no apreció que se hubiera producido daño alguno a los fondos públicos porque la oferta presentada, que era menor a otras, estaba justificada por las dificultades de acopio y recogida, que eran en varios puntos y no en uno sólo como se había producido en otro supuesto con el que se había comparado.

En la Sentencia 18/2016, de 14 de diciembre, que se refiere a la problemática del “mayor precio” pagado en un contrato patrimonial (arrendamiento de un local por un Ayuntamiento), la Sala apreció que no existía desproporción entre el precio pagado por el arrendamiento y el valor de la contraprestación recibida, porque había que tener en cuenta su ubicación, su singularidad arquitectónica, y la necesidad de contar con un edificio que fuera la sede adecuada para albergar los servicios municipales, en especial, los relativos a la atención al ciudadano. No obstante lo anterior, a esta Sentencia se formuló un Voto Particular por considerar que en este supuesto se había producido un daño a los fondos municipales porque las actualizaciones de renta pactadas en el contrato de arrendamiento excedían de manera desproporcionada del IPC.

Con independencia de estas Sentencias, anteriormente reseñadas, en las que no se ha apreciado responsabilidad contable en cuestiones relativas a infracciones cometidas en materia de contratación -administrativa o patrimonial- la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, ha declarado la existencia de responsabilidad contable en otros supuestos en los que las irregularidades detectadas en la ejecución de los contratos han sido las causantes del daño o perjuicio producido. Así, en la Sentencia 4/2016, de 7 de junio, la condena se fundamentó al haber abonado unas obras que no habían sido realizadas y cuya falta de ejecución se podía apreciar a simple vista sin necesidad de contar con conocimientos técnicos (se trataba de una pavimentación, cuyas deficiencias se observaban por una inspección visual de cualquier persona).

En la Sentencia 8/2018, de 30 de mayo, la declaración de la responsabilidad contable se fundamentó porque se permitió que la empresa adjudicataria de la construcción de un cortafuegos en una entidad local, se apropiara de la biomasa sobrante, sin que se hubiera incluido en el contrato y, por tanto, sin título jurídico alguno, por lo que produjo un menoscabo a los fondos municipales por el abono a la empresa de un sobreprecio -en especie- no pactado.

**LA CONTRATACIÓN IRREGULAR EN EL SECTOR PÚBLICO COMO SUPUESTO DE
RESPONSABILIDAD CONTABLE**

Miguel Ángel Torres Morato

Fiscal Jefe del Tribunal de Cuentas

1. INTRODUCCIÓN

Existe unanimidad en la doctrina sobre la relevancia y trascendencia de la contratación en el sector público, con independencia del punto de vista que se adopte en el estudio de la materia.

El informe sobre análisis de la contratación pública en España, elaborado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 5 de febrero de 2015, evidencia que nos encontramos ante el ámbito más importante de actuación económica de las diferentes Administraciones Públicas, con incidencia clave en los procesos productivos, en la competencia y en los fenómenos de corrupción.

El citado informe indica que: *“En términos cuantitativos, la contratación pública en los países desarrollados excede del 15% del Producto Interior Bruto (PIB), situándose en el caso español en aproximadamente el 18,5% del PIB. Es decir, alrededor de 194.000 millones de euros anuales o más de 4.100 euros anuales per cápita. Cualitativamente, la sanidad, la educación, la justicia, la seguridad pública, el transporte y prácticamente cualquier otro aspecto de la realidad económica diaria se ve afectado profundamente por qué, cómo, cuánto, cuándo y por quién se aprovisiona de bienes y servicios el sector público, en todas sus dimensiones territoriales y formas jurídicas”.*

En términos de gasto, prosigue el referido informe, *“Se estima que en ausencia de presión concurrencial se pueden originar desviaciones medias, al alza, del 25% del presupuesto de la contratación pública. En España, a nivel agregado, esto podría implicar hasta un 4,6% del PIB anual, aproximadamente 47.500 millones de euros/año”.*

La contratación pública representa el 40 % del gasto público.

En este sentido, la Decisión (UE) 2017/1984 del Consejo, de 8 de agosto de 2016, por la que formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a una reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo, establece en su artículo

1.6 que *“España establecerá un marco coherente que garantice la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública de todas las entidades y autoridades de contratación a fin de garantizar la eficiencia económica y una elevada competencia. Dicho marco debe incluir mecanismos adecuados de control a priori y a posteriori para la contratación pública a fin de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la normativa”*.

La incidencia de la contratación no se limita al equilibrio presupuestario, sino que extiende sus efectos a la problemática que entraña su regulación jurídica y al amplio fenómeno de la corrupción, lo que implica una afectación grave del sistema institucional y de los partidos políticos¹.

El artículo 1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), consagra el principio de integridad. Dicho texto legal habla de corrupción, delito, colusión y prácticas ilegales en los artículos 64, 69.2, 150, 226.4, 326, 332.1, 332.6 y 7, y 332.2ª.

El preámbulo de la LCSP indica que *“dentro del Libro I se introduce una norma especial relativa a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses, mediante la cual se impone a los órganos de contratación la obligación de tomar medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación. En línea con las medidas para luchar contra la corrupción, se hace una nueva regulación de las prohibiciones de contratar que aumenta los casos de prohibición modificando la competencia, el procedimiento y los efectos de una declaración de este tipo, al tiempo que transpone las denominadas por las Directivas Comunitarias como “medidas de autocorrección”, de manera que determinadas prohibiciones de contratar bien no se declararán o bien no se aplicarán, según el caso, cuando la empresa hubiera adoptado medidas de*

¹ Según indica MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, la contratación es el ámbito de la gestión pública más vulnerable a la corrupción. *“Además del enorme coste directo económico, la corrupción tiene al menos otros tres tipos de costes: la deslegitimación del poder político; las dificultades burocráticas para emprender un negocio; y la pérdida de competitividad de las empresas”*.

Integridad y estrategia como objetivos básicos de la contratación pública. De la potestad a la obligación. Revista de Estudios Locales. Cunal. Nº 205. Monográfico 2017: La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Página 21.

cumplimiento destinadas a reparar los daños causados por su conducta ilícita, en las condiciones que se regulan en esta Ley”.

En el libro IV se regulan tres órganos colegiados a nivel estatal con el doble objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones de gobernanza, que establecen las Directivas Comunitarias, y de combatir las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública.

Así, tenemos la **Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado**, designada como punto de referencia para la cooperación con la Comisión Europea. Se le atribuye la obligación de remitir los informes que establecen las Directivas Comunitarias. Asimismo, continúa siendo el órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública del sector público estatal.

Se crea, en el seno de la Junta Consultiva, el denominado **Comité de Cooperación** en materia de contratación pública, a fin de articular un espacio de coordinación y cooperación en áreas de acción común con las Comunidades Autónomas y con las Entidades Locales, así como para elaborar la propuesta de Estrategia Nacional de Contratación Pública.

Igualmente, se constituye la **Oficina de Supervisión de la Contratación**, también a nivel estatal, con plena independencia orgánica y funcional, integrada por un Presidente y cuatro vocales que gozan de la condición de independientes e inamovibles, que debe rendir cuentas anualmente a las Cortes Generales y al Tribunal de Cuentas sobre sus actuaciones.

La Oficina está facultada para dar traslado a la Fiscalía u órganos judiciales o administrativos competentes de hechos de los que tenga conocimiento y sean constitutivos de delito o infracción. Es el órgano competente para la aprobación de la citada Estrategia Nacional.

Por otra parte, debe indicarse que el control de la contratación se enmarca en el control del gasto público. En palabras de PORRAS GÓMEZ², *“El control del gasto público ha constituido históricamente una expresión de la soberanía popular, permitiendo a la sociedad ejercer su control sobre una dimensión central del poder político. De ahí su significación en la historia del Estado constitucional y su configuración como un requisito indispensable para la propia existencia de un Estado de Derecho, adquiriendo una particular relevancia en el Estado social contemporáneo”*.

2. IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN Y RESPONSABILIDAD CONTABLE

De acuerdo con CUBILLO RODRÍGUEZ³, la responsabilidad contable tiene su origen en una gestión ilegal y dolosa o gravemente negligente de fondos públicos, lo que genera una obligación de indemnizar los daños y perjuicios.

Según afirma la sentencia de la Sala de Justicia del TCU 12/2016, de 27 de septiembre, la existencia de irregularidades en el procedimiento de contratación administrativa no comporta necesariamente la concurrencia de responsabilidad contable. Es preciso para ello la constatación de todos y cada uno de los elementos configuradores de dicha responsabilidad, en especial del daño ocasionado a la hacienda pública en los términos señalados en el artículo 59 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante LFTCu), es decir, que se trate de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con determinados caudales o efectos públicos.

Ahora bien, la determinación del menoscabo en tales caudales puede efectuarse de diversas formas, tomando en consideración los procedimientos administrativos de contratación y los procedimientos presupuestarios, que se caracterizan por la intervención de diferentes personas en el ejercicio de sus propias competencias.

² PORRAS GÓMEZ, Antonio Martín. *La Gobernanza Multinivel del Gasto Público Europeo*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, página 27.

³ CUBILLO RODRÍGUEZ, Carlos. *La responsabilidad contable derivada de los contratos del sector público*. Revista Española de Control Externo nº 30. Año 2008.

La Sala de Justicia del TCu afirma que la disposición de los fondos públicos no puede hacerse en condiciones que resulten lesivas para el patrimonio público. Así, la sentencia de la Sala de Justicia nº 14/2003, de 13 de noviembre, distingue entre discrecionalidad y arbitrariedad en la administración de los caudales públicos, entendiendo por discrecionalidad la libertad de elección entre alternativas igualmente justas y por arbitrariedad la gestión de los fondos públicos apartándose de la finalidad que les corresponde.

El voto particular de dicha resolución hace referencia al *“fin público del gasto o la funcionalidad del mismo en relación con aquellas finalidades para las que está previsto en relación con el principio de especialidad así como la necesidad de justificación del gasto”*.

En cuanto al concepto dinámico de culpa resultan acertadas las consideraciones que efectúa el indicado voto particular de la STCu 14/2003, de 13 de noviembre. Su tenor es el siguiente:

“La culpa o negligencia consiste, según establece el artículo 1104 del Código Civil, “en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar”. No obstante, el concepto de culpa ha ido evolucionando en la jurisprudencia; así, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1998 señala que dicha evolución lleva “hacia un sistema que, sin hacer abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones casi objetivas” debiendo tenerse en cuenta no sólo las circunstancias personales de tiempo y de lugar del agente “sino también el sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar cuál sea el agente al que haya de exigirse el cuidado, atención y perseverancia apropiados y la reflexión necesaria para evitar los perjuicios”. En este sentido cabe también la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1994 según la cual existe conducta culposa “a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprobada”.

En el ámbito contable hay que partir de que la diligencia exigible al gestor de fondos públicos es, al menos, la que correspondería a un buen padre de familia a la que se refiere el artículo 1104 del Código Civil en su segundo apartado, si bien debe tenerse en cuenta que la gestión de fondos públicos supone el manejo de fondos cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, por lo que debe exigirse al gestor una especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta, generadora de daños y perjuicios, que puede considerarse socialmente reprobable”.

Criterios que resultan especialmente útiles en la valoración de las conductas de los responsables de la contratación administrativa, a la vista de la pluralidad de intereses que deben ser tenidos en cuenta por los órganos encargados de la autorización, adjudicación y ejecución de los contratos.

La sentencia de la Sala de Justicia nº 10/2006, de 9 de mayo, señala que en los contratos que afectan a bienes o derechos de titularidad pública debe existir una proporcionalidad entre la prestación y el precio, de forma que las estipulaciones pactadas no supongan un sacrificio patrimonial injusto por excesivo para la administración pública contratante.

A este respecto, cabe señalar que la protección de los caudales se extiende a todas las entidades del sector público.

El artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas 2/82, de 12 de mayo (en adelante LOTCu), como afirma la STCu nº 18/2004, de 13 de septiembre, define tanto el ámbito subjetivo de fiscalización por el Tribunal como el de posible enjuiciamiento contable por el mismo, dado que las dos funciones atribuidas al Tribunal de Cuentas, la fiscalización de la actividad económico-financiera del sector público y el enjuiciamiento contable, deben interpretarse de forma coordinada, es decir, como dos vertientes de una única potestad o función de control. Así, el Auto de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de fecha 22 de diciembre de 1.999, señala que la jurisdicción contable *«tiene una particular naturaleza que le confiere un cierto carácter instrumental respecto de la función fiscalizadora en sentido amplio»*.

Ello implica que toda responsabilidad reparatoria surgida de la gestión de caudales o fondos públicos sujeta a fiscalización por el Tribunal de Cuentas, pueda ser exigida por los órganos de su jurisdicción. En la jurisdicción penal, en lo que afecta a la naturaleza jurídica de los fondos integrantes del patrimonio de las sociedades mercantiles participadas por las Administraciones públicas, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda, de 25 de mayo de 2017, establece los siguientes criterios:

«1.- Los bienes, efectos, caudales o cualesquiera otros de cualquier índole que integren el patrimonio de las sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u Organismos Públicos, deben tener la consideración de patrimonio público y, por tanto, pueden ser objeto material del delito de malversación siempre que concurra alguno de los supuestos siguientes:

1.1. Cuando la sociedad mercantil esté participada en su totalidad por las personas públicas referidas.

1.2.- Cuando esté participada mayoritariamente por las mismas.

1.3.- Siempre que la sociedad pueda ser considerada como pública en atención a las circunstancias concretas que concurran, pudiéndose valorar las siguientes o cualesquiera otras de similar naturaleza:

1.3.1.- Que el objeto de la sociedad participada sea la prestación, directa o indirecta, de servicios públicos o participen del sector público.

1.3.2.- Que la sociedad mixta se encuentre sometida directa o indirectamente a órganos de control, inspección, intervención o fiscalización del Estado o de otras Administraciones Públicas.

1.3.3.- Que la sociedad participada haya percibido subvenciones públicas en cuantía relevante, cualquiera que fuera la Administración que las haya concedido, para desarrollar su objeto social y actividad».

Sobre la normativa aplicable a las sociedades mercantiles públicas municipales, la destacada e interesante sentencia no firme del Departamento 1º número 11/18, de fecha 27 de diciembre de 2018, indica que no existe una norma específica que contemple de forma completa y estructurada dicho régimen.

“Lo que se desprende –prosigue dicha resolución– del Ordenamiento Jurídico es que el carácter público del patrimonio de estas Empresas y la finalidad de interés social de las mismas, han llevado al Legislador a someterlas a una regulación de carácter mixto en la que coinciden normas de derecho privado, propias del tráfico mercantil, con otras de derecho público orientadas a garantizar la integridad del interés general y del patrimonio público. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene una jurisprudencia clara sobre esta cuestión, que se concreta en el postulado de que cuando una sociedad mercantil tiene por objeto cubrir “necesidades de interés general”, para cuya satisfacción ha sido específicamente creada, los contratos necesarios para satisfacer esa necesidad, que no es “industrial o mercantil”, deberán realizarse con sujeción al derecho público (así, Sentencia SIEPSA, de 16 de octubre de 2003, c-283/00)”.

Este criterio evidencia que la contratación de tales entidades no puede quedar sustraída, en las circunstancias expuestas, a las exigencias del Derecho administrativo, en atención a la supremacía de los intereses públicos que están en juego. La huida del Derecho administrativo tiene sus límites.

3. NECESIDAD DE LA CONTRATACIÓN

De conformidad con la STS, Sala 3ª, de 3 noviembre de 2015, *“los principios de transparencia y buena administración exigen de las autoridades administrativas que motiven sus decisiones y que acrediten que se adoptan con objetividad y de forma congruente con los fines de interés público que justifican la actuación administrativa, tomando en consideración aquellas circunstancias que conforman la realidad fáctica y jurídica subyacente”.*

En aplicación de la citada doctrina, debe indicarse que la justificación de la necesidad de los contratos para los fines del servicio público debe especificarse con un mínimo de concreción razonable, acreditándose las particulares necesidades existentes, cuando se inicia el expediente, en orden a justificar las inversiones de los fondos públicos afectados.

Cabe señalar al respecto que, en ocasiones, se utiliza como justificación la propia competencia u otra circunstancia igualmente genérica, que no cubre el requisito de necesidad de la contratación.

Dicha falta de concreción supone la vulneración de la prohibición de celebrar contratos innecesarios, establecida con carácter general para todos los entes, organismos y entidades del sector público.

Los principios de necesidad, idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación vienen recogidos en el artículo 28 de la LCSP, que dispone lo siguiente:

“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.

2. Las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley.

3. De acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia establecidos en este artículo, las entidades del sector público podrán, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, celebrar contratos derivados de proyectos promovidos por la iniciativa privada, en particular con respecto a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta.

4. 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 mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada”.

Resulta obligada la constancia en los expedientes de contratación de los informes o de los estudios económicos necesarios para garantizar que el objeto del contrato no excede de la cobertura de la necesidad ni en términos cuantitativos ni cualitativos, así como que el precio del contrato sea el adecuado al mercado, que corresponde incluir a los órganos de contratación, tanto al determinar los

presupuestos de los contratos como al establecer las prestaciones y contraprestaciones entre la Administración y el contratista.

La contratación llevada a cabo con falta de justificación de la finalidad pública en los términos indicados anteriormente constituye un alcance en los fondos públicos por muy correcta que fuese la tramitación del expediente.

En efecto, debe determinarse si los bienes y servicios prestados se adquieren en atención a alguna finalidad pública comprendida en las competencias del órgano de contratación, pues, de no ser así, procede exigir la pertinente indemnización del daño a los gestores de fondos públicos que han decidido los gastos.

El cumplimiento de las formalidades legalmente previstas, en los procedimientos de gasto público, no excluye que la contratación pueda ser constitutiva de alcance, cuando el gasto se ha realizado con un objeto ajeno a los fines públicos legalmente confiados a la entidad, de la misma manera que, en sentido contrario, la infracción de las normas que regulan los procedimientos de gasto no genera por sí sola responsabilidad contable por alcance, cuando el gasto esté justificado en razón de esos fines públicos (sentencia no firme del Departamento 2º nº 16/2018, 12 de noviembre, que cita las sentencias de la Sala de Justicia nº 16/2004, de 29 de julio; 4/ 2007, de 23 de abril; 16/2009, de 22 de julio; y 29/2017, de 26 de septiembre).

Según la sentencia de la Sala de Justicia nº 18/2016, de 14 de diciembre, en el caso de que se trate de disposiciones sin la precisa cobertura, estaríamos en presencia de gastos *“equiparables a los pagos sin contraprestación, dado que el bien o servicio que se retribuye en este caso no redundará en provecho ni sirve a los fines de la entidad pública con cuyos fondos se paga, por lo que ésta, en realidad, nada recibe a cambio del pago que realiza”*.

La STS, Sala 3ª, nº 1510/2018, de 17 de octubre, hace referencia a la obligación de respetar el principio de legalidad presupuestaria, a la vinculación del gasto con su finalidad pública, ajustada a Derecho, y a las consecuencias de incumplir las normas.

La doctrina del enriquecimiento sin causa puede ser alegada por el proveedor de bienes o servicios frente a la Administración pública contratante, a fin de obtener la oportuna contraprestación por el servicio realizado, pero ello no exime de la eventual responsabilidad en que hayan incurrido las autoridades y funcionarios causantes de la irregular contratación, como bien indica la STS, Sala 3ª, de 23 de marzo de 2015.

Esa responsabilidad, en este caso contable, es la que puede y debe ser exigida ante el Tribunal de Cuentas.

Con frecuencia se esgrime la doctrina del enriquecimiento sin causa con la finalidad de exonerar de responsabilidad al gestor encargado de la contratación, pero ello no puede aceptarse cuando se trata de una actuación ilegal que ha ocasionado perjuicio al patrimonio público, pues obedece a una confusión entre las responsabilidades contractuales, que vinculan a las partes del contrato en caso de incumplimiento, y las extracontractuales que vinculan al gestor de fondos públicos con la Administración, cuyos fondos administra aquél de forma ineficiente y contraria a Derecho.

En este sentido, el artículo 46 de la Ley General Presupuestaria dispone que: *“Los créditos para gastos son limitativos. No podrán adquirirse **compromisos** de gasto ni adquirirse **obligaciones** por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que incumplan esta limitación, **sin perjuicio de las responsabilidades reguladas en el título VII de esta ley**”.*

Esas responsabilidades son de naturaleza contable (artículo 177 de la Ley General Presupuestaria).

El principio de eficiencia (artículo 26.2.a).1º de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre) tiene un indudable impacto en la responsabilidad contable, de tal modo que existirá perjuicio patrimonial cuando se frustren los fines perseguidos por la Administración pública, titular del patrimonio, en la disposición efectuada por su gestor, aunque el valor económico no cambie.

Este criterio desarrollado en el ámbito penal resulta plenamente aplicable en la jurisdicción contable, pues parte del mismo principio, que no es otro que la protección del patrimonio, bien sea público, bien sea privado.

Al respecto, la STS, Sala 2ª, nº 329/2015, de 2 de junio, establece que:

“El perjuicio puede considerarse como una desvalorización del patrimonio, ocasionada por cualquier causa. Es importante a estos efectos determinar el concepto de patrimonio al que se debe atender. La jurisprudencia ya había señalado en la STS de 23 de abril de 1992, que “...en la doctrina moderna, el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en el ámbito económico, ha permitido comprobar que el criterio para determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del patrimonio. El juicio sobre el daño, por el contrario, debe hacer referencia también a componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera: el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual. De acuerdo con éste, también se debe tomar en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa, la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. Consecuentemente, en los casos en los que la contraprestación no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial”. En la STS nº 91/2010 se insistía en este concepto diciendo lo siguiente: “Pero bastaría la propia merma, por sustracción, de un derecho económico que les pertenece, para que el perjuicio típico fuera tenido por existente. Hemos dicho en STS 841/2006, de 17 de julio, que las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la

jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada". Y más recientemente, STS nº 201/2014, de 14 de marzo, se afirmaba en relación al perjuicio patrimonial, que "...es cierto que tiene lugar cuando se produce una disminución patrimonial lesiva para el perjudicado, pero la jurisprudencia ha manejado un concepto objetivo individual de patrimonio que obliga a tener en cuenta la finalidad económica de la operación realizada por el titular a los efectos de identificar la existencia del perjuicio patrimonial".

Por lo tanto, podrá apreciarse la existencia del perjuicio típico cuando mediante la conducta imputada se impida al titular del patrimonio afectado el ejercicio de sus facultades para la disposición ordinaria del mismo a la que tenía derecho, en orden al cumplimiento de las finalidades decididas por aquel titular".

En definitiva, dicha jurisprudencia acepta la idea de que el patrimonio supera los límites del concepto jurídico o económico del mismo, a fin de tener en cuenta también la **finalidad patrimonial de su titular** en el completo *iter* de la transacción enjuiciada.

Consecuentemente, la situación de perjuicio concurre cuando el gestor adquiere bienes que no son necesarios para el fin legalmente asignado a la Administración pública concernida.

Como muy acertadamente destaca CUBILLO RODRÍGUEZ⁴, la citada Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en su artículo 26.2, recoge dos principios generales y dos principios de actuación, de singular importancia en el análisis contractual. A saber:

⁴ CUBILLO RODRÍGUEZ, Carlos. *La responsabilidad contable: nuevas perspectivas*. Consejo General del Poder Judicial. Encuentro con el Tribunal de Cuentas. 26 a 28 de septiembre de 2016.

- a) Principios generales: 1. El deber de actuar con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y con el objetivo de satisfacer el interés general. 2. El deber de actuar con la diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones y de fomentar la calidad en la prestación de los servicios públicos.
- b) Principios de actuación: 1. El deber de ejercer los poderes públicos que atribuye la normativa con la finalidad exclusiva para la que fueron otorgados y el deber de evitar toda acción que pueda poner en riesgo el interés público o el patrimonio de las Administraciones. 2. El deber de gestionar, proteger y conservar adecuadamente los recursos públicos, que no podrán ser utilizados para actividades que no sean las permitidas por la normativa que sea de aplicación.

Tales principios constituyen una parte esencial de la Ley y su infracción debe valorarse como una vulneración de la normativa económico-financiera, a los efectos de concretar la responsabilidad contable.

En el mismo sentido, el artículo 8.1 de la Ley 33/2003, 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas dispone que:

“La gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales por las Administraciones públicas se ajustarán a los siguientes principios:

- a) Eficiencia y economía en su gestión.*
- b) Eficacia y rentabilidad en la explotación de estos bienes y derechos.*
- c) Publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes.*
- d) Identificación y control a través de inventarios o registros adecuados.*
- e) Colaboración y coordinación entre las diferentes Administraciones públicas, con el fin de optimizar la utilización y el rendimiento de sus bienes.*

Además, el artículo 111.1 de la mencionada Ley 33/2003, 3 de noviembre, reconoce la libertad de pactos, si bien consigna que las cláusulas y condiciones de los contratos no pueden ser contrarios al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración.

4. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DEL GASTO PÚBLICO Y FASES DE LA CONTRATACIÓN. MOMENTO EN QUE SE PRODUCE EL PERJUICIO

A fin de determinar el momento en que se produce el menoscabo en los fondos o caudales públicos, resulta necesario examinar la normativa administrativa, que regula el procedimiento de contratación del sector público, conectándola con el procedimiento del gasto público, por cuanto cada fase del procedimiento de contratación se corresponde con una fase del procedimiento de ejecución del gasto.

En este sentido, puede distinguirse entre entes públicos sujetos a presupuesto limitativo (por ejemplo, Ministerios y Consejerías autonómicas) de aquellos entes sujetos a presupuesto estimativo, como las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles públicas.

En el supuesto de las entidades sujetas a presupuesto limitativo, las fases del procedimiento de ejecución del gasto público se corresponden con la ejecución presupuestaria, distinguiendo las siguientes fases:

1ª. Autorización del gasto. Es el acto por el que se acuerda la realización de un gasto a cargo de un crédito presupuestario determinado, sin sobrepasar el importe pendiente de aplicación.

Esta fase se corresponde con la aprobación del inicio del expediente (artículo

116 de la LCSP).

2ª. Disposición del gasto. Es el acto por el que se acuerda o concierta la realización concreta de obras, la prestación de servicios o el suministro.

Con la disposición queda formalizada la reserva del crédito por un importe y condiciones exactamente determinadas.

Con el compromiso existe una vinculación de la Hacienda Pública con el tercero, por la que se obligan ambos a la realización de un gasto en las condiciones que se hayan establecido.

Esta fase se corresponde con el acto de adjudicación y formalización del contrato (artículos 150 y 153 de la LCSP).

3ª. Reconocimiento de la obligación. Es la operación de contraer en cuenta los créditos exigibles contra el ente público en cuestión, debido a que ha sido acreditada satisfactoriamente la prestación objeto de la disposición, dando origen al nacimiento de una deuda comercial ante tercero.

Esta fase se corresponde con el acto de entrega del bien o del servicio prestado (artículo 210 LCSP).

En el ámbito de la Administración General del Estado, el reconocimiento de la obligación significa la conformidad con el “servicio hecho”, la inmediata y automática emisión de la propuesta de pago y, con ello, la concesión del plácet o permiso para que se pueda cancelar la deuda con el tercero⁵. El gasto, a efectos presupuestarios, se tendrá por realizado y la deuda se extinguirá, de conformidad con el Código Civil, mediante el pago, la compensación o por prescripción. La forma habitual es la primera.

4ª. Orden de Pago. Se entiende por pago ordenado la operación por la que el ordenador expide, en relación con una obligación concreta, la orden de pago contra el Tesoro Público, que cancela la deuda con el tercero.

Esta fase se corresponde con el pago del precio, regulado en el artículo 198 LCSP.

Las tres primeras actuaciones incumbe realizarlas a los gestores del crédito presupuestario, correspondiendo la última fase al ordenador de pagos.

⁵. Excepto para la gestión de pagos de deuda pública.

Desde el momento en que se contraen en cuenta los créditos exigibles (reconocimiento de la obligación), existe una deuda vencida, líquida y exigible, deuda que se incorpora desde ese momento al patrimonio público.

Correlativamente, una vez realizada esa contracción, el acreedor de la Hacienda Pública obtiene un derecho de crédito frente a ésta, que puede hacer valer frente a terceros, incorporándolo a su patrimonio, y ello con independencia de las vicisitudes y el momento en que se produce el pago material, que puede revestir muchas formas.

Lo mismo ocurre en el caso de las entidades sujetas a presupuesto estimativo. La existencia de una obligación líquida, vencida y exigible existe desde que se acredita que la prestación efectiva del servicio se ha realizado de conformidad con las condiciones contractuales, prestación que se documenta a través del acta de recepción o conformidad de la factura o documento equivalente.

ARELLANO PARDO⁶ afirma que la fase de reconocimiento de la obligación determina *“la efectiva ejecución del presupuesto aplicando el crédito presupuestario a la finalidad para la que fue aprobado. Así, realizado el reconocimiento de la obligación, el gasto, a efectos presupuestarios, se tendrá por realizado con independencia del momento en el que se produzca el pago al acreedor de la hacienda pública”*.

En definitiva, la variación patrimonial se produce desde que se acredita la prestación efectiva del servicio y, por tanto, a partir de ese momento se puede causar un perjuicio a la Administración pública si la prestación resulta ser irregular.

En este último supuesto, se origina la correspondiente obligación de indemnizar a la Administración pública perjudicada por parte de su gestor, a fin de restablecer el equilibrio patrimonial del ente que ha reconocido indebidamente la obligación.

⁶ ARELLANO PARDO, Pablo. El procedimiento administrativo de gasto ante las nuevas leyes de procedimiento administrativo. Revista Española de Control Externo nº 54. Año 2016. Página 197.

En el ámbito de la contratación, cabe señalar que el artículo 200 LCSP regula la transmisión de los derechos de cobro. Por ello, los contratistas que tengan derecho de cobro frente a la Administración, podrán ceder el mismo conforme a derecho.

La STCu, Sala de Justicia, nº 12/2005, de 18 de julio, indica que una empresa pública puede endosar a una empresa privada un crédito que tenga a su favor contra la Administración. Ello plantea que un crédito no pagado por una Administración a su acreedor es una auténtica deuda, es decir, una alteración de su patrimonio, aun cuando la salida de fondos no se haya producido.

Como señalan PASCUAL GARCÍA y RODRÍGUEZ CASTAÑO⁷, *“con el término obligación, entendida como obligación exigible, se expresa no el total vínculo entre el Estado deudor y sus acreedores, sino la deuda que pesa sobre aquél. Obligación equivale, pues, a crédito contra el Tesoro Público o, si se prefiere, a gasto realizado y pendiente de pago. El TRLGP la denomina “obligación de pago”, expresión que aún permanece en la norma reglamentaria y en la de régimen local. Se trata de una fase de la máxima importancia dentro del procedimiento de ejecución del gasto público por cuanto es la que marca el consumo del crédito presupuestario. Cuando no coinciden en un mismo año los actos de compromiso, obligación de pago y pago al acreedor, el presupuesto en que aparecerá el gasto como realizado y sus créditos aplicados deberá ser el del reconocimiento de la obligación. Para que surja la obligación exigible se requiere el cumplimiento de unos requisitos sustantivos y otros meramente formales.*

El requisito fundamental, de carácter sustantivo, en las obligaciones recíprocas es que el acreedor haya cumplido la prestación a su cargo. En las obligaciones no recíprocas del Estado, en las que no existe prestación a cargo de tercero, el pago habrá de estar en todo caso condicionado al nacimiento del derecho del acreedor en virtud de la Ley o acto administrativo que, según la Ley, lo otorgue (art. 73.4 LGP). Existen, sin embargo, supuestos en que se va a permitir el pago anticipado y, en consecuencia, el reconocimiento de la obligación de la obligación antes de que se reciba la prestación

⁷ PASCUAL GARCÍA, José, y RODRÍGUEZ CASTAÑO, Antonio Ramón. Régimen jurídico del gasto público, BOE, 7ª edición, 2018, páginas. 658 y 659.

por la Administración. Tales supuestos son excepcionales y están tasados legalmente y se requiere el aseguramiento de los referidos pagos mediante la prestación de garantía (art. 21.2 LGP).

Junto al requisito de fondo (realización de la prestación o servicio por el acreedor) el nacimiento de la exigibilidad requiere unos actos administrativos eminentemente formales que constituyen garantías solemnes no solo de los intereses públicos sino también de los intereses de los acreedores. Son los actos de reconocimiento y liquidación de la obligación. Reconocimiento de la obligación se llama al acto administrativo mediante el que la Hacienda Pública acepta formalmente el crédito a su cargo. La liquidación, que se practica conjuntamente con el acto de reconocimiento, tiene por misión determinar el importe exacto de dicho crédito”.

Al respecto, el artículo 73.4 LGP dispone: *“El reconocimiento de la obligación es el acto mediante el que se declara la existencia de un crédito exigible contra la Hacienda Pública estatal o contra la Seguridad Social, derivado de un gasto aprobado y comprometido y que comporta la propuesta de pago correspondiente”.*

PASCUAL GARCÍA y RODRÍGUEZ CASTAÑO⁸ indican que *“Tanto el criterio presupuestario como el contable en el ámbito de la contabilidad patrimonial excluyen que la imputación se realice en base a cobros y pagos (criterio de caja), pero difieren en que el primero se rige por la exigibilidad, en tanto el segundo se rige por el principio de devengo”.*

La consideración de que, en una contratación irregular que comporta pérdida de valor, el perjuicio en el patrimonio se ha producido con el reconocimiento de la obligación, sin necesidad de que se haya procedido al pago, se sustenta, asimismo, en la previsión que establece el artículo 177.1 c) de la LGP, cuando proclama la existencia de responsabilidad patrimonial por el hecho de *“liquidar obligaciones con infracción de lo dispuesto en esta Ley”.*

⁸ PASCUAL GARCÍA y RODRÍGUEZ CASTAÑO. Op. cit. Página 668.

Si dicha infracción genera responsabilidad patrimonial quiere decir que implica un daño por sí misma a los fondos públicos.

Las resoluciones de la Sala de Justicia del TCU no atienden al tiempo de la asunción de las obligaciones ilegítimas, sino a la ejecución material de las mismas a través de los correspondientes pagos (sentencias 9/2007, de 2 de julio; 1/2008, de 5 de febrero; 9/2011, de 29 de junio; y 9/2015, de 15 de diciembre, entre otras).

Se afirma, en la citada doctrina, que el daño real y efectivo a las arcas públicas no se produce por la firma ilegítima de un contrato, sino por las salidas materiales de fondos, que tienen lugar injustificadamente como consecuencia de su ejecución.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista de acuerdo con lo argumentado, existe perjuicio con anterioridad y el responsable del mismo es la persona que vincula a la Administración pública de manera ilícita, dando lugar en el futuro a la consiguiente corriente monetaria o financiera. El ordenador material del pago es ejecutor de la previa obligación asumida.

En efecto, debe resaltarse que el gestor no solo contrae una obligación ilícita o irregular, lo que ya es suficiente para causar un perjuicio, sino que además recomienda el pago porque lo propone en firme, según se constata con la expedición de los documentos "OK". Es decir, nace un perjuicio patrimonial por reconocer una deuda incorrectamente contra la Administración afectada. Ello, en buena lógica, conlleva la apertura de la vía jurisdiccional contable para resarcir el daño inferido.

Esa posible responsabilidad contable también se señala, como mencionamos anteriormente, en el artículo 46 de la Ley General Presupuestaria.

Al respecto, PARDO ARELLANO⁹ considera que la sanción de nulidad prevista en el mencionado precepto de la LGP *"se extiende no sólo al acto de ejecución del presupuesto, sino que alcanza*

⁹ ARELLANO PARDO. Op. cit. Página 196.

igualmente a aquel mediante el cual la administración se obligó indebidamente frente a un tercero, sin perjuicio de la obligación de indemnizar a dicho tercero los daños que hubiera tenido que soportar como consecuencia de la irregular actuación de la administración”.

5. CONCLUSIONES

Como colofón de lo precedentemente expuesto, procede señalar las siguientes conclusiones:

- 1ª. El proceso de adquisición de bienes y servicios por parte del Sector Público debe estar orientado a la optimización de los recursos asignados, con pleno respeto al principio de transparencia, a fin de evitar distorsiones en el mercado.
- 2ª. La contratación irregular está íntimamente relacionada con el fenómeno de la corrupción, que afecta de manera destacada a la credibilidad de los partidos políticos y, en conjunto, al sistema institucional.
- 3ª. Desde el punto de vista de la responsabilidad contable, parece conveniente resaltar la gravedad del incumplimiento de los principios de necesidad, idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación.
- 4ª. Los bienes y servicios únicamente pueden adquirirse en atención a alguna finalidad pública comprendida en las competencias atribuidas legalmente al órgano de contratación.
- 5ª. Resulta necesario relacionar el régimen de ejecución del gasto público y las diferentes fases del expediente administrativo de contratación.
- 6ª. La variación patrimonial se produce desde que se acredita la prestación efectiva del servicio, lo que determina el momento en el que se puede causar un perjuicio al ente público si dicha prestación es irregular.

6. AGRADECIMIENTOS

Finalmente, debo expresar mi profunda gratitud a las autoridades que han organizado estas jornadas y, especialmente, al Director de este curso, Excmo. Sr. Presidente de la Sección de

Enjuiciamiento, D. José Manuel Suárez Robledano, por su amable invitación, así como a todas las personas que, con notable esfuerzo y dedicación, han contribuido a la preparación y desarrollo de este encuentro, que, sin duda, ha propiciado un mayor conocimiento y difusión de los temas abordados.

Igualmente, he de dar las gracias a todos los asistentes por su atención y por el interés demostrado a través de sus intervenciones.

**LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL
SECTOR PÚBLICO: UNA VISIÓN GENERAL**

Jesús Jordano Fraga

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla*

1. DESCRIPCIÓN GENERAL, ESTRUCTURA Y ENTRADA EN VIGOR

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), ha realizado la transposición tardía a nuestro ordenamiento las Directivas Comunitarias 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 tiene 347 preceptos, 54 disposiciones adicionales, 5 transitorias y 16 finales.

El articulado de esta Ley se estructura en un Título Preliminar dedicado a recoger las disposiciones generales en esta materia y cuatro libros, 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 y transparencia (Libro IV).

La LCSP entró en vigor el 9 de marzo. Sin embargo, la transposición debió haber sido realizada antes del 18 de abril de 2016¹. En su tramitación en las Cortes se han incorporado 975 enmiendas del total de 1.081 presentadas por los diferentes Grupos Parlamentarios. La Ley entró en vigor el 9 de marzo de 2018 derogando el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

2. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS O ADJETIVACIONES DE LA LEY: UNA NORMA TRANSVERSAL, ELECTRÓNICA Y TRANSPARENTE

Si tuviéramos que adjetivar la LCSP, ésta es una norma transversal, electrónica y transparente. La LCSP es una norma que a) busca la transversalidad; b) la contratación “electrónica”, c) la transparencia y lucha contra la corrupción. Desglosemos ahora estas adjetivaciones.

¹Ello determinó el consiguiente efecto directo produciéndose al respecto la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado a los órganos de contratación en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública (<http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes%202016/Recomendación%20JCCA%20efecto%20directo%20post%20Comisión%20Permanente%2015%20marzo%202016.pdf>)

La LCSP pretende la implantación transversal de criterios sociales y medioambientales en la contratación pública. Se incorporan así en sus fases de solvencia, de adjudicación y de ejecución de contrato, criterios sociales y medioambientales siempre que como previamente había exigido la jurisprudencia del TJUE guarden relación directa con el objeto del contrato, y sean proporcionales -26 de septiembre de 2000, caso Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa (Asunto C-225/98), conocido como el asunto de la Región *Nord-Pas-de-Calais*; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99, *Concordia Bus Finland*-. El paradigma es el convencimiento de que esta incorporación ofrece una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual y una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos.

La nueva ley impone que en los pliegos se incluyan criterios de solvencia y de adjudicación del contrato, teniendo en cuenta consideraciones sociales, laborales y medioambientales. Se considera así causa que determina la prohibición para contratar (art. 71, 1 d) LCSP) que una empresa con una plantilla de 50 trabajadores o más no cumpla con el porcentaje del 2 % de trabajadores con discapacidad o bien que una empresa con 250 trabajadores o más no tenga implantado un plan de igualdad. También se podrán incluir también como condiciones especiales de ejecución de conformidad con art. 202 LCSP, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social. Entre las ambientales expresamente se enumeran la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

La LCSP también pretende la implantación de la Administración electrónica y persigue la Publicidad y transparencia.

La propia exposición de motivos resalta la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario. El Comité de Cooperación en materia de contratación pública, asimismo, es el encargado de coordinar el impulso de la contratación electrónica en el ámbito del sector público y de promover el y de promover

el cumplimiento de los mandatos y objetivos de las directivas comunitarias en la materia². Así las Disposiciones adicionales decimoquinta y sexta establecen que la tramitación de los procedimientos deberá realizarse exclusivamente por medios electrónicos, incluso para la presentación de las ofertas.

El artículo 132 LCSP consagra los *principios de igualdad, transparencia y libre competencia ordenando que* “Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.

Debe resaltarse en este sentido la nueva regulación de la figura del perfil del contratante, así como la regulación tanto del Registro de Contratos del Sector Público como su Plataforma de Contratación para inscribir todos los contratos adjudicados por las entidades del sector público y para gestionar la difusión a través de internet de los perfiles del contratante.

3. PRINCIPALES NOVEDADES

- **Ampliación ámbito subjetivo**

La LCSP ha extendido su ámbito de aplicación incluyendo en su ámbito subjetivo a los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las empresariales, y las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de estas entidades cuando reúnan los requisitos para ser consideradas poder adjudicador. También se califica a las fundaciones públicas como poderes adjudicadores. Sin embargo, en el ámbito objetivo de aplicación la LCSP excluye expresamente supuestos como el de los contratos para la realización de campañas políticas.

Se prevén tres niveles de aplicabilidad de la Ley respecto de las entidades del sector público incluidas en su ámbito: 1) Administraciones Públicas; 2) Poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas; y, 3) entidades del sector público que no tengan el carácter de poder adjudicador.

Los poderes adjudicadores no administración pública (los denominados por el acrónimo PANAP) se regirán por lo establecido en el Título I del Libro III de la Ley. La innovación consiste en que desaparecen las instrucciones de contratación regulando, por primera

² Art. 329 LCSP.

vez, los efectos y extinción de los contratos celebrados por PANAP. Las instrucciones internas de contratación se suprimen para los contratos no sujetos a regulación armonizada en el caso de las entidades del segundo nivel, debiendo adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para las Administraciones Públicas.

El control jurisdiccional de las fases de preparación y adjudicación se atribuye en todo caso a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con independencia de su importe y de la naturaleza del adjudicatario. Ello supone un razonable regreso a la doctrina de los actos separables (STS de 19 de diciembre de 1958, Hotel Andalucía Palace) excluyendo del conocimiento de la preparación y adjudicación de los contratos privados no sujetos a regulación armonizada a la Jurisdicción civil.

- **Creación de un nuevo tipo de contrato: la concesión de servicios y supresión de la contrato de colaboración público privada**

En la nueva ley desaparece uno de los contratos típicos tradicionales: el contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. Sea crea la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras. Este contrato se sustituye por la concesión de servicios, que se diferenciará del contrato de servicios en función de quien asuma el riesgo operacional: en el caso de la concesión, será a cargo del contratista. Sin perjuicio de lo anterior, se mantiene la posibilidad de que se adjudique directamente a una sociedad de economía mixta un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios en los términos recogidos en la Disposición adicional vigésima segunda, siguiendo el criterio recogido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia 196/08 en el caso ACOSSET, y en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008.

- **La desfiguración del contrato menor o el infierno está empedrado de buenas intenciones**

Se ha procedido a la modificación de los contratos menores tanto en límite cuantitativo como en algunas reglas sustantivas y de procedimiento. Se ha rebajado el umbral a de 50.000 € a 40.000 € para los contratos de obras y de 18.000 € a 15.000 € para los contratos de servicios y suministro. El art. 118.3 LCSP determina que no cabe contratar con un mismo proveedor uno o varios contratos por importe superior a dichos umbrales siempre que tengan el mismo objeto, es decir, lo que no se permite es un fraccionamiento irregular del objeto del contrato. Sobre ello se ha pronunciado con diversos criterios los órganos consultivos de contratación cuyas resoluciones aportamos en anexo. La LCSP no aclara si la limitación afecta a todo el poder adjudicador o cada uno de sus órganos de contratación, si hay varios. Podría deducirse esto segundo del 118.3 de la Ley al decir que «el órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla». Nos parece mas correcto relacionar esta limitación con la obligación de publicar la información sobre los contratos menores en el perfil de contratante, lo que obliga a entender «órgano de contratación» del 118.3 como «órgano de contratación con perfil propio»³.

El hecho obvio es que esta regulación bienintencionada –se pretendía repartir la tarta entre los pequeños- ha hecho un daño a las PYME a la que pretendía proteger, llevándose ahora la tarta los grandes con Acuerdo Marco. Urge la derogación de semejante dislate dulcificada que no corregida solo en ámbito de la investigación⁴.

3 Así, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del sector público*, “El Consultor de los Ayuntamientos”, Nº 20, Sección Opinión / Actualidad, Quincena del 30 Oct. al 14 Nov. 2017, Ref. 2425/2017, p. 2425, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 13727/2017

⁴ Es la Disposición adicional quincuagésima cuarta. Régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación introducida por la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018., Esta dispone que “atendiendo a la singular naturaleza de su actividad, como excepción al límite previsto en el artículo 118 de esta Ley, tendrán en todo caso la consideración de contratos menores los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50.000 euros que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación. A estos efectos, se entienden comprendidos entre los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, en los términos establecidos en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, las Universidades públicas, los Organismos Públicos de Investigación, fundaciones, consorcios y demás agentes de ejecución de la Administración General del Estado, los organismos y entidades de investigación similares a los anteriores dependientes de otras Administraciones Públicas, las Fundaciones de Investigación Biomédica, y los centros, instituciones y consorcios del Sistema Nacional de Salud.» *Vid.*, GIMENO FELIU, Primeras modificaciones parciales a la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017 (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.414/releategoria.208/relemenu.3/chk.904aae91fa8ae9c332ed270c919e84b0>) quien cree con razón que “la opción adoptada no parece resolver adecuadamente los problemas,

- **Ampliación supuestos recurso especial en materia contratación**

Se ha ampliado su ámbito de interposición a contratos de obras y concesiones de más de tres millones de euros (100.000 euros en el caso de servicios y suministros)⁵. También se ha ampliado la legitimación para interponerlo, permitiendo que empresarios “en todo caso” y sindicatos “cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales⁶.”

- **Nuevos procedimientos de adjudicación y criterios de adjudicación: Transversalidad por encima de precio**

En la LCSP se ha introducido el concepto de la mejor relación calidad-precio. Así, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a la mejor relación coste-eficacia sobre la base del precio o coste, como por ejemplo el coste del ciclo de vida, debiéndose valorar con arreglo a criterios económicos y cualitativos. En los artículos 145, 146, 147 de la LCSP se encuentran la sustitución de la denominación “Criterios de valoración de ofertas” por “Criterios de adjudicación del contrato” y la de “oferta económicamente más ventajosa” por la de “mejor relación calidad precio”. Estos criterios deben cumplir los siguientes requisitos: a) deberán estar vinculados al objeto del contrato; b) 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; c) y deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

Se determinan dos grandes clasificaciones de criterios:

- a. **Por su naturaleza**, se distingue entre criterios económicos y criterios cualitativos.

Los económicos, o criterios relacionados con los costes son el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad como por ejemplo el coste del ciclo de la vida. Los cualitativos son la calidad (que incluye valor técnico, características

pues se mantienen los requisitos del artículo 118 LCSP (exigencia de motivación y límites cuantitativos por proveedor), a la vez que resulta difícil de justificar que la cuantía de 50000 euros supere los 35000 euros del procedimiento abierto simplificado “sumario” regulado en el artículo 156.6 LCSP. Así, los “problemas de gestión” derivados del contrato menor se mantienen”.

⁵ Art. 44.1 a) LCSP.

⁶ Art. 48 LCSP.

estéticas y funcionales, accesibilidad, diseño universal, características sociales y características medioambientales), la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato y el servicio posventa.

- b.** Por la forma de valorarlos, se distingue entre criterios valorables mediante cifras o porcentajes y criterios cuya valoración depende de un juicio de valor. Se da preponderancia de los criterios que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a partir de la aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

La adjudicación se podrá hacer utilizando un criterio de adjudicación único que puede ser relacionado con los costes o tener relación directa con un criterio basado en la rentabilidad, como puede ser el coste del ciclo de vida; cuando se utilicen una pluralidad de criterios se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes, obtenidos de la mera aplicación de formulas establecidas en los pliegos.

En defecto de previsión de los pliegos, los criterios de preferencia de adjudicación en caso de empate de ofertas:

- Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social.
- Menor porcentaje de contratos temporales.
- Mayor porcentaje de mujeres empleadas.
- El sorteo, siempre y únicamente en último lugar, en caso de empate aplicando los anteriores criterios, lo cual parece muy complicado.

Si bien esta ley no considera improcedente la adjudicación a ofertas anormalmente bajas, si impone a la Administración la obligación de realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del contrato cuando la empresa adjudicataria hubiese presentado una oferta incurso en presunción de anormalidad. Pero en aras de la transversalidad los órganos de contratación deberán rechazar las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneren la normativa sobre subcontratación o porque no cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes.

- **Impulso a las PYMES: Simplificación, Subcontratación y División en lotes**

La LCSP favorece el acceso de las PYME a la contratación pública, flexibilizando la solvencia -garantía provisional del 3% del presupuesto base de licitación, y definitiva del 5 al 10%, del precio final del contrato⁷-, el fraccionamiento del contrato, mediante la generalización de las declaraciones responsables, y promocionando la subcontratación.

Se flexibilizan así los requisitos de clasificación empresarial, únicamente exigible en contratos de obras de cuantía superior a 500.000 €, permitiéndose, además a las empresas recurrir a la capacidad económica, financiera y técnica de otras empresas⁸. La solvencia económica y financiera exigida no puede superar 1,5 veces el valor estimado del contrato y lo más importante es que las empresas de nueva creación (menos de cinco años) tendrán más facilidades para acreditar su solvencia al no poder exigirles experiencia, ya que, sólo podrá exigirse la declaración responsable y en formato de Documento Europeo Único de contratación (DEUC). No podrán exigirse más documentos salvo que haya serias dudas de su veracidad.

Se incentiva que los contratos se dividan en lotes. En la LCSP el principio es que se deberá justificar como excepcional el hecho de que no exista división de los contratos en lotes, salvo en los casos de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios⁹.

En principio, la subcontratación es posible salvo en los contratos secretos o reservados - en los que se requiere autorización expresa- y en aquellos en los existen tareas críticas¹⁰. La nueva regulación ha hecho desaparecer el límite máximo de subcontratación que el art. 227.2 letra e) TRLCSP fijaba en un 60%¹¹. Este porcentaje ha desaparecido

⁷ Arts. 106 Y 107 LCSP.

⁸ Art. 77 LCSP.

⁹ Art. 99 LCSP.

¹⁰ Art. 215. 2 letras d) y e), que literalmente disponen:

“d) En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación”.

“e) De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75, en 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 órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación”.

¹¹ Este precepto disponía: “e) Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de adjudicación. Para el cómputo de este porcentaje máximo, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal, entendiéndose por tales las que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio”.

totalmente y su desaparición constituye una de las novedades mas importantes de la nueva Ley Debe resaltarse como novedad la desaparición del límite de subcontratación¹², que, a nuestro juicio, constituye un acierto en cuanto medida dirigida al fomento de la economía real cuyo tejido esencial pasa por las PYME que proporcionan la mayor parte del empleo en España.

La LCSP determina ahora en su art. 215.8 LCSP

“Sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional quincuagésima primera los subcontratistas no tendrán 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”.

Y dicha disposición establece:

Disposición adicional quincuagésima primera. *Pagos directos a los subcontratistas.*

- 1. Sin perjuicio de lo previsto en los artículos 216 y 217 y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 215, el órgano de contratación podrá prever en los pliegos de cláusulas administrativas, se realicen pagos directos a los subcontratistas.**
2. 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.
- 3. 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.

Tanto el art. 215.8 LCSP, como la disposición quincuagésima primera comienzan con un “sin perjuicio”. Lo cierto que sólo existirá acción directa cuando los pliegos prevean expresamente pagos directos al subcontratista. El “podrá prever” utilizado no deja dudas sobre la discrecionalidad de la previsión Si nos hacemos la pregunta inocente de si es probable que los pliegos comiencen a recoger pagos directos al contratista y, en consecuencia, que exista acción directa del subcontratista contra la Administración, la respuesta, con elemental colmillo retorcido es que no. La verdad es que el legislador ha

¹² En contra, GONZÁLEZ GARCÍA, ibidem.

sido poco generoso por decirlo suavemente¹³. Para colmo, presentamos la siguiente paradoja que no debe considerarse una casualidad sino un efecto querido en línea de lo demandado por la Abogacía del Estado¹⁴ en sus informes. Al regular el régimen jurídico aplicable la LCSP extiende su aplicación a los PANAP¹⁵. Al haber regulado expresamente la acción directa del subcontratista y extender dicho régimen a los PANAP, el resultado es que ahora solo habrá acción directa si así se prevé en los pliegos. Creo esta previsión puede ser inconstitucional. Existe consolidada jurisprudencia constitucional que proscribe los privilegios no justificados de la Administración. El problema puede ser considerado de constitucionalidad en cuanto que existe una sólida doctrina jurisprudencial sobre la inconstitucionalidad de la divergencia de régimen jurídico entre sujetos públicos y privados cuando no existe una razón que justifique el privilegio. Por ejemplo, la STC de 15 de septiembre de 1997 (Sala 2ª), recurso de amparo núm. 1130/1992, donde se estima violado el art. 14 CE (la igualdad ante la Ley), por las diferencias de trato legislativo, entre Hacienda pública y los particulares en relación con el pago de intereses de demora en ejecución de sentencias (cómputo ex art. 45 LGP en relación con el art. 921 LECiv) cuando no hay una razón constitucionalmente relevante para justificar un distinto trato en el devengo del interés de demora, según la posición que ocupe la Hacienda Pública y sólo por ella. Es la misma justificación que se encuentra detrás de la legislación local que prohíbe también a los jueces dictar providencias de embargo contra los bienes y derechos de las Haciendas Locales, pero tras la STC

13 Existen propuestas en este ámbito como la de BLANCO LÓPEZ, que cree que la regulación podría realizarse estableciendo determinadas condiciones: así propone de *lege ferenda*, “podría reconocerse dicha acción cuando el precio del contrato administrativo sea superior a una cantidad determinada y, además, cuando la factura librada por el subcontratista e impagada supere también una cuantía. La regulación legal podría afirmar que el órgano de contratación en los contratos administrativos en los que la subcontratación le haya sido debidamente comunicada por el contratista o haya sido autorizada, según las estipulaciones legales en la materia, pagará directamente al subcontratista aquellas facturas correspondientes a las prestaciones parciales del contrato, no pagadas en plazo por el contratista principal y siempre que el subcontratista haya ejecutado unas prestaciones de cuantía superior al 5% del precio del contrato y, en todo caso, cuando la factura sea de cuantía superior a 3.000 €” (*La subcontratación administrativa: ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código civil*, cit., p. 255). *Nosotros creemos que debe ser admisible en todo caso salvo se trate de subcontratos no comunicados/autorizados.*

14 La Abogacía general del Estado, en dictamen 36/07, de 28 de diciembre de 2007, (Ponente, Raquel Ramos Vallés), abordó la cuestión de la aplicación de la AD en el ámbito de la contratación administrativa en respuesta a la consulta planteada por la sociedad mercantil pública estatal, «Sociedad de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA –SIEP, SA» (23). El informe admite (y aconseja) la posibilidad que una sociedad mercantil pública, pese a someter la ejecución de sus contratos al Derecho privado, remita la regulación de la subcontratación, a la propia regulación del art. 115.3 TRLCAP [texto legal vigente en el momento de realizarse la consulta (Informe que tomamos BLANCO LÓPEZ, *La subcontratación administrativa: ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código civil*, “Revista Aragonesa de Administración Pública”, ISSN 1133-4797, Nº 38, 2011, pp. 237-238. Es obvio que el legislador ha elevado norma esta posición de la abogacía del Estado. Y es obvio que se hace mediante una ley *ad hoc* porque como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, en su Informe núm. 56/2010 de 28 de octubre 2011 JUR 2011\441389, las relaciones entre contratistas y subcontratistas *no pueden ser objeto de una regulación en los pliegos de cláusulas administrativas.*

15 Es el art. 26.3 LCSP “3. Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas mencionados en la letra b) del apartado primero del presente artículo, cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley, se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación.

En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, y *aquellas normas a las que se refiere el párrafo primero del artículo 319 en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación*, de racionalización técnica de la contratación; y la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205”.

166/1998 permite ello cuando se trate de la ejecución sobre bienes patrimoniales inmuebles no afectados directamente a la prestación de servicios públicos (arts. 154 de la Ley 39/1988 de Haciendas Locales y 182 TRRL)¹⁶.

- **Ampliación del *ius variandi***

Bajo la Presidencia de Zapatero se aprobó la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible que incidió sobre el *ius variandi* desde su consideración como una potestad reglada y excepcional (Dictamen del Consejo de Estado 1281/2005) y en el marco de la lucha contra la corrupción. En la LCSP el *ius variandi* se configura con una mayor flexibilidad (desaparece el límite del 10% y se vuelve al tradicional 20% como límite de obligatoriedad de la modificación para el contratista). La LCSP mantiene la estructura “modificaciones previstas en los pliegos” y “modificaciones no previstas”¹⁷.

En el artículo 204 LCSP se regulan las modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para las que establece un máximo del veinte por ciento del precio inicial cuando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad¹⁸. En ningún caso los órganos de contratación podrán prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se entenderá que se altera esta si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual.

¹⁶ Por todos, véanse FLORES DOMÍNGUEZ, *La incidencia de la sentencia de Tribunal Constitucional 166/1998, de 15 de julio, en la protección de los bienes patrimoniales de las Entidades Locales*, “R.A.A.P.” núm. 35, julio-agosto-septiembre 1999, pp. 83-106. En su antológico comentario a esta sentencia FLORES DOMÍNGUEZ denuncia precisamente como uno de los resultados paradójicos de la STC 166/1998 puede ser la elusión de las competencias del Pleno en enajenación de bienes fomentando “una huida del procedimiento de enajenación de bienes” (op-cit., pp. 94-95 y 104). CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *El privilegio de inembargabilidad ante el Tribunal Constitucional (un comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio)*, “R.E.A.L.A.” núm. 278, septiembre-diciembre 1998, pp. 11-29. El certero comentario del Prof. CARRO finaliza cuestionando elementos estructurales del fallo: el débil criterio de la afectación por inseguro y la cuestionable extensión del privilegio de la inembargabilidad a los recursos financieros de la Administración Local.

¹⁷ Véase *¿Cuáles son las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público?* <https://confilegal.com/20180313-cuales-son-las-principales-novedades-de-la-ley-de-contratos-del-sector-publico/> (última vez visitado 15 de diciembre de 2018)

¹⁸ Sin embargo, se establecen las siguientes condiciones: a) La cláusula de modificación deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca. b) Asimismo, en lo que respecta a su contenido, la cláusula de modificación deberá precisar con el detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación. La cláusula de modificación establecerá, asimismo, que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato. La formulación y contenido de la cláusula de modificación deberá ser tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por estos.

En el artículo 205 LCSP se regulan las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos y se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, son los siguientes:

- a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados¹⁹.
- b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones²⁰.
- c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio²¹.

¹⁹ Siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

1.º Que 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 aumento 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.

2.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

²⁰ 1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

²¹ En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato.

En los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo 205 LCSP, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido. Cuando la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato, en caso contrario, de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211 LCSP.

Es obvio que la ratio de la regulación del ius variandi es impedir la elusión de la concurrencia vía modificaciones contractuales. Lo que se prohíbe es que por medio de la modificación se llegue a otro contrato distinto para el que no se ha realizado la preceptiva licitación pública.

4. VALORACIÓN GENERAL

La primera valoración que debe hacer sobre cualquier norma es sobre la necesidad u oportunidad de las constantes reformas normativas. Desde 1995 hemos visto dos TRLC 2000/2011, por los impactos normativos europeos -a los que extendemos la crítica- y su transposición (2003, 2007 y ahora 2017). El legislador debe ser consciente de los costos implícitos en la inestabilidad normativa a veces con cambios en 180º, como en actos separables y jurisdicción competente. La Ley 9/20017 ya ha sido reformada antes de un año.

No obstante, la reforma debe valorarse de forma positiva en cuanto a la simplificación (clasificación, declaraciones responsables, solvencia) y ampliación del ámbito subjetivo y los mecanismos destinados a la potenciación de la economía real (las PYMES).

Sin embargo, esa potenciación se enfrenta a fuerzas centrípetas como la nefasta regulación del contrato menor. No tiene sentido que en aras de un pseudo puritanismo se haya vuelto complejo la simple compra de papel o pilas para el teclado de un órgano administrativo: De minimus non curat Praetor.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando:

(i) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.

(ii) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

Los pliegos se configuran como esenciales y determinantes (en modificación contractual, en subcontratación, como en tantas cosas en la nueva LCSP). Los pliegos son determinantes para existencia de poderes de comprobación de pagos y la imposición de penalidades en subcontratación -fuera de los umbrales donde es obligatorio el ejercicio de estas potestades-. Creemos que los avances evidentes en subcontratación son insuficientes y que la próxima regulación debiera superar la inercia histórica de la legislación administrativa que en el fondo deja abandonado a su suerte al subcontratista porque es una relación de derecho privado –en el fondo porque la Administración considera que el problema no es suyo porque es lo más cómodo-. La nueva regulación lejos de haber introducido la acción directa solo la hace posible si así lo determinan los pliegos y ello permite pensar que la aplicabilidad de la previsión sea reducida en la práctica.

Bibliografía

BLANCO LÓPEZ, Francisco:

La subcontratación administrativa: ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código civil, "Revista Aragonesa de Administración Pública", ISSN 1133-4797, Nº 38, 2011, pp. 221-258.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis:

El privilegio de inembargabilidad ante el Tribunal Constitucional (un comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio), "R.E.A.L.A." núm. 278, septiembre-diciembre 1998, pp. 11-29.

FLORES DOMÍNGUEZ, Luis Enrique:

La incidencia de la sentencia de Tribunal Constitucional 166/1998, de 15 de julio, en la protección de los bienes patrimoniales de las Entidades Locales, "R.A.A.P." núm. 35, julio-agosto-septiembre 1999, pp. 83-106.

LOZANO CUTANDA, Blanca & FERNÁNDEZ PUYOL, Irene:

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: diez novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 9102, 2017.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel:

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", Nº 20, Sección Opinión / Actualidad, Quincena del 30 Oct. al 14 Nov. 2017, Ref. 2425/2017, p. 2425, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 13727/2017.

VV.AA., *Nociones básicas de contratación pública*, Estanislao ARANA GARCÍA (coord.), Francisca LEONOR VILLALBA PÉREZ, Tecnos 2018 ISBN: 978-84-309-7369-

VV.AA., *La Ley de contratos del sector público: Ley 9/2017, de 8 de noviembre: aspectos novedosos* (coord. por Saskia Tenhaeff Lackschewitz; Juan Francisco Mestre Delgado (dir.), Luis Manent Alonso (dir.) Tirant lo Blanch, 2018. ISBN 9788491698944.

VV.AA., *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*. José María GIMENO FELIÚ (dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, 2018. ISBN 9788491776277.

VV.AA., *Comentarios a la Ley de contratos del sector público: adaptados a la Orden*

HFP/1298/2017, de 26 de diciembre. Cord. por Alberto Palomar Olmeda , Mario Garcés Sanagustín, Javier Vázquez Garranzo Wolters Kluwer, 2018. ISBN 978-84-9020-673-7.

VV.AA., *Nueva Ley de Contratos del Sector Público: guía rápida.* Coord. por Blanca LOZANO CUTANDA Ignacio CALATAYUD PRATS Francis Lefebvre, 2018. ISBN 978-84-17317-16-4.

Recursos en internet

¿Cuáles son las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público?

<https://confilegal.com/20180313-cuales-son-las-principales-novedades-de-la-ley-de-contratos-del-sector-publico/>

Principales novedades de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

<https://www.uria.com/documentos/circulares/941/documento/7153/Novedades-LCSP.pdf>

[20 cosas que deberías saber sobre la nueva ley de contratos del Sector Público](#)

<https://smart-lighting.es/nueva-ley-contratos-sector-publico/>

ALMONACID LAMELAS, Víctor:

Los contratos menores en la nueva LCSP (tramitación y relaciones con Ley de transparencia)

<https://nosoloaytos.wordpress.com/2017/10/26/los-contratos-menores-en-la-nueva-lcsp-tramitacion-y-relaciones-con-ley-de-transparencia/>

GIMENO FELIU, José María:

La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.317/relcategoria.208/relmenu.3/chk.d2b802da721758ceee2d2c222c7dc305>

idem., *Primeras modificaciones parciales a la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.414/relcategoria.208/relmenu.3/chk.904aae91fa8ae9c332ed270c919e84b0>

PÉREZ DELGADO, Manuel & RODRÍGUEZ PÉREZ, Rosario P.:

Las 11 claves de la Ley 9/2017, 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, “Diario La Ley”, Nº 9079, Sección Actualidad Legislativa Comentada, 13 de Noviembre de 2017, Editorial Wolters KluwerDiario La Ley, Nº 9155, Sección Actualidad Legislativa Comentada,

9 de Marzo de 2018, Editorial Wolters Kluwer,
<https://diariolaley.laley.es/home/EX0000127709/20171103/Las-11-claves-de-la-Ley-92017-8-de-noviembre-de-Contratos-del-Sector-Publico>

Dictámenes de los Órganos consultivos sobre contratación menor:

Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado:

- *Expediente: 5/2018. Materia: Limitación de los contratos menores: cómputo del plazo.*
- *Expediente 41/2017. Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP (Informe a consulta del Ayuntamiento de Baeza).*
- *Expediente 42/2017. Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP (Informe a consulta del Ayuntamiento de Andújar).*
- Junta Consultiva de Aragón. Informe de la Junta Consultiva de Aragón.
- Junta Consultiva de Madrid. Informe de la Junta Consultiva de Madrid.
- Junta Consultiva de Galicia. Informe de la Junta Consultiva de Galicia.
- Junta Consultiva de Catalunya. Informe de la Junta Consultiva de Catalunya.
- Junta Consultiva de Euskadi. Informe de la Junta Consultiva de Euskadi.
- Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores. RESUMEN (fuente:Contrato de obras): DIVERSAS CUESTIONES PLANTEADAS QUE, EN RELACIÓN A LOS CONTRATOS MENORES, DERIVAN DE LA LECTURA DEL ARTÍCULO 118 DE LA LEY 9/2017.

Informe 1 /201 8, de 25 de abril de 2018, sobre interpretación del apartado 3º del art. 118 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.

Otros documentos

Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado a los órganos de contratación en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública

<http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes%202016/Recomendación%20JCCA%20efecto%20directo%20post%20Comisión%20Permanente%2015%20marzo%202016.pdf>

**LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACION PÚBLICA DE Y LA LEY 9/2017,
DE CONTRATACION DEL SECTOR PÚBLICO: UNA VISION RELACIONAL**

Jesús María Chamorro González

*Magistrado Especialista de lo Contencioso-Administrativo.
Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del
Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias*

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se enmarca en las Jornadas organizadas por el Tribunal de Cuentas, y en las que colabora el Consejo General del Poder Judicial, razón por la cual intentaremos armonizar su contenido con el resto de ponencias previstas, excluyendo, en la medida de lo posible, abordar con detalle cuestiones que serán objeto central de otras intervenciones. La perspectiva desde la que se abordará la cuestión que nos ocupa es netamente jurídica, tratando de detenerse con mayor detalle en los problemas de orden práctico que puedan verse afectadas por el hilo conductor de las ideas que se abordan. También consideramos preciso adelantar que no se tiene otro propósito que poner negro sobre blanco un conjunto de reflexiones sobre la nueva regulación, siempre con el tamiz de la experiencia obtenida en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de control de la actividad pública, en este caso en materia de contratación pública, y que en muchos casos responde a patrones y problemas que se reiteran en el tiempo.

No cabe duda de que caben otras visiones y perspectivas, toda vez que la contratación del sector público puede abordarse multidisciplinariamente, y prueba de ello es el interesante elenco de personalidades y temas a tratar en el seno de las Jornadas ya referenciadas.

El título de la ponencia da buena prueba de las intenciones que se sitúan detrás del trabajo que presentamos. No cabe duda de la intensa interrelación que existe entre el Derecho de la Unión y los ordenamientos internos de los Estados Miembros de la Unión Europea, intensidad que se perfila con mayor profundidad cuando la relación lo es con el derecho público, y si cabe, de manera especial con el derecho de la contratación del sector público. Ha sido constante la preocupación por parte de la Unión Europea por lograr que el derecho de la contratación pública se armonizara en torno los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios contenidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y así es buena muestra de ello el apartado primero de la introducción 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 que señala que “La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Ahora bien, para los contratos públicos por encima de todo valor, deben elaborarse medidas que coordinen los procedimientos de contratación nacional a fin de

asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia”.

En consecuencia nos guía una clara intencionalidad de analizar la nueva regulación desde esa doble perspectiva, conscientes de que la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, es precisamente eso que nos dice su título, una ley que hace efectivos en España los objetivos que sobre contratación pública contienen las Directivas traspuestas.

Para el logro de ese objetivo dividiremos el trabajo en cuatro bloques bien diferenciados. En el primero nos ocuparemos de realizar una breve referencia al estado de la cuestión en el tiempo inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, con un repaso somero a la legislación anterior y a sus principales déficits. En el segundo nos detendremos en el Derecho de la Unión europea vigente en la materia, especialmente en el contenido de las Directivas traspuestas, así como de otros instrumentos jurídicos europeos sobre la contratación del sector público. En el tercer bloque la atención descasara en el análisis de las novedades de la Ley 9/2017, desde la perspectiva del derecho europeo. Para finalizar trataremos de exponer unas consideraciones o conclusiones finales sobre esta visión relacional de la contratación pública.

2. LA SITUACIÓN DE PARTIDA

La primera Ley de Contratos de las Administraciones Públicas posterior a la Constitución fue la Ley 13/1995, de 18 mayo, apoyada en el título competencial del art. 149.1.18ª CE y, por tanto, básica, esto es de aplicación general a todas las Administraciones Públicas. De ahí el título de una Ley que supuso un cambio importante respecto de la situación anterior y sustituyó a la vieja Ley de Contratos del Estado de 8 abril 1965, modificada luego en diversas ocasiones, pero especialmente por el RDL 931/1986, de 2 mayo, para adaptarlo a las Directivas comunitarias en la materia una vez que España entró en las entonces Comunidades Europeas.

La Ley 13/1995 fue modificada parcialmente, primero, por Ley 9/1996, de 15 enero, y luego, por las Leyes 11/1996, de 27 diciembre, de medidas de disciplina presupuestaria, 13/1996, de 30 diciembre, 66/1997, de 30 diciembre, 50/1998, de 30 diciembre, todas ellas de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que afectaron a aspectos parciales de la misma. También por la Ley 46/1998, de 17

diciembre, de introducción del euro. En 1999, a través de la Ley 53/1999, de 28 diciembre, tuvo lugar una reforma más amplia que afectó a más de 100 de sus preceptos e introdujo cambios de gran calado. Todo ello dio lugar al RDL 2/2000, de 16 junio, que contenía el Texto Refundido de la de Contratos de las Administraciones Públicas.

Con posterioridad vino la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Esta Ley es de nuevo fruto de la necesaria adaptación de nuestro derecho de contratos públicos al Derecho de la Unión. La propia exposición de motivos de la Ley señalaba que “Las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro; y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, han sido sustituidas recientemente por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, disposición que, al tiempo que refunde las anteriores, introduce numerosos y trascendentales cambios en esta regulación, suponiendo un avance cualitativo en la normativa europea de contratos.”

Destacamos especialmente que se pasa de una ley de contratos de las Administraciones Públicas, a una ley integral de contratación del sector público.

El RDL 3/2011, de 14 noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del sector público de nuevo refunde un conjunto de normas que modificaron la Ley 30/2007, a saber, RD-Ley 6/2010, de 9 abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica, el RD-Ley 8/2010, de 20 mayo, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, la Ley 14/2010, de 5 julio, de infraestructuras y servicios de información geográfica, la Ley 15/2010, de 5 julio, de modificación de la Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (modificada por Ley 25/2013, de 27 diciembre, de impulso de la factura electrónica), la Ley 34/2010, de 5 agosto, de modificación de diversas leyes, entre ellas, la Ley 30/2007, y que introdujo el recurso especial en materia de contratación pública, la Ley 35/2010, de 17 septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, la Ley 2/2011, de 4 marzo, de Economía sostenible, el RD-Ley 5/2011, de 29 abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas, la Ley 24/2011, de 1 agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y la Ley 26/2011, de 1

agosto, de adaptación normativa a Convención Internacional sobre los derechos de la persona con discapacidad.

En el ámbito del Derecho de la Unión también ha habido una importante evolución en el sector de la contratación pública. Así y ciñéndonos a las Directivas de contratación podemos citar entre otras la Directiva 89/665, del Consejo, de 21 diciembre 1989, que se ocupa del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa de contratos y de las medidas provisionales para asegurar los principios de libre concurrencia e igualdad en la adjudicación de contratos públicos. Allí se preveía la necesidad de que los ordenamientos internos previeran sistemas de recurso ágiles para hacer efectivo el Derecho de la Unión en la materia.

Más tarde llegaron las Directivas sobre los contratos de obras 93/37/CEE del Consejo, de 14 junio 1993, suministros Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 junio 1993 y servicios Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 junio 1992. Directivas 93/38/CEE, del Consejo, de 14 junio 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, y 92/13/CEE, del Consejo, de 25 febrero 1992 relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, que dieron lugar a la Ley 13/1995, de 13 de Abril, de contratos de las Administraciones Públicas.

La Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios dio lugar a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y la Directiva 2004/17/CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, 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.

Como hemos dicho, las directivas hoy vigentes 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, la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. La primera y la última son las traspuestas por la Ley 9/2017 y la segunda está pendiente de esa trasposición.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia del TJUE cabe destacar distintas resoluciones del alto tribunal que incidieron de manera especialmente notable en la materia, teniendo presente que algunas de ellas supusieron condenas para España por deficiente trasposición del Derecho de la Unión, y que a su vez fueron la causa de algunas de las reformas más atrás referidas. Así podemos destacar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 abril 2007, conocida como sentencia Tragsa que resolvía una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español. Tragsa, es una empresa pública de capital íntegramente público y creado para llevar a cabo múltiples actividades vinculadas al desarrollo rural, conservación del medio ambiente, atención de emergencias y otras¹. Se concluye por el TJUE que esta empresa es un medio propio que no está dentro del ámbito de la regulación de las Directivas “desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades”.

También es necesario citar la sentencia de 12 de julio de 2001, Scala de Milán, y la de 15 de mayo de 2003 relativa al ámbito subjetivo de aplicación del Derecho de la Unión y a las medidas provisionales para asegurar la aplicación de esas normas. Otras sentencias mencionables son las 7 de diciembre de 2000 sobre la publicidad como instrumento de control de la imparcialidad en la adjudicación de contratos, la de 13 de enero de 2005 y la de 26 de mayo de 2011 sobre los programas de actuación integrada recogidos en el derecho urbanístico de la Comunidad Valenciana.

Como se aprecia con facilidad, la evolución ha sido intensa y rápida.

3. LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EN LA UNIÓN EUROPEA

Dicho lo anterior, es necesario que nos adentremos en el contenido de la regulación que sobre la contratación del sector público nos ofrece la Unión Europea. En este sentido nos referiremos por un lado a la regulación general y por otro al contenido de las Directivas que traspone la Ley 9/2017.

En uno y otro caso se pretende alcanzar como objetivos fundamentales la eficacia en la utilización de los fondos públicos, buscando una mayor transparencia en los procesos que sirven a la optimización de las potestades públicas relacionadas con la contratación del

¹ Su régimen de contratación se encuentra ahora ampliamente regulado en la Disposición Adicional 24 de la Ley 9/2017.

sector público y que no deben limitarse a la fase de adjudicación y licitación, sino también a la ejecución, y esta es una cuestión, en la que, como veremos más adelante, inciden las nuevas Directivas. La publicidad y la libre concurrencia sirven al logro de esos fines, a los que debemos añadir la integridad como objeto de especial referencia en la medida en la que se opone al fenómeno de la corrupción pública y privada, muy anudada a la gestión de los contratos públicos. Como señala la sentencia del TJUE de 2 de junio de 2016, *Pippo Pizzo*, se trata de prevenir la arbitrariedad en la decisión.

- **La Estrategia Europea 2020**

La Comunicación de la Comisión europea de 3 de Marzo de 2010, que contiene la que denomina estrategia para el crecimiento inteligente, sostenible e integrador, Estrategia Europea 2020, es un elemento clave en el campo que nos ocupa. En efecto, la contratación pública deja de ser un mero mecanismo para obtener contraprestaciones, elemento fundamental de cualquier contrato cualquiera que sea su naturaleza, para sumar a ese inicial objetivo la de ser un instrumento para llevar a la práctica determinadas política públicas, especialmente en el ámbito de la protección social, laboral y medio ambiental. De esa forma el contrato público, a la vez que permite obtener la prestación necesaria para el concreto y determinado fin público que se plantea en la actividad contractual, permite alcanzar simultáneamente otros objetivos directamente relacionados con la protección de intereses públicos adicionales, especialmente en esos ámbitos que refiere la Estrategia 2020. Ello provocará además que los contratistas puedan encauzar su actividad empresarial en esa línea de tutelar valores de orden social, medio ambiental, etc.

La visión omnicomprensiva de la actividad contractual, capaz de atender y alcanzar simultáneamente objetivos y finalidades distintas pero compatibles, es, sin duda, un objetivo absolutamente deseable desde la perspectiva de la actividad de los poderes públicos, y se presenta como una de las principales novedades esta nueva corriente normativa de la unión Europea.

La salvaguarda de la integridad en la contratación pública es otro factor a destacar en la atención prestada por la Unión Europea a este sector de la acción pública. No vamos en este momento a profundizar en las distintas causas y análisis del fenómeno de la corrupción, muchos de ellos de claro y evidente sesgo político, pero sin duda alguna se trata de un fenómeno al que los órganos judiciales dedican una gran parte de su actividad, y ello en el ámbito de los distintos órdenes jurisdiccionales. Sus efectos, la afirmación o negación de su carácter estructural, su alcance, etc., no son ajenos a la

lucha partidista. El hecho cierto es que algunos o muchos de esos casos están directamente relacionados con la actividad contractual del sector público. La comunicación de la Comisión de 6 de junio de 2011, sobre la lucha contra la corrupción en la UE, cifra en unos 120.000 millones de euros las pérdidas que aquella genera en la económica de los Estados de la UE, un 1% del PIB europeo.

El informe anticorrupción de la Unión Europea de 2014, presentado por la Comisión el 3 de Febrero de 2014, abunda en las distintas practicas contractuales que facilitan esa clase de comportamientos. Así se refiere al soborno, a la predeterminación de los pliegos del clausulas y a la participación de los licitadores en su diseño. Además existe un número excesivo de excepciones al principio general de publicidad, abuso de los encargos a medios propios, utilización excesiva del procedimiento negociado sin publicidad, al fraccionamiento del objeto del contrato para excepcionar la publicidad, abuso del procedimiento de emergencia, la licitación fraudulenta, la división en lotes para evitar competencia en la adjudicación, la licitación colusiva, las modificaciones injustificadas de los contratos, etc.

El Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo nº10 de 2015 reitera la necesidad de que la contratación sea un pilar fundamental en la consideración del mercado interior y en el uso racional de los medios públicos, siendo así que el incumplimiento de las normas existentes al respecto genera falta de transparencia y de competencia, y en definitiva, corrupción.

- **Las Directivas de contratación de 2014**

Ya nos hemos referido a estas normas del Derecho derivado de la Unión Europea. Nos centraremos solamente en la 2014/23 y en la 2014/24, ya que la 2014/25, no ha sido traspuesta en la Ley 9/2017. Fueron publicadas en el DOUE de 28 de marzo de 2014 y tenían como fecha límite de transposición el 18 de abril de 2016.

No se trata de una reforma de la normativa europea anterior ni de una modificación profunda de las mismas, sino de una nueva ordenación distinta, especialmente en lo referido a la Directiva 2014/24, que es la que contiene una regulación general de los contratos del sector público. En ella y siguiendo a Razquin Lizárraga² hay que destacar que la exposición de motivos de la Directiva contiene 138 considerandos en los que se

² Razquin Lizárraga, Martín María, "Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos y propuestas para su transformación en España". RAP, nº 196, Madrid, enero-abril 2015, págs. 100 ss.

explica su contenido, destacando la conceptualización de los organismos de derecho público (apartado 10), de los contratos in house (apartado 31) y de las modificaciones contractuales (apartado 107). Ello nos ayuda tremendamente en la labor de descifrar estos conceptos jurídicos indeterminados, con una interpretación auténtica. También es necesario poner de manifiesto como la estructura de la Directiva es novedosa, ofreciendo mayor calidad y sistematización. Además, y aunque sigue manteniendo los umbrales de aplicación de los contratos sujetos o no a regulación armonizada en base a criterios de cuantía, permite una trasposición que supere esos límites iniciales, lo que como veremos acontece en algunos de los supuestos traspuestos por la Ley 9/2017.

De nuevo hay que destacar como la transparencia ligada a la publicidad, como instrumentos para salvaguardar la libre competencia, son el objetivo primordial de esta nueva regulación. A ello hay que sumar la innovación y la mejora en la participación de las PYMES en la contratación pública, así como el logro de objetivos adicionales especialmente los relacionados con el medio ambiente y de orden social.

Por lo que se refiere a lo primero son varias las novedades de la Directiva. Así en la fase previa la licitación destacamos la evitación de procedimientos urgentes, la limitación del procedimiento negociado sin publicidad, y la exigencia de claridad en la elaboración de los pliegos con facilitación de formato electrónico a los operadores. En la licitación, la exigencia de criterios de adjudicación objetivos, la distinción entre criterios de solvencia y de adjudicación, la imposibilidad de excluir candidatos por exigencias desproporcionadas, huida de criterios discrecionales de adjudicación, y la ilegalidad del precio medio.

La innovación, como elemento de la Estrategia Europea 2020, se presenta como otro factor a tener en cuenta y en este sentido destacamos la introducción de un nuevo procedimiento de licitación, la asociación para la innovación.

Respecto de las PYMES, la preocupación por evitar que los grandes contratos queden al margen de su actividad le lleva a apostar por la división en lotes de los contratos, a la exigencia de mayor proporcionalidad en los requisitos de capacidad económica y financiera imponiendo límites a la solvencia económica y financiera, la reducción de cargas administrativas y la posibilidad realizar pagos directos a los subcontratistas.

En relación con los objetivos sociales y medioambientales se encuentra la incorporación del coste del ciclo de vida de un producto, servicio u obra como criterio de adjudicación.

Como ya dijimos, la Directiva regula aspectos relacionados con la ejecución de los contratos públicos, y no solo la adjudicación. Destacamos al respecto las condiciones de ejecución de los contratos, la subcontratación, la modificación y la resolución. En relación con la modificación solo se puede evitar la nueva adjudicación en los supuestos previstos en la Directiva, aceptándose como supuestos de modificación solo los previstos en los pliegos para obras servicios y suministros adicionales con el límite del 50% de su cuantía, o de otros contratos con ese límite cuantitativo que no sea de carácter sustancial y no prevista por un poder adjudicador que haya actuado diligentemente y modificaciones no sustanciales.

En relación con la encomienda a medio propio, se contiene una clarificadora regulación de los requisitos exigibles, artículo 12³.

4. LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE

Como ya decíamos más atrás, esta Ley traspone las Directivas de 2014, en concreto las 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 del Parlamento y del Consejo, dejando la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales a otra ley específica, que asimismo incorporará al ordenamiento jurídico español la parte de la Directiva 2014/23/UE que resulte de aplicación a los sectores

³ Artículo 12

Contratos públicos entre entidades del sector público

1. Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;
- b) que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y
- c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, a efectos del párrafo primero, letra a), cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada. Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador.

citados. Así lo contempla específicamente la exposición de motivos de la Ley. Por tanto la íntima relación que existe entre el Derecho de la Unión en materia de contratos del sector público y esta ley es la lógica y propia de una trasposición de una norma europea. No solo lo dice el título de la Ley y su exposición de motivos, sino que como hemos visto, existen otros elementos que lo corroboran. Ciertamente las directivas apuestan, lógicamente, por la Estrategia Europea 2020, y de nuevo la exposición de motivos de la ley anuncia ese mismo mensaje. En esta misma exposición se vuelve sobre los principios que más atrás hemos destacado como pilares del Derecho de la Unión en materia de contratación, a saber, defensa de la competencia, la transparencia, objetivos sociales y medioambientales, innovación, favorecimiento de las PYMES, integridad, eficiencia, etc. Desde luego que hacen fe de ello los apartados II y III de ese preámbulo normativo. Esas finalidades confesadas por el legislador han de servir de criterio interpretativo conforme exige el artículo 3.1 del Código Civil.

Pero es que por si esto no fuera suficiente, el artículo 1 de la Ley, que lleva por rubrica del objeto y finalidad de la ley, de nuevo reitera estos principios, que no vamos a volver a citar. Eso sí, esta vez con un contenido jurídico pleno y neto.

Consiguientemente la interrelación entre ambos cuerpos normativos se presenta como lógica y evidente y los efectos propios de lo anterior también comparten esa obviedad.

Lo cierto es que la Ley, que entro en vigor el pasado mes de marzo, Disposición Final 16, deroga el RDL 3/2011, de 14 de noviembre, Disposición Derogatoria. Se convierte en texto de referencia en materia de contratos públicos, no solo por su carácter mayoritariamente básico, Disposición Final Primera, sino por su propio contenido.

Veamos en todo caso algunos aspectos clave de la nueva regulación que se relacionan íntimamente con la nueva regulación del Derecho de la Unión. Así para Gimeno Feliu⁴ deben destacarse la estricta regulación de los convenios y de los encargos a medios propios, mucho más estricta y acorde al Derecho de la Unión, la eliminación de la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía, la publicidad y control de los modificado, un modelo de publicidad diseñada para ser transparente poniendo en valor la Plataforma de Contratos del Sector Publico, la regulación de los conflictos de intereses y extensión de las prohibiciones de contratar

⁴ Gimeno Feliu, José María, *“La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente”*. Obra colectiva *“Estudio Sistemático de la Ley 972017, de contratación del Sector Público”*. Cizur Menor 2017. Aranzadi. pg. 47 y ss.

por vínculos familiares, el refuerzo del recurso especial, la profesionalización de la composición de las mesas artículo 326.5, en la que no pueden participar cargos políticos.

El artículo 66 de la Ley establece, en relación con la lucha contra la corrupción que los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

También es necesario destacar como la posibilidad de articular el recurso especial, que siguen concibiéndose, a nuestro juicio acertadamente, como potestativo, en los casos de los contratos no sujetos a regulación armonizada cuando se superen los umbrales previstos en el artículo 44, excepto en los subvencionados, lo que supone una novedad importante, ya que no se anuda el recurso a la existencia de un contrato SARA. Sí que se exige que el adjudicador sea un ente que tenga la consideración de poder adjudicador, sea o no Administración Pública. Así se desprende del juego de los artículos 19, 23 y 44 de la Ley. El recurso continúa configurándose como gratuito. Se amplía la legitimación pero no se introduce la acción pública. La conformación de estos Tribunales contractuales en modo alguno puede asimilarse a los integrantes del Poder Judicial, aun su regulación y el reconocimiento expreso por parte del TJUE para plantear cuestiones prejudiciales, STJUE de 23 de julio de 2014, o la más reciente 20 de Septiembre de 2017. El recurso se podrá interponer contra los anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, actos de trámite que cumplan los requisitos de la ley, acuerdos de adjudicación adoptados por poderes adjudicadores, así como modificaciones contractuales, encargos a medios propios siempre que no cumplan las condiciones previstas en la ley y acuerdos de rescate de concesiones.

En línea con lo anterior, el régimen jurídico de los contratos no SARA se unifica si están adjudicados por un poder adjudicador, con independencia de que éste sea o no Administración Pública, artículo 318. No es posible ya disciplinar estos contratos de los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública a través de las conocidas como instrucciones internas, que ahora se reducen a los entes del sector público que no puedan reputarse poder adjudicador, artículo 321, o a los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales, artículo 3.

Tampoco los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública podrán modificar los contratos no SARA de manera libre, artículo 319, debiendo sujetarse al procedimiento regulado en la ley con carácter general.

Desde la perspectiva de la facilitación de la incorporación de las PYME a la contratación pública en mayor escala, destaca la previsión del artículo 99 que establece como regla general la división en lotes del contrato, debiendo justificarse la no división de manera específica en cada supuesto, lo que supone invertir la dinámica hasta ahora existente.

En cuanto al concepto de poder adjudicador, tanto la Directiva como la Ley 9/2017 intentan dar luz sobre este concepto, lógicamente determinado por lo establecido por la doctrina jurisprudencial del TJUE. En efecto, la Directiva 2014/24 exige que el ente reúna las siguientes características a) que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; b) que esté dotado de personalidad jurídica propia, y c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público”.

La STJUE de 5 de octubre de 2017, LitSpecMet y Vilniaus, as. C-567/15, se refiere a tres condiciones a) que dicha entidad haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; b) que esté dotada de personalidad jurídica; y c) que su actividad esté mayoritariamente financiada por los poderes públicos o que su gestión esté controlada por parte de éstos últimos, o que más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, de dirección o de vigilancia sean nombrados por los poderes públicos. Estas tres condiciones son acumulativas, siendo, en cambio, alternativos los requisitos a los que se refiere la condición expresada en la letra c). El artículo 3 de la Ley 9/2017 sigue un sistema de lista sin establecer un concepto de poder adjudicador propiamente dicho. Los medios propios también se configuran como poderes adjudicadores. Al contrario que la normativa derogada conceptúa a las entidades públicas empresariales como administraciones públicas.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Por razones obvias nos queremos fijar en el sistema de control de la contratación pública. En lo que atañe al recurso especial, incorporado a nuestro ordenamiento por imperativo del Derecho de la Unión, su carácter facultativo es una característica que permite al interesado acudir directamente al control judicial, evitando demoras que serán o no justificadas en virtud de las garantías de independencia que se contraste en la actuación de los tribunales de contratación. El procedimiento judicial que se deriva de la intervención de esos tribunales plantea algunas dificultades en la vía contencioso-administrativa, derivadas de la regulación del artículo 21.3 de la LJC-A que establece que en los recursos contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público los citados órganos no tendrán la consideración de parte demandada, siéndolo las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49. Así, no aparece claramente despejado en quien recae la obligación de remitir el expediente administrativo o de realizar lo emplazamientos a los interesados, aspectos determinantes para fijar correctamente la relación jurídico procesal.

Desde la perspectiva de la tutela cautelar que se pueda demandar en el proceso judicial, y toda vez, que como hemos manifestado reiteradamente el ordenamiento sectorial parece buscar que se cumplan con los principios de la libre concurrencia, publicidad, eficacia, igualdad, etc., pareciera que se produce un vuelco o inversión en la consideración del interés general y que ha de prevalecer el cumplimiento de estos principios, que conforman ese interés público, ante los que debe ceder la necesidad del ente adjudicador en relación con la ejecutividad del acto de la adjudicación. En este sentido el artículo 130 de la LJCA establece como criterio inicial en la adopción de medidas cautelares procesales la valoración de los intereses en conflicto, y después la pérdida de la finalidad legítima del recurso así como la perturbación del interés general. Esta es la línea trazada por la Ley para el recurso especial contra actos de adjudicación que por regla general se suspenden automáticamente con la interposición de este recurso especial.

Debemos fijarnos a continuación en la previsión contenida en el artículo 27 de la Ley 9/2017 en relación con la jurisdicción competente para fiscalizar la conformidad a derecho de la actuaciones que en materia contractual puedan emanar de una administración pública; o lo que es más interesante, de un ente sometido a las

previsiones de la Ley. En relación con los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas en materia contractual, no parece que existan dudas en torno a la necesidad de que sea la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para poder llevar a cabo ese control. Así se derivaría de lo previsto en el artículo 106 de la Constitución, el 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el 1 de la Ley Jurisdiccional. El antiguo artículo 21 del RDL 3/2011 señalaba que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. En relación con el resto de los contratos de las Administraciones Públicas, es decir, los contratos que no tengan la consideración de administrativos y por tanto sean privados, se acude por la Ley a la tradicional doctrina de los actos separables de forma que corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas lo que extiende también a los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refería el art. 17.

Sin embargo la Ley atribuía al orden jurisdiccional civil la competencia para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional era igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a aquella Ley que no tuvieran el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada.

Ciertamente resultaba chocante esta previsión. A nuestro juicio, las normas que regulan la preparación y adjudicación son normas materialmente administrativas y en consecuencia podría entenderse deseable que los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo se encargaran de esa aplicación. Por ello la nueva Ley en su artículo 27 altera este sistema en relación con los contratos celebrados por las entidades del sector público, con independencia de su consideración o no como Administraciones Públicas o poderes adjudicadores, ya que la fiscalización de la preparación y adjudicación de los contratos por ellos celebrados se atribuye en su control al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Sin embargo, es ciertamente dificultoso trasladar a las encorsetadas normas que regulan el proceso contencioso-administrativo, la posición de una entidad privada como demandada. Así si pensamos en un ente societario con capital enteramente público, los plazos de interposición, del recurso, el

cómputo de plazos, la remisión de expediente administrativo, y muchas más vicisitudes propias de la vía contencioso administrativa, no son de fácil ubicación en esa vía.

También era criticable que la atribución competencial se realizara por razón de la cuantía del contrato como acontecía con los contratos sujetos a regulación armonizada cuya condición se hacía depender por la propia ley de la cuantía, lo que ahora desaparece.

La idea, en ocasiones extendida, de la escasa litigiosidad en materia contractual derivada de la mancha negra que se cierne sobre los licitadores inconformistas, no solo es incompatible con una ley basada en los principios exhaustivamente reiterados, sino, y sobre todo, alejada de la realidad. No son pocos los litigios que genera una actividad pública de tanta trascendencia, y sobre todo tan habitual en la realidad diaria, lo que provoca desencuentros y por tanto pleitos. La nueva norma aclara muchas cosas y simplemente con ver su estructura, 357 artículos, 53 Disposiciones adicionales y 16 Disposiciones finales, podemos concluir su vocación exhaustiva, que en ocasiones se asimila a la regulación propia de un reglamento. También es cierto que la abundancia de principios provoca el efecto contrario en la actividad hermenéutica. Incluso se dice que en los aplicadores ha provocado un efecto paralizante ante el temor a las consecuencias de eventuales incumplimientos en la tramitación de los procedimientos derivados de esa actividad administrativa.

Debe imponerse la racionalidad y desde luego que el mejor antídoto es la transparencia, la publicidad y la motivación en los actos de aplicación. Ello es garantía que enerva cualquier atisbo de duda o incertidumbre.

En definitiva, aunque ciertamente habremos de estar a los concretos resultados que se produzcan, las expectativas son muchas y positivas, deseando sobre todo que de una vez por todas la interrelación entre el derecho interno español y el Derecho de la Unión sea la correcta, ofreciendo resultados eficientes y satisfactorios.

**SEGUNDA JORNADA:
EL ENJUICIAMIENTO Y LA FISCALIZACIÓN
DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**



SEGUNDA JORNADA: ENJUICIAMIENTO Y FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La vía de control de la contratación a través del recurso especial en materia de contratación y el papel de la oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación.

María José Santiago Fernández. Presidenta
Nueva Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

Los resultados de la fiscalización de la contratación en el sector estatal.

Fernando Valderrey de Prado. Letrado del Tribunal de Cuentas. Jefe de Área del Departamento de Área Político–Administrativa del Estado del Tribunal de Cuentas.

La fiscalización de otras formas instrumentales de gestión próximas a la contratación pública: los convenios de colaboración y los encargos a medios propios.

- **La fiscalización de los convenios de colaboración.**

Manuel Aznar López. Consejero de Fiscalización del Área de Administración Económica del Estado. Tribunal de Cuentas.

- **La fiscalización de los encargos a medios propios.**

Pedro de Vega Blázquez. Subdirector Jefe de la Asesoría Jurídica del Departamento de Fiscalización del Área de Administración Económica del Estado
Tribunal de Cuentas.

MESA REDONDA

La contratación pública de los Ministerios y de las Comunidades Autónomas: contratos de concesión de obras, de suministros y de servicios.

- **Contratación en el Ministerio de Justicia.**

Antonio Dorado Picón. Letrado de la Administración de Justicia.

- **La nueva Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación en la universidad: el punto de vista de un economista.**

Jorge Sainz González. Profesor de Economía Aplicada, Universidad Rey Juan Carlos. *Visiting Fellow, Institute for Policy Research, University of Bath.*

- **La nueva definición de concesión en la Ley de Contratos del Sector Público y las Directivas comunitarias.**

Alicia Segovia Marco. Abogada del Estado. Ex Secretaria General Técnica Ministerio de Fomento.

- **Contrato de concesión de obras, de suministros y de servicios, especialidades de la contratación administrativa en el Ministerio de Defensa.**

David Santos Sánchez. Abogado del Estado. Ex Secretario General del Ministerio de Defensa.

- **Contratos de concesión de obras, de suministros y servicios.**

Cristina López Heras. Subdirectora General Jefe de la Oficina Presupuestaria del Ministerio de Asuntos Exteriores Unión Europea y Cooperación.

**MECANISMOS DE CONTROL DE LA CONTRATACION. RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE
CONTRATACION. OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACION Y
SUPERVISION DE LA CONTRATACION**

M^a José Santiago Fernández

*Presidenta de la Oficina Independiente de Regulación y
Supervisión de la contratación*

1. INTRODUCCION

La contratación pública es un elemento importante de las economías nacionales de la UE. Las autoridades y los entes de Derecho público gastan cada año aproximadamente una quinta parte del Producto Interior Bruto (PIB) de la UE en la adquisición de bienes, obras y servicios. Alrededor del 20 % de ese total se destina a contratación pública que supera los umbrales por encima de los cuales se aplican normas de contratación pública de la UE. La Comisión estima que el valor total de las licitaciones por encima de los umbrales de la UE ascendió a unos 425.000 millones EUR en 2011, según el Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE presentado por la Comisión Europea de 3 de febrero de 2014¹.

La contratación pública es un ámbito expuesto a las prácticas de corrupción. Según una investigación de 2008 sobre contratación pública y corrupción, los costes adicionales de un contrato como consecuencia de las prácticas de corrupción pueden ascender al 20 /25 %, y en algunos casos incluso el 50 %, del coste total del contrato.

Para hacer frente a las irregularidades cometidas en un procedimiento de contratación pública, la vía jurisdiccional no se presenta como la más idónea, ni tampoco la vía penal a través de la tipificación de delitos de información privilegiada, cohecho, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios públicos. Respecto a la vía contencioso administrativa, la realidad ha puesto de manifiesto la ineficacia de la misma por la tardanza en la resolución de los recursos, el coste de los procesos jurisdiccionales y sobretudo la ineficacia de las sentencias dictadas en relación a los fines pretendidos por los recurrentes, ya que dichas sentencias se limitaban a recoger en la mayoría de los casos una simple indemnización.

Por ello, era necesario establecer mecanismos de control preventivo eficaces para hacer frente a las irregularidades producidas en los procedimientos de contratación. No solo como fuentes de corrupción sino sobre todo por el grave perjuicio para el erario público que representaban. Frente a ello, las garantías del procedimiento de contratación van dirigidas a obtener la oferta económicamente más ventajosa y no aquella obtenida mediante la distorsión del procedimiento de contratación en favor del beneficio de una empresa frente a otras, lo que determina, en definitiva, que los contratos tengan un sobrecoste para la Administración.

1 Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE presentado por la Comisión (3 de febrero de 2014) (<http://ec.europa.eu/anti-corruption-report>).

Un paso fundamental al respecto supuso la aprobación de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras y la Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, las que regularon en un primer momento los procedimientos de recurso en materia de contratos adjudicados por los poderes adjudicadores.

La Exposición de Motivos de la Directiva 89/665 pone de relieve que los mecanismos existentes destinados a garantizar la aplicación de la normativa en materia de contratación pública, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, no permiten siempre velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse.

La necesaria apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria precisa de un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación y resultan importantes, para que tenga efectos concretos. Para ello es necesario que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho.

Dicha Directiva, parte de la premisa de que la ausencia de los medios de recursos eficaces o la insuficiencia de los medios de recursos existentes en algunos Estados miembros tiene un efecto disuasorio sobre las empresas comunitarias a la hora de probar suerte en el Estado del poder adjudicador de que se trate y por ello es importante que los Estados miembros remedien esta situación.

Partiendo de la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, el objetivo de la Directiva es que los organismos competentes para resolver los recursos estén habilitados, en particular, para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución de decisiones que el poder adjudicador podría eventualmente adoptar; y la brevedad de los procedimientos requiere un tratamiento urgente de las infracciones anteriormente mencionadas y para ello regula el recurso especial en materia de contratación para garantizar que en todos los Estados miembros se sigan procedimientos adecuados con miras a permitir la

anulación de las decisiones ilegales y la indemnización de las personas perjudicadas por una infracción.

Estas Directivas fueron sustancialmente modificadas por la denominada Directiva de recursos, 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que es la actualmente en vigor en la materia del recurso especial.

Sin embargo, la legislación española fue reticente a la trasposición de las Directivas de Recursos. La Ley 13/1995, de 18 de mayo de contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) no incorporaba de manera consciente el contenido de aquellas porque según su Exposición de Motivos *“la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, y respecto a la Directiva 89/665/CE, además, en nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procesales y procedimentales vigentes, se ajusta ya a su contenido”*.

El primer paso para la regulación del recurso especial y de los órganos encargados de su resolución lo dieron los artículos 37 y 38 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que traspone la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los contratos públicos de obras, servicios y suministros, si bien en materia de recursos la norma traspuesta por la LCSP es la Directiva 89/665/CEE, que pasó por varios hitos. En paralelo, la Ley 31/2007, de 30 de octubre de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE), regulaba un sistema de reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de tales contratos.

El proceso legislativo descrito culminó con el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSCP), en cuyo capítulo VI del Título I del Libro I, bajo la rúbrica “Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resoluciones de conflictos”, se recogía el régimen jurídico del recurso especial en materia de contratación pública.

La 4^a generación de Directivas no derogan las Directivas de Recursos y así el Considerando 122 de la Directiva 2014/24/UE señala que “Dichos procedimientos de recurso no deben verse afectados por la presente Directiva”; ahora bien, la transposición de dicha Directiva por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, supone una ampliación del ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación.

En este marco, la Decisión (UE) 2017/984 del Consejo, de 8 de agosto de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a una reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo, señaló que “España debe establecer un marco coherente que garantice la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública de todas las entidades y autoridades de contratación a fin de garantizar la eficiencia económica y un alto nivel de competencia. Dicho marco debe incluir mecanismos de control a priori y a posteriori adecuados para la contratación pública a fin de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la legislación”.

Y advertía de que “La falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española”.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, pretende satisfacer la necesidad de disponer de un marco coherente que garantice la transparencia y unos mecanismos de control eficaces.

Fruto de ello es el reforzamiento en la ley del recurso especial en materia de contratación, como mecanismo de control a priori de los contratos, que amplía su ámbito de aplicación y por otro lado, el establecimiento de un ambicioso esquema de tres órganos colegiados a nivel estatal con el doble objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones de gobernanza que establecen las Directivas Comunitarias y de combatir las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública.

2. RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACION

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2014(Tol 4.568.736) que resuelve el recurso de casación interpuesto contra el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de julio de 2013 por el que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de 26 de marzo de 2013 del mismo Tribunal que declaró no haber lugar a suspender la eficacia de la resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña de 2 de enero de 2013, antes citada, vino a poner de manifiesto la peculiaridad de este tipo de tribunales señalando que “tal singularidad localizada exclusivamente en el ámbito de la contratación administrativa, consiste en que la Administración que recurre un acto de un órgano de la propia Administración,

aunque dotado dentro de ella de independencia y autonomía funcional, situación sin precedentes en el sistema de la LJCA, que constituye una novedad muy relevante, abierta por la modificación introducida en dicha ley por la actual Ley 34/2010, y al mismo tiempo sin paralelo en la LJCA fuera del supuesto a que se refiere (al margen de la previsión general del recurso de lesividad que nada tiene que ver con lo que ahora nos ocupa)”.

Todo lo expuesto acerca de la naturaleza de los tribunales encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación, pone de manifiesto el que éstos constituyan el principal mecanismo de control de la irregularidades en la contratación pública y como señaló la citada Sentencia del Tribunal Supremo en el recurso de casación n.º 3014/2013²: “Se trata éste de un recurso de tramitación ágil pensado para, según la Directiva, poner remedio a la práctica observada en los poderes adjudicadores y las entidades contratantes de proceder a la firma acelerada de los contratos para «hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida». Por eso, el artículo 2.8 requiere a los Estados velar «porque las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz».

Así, pues, la perspectiva desde la que debemos enjuiciar este litigio es la querida por los legisladores europeos y, en consonancia con él, español. Esto es, la de preservar la funcionalidad de este mecanismo de garantía prejudicial en el que, por los rasgos que definen legalmente al órgano que lo aplica y al procedimiento del que se sirve, concurre una cualificada presunción de legalidad y acierto, superior, si se quiere, a la que con carácter general se predica de la actuación administrativa (artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)”.

El Tribunal de JUE (Gran Sala) en la reciente sentencia de 6 de octubre de 2015 (asunto C- 203/14 Tol 5.497.719), ha reconocido que el Tribunal Catalá de Contractes del Sector Públic es un “órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros”, en el sentido del artículo 267 TFUE, y por ello admitió la cuestión prejudicial planteada por este.

El éxito del recurso especial en materia de contratación en sus seis años de funcionamiento, ha supuesto que la nueva LCSP amplíe el ámbito de aplicación de este recurso, sin que dicha ampliación afecte a la necesaria agilidad que debe tener el sistema

².STS de 5 de noviembre de 2014, recurso de casación nº 3019/2013 (Tol.4.531.592)

en la resolución de estos recursos, dejando de estar vinculado a los contratos sujetos a regulación armonizada, de tal manera que se puede interponer en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones y contratos de servicios y de suministros cuyo valor supere los cien mil euros

Y este se podrá interponer contra los anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, actos de trámite que cumplan los requisitos de esta Ley, acuerdos de adjudicación adoptados por poderes adjudicadores, así como modificaciones contractuales, encargos a medios propios siempre que no cumplan las condiciones previstas en esta Ley y acuerdos de rescate de concesiones.

3. LA OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACION Y SUPERVISION DE LA CONTRATACION

La nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, pretende satisfacer la necesidad de disponer de un marco coherente que garantice la transparencia y unos mecanismos de control eficaces y en el Libro IV establece un ambicioso esquema de tres órganos colegiados a nivel estatal con el doble objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones de gobernanza que establecen las Directivas Comunitarias y de combatir las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública, esto es la Junta Consultiva de contratación pública del Estado, el Comité de Cooperación y la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESUC en adelante), en cuyo seno se integra la Oficina Nacional de Evaluación.

El artículo 83 de la Directiva 2014/24/UE establece un nuevo modelo de Gobernanza al disponer que *“Con objeto de garantizar una aplicación correcta y eficaz, los Estados miembros velarán por que al menos las funciones establecidas en el presente artículo sean ejercidas por una o varias autoridades, organismos o estructuras. Comunicarán a la Comisión todas las autoridades, organismos o estructuras competentes para ejercer dichas funciones”*.

“Los Estados miembros velarán porque la aplicación de las normas de contratación pública sea supervisada.

Los resultados de las actividades de supervisión con arreglo al apartado 2 se pondrán a disposición del público por los medios de información adecuados.

Estos resultados se comunicarán también a la Comisión. Podrán incorporarse, por ejemplo, a los informes de supervisión a que se refiere el párrafo segundo del presente apartado. “

Por tanto, la creación de la OIRESUC responde a las exigencias de la Directiva 2014/24/UE de establecer un órgano de supervisión de la contratación, que deberá coordinar la supervisión en materia de contratación pública de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación en esta materia, dado que las Comunidades Autónomas pueden crear sus propias Oficinas de Supervisión.

A. COMPOSICIÓN

Es un órgano colegiado que se crea con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, *promover la concurrencia y combatir las ilegalidades*, en relación con la contratación pública.

La Oficina actuará en el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus fines con plena independencia orgánica y funcional. Sin perjuicio de lo anterior, y a efectos puramente organizativos y presupuestarios, la Oficina se adscribe al Ministerio de Hacienda, a través de la Subsecretaría de Hacienda y estará integrada por un presidente y cuatro vocales que serán designados por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda y Función Pública, por un periodo improrrogable de seis años.

Así por el Real Decreto de 6 de julio de 2018, el Consejo de Ministros nombró Presidenta de la OIRESUC a la persona que suscribe este artículo y en virtud de Resolución de 25 de septiembre de 2018 (BOE nº 237, de 1 de octubre), se ha convocado la provisión de los puestos de trabajo correspondientes a las cuatro vocalías.

Las cuatro vocalías tienen las siguientes competencias específicas, que se recogen en el artículo 12 del Real Decreto 1113/2018, de 7 de septiembre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda (BOE nº n.º 218, de 8 de septiembre de 2018):

1. **División de evaluación de los contratos de concesión.** El vocal titular de esta división formará parte de la Oficina Nacional de Evaluación en los términos previstos por el artículo 333.2 de la referida Ley de Contratos del Sector Público.

2. **División de regulación y ordenación de la contratación**, a cuyo vocal titular corresponderá impulsar la aprobación por la Oficina de la Estrategia Nacional de Contratación propuesta por el Comité de Cooperación en materia de contratación pública y la coordinación necesaria con dicho Comité, así como impulsar la aprobación de instrucciones y recomendaciones fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación sobre contratación pública, en los términos del artículo 332.7.d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.
3. **División de supervisión de la contratación y relaciones institucionales**, a cuyo vocal titular competará impulsar las actuaciones necesarias en relación con las funciones de supervisión de la contratación que competen a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la contratación, así como la elaboración de los informes que ésta ha de remitir a los organismos correspondientes en los términos del artículo 332 de la Ley de Contratos del Sector Público.
4. **División de asuntos generales** a cuyo vocal titular competará impulsar las siguientes **actuaciones**:
 1. La gestión económica y de los medios personales, materiales y presupuestarios a ella asignados, incluido el impulso de la formación específica del personal del órgano directivo, en colaboración con los correspondientes órganos y entidades especializadas en formación.
 2. La gestión de la Sede electrónica de la Oficina.
 3. La elaboración y el análisis de la información estadística contenida en las bases de datos, así como la que le sea facilitada por los distintos órganos de control de la contratación.
 4. El impulso de la elaboración y aprobación de disposiciones relacionadas con los procedimientos y sistemas de control y supervisión de la contratación.
 5. La publicación de la información relevante para garantizar el conocimiento de la actividad de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la contratación.
 6. Colaborar con los órganos encargados de la formación de los empleados públicos que desarrollan funciones de contratación en las áreas de especialización jurídica, económica y técnica que requiere la adecuada

cumplimentación de las funciones asociadas a los procedimientos de contratación pública avanzados.

Como órgano de apoyo y asesoramiento a la Presidencia de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, se podrá crear, mediante Real Decreto, un Consejo Asesor formado por académicos, profesionales y técnicos independientes de reconocido prestigio en el ámbito de la contratación de las Administraciones Públicas.

B. CUALIFICACIÓN, INDEPENDENCIA E INAMOVILIDAD DE SUS MIEMBROS

La configuración de este órgano de supervisión parte de la necesaria cualificación de sus miembros y por ello, se exige que sean funcionarios de carrera, incluidos en el ámbito de la aplicación del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, pertenecientes al Subgrupo A1 del artículo 76 de dicho texto refundido, que cuenten, al menos, con 10 años de experiencia profesional en materias relacionadas con la contratación pública.

Además durante el desempeño de sus cargos, tendrán las incompatibilidades previstas en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración General del Estado.

Los miembros de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación tendrán la condición de independientes e inamovibles durante el periodo de su mandato y solo podrán ser removidos de su puesto por las causas siguientes:

- a) Por expiración de su mandato.
- b) Por renuncia aceptada por el Gobierno.
- c) Por pérdida de la nacionalidad española.
- d) Por incumplimiento grave de sus obligaciones.
- e) Por condena mediante sentencia firme a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito.
- f) Por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función.

La remoción por las causas previstas, salvo expiración y renuncia, se acordará por el Gobierno previo expediente.

La inamovilidad de los miembros de la OIRESUC es la clave de su independencia, situación que tiene su precedente más inmediato en la configuración del Tribunal

Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuyos miembros gozan de la misma condición de inamovilidad durante el período de mandato.

C. FUNCIONES. MECANISMOS DE ACTUACIÓN

Las funciones que la LCSP atribuye a la OIRESUC son bastantes genéricas en su enumeración y en gran parte coincidentes con las que pueden corresponder a órganos de control de la contratación y así las enumera el artículo 332 de la LCSP:

- a) Coordinar la **supervisión** en materia de contratación de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público.
- b) Velar por la **correcta aplicación** de la legislación de la contratación pública a los efectos de detectar incumplimientos específicos o problemas sistémicos.
- c) Velar por el **estricto cumplimiento de la legislación** de contratos del sector público y, de modo especial, por el respeto a los principios de publicidad y concurrencia y de las prerrogativas de la Administración en la contratación.
- d) Promover la **concurrencia** en la contratación pública y el seguimiento de las buenas prácticas.
- e) Verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de **transparencia**, en particular las relativas a los conflictos de interés, y detectar las irregularidades que se produzcan en materia de contratación.

Todo ello se podría aglutinar en dos funciones básicas; de un lado una función de vigilancia de cumplimiento de la normativa en materia de contratación, lo que conlleva el velar por el cumplimiento de los principios rectores de la misma, concurrencia, publicidad y transparencia y por otro lado, la coordinación de la función de supervisión de la contratación, que ya llevan a cabo otros órganos de control.

Como resultado del ejercicio de las funciones encomendadas, la OIRESUC dispone de una serie de **MECANISMOS DE ACTUACION**:

- a) Aprobará, a propuesta del Comité de Cooperación en materia de contratación pública, la Estrategia Nacional de Contratación Pública vinculante para el sector público, que se diseñará y ejecutará en coordinación con las Comunidades Autónomas y Entidades Locales.
- b) Podrá realizar encuestas e investigaciones, para lo que tendrá acceso a los órganos y servicios de contratación, que deberán facilitar los datos, documentos

- o antecedentes o cualquier información que aquella les reclame, salvo que tengan carácter secreto o reservado.
- c) Podrá aprobar instrucciones fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública, así como elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación que serán obligatorias para todos los órganos de contratación del Sector público del Estado.
 - d) Podrá elaborar estudios relativos a sus funciones.

En definitiva, la función de supervisión y regulación de la contratación que tiene encomendada la OIRESUC, parte del necesario análisis y diagnóstico de las patologías que se producen en los procedimientos de contratación que se hayan tramitado por los distintos órganos de contratación del sector público, entendemos que comprendiendo tanto el del Estado, CCAA y Entidades Locales, en la medida en que su función es coordinar la supervisión de la contratación en el conjunto de Estado.

Una vez hecho ese diagnóstico podrá elaborar instrucciones o recomendaciones que serán obligatorias. En este caso, la LCSP alude a la obligatoriedad para “los órganos de contratación del Sector Público del Estado”, pero entiendo que, en la medida de que dichas instrucciones parten del análisis de las patologías existentes en los procedimientos de contratación que tramiten cualquiera de los órganos de contratación del sector público, dichas recomendaciones deberían ser obligatorias para todos los órganos de contratación y no sólo los del Sector Público del Estado y más en el caso de que dichas instrucciones o recomendaciones se incorporen a la propia Estrategia Nacional de Contratación.

D. RESULTADOS DE SU ACTUACIÓN. INFOMES

Las actuaciones de la OIRESUC tienen que plasmarse en informes para su remisión a la Comisión Europea y que se han de hacer públicos, que es precisamente el sentido de la nueva Gobernanza en materia de contratación. La Comisión Europea quiere estar informada sobre la contratación de cada uno de los Estados miembros y por otro lado, es necesario hacer público los resultados de la labor de supervisión. De esta forma la OIRESUC tiene que elaborar dos informes anuales, uno para la Comisión Europea sobre las labores de coordinación de la supervisión de la contratación llevadas a cabo y otro para el Tribunal de Cuentas y las Cortes respecto a la actividad realizada. Así emitirá:

- **Informe de supervisión** que remitirá a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que se integrará en el informe nacional a remitir a la Comisión

Europea cada tres años, esto es, el informe de Gobernanza a que se refiere el artículo 83 de la Directiva 2014/24 (UE).

El objeto de ese informe de supervisión se limita a los contratos sujetos a regulación armonizada licitación pública y ejecución de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que estén sujetos a regulación armonizada, entre otras, si procede, las siguientes cuestiones:

- a) Una relación de los principales incumplimientos detectados por los órganos, instituciones y poderes con competencia supervisora o jurisdiccional en materia de contratación pública.
- b) Información sobre las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta de la legislación de contratación pública o de inseguridad jurídica.
- c) Información sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación, así como sobre los problemas de colusión detectados.
- d) Recogerá las conclusiones derivadas de toda la actividad de supervisión realizada por las administraciones competentes. El informe incluirá las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior y, en particular, una relación expresiva de los principales incumplimientos constatados y de los órganos responsables de los mismos.

Por tanto, ese informe de supervisión que ha de elaborar sobre la base de la supervisión de la contratación que llevan a cabo los órganos encargados de dicho control en cada una de las administraciones competentes en sus respectivos ámbitos territoriales, y la Oficina lo que hará es consolidar toda la información en dicho informe.

En todo caso, el informe de la Oficina al que se refiere el inciso anterior se publicará por esta en la Plataforma de Contratación del Sector Público dentro del mes siguiente a su remisión a la Comisión Europea.

- **Informe anual** que remitirá a las Cortes y al Tribunal de Cuentas sobre las actuaciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación y comparecerá en las Cortes para la presentación del informe anual y sus conclusiones, o cuando se solicite por las correspondientes Comisiones del Congreso o el Senado, en relación con los asuntos que formen parte de su ámbito funcional.

Dicho informe será objeto de publicación dentro del mes siguiente a su remisión a las Cortes y al Tribunal de Cuentas.

E. COORDINACIÓN CON OTROS ÓRGANOS DE CONTROL

La OIRESUC desempeñará sus funciones sin perjuicio de las funciones de control de la contratación que ya tienen asignadas otros órganos de control y en coordinación con ellos. Así

1. Respecto a la Intervención General del Estado

La función de supervisión se realizará sin perjuicio de las competencias que corresponden a la Intervención General de la Administración del Estado en cuanto órgano de control de la gestión económico-financiera del sector público estatal y a las que, en su ámbito territorial, correspondan a los órganos equivalentes a nivel autonómico y local. A estos efectos, la Intervención General de la Administración del Estado, y los órganos equivalentes a nivel autonómico y local, remitirán anualmente a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión un informe global, que se hará público dentro del mes siguiente a su recepción, con los resultados más significativos de su actividad de control en la contratación pública.

2. Respecto a otros órganos de control

En el caso de que la Oficina tenga conocimiento de hechos constitutivos de delito o infracción a nivel estatal, autonómico o local, dará traslado inmediato, en función de su naturaleza, a la fiscalía u órganos judiciales competentes, o a las entidades u órganos administrativos competentes, incluidos el Tribunal de Cuentas y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

3. Respecto al Tribunal de Cuentas

El titular de la presidencia de la Oficina remitirá a las Cortes y al Tribunal de Cuentas un informe anual sobre las actuaciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

La Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, a través de una ponencia de carácter permanente que se constituirá en los términos que dispongan los Reglamentos de las Cámaras, recibirá de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación la más amplia información para hacer

posible el control y la vigilancia de la contratación pública y la participación en las iniciativas de mejora normativa que se adopten en esta materia.

Y todo ello, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas podrán crear sus propias Oficinas de Supervisión de la Contratación.

**LOS RESULTADOS DE LA FISCALIZACIÓN DE LA
CONTRATACIÓN EN EL SECTOR ESTATAL**

Fernando Valderrey de Prado

*Letrado del Tribunal de Cuentas
Director de Programas
Departamento del Área Político-Administrativa del Tribunal de Cuentas*

El porcentaje que la contratación del Sector Público representa en términos de gasto público hace de la fiscalización de los contratos una de las principales áreas de actuación del Tribunal de Cuentas, en su condición de supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público.

Partiendo de esta premisa, la ponencia *“Los Resultados de la fiscalización de la contratación en el Sector Estatal”* incluida en el programa del Curso de la nueva regulación de la contratación del Sector Público: Fiscalización y Enjuiciamiento por el Tribunal de Cuentas, organizado en la Rioja a primeros de octubre de 2018, repasó los principales resultados recogidos en los últimos Informes de fiscalización aprobados por el Tribunal de Cuentas relativos a la contratación del sector público estatal.

Antes de continuar es obligado señalar que, a pesar del título del Curso -centrado principalmente en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público-, la ponencia versó principalmente sobre los resultados extractados de los últimos Informes del Tribunal de Cuentas, siendo por tanto el marco normativo de referencia el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).

De manera más concreta, la ponencia tuvo por objeto la exposición de algunas de las incidencias más relevantes detectadas en la remisión obligatoria de contratos al Tribunal de Cuentas, en la preparación, la selección de los contratistas, la adjudicación y la ejecución del contrato. Asimismo, se hizo mención a los resultados obtenidos de la fiscalización de la contratación menor.

Respecto de la remisión de contratos al Tribunal de Cuentas, tanto el derogado TRLCSP, como la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que entró en vigor el 9 de marzo de 2018, imponen a los órganos fiscalizados (artículos 29 y 335, respectivamente) la obligación de remitir cierta documentación relacionada con los expedientes de contratación. A estas normas legales se ha de añadir 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.

Los resultados que reflejan los Informes del Tribunal sobre este punto ponen de relieve una mejora en el cumplimiento de esta obligación por parte de los entes obligados, sin perjuicio de que, en la práctica diaria de la fiscalización, siguen existiendo casos de falta de remisión, remisión incompleta o extemporánea y, los menos, remisión en formato incorrecto.

En el apartado referente a la preparación de los contratos, los resultados de las fiscalizaciones se centran principalmente en la ausencia de la justificación de la necesidad del contrato (exigida en los artículos 22 TRLCSP y 28 LCSP), su motivación inadecuada o la justificación extemporánea.

También se puso de relieve la falta del informe que justifique el presupuesto del contrato -en ocasiones, justificación inadecuada- exigido en el artículo 73.2 del, todavía vigente, Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP). Las citadas incidencias pueden derivar en un deficiente cálculo presupuestario, ya sea un presupuesto sobrevalorado o infravalorado.

En el primero de los casos, los efectos varían según el tipo de mercado. En mercados con una alta concurrencia competitiva, un presupuesto sobrevalorado puede derivar en una exclusión de ofertas por ser consideradas anormales o desproporcionadas. Por el contrario, en supuestos de mercados con una baja concurrencia competitiva un presupuesto sobrevalorado puede derivar en la existencia de sobrecostes.

En el caso de presupuestos infravalorados la consecuencia más extrema puede ser la inviabilidad de contratar por ausencia de crédito suficiente para abonar la totalidad del contrato, incluyendo los salarios o cotizaciones de los trabajadores que deban quedar adscritos a la prestación del servicio.

Dentro de este apartado, también se abordaron algunas incidencias relacionadas con la selección del procedimiento de adjudicación, centradas principalmente en la utilización de procedimientos indebidos por no reunirse los requisitos necesarios para acudir a los mismos.

También se abordaron incidencias relacionadas con la adjudicación del contrato, como la inadecuación en la fijación de los criterios de solvencia de los licitadores o las deficiencias en la valoración de ofertas.

Uno de los resultados contenido en algunos Informes del Tribunal es el relativo a la indebida redacción de los criterios de solvencia en los pliegos administrativos. Se han detectado expedientes de contratación donde, para acreditar la solvencia de los licitadores, se alude exclusivamente a la clasificación de la empresa o licitador en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado. Esta práctica puede limitar el acceso a empresas extranjeras nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, al quedar las mismas exentas de dicha clasificación obligatoria (artículos 66 TRLCSP y 78 LCSP).

El otro resultado que se expuso en esta parte de la ponencia fue el relativo a la valoración de las ofertas, destacando: la falta de motivación de la valoración asignada a cada licitador (sirviéndose exclusivamente de cuadros de puntuaciones), la utilización como criterios de valoración de requisitos propios para acreditar la solvencia, la incorporación en los pliegos de mejoras que en la práctica eran consideradas por el pliego de prescripciones técnicas como prestaciones básicas, o la utilización inadecuada, o deficiente composición, de los comités de valoración.

Dentro de las incidencias relativas a la ejecución, se hizo hincapié en la recomendación del Tribunal de designar responsables del contrato (configurado en la actualidad como una obligación por el artículo 62 LCSP) y de dictar las instrucciones oportunas para velar por el fiel cumplimiento de lo convenido (artículo 94 RGLCAP).

Se trataron aspectos relativos a las modificaciones contractuales, las prórrogas, la subcontratación y la falta de aplicación de penalidades.

Con relación a la contratación menor, se analizó la problemática del fraccionamiento y su diferencia con la falta de planificación, estudiando los requisitos que la ley exige para apreciar el primero: la pretensión de disminuir la cuantía del contrato con el fin de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan (artículo 86.2 TRLCSP y 99.2 LCSP). También se mencionaron incidencias que afectan al expediente de contratación así como a la ejecución del contrato.

La exposición de este apartado finalizó con una referencia a los artículos 33 y 34 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y al artículo 8 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, ambas en relación a los objetivos transversales de las fiscalizaciones del Tribunal de Cuentas.

La ponencia concluyó con un repaso de las principales recomendaciones realizadas por el Tribunal de Cuentas en sus Informes sobre contratación pública y con una sucinta referencia a los principales retos que, a juicio del ponente, plantea la nueva LCSP: obligatoriedad del establecimiento de condiciones especiales de ejecución, necesidad de justificar la no división por lotes del objeto del contrato y las novedades normativas introducidas en materia de contratación menor, modificación del contrato y subcontratación.

LA FISCALIZACIÓN DE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN

Manuel Aznar López

*Consejero de Fiscalización del Área de Administración
Económica del Estado del Tribunal de Cuentas*

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2006, el Tribunal de Cuentas decidió incluir en su programa de fiscalizaciones para dicho ejercicio una actuación fiscalizadora de carácter específico cuyo ámbito objetivo no estaba constituido por la totalidad de las clases de convenios, sino que se circunscribía a los celebrados con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado. El destino quiso que a finales del mes de septiembre de dicho año aterrizara yo en el Tribunal de Cuentas y que se me encargara la realización de los trabajos de fiscalización, que culminaron con la aprobación del correspondiente informe en el mes de abril de 2008¹. Este informe fue seguido, poco tiempo después, por otro referente a un ámbito objetivo más amplio².

La realización de estos dos informes de fiscalización tropezaba, en primer lugar, con la heterogeneidad como nota distintiva de los convenios y la consiguiente dificultad de su aprehensión como categoría jurídica unitaria. En tal sentido, es preciso recordar la existencia de instrumentos que se encuadran en la actividad convencional, pero que no regulan una relación de colaboración entre quienes los celebran, como es el caso de los convenios compositivos.

A la anterior dificultad se unía otro obstáculo que afectaba directamente a unas fiscalizaciones de legalidad -como eran las que se pretendían llevar a cabo- y que consistía en la falta de un marco jurídico suficiente y coherente, así como en la regulación dispersa de los convenios, al estar incluida en una multiplicidad de normas que, por general, se referían a aspectos parciales o a concretas modalidades de convenios³. En este sentido, los convenios eran, en aquellos años, objeto de atención, en el marco del ordenamiento del Estado, en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, que los excluía de su ámbito de aplicación⁴; en la legislación

-
- 1 *Informe de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos en los años 2004 y 2005 por los Ministerios de Fomento y de Sanidad y Consumo con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado*, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas en sesión de 24 de abril de 2008. El texto puede consultarse en www.tribunaldecuentas.es.
 - 2 *Informe de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos a partir del año 2005 por órganos del Ministerio de Medio Ambiente con entidades públicas y con personas físicas o jurídicas privadas*, aprobado por el Pleno del Tribunal en sesión de 24 de junio de 2010. El texto del informe puede encontrarse en www.tribunaldecuentas.es.
 - 3 Gráficamente, se ha puesto de relieve que “el régimen jurídico de los convenios administrativos ha sido un territorio inhóspito para cualquier operador jurídico” (COLÁS TENAS, JESÚS: “Encomiendas de gestión, encargos y convenios en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”, en *Cuadernos de Derecho Local* nº 41, 2016, pág. 170).
 - 4 Artículo 4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que contaba con los antecedentes de la Ley 5/1973, de 17 de marzo, que modificó parcialmente el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (Decreto

sobre procedimiento administrativo, que recogía una sucinta regulación de los convenios interadministrativos en aspectos tales, entre otros, como su contenido mínimo y sus efectos⁵; en la legislación sobre organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, AGE), que se refería a la competencia para la celebración de convenios⁶; en la legislación de Régimen Local, donde se contemplaban los convenios dentro de las normas reguladoras de las relaciones entre la AGE y las entidades que componen la Administración Local⁷. A todo ello, habrían de añadirse la legislación presupuestaria, la legislación sobre subvenciones y las menciones recogidas en normas legales de alcance sectorial, completándose el complejo entramado regulador con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 1990, sobre convenios de colaboración entre la AGE y las Comunidades Autónomas, modificado por el de 3 de julio de 1998, y con las normas específicas e instrucciones de servicio de algunos Departamentos Ministeriales.

Es de señalar, de otra parte, que, en el ámbito autonómico, algunas Comunidades disponían de un marco regulador de los convenios más completo, que comprendía tanto normas de carácter transversal, como de alcance sectorial.

Esta situación, resaltada no solo en el ámbito doctrinal, sino también por la jurisprudencia, al señalar que “la problemática relativa a los convenios de colaboración celebrados por la Administración es ciertamente complicada a causa, sobre todo, de la ausencia de una definición legal de los mismos, e incluso de un concepto doctrinal netamente perfilado sobre su naturaleza” (STS de 18-2-2004, fundamento de derecho 4º), aconsejó, a la vista de los resultados obtenidos en las dos fiscalizaciones específicas antes mencionadas, así como en otras de objeto más amplio, pero en las que también se realizaron actuaciones fiscalizadoras sobre la actividad convencional⁸, abordar la tarea

923/1965, de 8 de abril), modificada de nuevo por la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989; del artículo 3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; así como del artículo 3 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, modificado por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo).

5 Arts. 6 a 9 y disposición adicional 13ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

6 Arts. 13 y 14 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

7 El art. 9 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, remitía a la legislación de Régimen Local la regulación de las relaciones entre la AGE y las entidades que integran la Administración Local, si bien el título I de aquélla tendría carácter supletorio. Por su parte, la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (arts. 55 a 62) se ocupaba de las relaciones interadministrativas, haciendo referencia al convenio como vía para encauzar la cooperación respecto de la prestación de los servicios locales, así como en asuntos de interés común.

8 Así, *Informe de fiscalización del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo e Informe de fiscalización sobre la gestión y la contratación de la Fundación Centro Nacional de Investigaciones Cardiovasculares*

de completar los trabajos de fiscalización con una moción destinada a proponer que se configurase un marco adecuado y suficiente del convenio de colaboración y la adopción de medidas para conseguir una utilización eficiente de los recursos canalizados a través de esta figura jurídica⁹. Dicha moción fue aprobada por el Pleno del Tribunal de Cuentas en su reunión de 30 de noviembre de 2010¹⁰.

2. LA VIGENTE REGULACIÓN DE LOS CONVENIOS

La regulación de los convenios incluida en el título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) es, conforme se reconoce expresamente en el preámbulo de dicha Ley, una consecuencia directa de la moción aprobada por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 30 de noviembre de 2010¹¹. Esta regulación, recogida en el capítulo VI de dicho título (arts. 47 a 53), comprende los aspectos atinentes a la definición de los convenios, a su tipología, a los requisitos de validez y a su eficacia, a su contenido mínimo, a la tramitación para su suscripción, a sus

(CNIC) CARLOS III, aprobados, respectivamente, por el Pleno del Tribunal de Cuentas en sesiones de 27 de noviembre de 2008 y 23 de julio de 2009. Por su parte, los Órganos autonómicos de Control Externo (en adelante, OCEX) también realizaron actuaciones fiscalizadoras, aunque no específicas, relacionadas con los convenios, como son las que citan FERNÁNDEZ AJENJO, JOSÉ ANTONIO, y JIMÉNEZ VACAS, JOSÉ JOAQUÍN: “La fiscalización de los convenios de colaboración por los OCEX y por el Tribunal de Cuentas, como antecedente de la reforma de la LRJSP de 2015”, en *Auditoría Pública* nº 68, 2016, págs. 51-52.

- 9 *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas*. El texto puede consultarse en www.tribunaldecuentas.es. La Moción fue posteriormente objeto de la Resolución de 18 de diciembre de 2012, de la Comisión Mixta Congreso de los Diputados-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, que instó al Gobierno de la Nación a que promoviera la elaboración y aprobación de un marco jurídico y sustantivo y de procedimiento sobre los convenios. Esta Moción ha merecido, en general, una valoración positiva por la doctrina, si bien existe alguna excepción, de la que puedo dar testimonio personal. En mayo de 2017 recibí una invitación para asistir, el día 8 de junio de 2017, en el Aula Gabeiras, a una conferencia, que llevaba por título “La ley de contratos públicos y cultura: la importancia de los convenios y su potencialidad para el sector cultural”, de la que era ponente Elena Hernández Salguero, que a la sazón presidía el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Pues bien, en la sinopsis que figuraba en la invitación en cuestión se señalaba textualmente que “*Un informe (sic) del Tribunal de Cuentas del 2010 demonizó estos convenios (con sujetos de derecho privado), generando una enorme inseguridad en las administraciones y agentes*”, añadiéndose que los convenios fueron “rehabilitados” por la Ley 40/2015.
- 10 Con posterioridad a la aprobación de esta Moción se llevaron a cabo fiscalizaciones, si bien no con carácter exclusivo, sobre la actividad convencional de determinados organismos y entidades. Así, con ánimo ejemplificativo, pueden traerse a colación el *Informe de fiscalización sobre los convenios de colaboración y la contratación celebrados por el Instituto de la Juventud* y el *Informe de fiscalización sobre los convenios de colaboración y la contratación celebrados por el Instituto de la Mujer*, aprobados, respectivamente, en sesiones del Pleno del Tribunal de Cuentas de 28 de abril de 2011 y de 30 de junio de 2011. Los textos de ambos informes puede consultarse en www.tribunaldecuentas.es.
- 11 Señala a este respecto el preámbulo de dicha Ley que “*se regulan en el Título Preliminar los convenios administrativos, en la línea prevista en el Dictamen (sic) 878 del Tribunal de Cuentas, de 30 de noviembre, de 2010, que recomendaba sistematizar su marco legal y tipología, establecer los requisitos para su validez, e imponer la obligación de remitirlos al propio Tribunal. De este modo, se desarrolla un régimen completo de los convenios, que fija su contenido mínimo, clases, duración, y extinción y asegura su control por el Tribunal de Cuentas*”.

efectos, a su extinción, a los efectos de su cumplimiento y resolución, y a su remisión al Tribunal de Cuentas¹².

Con estas normas incluidas en la LRJSP se pretende dar una solución a la falta de una regulación suficiente y se resuelven aspectos sustanciales, como era el referente a las dudas que suscitaba la necesidad o no de una norma habilitante específica para la suscripción de los convenios, en concreto respecto de los celebrados con particulares, sin que a tal efecto fuera suficiente la existencia de una partida presupuestaria específica¹³.

Sin embargo, pese al equívoco a que pudiera dar lugar el uso, en la regulación recogida en el capítulo VI del Título Preliminar de la LRJSP, del término “convenio” sin más especificaciones, es lo cierto que, como advierte la doctrina, tal regulación no se refiere a la totalidad del fenómeno convencional, sino tan solo a los que han venido siendo denominados “convenios de colaboración” y ni siquiera a todos ellos, puesto que algunos son mencionados precisamente para excluirlos del régimen jurídico que se recoge en dicho capítulo¹⁴.

Esta regulación se completa con las reglas recogidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), que excluye de su ámbito a los convenios cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en dicha ley o en normas administrativas especiales¹⁵. Esta exclusión queda condicionada en el caso de los convenios intradministrativos e interadministrativos al cumplimiento de una serie de condiciones. No obstante, se aplicarán los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse¹⁶.

12 La LRJSP se ocupa, además, de diversos aspectos relativos a los convenios en otros preceptos (así, artículos 11.3.b, 123, 143 y 144 y disposiciones adicionales 7ª y 8ª).

13 Esta cuestión fue puesta de relieve por el Tribunal de Cuentas en diversas ocasiones. Así, *Informe de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos en 2004 y 2005 por los Ministerios de Fomento y de Sanidad y Consumo con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado*, cit., págs. 19-20 y 54. También se alude al asunto en la *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas*, cit., págs. 9 y 21-22. El art. 48.1 de la LRJSP viene a resolver el problema, al señalar que “Las Administraciones Públicas, sus organismos públicos, y entidades de derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán suscribir convenios con sujetos de derecho público y privado, sin que ello pueda suponer cesión de la titularidad de la competencia”.

14 BUSTILLO BOLADO, ROBERTO O.: “Los convenios”, en GAMERO CASADO, EDUARDO (dir.) y FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO, y VALERO TORRIJOS, JULIÁN (coords.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 1062-1064.

15 Con el antecedente del artículo 4.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

16 Estos principios están recogidos en el artículo 1.1 de la LCSP, que hace referencia a los de libertad de acceso a las

Por su parte, dentro de la legislación sobre régimen local, la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (art. 57, en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local), contempla la vía convencional como cauce para desarrollar la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración Local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas respecto de los servicios locales y los asuntos de interés común, y subordina la suscripción de convenios a que contribuyan a mejorar la eficiencia de la gestión pública, a eliminar duplicidades administrativas y a cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. La formalización de la cooperación a través de convenios tendrá preferencia sobre la vía del consorcio¹⁷, ya que solo podrá acudir a este cuando no pueda instrumentarse a través de aquellos y siempre que permita una asignación más eficiente de los recursos económicos¹⁸.

En el campo de la legislación de subvenciones, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, LGS), contempla la figura del convenio en relación con diversos aspectos, como son las subvenciones derivadas de convenios estipulados entre Administraciones Públicas, los convenios celebrados con las entidades colaboradoras y las subvenciones nominativas¹⁹.

licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, a los que, a tenor de dicho precepto, puede añadirse el de integridad. Por su parte, la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, así como la eficiencia no serán solo principios, sino exigencias expresamente derivadas del art. 48.3 de la LRJSP. Además, la aplicación de estos principios puede verse limitada en ciertos casos, como ocurrirá, por ejemplo, en los convenios intradministrativos e interadministrativos, en los que el principio de libre concurrencia se verá condicionado por el principio de competencia, material y territorial.

- 17 Esta preferencia, según el Tribunal Constitucional, *“constituye una directriz directamente encaminada a desarrollar una política de contención de personificaciones públicas”* (STC 41/2016, de 3 de marzo, fundamento jurídico 8º). El Tribunal Constitucional no encontró tacha de inconstitucionalidad en el precepto en cuestión.
- 18 La LBRL hace también referencia al instrumento convencional para otros fines, como la fusión de municipios. Por su parte, el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, hace alusión al convenio como instrumento para fines tales como la cooperación de las Diputaciones Provinciales con los Municipios en orden a la efectividad de los servicios municipales y la asunción o la colaboración en la realización de obras y en la gestión de servicios del Estado (arts. 30.6.h y 70). También puede citarse el anexo que debe incluirse en el presupuesto de las entidades locales, referente a la información sobre los convenios suscritos con las Comunidades Autónomas en materia de gasto social (art. 168.1.c del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, precepto, no obstante, cuyo contenido debe ser interpretado teniendo en cuenta la declaración de inconstitucionalidad del artículo 75 bis de la LBRL realizada por la STC 41/2016, de 3 de marzo).
- 19 Arts. 5.2, 16, 22.2 y 28.1. El Reglamento de la Ley (Real Decreto 887/2006, de 21 de julio) se ocupa de la figura convencional en aspectos tales como los convenios incluidos y excluidos de la aplicación de la LGS y su Reglamento (art. 2), subvenciones derivadas de convenios (art. 6.4), subvenciones nominativas (art. 65), subvenciones de concesión directa (art. 66) y convenios entre la AGE y las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público estatal para su financiación (disposición adicional 1ª).

En el ámbito de la legislación presupuestaria, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en adelante, LGP) se refiere a la obligación de valorar las repercusiones y efectos de los convenios; a su supeditación a las disponibilidades presupuestarias y a los límites de los escenarios presupuestarios plurianuales²⁰; a la exigencia de la autorización del Consejo de Ministros cuando el gasto derivado de un convenio fuera superior a una determinada cuantía²¹, y a la tramitación del expediente de gasto; así como a la promoción, por la Intervención General de la Administración del Estado con los órganos equivalentes de las Administraciones autonómica y local, de convenios interadministrativos para coordinar el régimen presupuestario, financiero, contable y de control de las sociedades mercantiles en las que participen, de forma minoritaria, entidades que integran el sector público estatal, las Administraciones autonómicas o locales, o entes a ellas vinculados o dependientes, cuando la participación en ellas, considerada conjuntamente, fuera mayoritaria o conllevara su control político²².

Por último, es obligado citar el artículo 145.2 de la Constitución Española, que se refiere a los convenios entre Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas y a su comunicación a las Cortes Generales. No obstante, estos convenios están excluidos de la regulación contenida en la LRJSP²³.

3. CONCEPTO Y TIPOS DE CONVENIOS

3.1. Concepto de convenio

La LRJSP (art. 47.1) recoge una definición de los convenios, considerando como tales “los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común”.

20 En un sentido similar, el art. 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, recoge la obligación de valorar las repercusiones y efectos de los convenios y su estricta supeditación al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera.

21 Antes de la modificación del art. 74.5 de la LGP por la disposición final novena, número uno, de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, la necesidad de contar con la autorización del Consejo de Ministros recaía sobre la suscripción de convenios cuyo gasto fuera de cuantía indeterminada o se extendiera a ejercicios posteriores.

22 Arts. 26.2 y 74.5 y disposiciones adicionales 1ª y 9ª.

23 Art. 47.2.a.

La definición recogida en la LRJSP contempla, además del aspecto subjetivo, un elemento teleológico, al señalar que los convenios deben perseguir un fin común a los intervinientes en el negocio jurídico. Se pone así el acento en el elemento en que, según la doctrina, se funda la distinción entre el convenio y el contrato prototípico, de tipo oneroso. En efecto, los convenios se fundamentan en la existencia de unos intereses convergentes y un fin común a los intervinientes, que estos pretenden satisfacer con sus respectivas aportaciones, mientras que en el prototípico contrato oneroso existen unos intereses contrapuestos y un intercambio de prestaciones de contenido económico o patrimonial²⁴.

El concepto de convenio, si se atiende únicamente a los estrictos términos literales del artículo 47.1 de la LRJSP, se correspondería, en principio, al fundamentarse en la existencia de un fin común, con un criterio de carácter sustantivo. Sin embargo, al contemplarse después en la regulación recogida en la LRJSP el elemento objetivo, se dará entrada a un criterio formal y residual, que parte de la exclusión de los convenios de la aplicación de la legislación reguladora de los contratos del sector público.

Ahora bien, mientras que en la LRJSP la referida exclusión se fundamenta en el objeto del negocio jurídico (“los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos”)²⁵, la LCSP acude, para determinar dicha exclusión, al contenido del negocio en cuestión, que no debe estar “comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”. Con ello se viene a indicar que, más allá del *nomen iuris*, habrá de acudirse a un criterio de orden material, fundamentado en el objeto y el contenido, a la hora de determinar si un negocio jurídico es convencional o contractual, con la aplicación subsiguiente de las normas que procedan²⁶. Sin embargo,

24 Pero esta contraposición de intereses no existiría en todos los contratos, como es el caso del contrato de sociedad, tal y como recuerda PASCUAL GARCÍA, JOSÉ: “Convenios de colaboración y encargos a entes instrumentales a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público”, en *Revista Española de Control Externo* nº 28, 2008, pág. 38, que también se refiere a la existencia de convenios que son expresión de un acto unilateral, aunque necesitado de aceptación para su eficacia, o en los que el fin no es común, sino propio de la Administración (así, convenios con entidades colaboradoras en la gestión de subvenciones). También VILALTA REXACH, MARC: “Los convenios interadministrativos en el ordenamiento jurídico español desde un punto de vista contractual”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo* nº 15, 2016, pág. 95, pone el acento en que la contraposición de intereses es solo un elemento determinante para la existencia de un contrato de intercambio, pero no para todos los contratos, como sí lo es, en cambio, la presencia intereses distintos, resaltando además que en toda actuación contractual está presente un componente de colaboración. Por lo demás, la distinción entre convenio y contrato por la “comunidad de intereses” de aquel frente a la “oposición de intereses” de este ha sido criticada en alguna ocasión, por considerarse que se fundamenta en conceptos vagos y etéreos” (En este sentido, ver HUERGO LORA, ALEJANDRO: “Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos”, en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica* nº 8, 2017, pág. 18).

25 Art. 47.1, párrafo tercero, de la LRLSP.

26 Sin embargo, en al ámbito doctrinal se ha defendido, con referencia a los convenios interadministrativos, que el elemento determinante de la naturaleza convencional o contractual de un negocio jurídico sería la causa y no el objeto,

se trata de dos criterios no coincidentes, ya que resulta más amplio en el caso de LCSP, por cuanto el objeto queda comprendido en el contenido²⁷.

En cualquier caso, el objeto y el contenido del negocio jurídico es, a tenor de la LRJSP y de la LCSP, un criterio común a todos los tipos de convenios, intradministrativos, interadministrativos y con particulares, para determinar su exclusión de la legislación sobre contratos del sector público, circunstancia que debe resaltarse por contraste con la situación anterior. En efecto, antes de la modificación que, a consecuencia de la STJUE de 13 de enero de 2005, introdujo el Real Decreto ley 5/2005, de 11 de marzo, en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), esta excluía de forma absoluta de su ámbito de aplicación a los convenios intradministrativos e interadministrativos, mientras que acudía al criterio de la exclusión en razón del objeto para los convenios con particulares. Conforme a la modificación operada, se excluyó de la aplicación de la legislación de contratos públicos a los convenios intradministrativos e interadministrativos por razón de su objeto, pero, a su vez, se quedaron fuera de esta exclusión los negocios jurídicos en los que, aun teniendo idéntico objeto que los contratos de obras, suministro, consultoría y asistencia y servicios, el importe no superara determinadas cuantías, coincidentes con los umbrales de publicidad comunitaria. Esta excepción por razón de la cuantía fue suprimida posteriormente por Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que no mantuvo el criterio del objeto para la exclusión de su aplicación a los convenios intradministrativos e interadministrativos, sino que introdujo el de la naturaleza, conservando la del objeto para los convenios con particulares,

teniendo naturaleza convencional cuando, aun coincidiendo su objeto con el de alguno de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público, los intervinientes persiguieran un objetivo común de interés público, mientras que su naturaleza sería contractual cuando se persiguiera prevalentemente el lucro de una de las partes (SANTIAGO IGLESIAS, DIANA: “Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las directivas de contratación al ordenamiento español”, en *Revista General de Derecho Administrativo* nº 38, 2015, págs. 22-27, www.iustel.com). Tras la aprobación de la LCSP, esta autora, al interpretar el alcance del término “contenido” que aparece en el art. 6 de dicha ley como criterio para la exclusión de los convenios de su ámbito de aplicación, señala que para tal exclusión es necesario que el objeto consista en la realización conjunta de una tarea común, que la causa venga determinada por la instrumentación de una cooperación y que el fin esté constituido por la consecución de objetivos de interés público (ver SANTIAGO IGLESIAS, DIANA: “Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos”, en GAMERO CASADO, EDUARDO, y GALLEGU CÓRCOLES, ISABEL (dirs.): *Tratado de contratos del Sector Público*, tomo I. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 652-663). Para esta autora, lo dispuesto en el artículo 47 de la LRJSP, al vincular la exclusión de un convenio de la aplicación de la legislación contractual a la no coincidencia de su prestación con la de uno de los contratos regulados en dicha legislación habría de entenderse tácitamente derogado por el art. 6.1 de la LCSP, por aplicación de los criterios temporal y de especialidad (SANTIAGO IGLESIAS, DIANA: “Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos”, *cit.*, pág. 658).

27 Ver, en tal sentido, el art. 49 de la LRJSP.

criterios referentes, respectivamente, a naturaleza y objeto que se reiteraron en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre²⁸.

Por lo demás, al contemplar un concepto único de la figura del convenio, sin efectuar una distinción conceptual en razón a la naturaleza pública de los intervinientes o a la privada de uno de ellos, la LRJSP constituye un paso decisivo en la evolución hacia la configuración unitaria de este negocio jurídico²⁹, cuyo inicio podría datarse en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 (Ley 13/1995, de 18 de mayo), que hizo desaparecer la preexistente distinción entre “convenios de cooperación” (celebrados por la Administración con las Corporaciones Locales u otros entes de derecho público) y “convenios de colaboración” (celebrados con particulares)³⁰.

Según se desprende del artículo 47 de la LRJSP, los convenios deberán suponer la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles, o, dicho de otro modo, deberán tener un contenido obligacional, de modo que se excluyen del concepto de convenio las meras declaraciones de intenciones o expresiones de la voluntad de actuar con un objetivo común.

La LCSP ha añadido además reglas referentes a la exclusión de los convenios de su ámbito de aplicación, alguna de ellas de cierta complejidad, como es la atinente a que las entidades intervinientes no han de tener “vocación de mercado”, concepto jurídico indeterminado para cuya concreción se establece una presunción, al considerar que existirá tal vocación cuando tales entidades realicen en el mercado abierto un

28 En el ámbito doctrinal se señaló que la referencia a la “naturaleza” había de entenderse hecha a los contratos onerosos, de modo que la exclusión de los convenios de la legislación contractual se refería a relaciones jurídicas de naturaleza no onerosa y de objeto no contractual (FERNÁNDEZ RUIZ, PABLO: “Los convenios de colaboración”, en *Estudios Jurídicos*, 2012, págs. 16-18). Sin embargo, también ha indicado que la diferencia entre naturaleza y objeto carecía de relevancia, concluyéndose que “los contratos excluyentes de los convenios serán los onerosos que tengan por objeto el que es propio de alguno de los contratos regulados en el TRLCSP, pero tal objeto podrá ser el que se define al ocuparse de los distintos tipos contractuales y cualquier otro no definido expresamente, siempre que se dé la nota de la onerosidad y que sea concertado por una Administración pública” (PASCUAL GARCÍA, JOSÉ: *Convenios de colaboración entre Administraciones y convenios con administrados*. Madrid, BOE, 2012, págs. 29-31).

29 A la altura de 2012, la doctrina consideraba que, tras las modificaciones de la legislación contractual, había llegado el momento de formular un concepto unitario de convenio, diferenciado del de contrato y del de encomienda de gestión o encargo de ejecución (PASCUAL GARCÍA, JOSÉ: *Convenios de colaboración entre Administraciones Públicas y convenios con administrados*, cit., pág. 37). Posteriormente, se insistía en la extraordinaria importancia de disponer de una regulación pormenorizada de los convenios interadministrativos, para poner coto a la inseguridad jurídica en la materia (SANTIAGO IGLESIAS, DIANA: “Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las directivas de contratación al ordenamiento español”, cit., pág. 35).

30 Sobre ello, la doctrina había señalado que la Ley de 1995 ponía de manifiesto “la inexistencia de diferencias substanciales entre una y otra figuras, fuera del carácter jurídico público o jurídico privado del concelebrante, de modo que ambas clases de convenios pertenecen a una misma especie negocial” (PANIZO GARCÍA, ANTONIO: “Régimen jurídico de los convenios de colaboración”, en *La Ley*, tomo IV, 1995. Las Rozas, La Ley, 1996, pág. 926).

porcentaje igual o superior al 20 por ciento de la actividades objeto de la colaboración, lo cual plantea, a su vez, el problema de determinar si en cada caso se da o no este porcentaje, a cuyo efecto la LCSP recoge reglas para el cálculo del mismo. El artículo 6.1 de la LCSP añade, además, otras dos condiciones para excluir de su aplicación a los negocios jurídicos convencionales: De una parte, que el instrumento en cuestión contemple una cooperación entre los intervinientes que tenga por finalidad garantizar que los servicios públicos que les incumban se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común; y, de otra, que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, condiciones, una y otra, que pueden ser, en especial la segunda, problemáticas en cuanto a la apreciación de su cumplimiento.

Con independencia de ello, interesa poner de relieve que la regulación recogida en la LCSP viene a confirmar definitivamente la evolución, por influjo de la normativa de la Unión Europea, desde la concepción de los convenios como forma normal para encauzar las relaciones entre los entes públicos, tal y como señaló en su día la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (así, Informes 25/94, de 19-12-1994; 12/97, de 20-3-1997; 42/99, de 12-11-1999; y 33/01, de 13-11-2001) hasta la consideración de la vía contractual como regla general y de la vía convencional como excepción.

No obstante, respecto de estas relaciones se plantea la diferencia entre los convenios y los encargos a medios propios contemplados en el artículo 32 de la LCSP. Esta diferencia estriba, entre otros aspectos, en el objeto, ya que mientras los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos (art. 47.1 de la LRJSP), los encargos a medios propios son precisamente un instrumento para ejecutar de manera directa prestaciones propias de los contratos. Además, la posición de igualdad en que se encuentran los intervinientes en los convenios y que, en general, caracteriza a las técnicas de cooperación no se aviene con la posición de los intervinientes en el encargo a medios propios, desde el momento en que uno de los requisitos consiste en que el ente que realiza el encargo ha de ostentar un control directo o indirecto sobre el ente destinatario de aquel. En los encargos, sobre el ente instrumental pesa la obligación de prestar el servicio o de proporcionar el bien solicitado, a cambio de una tarifa previamente determinada³¹.

31 GALÁN DEL FRESNO, JUAN MANUEL: "Los convenios de colaboración en la Ley de Contratos del Sector Público", en *Contratación Administrativa Práctica* nº 86, 2009, pág. 51.

3.2. Tipos de convenios

De los distintos criterios posibles para distinguir los diversos tipos de convenios, interesa el de naturaleza subjetiva, referente a los intervinientes en el negocio jurídico en cuestión. Según este criterio, puede distinguirse entre los convenios intradministrativos, los convenios interadministrativos y los convenios con sujetos de derecho privado.

Según el artículo 47.2 de la LRJSP, los primeros serán los “firmados entre organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de una Administración Pública”. Esta definición excluiría a los convenios interorgánicos, exclusión con la que se había mostrado conforme la doctrina, aun cuando fuera un supuesto relativamente frecuente en la práctica administrativa.

No obstante, el principal problema que puede presentar este tipo de convenios se deriva de su situación fronteriza con el encargo a medios propios al que se acaba de hacer referencia. Para su distinción, no cabe olvidar que en los convenios de colaboración los intervinientes se sitúan en un plano de igualdad, que es precisamente la nota que falta en las encomiendas de gestión y encargos a medios propios.

Por su parte, los convenios interadministrativos, según la definición legal, son los “firmados entre dos o más Administraciones Públicas, o bien entre dos o más organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de distintas Administraciones públicas”³².

En este marco taxonómico, la inclusión de las Universidades Públicas puede plantear problemas, al no estar expresamente citadas en cada tipo de convenio, debiéndose entender, a la vista del conjunto del artículo 47 de la LRJSP, que serán convenios interadministrativos e, incluso, en su caso, intradministrativos, aquellos que suscriban las Universidades Públicas con las Administraciones Públicas y organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, o los que celebren entre sí.

El tercer tipo de convenio, contemplado asimismo en el artículo 47.2 de la LRJSP es aquél que se firma “entre una Administración Pública, o un organismo o entidad de derecho público y un sujeto de Derecho privado”.

32 Art. 47.2.a de la LRJSP, que esclarece, por un lado, que “podrán incluir la utilización de medios, servicios y recursos de otra Administración Pública, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente, para el ejercicio de competencias propias o delegadas”, y excluye, de otro, a los convenios “suscritos entre dos o más Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, que se regirán en cuanto a sus supuestos, requisitos y términos por lo previsto en sus respectivos Estatutos de Autonomía”.

Antes de la regulación recogida en la LRJSP, la doctrina se había planteado la duda respecto del tipo de convenio que se correspondería con aquellos en cuya suscripción intervenga una entidad pública sujeta al derecho privado y, de modo específico, el que cuadraría a aquellos en que intervengan las sociedades mercantiles de participación mayoritaria o exclusivamente pública y las fundaciones del sector público, duda esta última que, en su momento, resolvió el Tribunal de Cuentas en el sentido de incluirlos en el grupo de los celebrados con personas jurídicas sujetas al derecho privado, al considerar que su pertenencia al sector público no les convierte en entidades públicas³³. Este es el criterio que parece seguirse por la LRJSP cuando define el convenio y los distintos tipos convencionales, al circunscribir la posibilidad de celebrar convenios administrativos entre sí a quienes, a tenor del artículo 2 de la misma ley, tienen la consideración de Administración Pública, de modo que quienes, aun perteneciendo al sector público, no ostentan tal consideración, como sería el caso de las sociedades y fundaciones antes mencionadas, quedarían excluidos de la posibilidad de suscribir convenios interadministrativos o, en su caso, intradministrativos, y podrían solo celebrar convenios administrativos como sujetos de derecho privado con quienes tengan la referida consideración de Administración Pública, pero no entre sí. Por su parte, el criterio que sigue el apartado 2 del artículo 47 de la LRJSP a la hora de distinguir los distintos tipos de convenios es el referente a la naturaleza, pública o privada, de personificación, no al sometimiento de la actividad al derecho privado, tal y como parece desprenderse de la locución “sujetos de -no “al”- Derecho privado³⁴.

33 *Informe de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos a partir del año 2005 por órganos del Ministerio de Medio Ambiente con entidades públicas y con personas físicas o jurídicas privadas*, cit., págs. 15-16, 19, 166-171 y 201-202; *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas*, cit., págs. 16-17, 18 y 32. En la doctrina, han existido opiniones concordes con este criterio (vgr., MARTÍN HUERTA, PABLO: *ob. cit.*, págs. 75-76; PASCUAL GARCÍA: *Convenios de colaboración entre Administraciones Públicas y convenios con administrados*, cit., págs. 95 y 103), mientras que para otras posiciones las fundaciones públicas y las sociedades mercantiles públicas quedaban comprendidas en la exclusión referente a las entidades públicas (así, ÁVILA ORIVE, JOSÉ LUIS: *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid, Civitas, 2002, pág. 217).

34 Por su parte, FERNÁNDEZ AJENJO, JOSÉ ANTONIO, y JIMÉNEZ VACAS, JOSÉ JOAQUÍN: *ob. cit.*, pág. 54, entienden que, al considerar el art. 47 de la LRJSP como Administración Pública exclusivamente a las entidades de derecho público, cuando estas firmen convenios con entidades sujetas al derecho privado será aplicable el régimen de convenios con administrados. TOSCANO GIL, ALEJANDRO: “La nueva regulación de los convenios en la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público”, en *Revista General de Derecho Administrativo* nº 45, 2017, pág. 28, alude a la posibilidad de que se considere que la expresión “sujetos de derecho privado” incluye a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de la Administración, aunque señala los posibles problemas, pues tales entidades no dejan de formar parte del sector público. MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL: “Encomiendas de gestión y convenios”, en *Cuadernos de Derecho Local* nº 41, 2016, pág. 145, se pronuncia en el sentido de que los convenios con sujetos privados parecen comprender tanto los suscritos con sociedades mercantiles, fundaciones y otros medios propios de una Administración, como los celebrados con personas físicas y entidades puramente privadas, si bien pone de relieve el diferente significado de unos y de otros, ya que los primeros se asimilan a los intradministrativos e interadministrativos, por la pertenencia de aquellas entidades al sector público.

De todos modos, la cuestión antes mencionada tiene una importancia relativa, si se tiene en cuenta que, según ha resaltado la doctrina, la clasificación de los convenios apenas tiene consecuencias jurídicas en la regulación recogida en la LRJSP³⁵.

Ahora bien, ello no es óbice para poner de relieve que el criterio seguido por la LRJSP no parece corresponderse con el de la LCSP, ya que el apartado 2 del artículo 6 de la LCSP se refiere a “los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado”, con lo que hace abstracción de la naturaleza, pública o privada, de la entidad del sector público en cuestión. De ello se desprendería que las sociedades mercantiles de participación mayoritaria o exclusivamente pública y las fundaciones del sector público estarían doblemente incluidas en este tipo de convenios, como entidades del sector público y como personas jurídicas sujetas al derecho privado, con lo que podría interpretarse que se abre la posibilidad de que tales entidades celebraran convenios administrativos entre sí y con otras personas sujetas al derecho privado³⁶. Y el asunto es aún más complejo si se tiene en cuenta que el apartado 1 del mismo artículo 6 de la LCSP incluye en el mismo grupo que los convenios intradministrativos e interadministrativos a los convenios en los que uno o incluso ambos intervinientes sean “entidades con personalidad jurídico privada, siempre que tengan la condición de poder adjudicador”, con lo que, si se atiende al concepto de “poder adjudicador” recogido en el artículo 3.3 de dicha ley, los convenios en los que uno o ambos suscriptores sean fundaciones públicas quedarían comprendidos también en dicho tipo de convenios, como también lo estarían aquellos en los que uno o ambos intervinientes fueran Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social.

Así las cosas, parece existir una cierta discordancia en este aspecto entre la LRJSP y LCSP, lo que demandaría una interpretación integradora, si bien la posible colisión entre aquella y esta debería, empero, resolverse, aunque la LCSP sea posterior, en favor de la LRJSP, ya que debe prevalecer aplicación del aforismo *lex specialis derogat generali*, y teniendo en cuenta, además, que la finalidad del artículo 6 de la LCSP no es regular la tipología de los convenios, sino establecer su exclusión de la legislación de contratos del sector

35 Así, MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL: *ob. cit.*, págs. 145 y 149; TOSCANO GIL, ALEJANDRO: *ob. cit.*, pág. 28.

36 Sobre ello, antes de la LCSP la doctrina había señalado que “por carecer de la condición de Administración, no podrán celebrar convenios como sujeto público las sociedades mercantiles públicas ni las fundaciones del sector público, sin que en este aspecto se presenten diferencias con respecto a los convenios interadministrativos. Estas entidades podrán formalizar un convenio con una Administración o entidad pública pero en su calidad de sujeto privado, y no como sujeto público. Podrán también formalizar convenios con entidades privadas pero, en tal caso, dichos convenios no tendrán la condición de administrativos...Esta conclusión es válida incluso en el caso de que revistan la condición de poder adjudicador” (PASCUAL GARCÍA, JOSÉ: *Convenios de colaboración entre Administraciones Públicas y convenios con administrados*, cit., págs. 200-201).

público, y que el criterio para determinar tal exclusión es, en sustancia, el mismo para todos los tipos de convenios, ya que consiste en que el contenido del negocio jurídico no esté comprendido en el de los contratos regulados en la LCSP o en normas administrativas especiales, todo ello a no ser que se contradiga el ordenamiento jurídico comunitario, en cuyo caso, por aplicación de la primacía de este sobre los ordenamientos de los Estados miembros, se produciría el desplazamiento de la regulación recogida en la ley especial del ordenamiento interno.

La LRJSP añade un cuarto tipo de convenio, en concreto el celebrado entre las Administraciones Públicas y los órganos, organismos públicos o entes de un sujeto de Derecho internacional, que no sea constitutivo de Tratado Internacional, de Acuerdo internacional o administrativo o de Acuerdo internacional no normativo. Estos convenios estarán sometidos al ordenamiento jurídico interno que determinen los firmantes.

4. ALGUNOS ASPECTOS A FISCALIZAR

4.1.Elementos subjetivos

El primer aspecto a examinar en el curso del desarrollo de la actividad fiscalizadora sobre los convenios de colaboración es el concerniente a los elementos subjetivos, lo que implica analizar tanto la competencia orgánica, como la competencia material para la suscripción del convenio en cuestión.

En relación con la competencia orgánica, habrá de tenerse en cuenta que, con el precedente de la disposición adicional 13ª de la derogada LRJPAC³⁷, el artículo 48.2 de la LRJSP residencia, en el ámbito de la AGE, en la cúspide de cada Departamento Ministerial y de cada entidad u organismo público, la competencia para la celebración de los convenios de colaboración. Así pues, la competencia orgánica para su suscripción corresponderá a los titulares de cada Departamento Ministerial o a los Presidentes o Directores de tales entidades y organismos. La competencia de los Ministros se contempla asimismo en el artículo 61.k de la misma ley, si bien el artículo 62.2.g recoge la competencia de los Secretarios de Estado para celebrar los convenios no reservados al Ministro del que dependan, de modo que la atribución competencial a los Ministros contemplada en los dos artículos antes citados no podrá ser tomada en términos absolutos. Por otra parte, todo ello, desde luego, no es obstáculo para que el ejercicio de

37 Esta disposición adicional fue incluida en la LRJPAC por el art. 2.4 de la Ley 4/1999, de 13 de enero.

la competencia pueda ser objeto de delegación, en cuyo caso habrá de dilucidarse si el negocio jurídico fiscalizado se ajusta a los términos de esta.

Respecto de la competencia material, hay que señalar que es una cuestión que puede tener una gran complejidad en algunos convenios interadministrativos, si se atiende a la diversidad de títulos competenciales, así como a la superposición de los títulos de carácter horizontal y de naturaleza sectorial y, como consecuencia de ello, el hecho de que delimitar las competencias estatales y las autonómicas no sea siempre una tarea fácil. Esta dificultad pudo ser constatada en las actuaciones fiscalizadoras realizadas en su día por el Tribunal de Cuentas, que permitieron comprobar que, debido a esta dificultad, el título invocado a efectos de la cobertura legal del convenio no siempre era el adecuado, desembocándose en soluciones diversas para un mismo tipo de convenio, incluso para los que se apoyaban en unos mismos títulos competenciales³⁸.

4.2. Elementos objetivos

En cuanto a los elementos objetivos, el primer aspecto a considerar será si la procedencia del empleo de la figura del convenio de colaboración está suficientemente justificada. A este respecto, puede indicarse, en primer término, que la LRJSP ha venido a solucionar un problema teórico que se planteaba respecto de los convenios celebrados por la Administración con particulares. En efecto, en la legislación precedente, la canalización de las relaciones voluntarias de cooperación interadministrativa por vía convencional estaba expresamente contemplada en el ordenamiento jurídico³⁹. Es más, este era precisamente el cauce ordinario para encauzar las relaciones cooperativas de carácter interadministrativo. Sin embargo, no existía a la sazón una norma que habilitase con carácter general para la celebración de convenios con particulares, debiéndose tener en cuenta, además, que el artículo 4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre y, después, el mismo precepto del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se referían a los convenios que suscribiera la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, “con arreglo a las normas específicas que los regulan”, lo que parecía poner de relieve la necesidad de que existieran normas específicas, sin que, de otro lado, la libertad de pactos recogida en aquel entonces en el artículo 25.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre y, más tarde, en idéntico precepto del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y hoy en el artículo 34.1 de la LCSP, pudiera

38 *Informe de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos a partir del año 2005 por órganos del Ministerio de Medio Ambiente y con entidades públicas y con personas físicas o jurídicas privadas*, cit., págs. 46-51 y 203.

39 Art. 6 de la LRJPAC y art. 57 de la LBRL.

extenderse a un ámbito extracontractual y ser aplicada como norma habilitante de alcance general para la celebración de los convenios de colaboración⁴⁰. Es cierto, no obstante, que se invocaba como posible norma habilitante el artículo 88 de la LRJPAC, si bien esta consideración presentaba, entre otros problemas hermenéuticos, el hecho de que la norma en cuestión se remitía a las disposiciones que regularan los convenios, en orden al alcance, los efectos y el régimen jurídico aplicable en cada caso, de lo que se desprendía que parecía requerirse la existencia de normas específicas⁴¹. En cualquier caso, como se ha indicado, la LRJSP ha venido a poner término al problema, al habilitar expresamente, en su artículo 48.1, a las Administraciones Públicas, a sus organismos públicos y a las entidades públicas vinculadas dependientes, así como a las Universidades Públicas, a celebrar convenios entre sí y con sujetos de derecho público y privado.

Ahora bien, uno de los aspectos más delicados de la utilización de la figura del convenio es el concerniente a su objeto, ya que está relacionado con su distinción de figuras afines y, en especial, con su posible utilización espuria para evitar la aplicación de la legislación en materia contractual. A tal efecto, ha de partirse de la regla recogida en el artículo 47.1 de la LRJSP, conforme al cual “los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos”. Es cierto que este no es el único dato a tener en cuenta para decidir si un determinado negocio jurídico es materialmente un instrumento convencional, pero no es menos cierto que ello significa que el objeto de los convenios se construye jurídicamente, en principio, de forma negativa y residual por relación a las prestaciones propias de los instrumentos contractuales⁴².

El objeto, por lo demás, ha de ser suficientemente preciso. No es admisible, por tanto, el dilema que, en ocasiones, he podido comprobar en mi experiencia fiscalizadora sobre los convenios, en concreto respecto de los que canalizan subvenciones nominativas, pues se han dado casos en los que en el literal del crédito presupuestario se señalaba que el objeto era financiar un determinado convenio y en el instrumento en que este se

40 Ver *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas*, cit., pág. 22. No obstante, el artículo 25.1, en relación con el art. 22, ambos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, fue también invocado en su momento como posible título habilitante de alcance genérico (ver en tal sentido, PASCUAL GARCÍA, JOSÉ: “Convenios de colaboración y encargos a entes instrumentales a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público”, cit., págs. 52-53).

41 *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas*, cit., págs. 19-22.

42 Sin embargo, alguna opinión doctrinal defiende que el artículo 47.1 de la LRJSP no pretende establecer una prohibición en cuanto al objeto de los convenios, sino una diferencia de régimen jurídico entre convenios cuyo objeto no es contractual, que se regirían por la LRJSP, y los que tengan un objeto contractual, que deben acomodarse a la legislación de contratos del sector público (VILALTA REXACH, MARC: *ob. cit.*, págs. 92-94).

formalizaba se indicaba que su objeto era canalizar una subvención nominativa⁴³. Este círculo vicioso podría dar idea de que lo que se persigue realmente es la financiación del beneficiario de la subvención, situándose objeto y actividades en un plano secundario, lo que no parece avenirse con la naturaleza finalista de la técnica subvencional.

Este carácter finalista de la subvención exigiría, en mi opinión, que el objeto de la subvención nominativa apareciera reflejado, junto con el beneficiario y la dotación, en el literal del correspondiente crédito presupuestario, tal y como se señala expresamente en el artículo 65 del Reglamento de la LGS (Real Decreto 887/2006, de 21 de julio). Sin embargo, mediante la disposición final 12ª de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, se añadió un segundo párrafo al artículo 22.2.a de la LGS, para determinar que los estados de gastos de los Presupuestos Generales del Estado deberán incluir, como contenido mínimo, la dotación y el beneficiario de cada subvención nominativa, mientras que desplaza al convenio la determinación del objeto, con la única prevención de que tal determinación sea expresa y guarde congruencia con la clasificación funcional y económica del crédito presupuestario en cuestión. Por tanto, si la aplicación de lo dispuesto en vía reglamentaria ya era, en sí misma, problemática, en razón al principio de jerarquía normativa, y ello aun teniendo en cuenta la específica naturaleza de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, tras la modificación legal aludida el literal del crédito presupuestario correspondiente puede omitir el objeto de la subvención nominativa, cuya determinación queda abierta al posterior acuerdo de los firmantes del convenio, conforme a una configuración que sugiere, como se acaba de señalar, una concepción de la actividad subvencional de la Administración más tendente a la financiación del subvencionado que a la cabal consideración de la subvención como medida de fomento.

En cualquier caso, cuando se produce el círculo vicioso comentado resulta extremadamente difícil apreciar si se da o no una concordancia entre el objeto de la subvención y la actividad que se prevea para su consecución, tarea que, por el contrario, podría verse facilitada si, pese a la alusión genérica al objeto, las actividades se describen en forma pormenorizada en el instrumento convencional, lo que no ha sucedido siempre, ya que en ocasiones se ha acudido a descripciones genéricas de las

43 *Informe de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos a partir del año 2005 por órganos del Ministerio de Medio Ambiente y con entidades públicas y con personas físicas o jurídicas privadas*, cit., págs. 175-177 y 213-214; *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas*, cit., págs. 12-13.

actuaciones a realizar, lo que redundaría en la dificultad para apreciar si el importe de la aportación de la Administración es el adecuado⁴⁴.

Las actuaciones convenidas, por lo demás, deben llevarse a cabo con posterioridad a la suscripción del convenio, circunstancia que, pese a parecer obvia, no siempre se ha producido, pues no ha sido infrecuente que los instrumentos de formalización de los negocios convencionales incluyan actuaciones que se habían llevado a cabo en fechas anteriores a la de la firma del convenio⁴⁵. Además, tratándose de subvenciones, no parece correcto que la descripción de las actividades se haga en forma ejemplificativa, ya que ello podría ser contrario al carácter finalista de la subvención.

Por otro lado, deben existir unos criterios para determinar la aportación de la Administración, que no debe sobrepasar el coste de la actividad o su valor de mercado, tal y como se indicó en su momento por el Tribunal de Cuentas⁴⁶. En tal sentido, el artículo 48.6 de la LRJSP señala que “las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no podrán ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio”, y, en el supuesto de los convenios que canalizan subvenciones, el artículo 31.1 de la LGS establece que “en ningún caso el coste de adquisición de los gastos subvencionables podrá ser superior al valor de mercado”.

Es, de otra parte, importante la determinación del sujeto al que corresponde la titularidad de los resultados obtenidos con el desarrollo de la actividad, ya que ello tiene relieve tanto en el ámbito sustantivo, como en la vertiente presupuestaria. En efecto, si la titularidad de los resultados fuera exclusiva del sujeto privado suscriptor del convenio podría tratarse materialmente de una subvención. De otra parte, la indeterminación en este aspecto podría originar consecuencias en el ámbito presupuestario, al generar dudas sobre si se está ante un gasto real o una transferencia⁴⁷.

44 Ver, por ejemplo, *Informe de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos en los años 2004 y 2005 por los Ministerios de Fomento y de Sanidad y Consumo con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado*, cit., págs. 77-78 y 80; *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas*, cit., págs. 10, 12 y 32-33.

45 Ver, por ejemplo, en tal sentido, *Informe de fiscalización de los convenios de colaboración y la contratación celebrados por el Instituto de la Juventud*, cit., pág. 54; e *Informe de fiscalización sobre los convenios de colaboración y la contratación celebrada por el Instituto de la Mujer*, cit., págs. 20-21.

46 Ver *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas*, cit., págs. 25 y 33.

47 Ver *Informe de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos a partir del año 2005 por órganos del Ministerio de Medio Ambiente con entidades públicas y con personas físicas o jurídicas privadas*, cit., págs. 188, 214 y 219-220. En el ámbito doctrinal, se refiere a esta cuestión PASCUAL GARCÍA, JOSÉ: *Convenios de colaboración entre Administraciones Públicas y convenios con administrados*, cit., págs. 137-139; y “Convenios de colaboración y encargos a entes instrumentales a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público”, cit., pág. 54.

4.3.Elementos formales: el contenido de los convenios

Las actuaciones fiscalizadoras llevadas a cabo por el Tribunal de Cuentas revelaron en su día la existencia de deficiencias que redundaban en detrimento de la calidad técnico-jurídica de los instrumentos de formalización de los convenios, dificultando así su ejecución y la propia fiscalización. Así, con ánimo meramente ejemplificativo, fueron observadas deficiencias tales como la confusión entre el plazo de vigencia del convenio y el plazo de terminación de las actuaciones a desarrollar para su cumplimiento; la omisión de la referencia al dies a quo o al dies ad quem del plazo de vigencia; la contradicción entre la consideración del convenio como plurianual y su vigencia limitada a una anualidad; la previsión de acordar prórrogas en convenios improrrogables al canalizar subvenciones nominativas y expirar el plazo de vigencia el 31 de diciembre del año correspondiente; y la prórroga de instrumentos ya extintos⁴⁸. Por otra parte, respecto de los convenios que canalizan subvenciones nominativas, se constataron deficiencias tales como la extensión del plazo de vigencia y de los compromisos financieros más allá del ejercicio presupuestario, anomalía que no podía entenderse salvada con el remedio de condicionar los gastos de ejercicios venideros a la inclusión de la correspondiente dotación nominativa en los futuros presupuestos, porque las actuaciones convenidas podrían quedar inconclusas si finalmente el crédito no se previera presupuestariamente, además de que el ordenamiento presupuestario no contemplaba la posibilidad de contraer compromisos de gasto condicionados al otorgamiento del crédito⁴⁹. Este último problema se solventó, no obstante, posteriormente mediante la adición de un nuevo apartado 5 al artículo 47 de la LGP por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, prohibiéndose de forma expresa la adquisición de compromisos de gastos con cargo a ejercicios futuros cuando se trate de la concesión de subvenciones nominativas.

Para evitar en lo posible estos y otros problemas de similar jaez, en la Moción aprobada por el Pleno del Tribunal de Cuentas en noviembre de 2010 se proponía que se precisaran normativamente los extremos que los instrumentos de formalización de los

48 *Informe de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos a partir del año 2005 por órganos del Ministerio de Medio Ambiente y con entidades públicas y con personas físicas o jurídicas privadas*, cit., pág. 214.

49 *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas*, cit., págs. 12, 28 y 33. En el ámbito doctrinal, también se ha señalado que el plazo de vigencia de un convenio celebrado para instrumentar una subvención nominativa solo puede extenderse, en cuanto a las obligaciones económicas derivadas del mismo, al ejercicio presupuestario en el que se establece la subvención nominativa (MARTÍNEZ MENÉNDEZ, JUAN ANTONIO: “La fiscalización de los convenios”, en *Cuenta con la IGAE* nº 12, 2005, pág. 10).

convenios debían recoger⁵⁰. En consonancia con ello, el artículo 49 de la LRJSP determina el contenido mínimo de tales instrumentos, recogiendo aspectos tales como los sujetos intervinientes en el negocio jurídico, su capacidad jurídica, la competencia, el objeto, las actuaciones a realizar, la titularidad de los resultados, las obligaciones y compromisos económicos, la imputación presupuestaria, las consecuencias del incumplimiento de obligaciones y compromisos, los mecanismos de seguimiento, vigilancia y control, el régimen de modificación del convenio y su plazo de vigencia. De este modo, aun cuando sea lógicamente imposible articular una regulación tan exhaustiva que prevea cualquier problema, pueden, al menos, minimizarse las dificultades que surjan, debiéndose resolver las que pudieran presentarse, como es de rigor, a través de la aplicación de las reglas de la hermenéutica jurídica.

Las actuaciones fiscalizadoras deberían, por tanto, incluir el análisis de las cláusulas del instrumento de formalización, así como si existe una correspondencia de aquellas con el contenido necesario de los instrumentos convencionales.

4.4. Aspectos procedimentales

Respecto de los aspectos procedimentales, será necesario, como primera providencia, fiscalizar si se han cumplido los requisitos referentes a informes, memoria y autorizaciones previas.

Entre ellos, tiene una singular importancia para la actividad fiscalizadora la memoria justificativa a que hace referencia el primer apartado del artículo 50 de la LRJSP. En tal sentido, será preciso examinar su contenido para comprobar que no se trata de un documento elaborado para cumplir formalmente la exigencia legal, sino que, por el contrario, cumple suficientemente su finalidad, de modo que en ella deberá analizarse suficientemente la necesidad y la oportunidad de la suscripción del convenio en cuestión, su impacto económico, el carácter no contractual de la actividad y el cumplimiento de las prescripciones legales. Además de esta memoria, en el caso de la AGE, según dispone el apartado segundo del mismo precepto, ha de acompañarse el informe del servicio jurídico, salvo si el convenio se ajusta a un modelo normalizado que haya sido, a su vez, informado por dicho servicio, así como cualquier otro informe previsto en la normativa aplicable. El informe del servicio jurídico ha de ser posterior a la memoria justificativa, circunstancia que parece de pura lógica, pero que no siempre ha

50 *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas*, cit., pág., 32.

sucedido, pues se ha dado el caso de que fuera anterior a dicha memoria⁵¹, como también ha acaecido que fuera de fecha posterior a la de la firma de los convenios⁵².

Asimismo, habrá de verificarse si se han producido las autorizaciones previas requeridas para la firma del instrumento convencional, así como, en su caso, para su modificación, prórroga y resolución⁵³.

Igualmente, habrá de examinarse el expediente de gasto a la luz de lo previsto en la legislación presupuestaria, a la que se remite el artículo el art. 48.4 de la LRJSP. Este expediente, conforme señala el artículo 74.5 de la LGP, deberá tramitarse con carácter previo a la suscripción del correspondiente convenio y en él habrán de figurar el importe máximo de las obligaciones a adquirir y, en el caso de gastos de carácter plurianual, su distribución por anualidades.

El examen de estos aspectos procedimentales habrá de comprender también la verificación del cumplimiento de las obligaciones registrales y de publicidad. En relación con ello, no es ocioso recordar que el artículo 48.8 de la LRJSP establece que los convenios se perfeccionan por el consentimiento de las partes, si bien en el caso de los suscritos por la AGE o por sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, su eficacia se difiere a su inscripción en el Registro Electrónico de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal y a su publicación en el Boletín Oficial del Estado. En relación con ello, puede ponerse de relieve que en el curso de las actuaciones fiscalizadoras desarrolladas en su día pudo comprobarse la existencia de algún caso en el que la publicación del convenio se produjo después de que este se hubiera extinguido por transcurso de su plazo de vigencia⁵⁴. En

51 Ver, por ejemplo, *Informe de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos a partir del año 2005 por órganos del Ministerio de Medio Ambiente y con entidades públicas y con personas físicas o jurídicas privadas*, cit., págs. 80 y 206.

52 Ver *Informe de fiscalización sobre los convenios de colaboración y la contratación celebrados por el Instituto de la Juventud*, cit., pág. 51.

53 Así, el art. 50.2 de la LRJSP exige la autorización previa del entonces Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para la firma, modificación, prórroga y resolución por mutuo acuerdo de convenios suscritos por la AGE, o sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes. Por su parte, el art. 74.5 de la LGP prevé la autorización del Consejo de Ministros para la suscripción de convenios por los órganos de los departamentos ministeriales, sus organismos autónomos, y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social con otras Administraciones Públicas o con entidades públicas o privadas cuando el importe del gasto que de ellos se derive sea superior a doce millones de euros. Dicha autorización se requerirá también para la modificación de los convenios autorizados por dicho Consejo que impliquen una alteración del importe global del gasto, de su concreto destino o de los calendarios establecidos para la amortización o devolución de activos financieros, así como para acuerdos que tengan por objeto la resolución de los convenios cuya suscripción o modificación hubiera sido autorizada por el citado órgano. La autorización del Consejo de Ministros implicará la aprobación del gasto, debiéndose tramitar, consecuentemente, el expediente de gasto antes de la elevación del asunto a dicho Consejo.

54 Ver, por ejemplo, *Informe de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos a partir del*

otro orden de cosas, no será ocioso comprobar si el texto publicado se corresponde con el texto firmado, ya que se han dado casos de discordancia entre ambos, en cuyo caso, a decir de la doctrina, debería prevalecer este, atendida la naturaleza negocial del convenio y el carácter instrumental, y no esencial, de la publicación, salvo en lo que pueda afectar a terceros, en cuyo caso habrá de atenderse al texto publicado⁵⁵.

Habrà de verificarse, asimismo, si se han cumplido las obligaciones referentes a la comunicación del convenio celebrado, debiéndose recordar sobre ello que los convenios interadministrativos suscritos por la AGE o sus organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de ella con las Comunidades Autónomas deberán ser remitidos al Senado (art. 50.2.e de la LRJSP), obligación que ya venía recogida en el artículo 8.2 de la LRJPAC⁵⁶, y que, según las comprobaciones realizadas en su día, era raramente cumplida⁵⁷.

Además, en este mismo orden de cosas, deberá verificarse si se han cumplido las obligaciones referentes a la remisión de los convenios al Tribunal de Cuentas. A este respecto, en consonancia con la propuesta recogida en la Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas, el artículo 53 de la LRJSP establece la obligación de remitir por vía electrónica al Tribunal de Cuentas o al correspondiente OCEX, dentro de los tres meses siguientes a su suscripción, los convenios cuyos compromisos económicos superen los 600.000 euros. Para facilitar el cumplimiento de esta obligación, el Pleno del Tribunal de Cuentas, por Acuerdo de 28 de junio de 2018, publicado por Resolución de 20 de julio de 2018, de la Presidencia del Tribunal, aprobó la Instrucción General relativa a la remisión telemática de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones de contratos, convenios y encomiendas

año 2005 por órganos del Ministerio de Medio Ambiente y con entidades públicas y con personas físicas o jurídicas privadas, cit., pág. 83 y 206; *Informe de fiscalización de los convenios de colaboración y la contratación celebrados por el Instituto de la Juventud*, cit., págs. 23 y 50. También en el ámbito doctrinal se ha resaltado esta circunstancia (así, GARCÍA MORALES, MARÍA JESÚS: "Los convenios de colaboración en el Estado Autonómico: balance de la actividad convencional y su régimen jurídico", en VV.AA.: *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, vol. 2. Madrid, Cortes Generales, 2008, pág. 1659).

55 MARTÍN HUERTA, PABLO: *ob. cit.*, págs. 286-287.

56 La comunicación recogida en este precepto tenía un carácter meramente informativo (ver MARTÍN HUERTA, PABLO: *ibid.*, pág. 294, con cita de la opinión que sostenía que era una condición de eficacia de los convenios). Este mismo carácter es referible al trámite contemplado en el art. 50.2.e de la LRJSP.

57 Ver *Informe de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos a partir del año 2005 por órganos del Ministerio de Medio Ambiente con entidades públicas y con personas físicas o jurídicas privadas*, cit., págs. 84 y 206; *Informe de fiscalización sobre los convenios de colaboración y la contratación celebrados por el Instituto de la Juventud*, cit., pág. 51; *Informe de fiscalización sobre los convenios de colaboración y la contratación celebrados por el Instituto de la Mujer*, cit., págs. 20 y 50.

de gestión celebrados por las entidades del Sector Público Estatal y Autonómico⁵⁸. Conforme a esta Instrucción, los órganos, organismos y entidades de estos sectores deben remitir anualmente al Tribunal de Cuentas, antes de que concluya el mes de febrero del año siguiente, las relaciones certificadas de los convenios celebrados con otras entidades del sector público y con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, con excepción de los convenios que tengan el único objeto de canalizar subvenciones nominativas, así como, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de formalización de cualquier convenio, cuyos compromisos económicos asumidos superen los 600.000 euros, copia del documento de dicha formalización y la memoria justificativa de su necesidad e impacto económico, debiendo, asimismo, comunicarse, en el mismo plazo de tres meses, las incidencias surgidas en la ejecución.

4.5.Ejecución

De los aspectos referentes a la ejecución de los convenios, habrán de comprobarse, entre otros, los que atañen a los mecanismos de seguimiento, vigilancia y control que deben incluirse obligatoriamente en los instrumentos de formalización del negocio jurídico convencional. En relación con ello, puede ponerse de relieve que la escueta regulación legal de estos mecanismos deberá ser completada con las correspondientes previsiones en el clausulado de los convenios.

En el curso de la ejecución de los convenios pueden producirse controversias entre los firmantes. Para resolverlas, en defecto de solución a través del mecanismo de seguimiento, habrán de ser sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa. Así se derivaría de lo establecido en el artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que somete al conocimiento de los juzgados y tribunales de este orden las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo⁵⁹, aunque los convenios no estén expresamente citados cuando se delimita su ámbito objetivo de aplicación. La doctrina, empero, ha puesto de relieve la situación derivada de la inexistencia en la LRJSP de un precepto similar al artículo 8.3 de la LRJPAC, que atribuía al Orden Jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo el conocimiento de las cuestiones litigiosas que surgieran en relación con los convenios de colaboración

⁵⁸ Con los antecedentes de las Resoluciones de 6 de abril de 2009 y de 10 de diciembre de 2013, por las que, respectivamente, se hicieron públicos los Acuerdos de 26 de marzo de 2009 y de 28 de noviembre de 2013.

⁵⁹ Así lo expresaba ya RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA: *Los convenios entre Administraciones Públicas*. Madrid, Marcial Pons, 1997, pág. 409, cuando la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa estaba aún en fase de proyecto, ya que las relaciones convencionales “son, con carácter general, actuación de las Administraciones sometida al Derecho administrativo”.

suscritos entre la AGE y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella con los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas⁶⁰.

Con independencia de ello, no es ocioso recordar que la cláusula convencional que estableciera el sometimiento de las controversias a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sería improcedente en los convenios intradministrativos, por cuanto el artículo 20.c de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de dicha Jurisdicción, prohíbe a las entidades de derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, a las Comunidades Autónomas o a las entidades locales, interponer dicho recurso respecto de la actividad de la Administración de la que dependan, con la excepción de las entidades de derecho público a las que, por ley, se les haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de la Administración matriz⁶¹.

Esta circunstancia, empero, puede ofrecer perfiles problemáticos si se tiene en cuenta que las Administraciones Públicas no gozan de potestades exorbitantes en su actividad convencional, lo que, a salvo de la antedicha prohibición, podría fundamentar la obligación implícita de incluir necesariamente la cláusula del sometimiento de las controversias a la jurisdicción contencioso-administrativa, al ser este cauce, a falta de las referidas potestades, el único posible para tutelar el interés general. Por esta razón, tampoco procedería, como en alguna ocasión ha sucedido⁶², pactar la sustracción de una parte de lo convenido del conocimiento del referido orden jurisdiccional, ni siquiera en los casos en que el convenio se celebra entre un órgano de una Administración territorial y un ente institucional, por cuanto frente al principio de generalidad que rige para aquella, este se conforma al principio de especialidad, por lo que el círculo del interés general que ha de tutelar es más restringido. En relación con todo ello, el Tribunal Supremo señaló en su día que en el convenio “se excluye esa postura de 'imperio', característica de la Administración en los contratos administrativos,

60 Se ha resaltado en tal sentido el carácter incompleto e insatisfactorio de la legislación procesal, ya que la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa solo contempla de forma expresa los convenios interadministrativos cuando regula la competencia de los órganos judiciales (arts. 10.1g y 11.1.c), pero no la del orden jurisdiccional, y únicamente menciona los convenios con administrados para establecer un mecanismo impugnatorio por la inactividad de la Administración en la ejecución de aquellos (art. 29.1). (Ver TOSCANO GIL, FRANCISCO: *ob. cit.*, págs. 10 y 42, notas 25 y 90). Para GÓMEZ ZAMORA, LEOPOLDO J.: “Artículo 6”, en RECUERDA GIRELA, MIGUEL ÁNGEL (dir.): *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor, Thompson Reuters Civitas, 2018, pág. 111, tras la desaparición de la previsión antes recogida en el art. 8.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al no estar los convenios directamente incluidos en el ámbito objetivo de aplicación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, podría haber recursos en materia de convenios de los que no conociera dicha jurisdicción.

61 Ver *Informe de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos a partir del año 2005 por órganos del Ministerio de Medio Ambiente con entidades públicas y con personas físicas o jurídicas privadas*, cit., págs. 36-37 y 202-203.

62 *Ibid.*, pág. 37.

circunstancia ésta determinante de una cierta situación de igualdad entre ambas partes, excluyente tanto de la posibilidad de actuación de *ius variandi* de la Administración, cuanto de quedar reservada a los Tribunales la facultad impositiva en cuanto a la ejecución de lo pactado, si ello no se lleva a término por las partes interesadas de común acuerdo” (STS de 16-3-1987, fundamento de derecho 8º)⁶³. Esta posición de igualdad y la consiguiente inexistencia de prerrogativas administrativas es predicable tanto de los convenios intradministrativos e interadministrativos⁶⁴, como de los convenios con administrados⁶⁵.

Otro de los aspectos relacionados con la ejecución de los convenios es el relativo a la comprobación material de las inversiones realizadas. Esta comprobación deberá ser hecha tanto por el órgano gestor, como por la intervención⁶⁶. A esta comprobación no es óbice el hecho de que, en su caso, las prestaciones convenidas no estén sujetas a un acto formal de recepción, bastando una certificación acreditativa del cumplimiento de lo convenido⁶⁷, pues es menester recordar que, según el artículo 150.2.b de la LGP, el ejercicio de la función interventora comprende la comprobación de la inversión. Por lo demás, el hecho de que no se requiera un acto formal de recepción no es óbice a que

63 Contrasta esta doctrina jurisprudencial con alguna posición doctrinal que, también durante la vigencia de la Ley de Contratos del Estado de 1963, defendía la aplicación del *ius variandi*, así como de otras prerrogativas aplicables en materia contractual, a los convenios de colaboración. Esta opinión encontraba su fundamento en que, según la modificación operada en la citada ley contractual por la Ley de 17 de marzo de 1973, los convenios de colaboración con particulares tenían por objeto el fomento de la realización de actividades económicas privadas de interés público y se les aplicaba como norma supletoria de primer grado las reglas sobre preparación, adjudicación y efectos del contrato de gestión de servicios públicos, de modo que la construcción interpretativa en el sentido indicado se apoyaba en la analogía de las citadas actividades con las formas de gestión de los servicios públicos y en la mencionada supletoriedad, llegándose a la aplicación de los preceptos correspondientes de la Ley contractual vigente a la sazón por la vía de la interpretación analógica y de la integración supletoria (Ver BASSOLS COMA, MARTÍN: “Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público”, en *Revista de Administración Pública* nº 82, 1977, págs. 201-104).

64 Por lo que se refiere a los convenios interadministrativos y la imposibilidad de incluir en ellos cláusulas exorbitantes, ver, por ejemplo, GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, FRANCISCO: *ob. cit.*, pág. 1231; LLISSET BORRELL, FRANCISCO: “Los convenios interadministrativos de los entes locales”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 67, 1990, págs. 389-390, 395 y 399-400; SANTIAGO IGLESIAS, DIANA: “Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos”, *cit.*, pág. 623; MARTÍN HUERTA, PABLO: *ob. cit.*, págs. 241-248, con cita de otros autores.

65 TOSCANO GIL, FRANCISCO: *ob. cit.*, pág. 3.

66 Ver en este sentido la *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas*, *cit.*, pág. 39.

67 Así se pronunció en su momento la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 42/98, de 16-12-1998), con fundamento en que, si bien, en virtud de lo previsto en la Ley de Contratos de la Administración Pública, habían de aplicarse los principios de dicha ley para resolver las dudas y lagunas que podían presentarse, la aplicación de principios es muy distinta de la aplicación concreta de preceptos, de modo que en los convenios no se requiere un acto formal y positivo de recepción o conformidad, como exigía para los contratos el precepto correspondiente de la citada ley, siendo suficiente la expedición de un certificado acreditativo del cumplimiento de lo convenido, ya que con ello se aplicaban los principios de la referida ley.

sea necesario al menos un acto formal de conformidad con la ejecución de lo convenido, en el que conste que la actividad se ha desarrollado a satisfacción de los intervinientes⁶⁸.

4.6. Extinción

Por último, también habrán de ser objeto de fiscalización los aspectos relacionados con la extinción de los convenios, ya sea por cumplimiento de las actuaciones convenidas, ya por resolución, y específicamente las correspondientes operaciones liquidatorias, teniendo especialmente en cuenta las reglas recogidas en los artículos 51 y 52 de la LRJSP.

5. EPÍLOGO

Como se ha señalado, la regulación recogida en la LCSP constituye la culminación de una evolución hacia la configuración unitaria de la figura del convenio y su distinción respecto de la figura del contrato⁶⁹. Sin embargo, en una suerte de paradoja, al llegar a este punto surge una crítica doctrinal que pone en solfa la distinción entre convenios y contratos. Se sostiene, en este sentido, con referencia específica a los convenios interadministrativos, que “los convenios jurídicamente vinculantes (que son los únicos que merecen esta denominación, de acuerdo con el artículo 47.1, párrafo 2º, de la Ley 40/2015, y los únicos que pueden plantear problemas de delimitación con la legislación de contratos públicos) son auténticos contratos”. Y se añade que “otra cosa es que estos contratos no estén sometidos a la legislación de contratos públicos, porque en realidad ésta es una legislación de compras a particulares, y los convenios interadministrativos son otra cosa”⁷⁰.

En este contexto, la regulación del instrumento convencional recogida en la LRJSP y en la LCSP se contempla en sentido crítico, pues se considera que se corresponde con la situación provocada por la STJUE de 13 de enero de 2005, sin tener en cuenta el cambio operado en el Derecho comunitario por la jurisprudencia surgida tras la STJUE de 9 de

68 Ver, en este sentido, PASCUAL GARCÍA, JOSÉ: *Convenios de colaboración entre Administraciones Públicas y convenios con administrados*, cit., págs. 172-173.

69 No obstante, según alguna opinión, esta regulación adolece de “un cierto sesgo contrario a la figura (del convenio) que se somete a limitaciones y controles importantes” (GARCÍA LUENGO, JAVIER: “Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Los principios de la potestad sancionadora, la responsabilidad administrativa y el nuevo régimen de los convenios administrativos”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 63, 2016, pág. 25).

70 HUERGO LORA, ALEJANDRO: *ob. cit.*, págs. 16-17.

junio de 2009 (asunto C-480/06, Comisión contra Alemania) y reflejada en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, de la que se desprende la admisión de convenios cuyo objeto coincida con el de los contratos⁷¹, siempre que se reúnan ciertas condiciones⁷² y, consecuentemente, la utilización alternativa de unos y de otros. En consonancia con ello, se opina que la regulación de los convenios interadministrativos contemplada en la LRJSP y en la LCSP no es conforme con la directiva citada y con la jurisprudencia del TJUE que aquella incorpora⁷³.

Si esto fuera así, podría ser necesario modificar una vez más, en un nuevo capítulo de una historia que se antoja interminable, la legislación sobre convenios. Por ello, el epílogo con que finalizo podría, paradójicamente, convertirse en un prólogo.

71 HUERGO LORA, ALEJANDRO: *ibid.*, págs. 13-14, con cita de sentencias posteriores del TJUE.

72 En tal sentido, ver VILALTA REXACH, MARC: *ob. cit.*, págs. 108-109. Estas condiciones son las que están recogidas en el art. 6.1 de la LCSP.

73 HUERGO LORA, ALEJANDRO: *ob. cit.*, págs. 14-16.

Bibliografía

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch:

- “Los convenios de colaboración”, en Anuario Jurídico de La Rioja nº 8, 2002.
- “Los convenios entre Comunidades Autónomas”, en Documentación Administrativa nº 240, 1994.

ÁVILA ORIVE, José Luis: “Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”. Madrid, Civitas, 2002.

BASSOLS COMA, Martín: “Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público”, en Revista de Administración Pública nº 82, 1977.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: “Los convenios”, en GAMERO CASADO, Eduardo (dir.) y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, y VALERO TORRIJOS, Julián (coords.): Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

COLÁS TENAS, Jesús: “Encomiendas de gestión, encargos y convenios en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”, en Cuadernos de Derecho Local nº 41, 2016.

FERNÁNDEZ AJENJO, José Antonio, y JIMÉNEZ VACAS, José Joaquín: “La fiscalización de los convenios de colaboración por los OCEX y por el Tribunal de Cuentas, como antecedente de la reforma de la LRJSP de 2015”, en Auditoría Pública nº 68, 2016.

FERNÁNDEZ RUIZ, Pablo: “Los convenios de colaboración”, en Estudios Jurídicos, 2012.

GALÁN DEL FRESNO, José Manuel: “Los convenios de colaboración en la Ley de Contratos del Sector Público”, en Contratación Administrativa Práctica nº 86, 2009.

GÁLVEZ, Francisco Javier: “Nulidad del convenio celebrado entre dos Ministerios y legitimación para recurrir. Sentencia de la Audiencia Nacional, de 26 de noviembre de 1978”, en Revista Española de Derecho Administrativo nº 21, 1979.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco: “Los convenios administrativos y otras relaciones excluidas de la legislación de contratos de la Administración”, en *Actualidad Administrativa* nº 45, 2000.

GARCÍA LUENGO, Javier: “Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Los principios de la potestad sancionadora, la responsabilidad administrativa y el nuevo régimen de los convenios administrativos”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 63, 2016.

GARCÍA MORALES, María Jesús: “Los convenios de colaboración en el Estado Autonómico: balance de la actividad convencional y su régimen jurídico”, en *VV.AA.: Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, vol. 2. Madrid, Cortes Generales, 2008.

GARCÍA RUBIO, Fernando: “Procedimiento de suscripción de convenios interadministrativos”, en *Actualidad Administrativa* nº 11, 2007.

GÓMEZ ZAMORA, Leopoldo J.: “Artículo 6”, en *RECUERDA GIRELA*, Miguel Ángel (dir.): *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor, Thomson Reuters Civitas, 2018.

HUERGO LORA, Alejandro: “Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* nº 8, 2017.

JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio: “Convenios de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, en *Documentación Administrativa* nº 240, 1994.

LLISET BORRELL, Francisco: “Los convenios interadministrativos de los entes locales”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 67, 1990.

MARTÍN HUERTA, Pablo: “Los convenios interadministrativos”. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2000.

MARTÍNEZ MENÉNDEZ, Juan Antonio: “La fiscalización de los convenios”, en *Cuenta con la IGAE* nº 12, 2005.

MENDIOLA, Rubén: “La inadecuada utilización de los convenios”, en Auditoría Pública nº 13-14, 1998.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel: “Encomiendas de gestión y convenios”, en Cuadernos de Derecho Local nº 41, 2016.

MOREO MARROIG, Teresa: “Los convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio”, en Auditoría Pública nº 50, 2010.

PANIZO GARCÍA, ANTONIO: “Régimen jurídico de los convenios de colaboración”, en La Ley, 1995, tomo IV. Las Rozas, La Ley, 1996.

PADRÓS REIG, Carlos: “La articulación del concepto de «colaboración» desde el punto de vista del ordenamiento administrativo”, en Revista Española de Derecho Administrativo nº 142, 2009.

PASCUAL GARCÍA, José:

- “Convenios de colaboración entre Administraciones Públicas y convenios con los administrados. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2012.
- “Convenios de colaboración y encargos a entes instrumentales a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público”, en Revista Española de Control Externo nº 28, 2008.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María:

“Los convenios entre Administraciones Públicas”. Madrid, Marcial Pons, 1997.

SANTIAGO IGLESIAS, Diana:

- “Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos”, en GAMERO CASADO, EDUARDO, y GALLEGÓ CÓRCOLES, ISABEL (dirs.): Tratado de contratos del Sector Público, tomo I. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- “Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las directivas de contratación al ordenamiento español”, en Revista General de Derecho Administrativo nº 38, 2015.

TOSCANO GIL, Alejandro:

“La nueva regulación de los convenios en la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público”, en Revista General de Derecho Administrativo nº 45, 2017.

VILALTA REXACH, Marc:

“Los convenios interadministrativos en el ordenamiento jurídico español desde un punto de vista contractual”, en Revista Digital de Derecho Administrativo nº 15, 2016.

LA FISCALIZACIÓN DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS

Pedro de Vega Blázquez

*Subdirector Jefe de la Asesoría Jurídica del
Departamento del Área de Administración Económica del Estado del Tribunal de Cuentas*

1. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES PRELIMINARES ACERCA DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS

La primera consideración que debe realizarse al hablar de los encargos a medios propios en el contexto de unas jornadas relativas a la “nueva regulación de la contratación del sector público” ha de referirse al intento de clarificación de la naturaleza de esta figura llevado a cabo por 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), empezando por el cambio de su denominación, que había sido reclamado insistentemente, entre otros, por el Tribunal de Cuentas.

Como es sabido, estos encargos se venían articulando anteriormente como encomiendas de gestión. Así los calificó expresamente el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública al introducir en el entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) la exclusión de su ámbito de aplicación de “las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública” (letra l del art. 3.1 del TRLCAP). La posterior redacción de este artículo, dada por la Ley 42/2006, de 28 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, hizo que el TRLCAP pasara a referirse a “las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan”. Más adelante, la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, y su posterior texto refundido de 2011 (ambas en su artículo 4.1.n), dejaron de emplear la denominación de encomiendas de gestión para referirse a esta técnica como “negocio jurídico en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación”. Pero no existía una regulación sustantiva propia que definiera y disciplinara esta figura más allá de lo que disponían estos dos preceptos. Quedaron por tanto estos encargos encuadrados en la genérica categoría de los “negocios jurídicos”, diferenciados ya de las encomiendas de gestión administrativas, pero sin una denominación legal precisa ni un marco normativo de referencia claro, cuyo resultado fue que estos encargos siguieran denominándose en la práctica administrativa como encomiendas de gestión y fueran tramitados y formalizados de forma heterogénea: en ocasiones como si se tratara de

encomiendas administrativas o como encargos innominados asimilables a las encomiendas, en otras, como si fueran convenios de colaboración, y en otras, como auténticos contratos, pero, en cualquiera de los casos, al margen de la legislación reguladora de la contratación pública.

La nueva LCSP trata de dar solución a esta indefinición regulando los encargos a medios propios en sus artículos 31, 32 y 33, regulación que se complementa en el ámbito estatal con la contenida en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

No es objeto de esta ponencia la glosa pormenorizada de los preceptos mencionados y por ello me debo remitir a su lectura.

Pero si querría recordar que la LCSP configura los encargos a medios propios como una forma de gestión administrativa de cooperación pública vertical, en virtud de la cual las Administraciones Públicas y las entidades del sector público ordenan a sus entes dependientes que tengan la calificación jurídica de medio propio, la realización de prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria. Para ello, estos entes instrumentales deben disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social.

Como es sabido, estos encargos se realizan de forma directa y son de ejecución obligatoria para el medio propio, que debe atenerse a las instrucciones fijadas unilateralmente por quien realiza el encargo.

Una de las consecuencias más relevantes del empleo de esta fórmula es que, a pesar de que tienen por objeto suplir prestaciones de naturaleza contractual, estos encargos no tienen la consideración jurídica de contrato (para nuestro derecho interno) y, por tanto, quedan fuera de la disciplina de la Ley de Contratos del Sector Público.

En este contexto, me gustaría hacer especial hincapié en el hecho de que esta figura tiene su origen en las exigencias del Derecho Comunitario en materia de defensa del principio de libre competencia, perfiladas por la vía jurisprudencial a través de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (significativamente a partir de la conocida Sentencia de 18 de noviembre de 1999, C-107/98, asunto Teckal) en torno a los denominados contratos *in house providing* y consagrada en la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

El origen comunitario de la doctrina *in house*, de corte anglosajón, donde existen modelos de relación entre las Administraciones y sus entes dependientes muy distintos al nuestro, y su vinculación a la defensa de la competencia, así como su necesaria transposición a nuestro ordenamiento jurídico nacional, confiere a estos encargos una naturaleza singular, de carácter “cuasi bifronte”, que genera algunas distorsiones conceptuales, en ocasiones difíciles de explicar desde las categorías clásicas de nuestro Derecho Administrativo.

En efecto, desde la óptica del Derecho comunitario y del Derecho de la competencia nos encontramos ante auténticos contratos, puesto que, desde esa perspectiva, se trata de un negocio jurídico entre personas jurídicas diferenciadas, cuyo objeto, por definición, es, además, el característico de los contratos públicos. Así, la Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, cuando regula esta cuestión, se refiere textualmente en su artículo 12 a los “contratos públicos entre entidades del sector público” o a “contratos adjudicados por un poder adjudicador”.

Sin embargo, desde la perspectiva de nuestro Derecho administrativo interno, los encargos a medios propios constituyen una forma de ejecución directa de una prestación por parte de las entidades del sector público. No se trata de una relación contractual (cuyos caracteres definitorios principales, desde esta perspectiva, serían la igualdad de las partes y la autonomía de la voluntad) sino de una relación puramente interna en la que el medio propio debe obligatoriamente llevar a cabo el encargo realizado (no está sujeto a negociación), siguiendo las instrucciones unilaterales dictadas por el ordenante del encargo (en una posición de dependencia), a cambio de una compensación tarifaria (cuyo objeto no es la obtención de un beneficio, sino el de compensar el coste efectivo soportado por el medio propio para realizar las actividades objeto del encargo).

De esta suerte, una parte muy relevante de la regulación sustantiva de este instituto va a girar en torno a la definición y establecimiento de los requisitos necesarios para obtener la calificación de medio propio, por parte de los entes que han de realizar los encargos.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA FISCALIZACIÓN DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS

2.1. Los riesgos inherentes al empleo de los encargos a medios propios: ¿Por qué han de fiscalizarse?

El Tribunal de Cuentas ha mostrado un especial interés por la figura de los encargos a medios propios (anteriormente a la entrada en vigor de la LCSP, encomiendas de gestión de naturaleza contractual) llevando a cabo en los últimos años una actividad fiscalizadora singularmente intensa en este ámbito de la actividad administrativa. Concretamente, entre los años 2013 y 2017 fueron aprobados un total de 12 informes monográficos sobre esta cuestión, a los que han de sumarse otros 10 informes aprobados por los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas llevados a cabo en coordinación con el Tribunal de Cuentas. Fruto de esta intensa actividad fiscalizadora, fue aprobada por el Tribunal, y elevada a las Cortes Generales, una Moción sobre la necesidad de desarrollar un adecuado Marco Legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas. Además, estos encargos también han sido objeto de especial seguimiento por otros órganos de control y consultivos (como la Intervención General de la Administración del Estado, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, etc.).

La cuestión es: ¿Por qué estos encargos han suscitado este celo vigilante? ¿Por qué han de fiscalizarse?

La respuesta es que, si bien el recurso a los encargos a medios propios constituye una fórmula muy adecuada y eficaz para satisfacer determinadas necesidades singularmente especializadas o de difícil provisión a través del mercado, la experiencia ha demostrado que el empleo inadecuado de esta forma de gestión puede acarrear los siguientes riesgos relevantes:

- 1) **Riesgo de falseamiento de las reglas de la competencia.** Una sociedad mercantil pública, actuante libremente en el mercado, se vería en una clara posición de privilegio frente a sus competidoras si recibiera este tipo de encargos directos sin posibilidad de competencia alguna por parte de otras empresas. Como dice expresamente la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en sus considerandos *“Es preciso asegurar que la cooperación entre entidades públicas exentas no acabe falseando la competencia con respecto a los operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios*

privado en una posición de ventaja respecto de sus competidores". De ahí que para que estos encargos puedan quedar exonerados del cumplimiento de la legislación de contratos los medios propios llamados a ejecutarlos deban reunir unos requisitos muy restrictivos para no infringir las normas reguladoras de la competencia :

- ✓ que el poder adjudicador ejerza un control análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades (influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas);
- ✓ que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo (es decir, que no se sitúe en una posición de competencia en el mercado frente a otras empresas del sector);
- ✓ que la totalidad de su capital o patrimonio sea de titularidad o aportación pública;
- ✓ y que sea expresamente declarado como medio propio, con los requisitos que tanto la LCSP como la LRJSP exigen para ello.

Con todo ello, como dice la exposición de motivos de la LCSP, se *"han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia"*.

2) ***Riesgo de que los encargos se utilicen para eludir de forma fraudulenta la aplicación de la legislación de contratos*** utilizando al medio propio como intermediario para que este contrate con empresas privadas, a su vez, las prestaciones que le han sido encargadas, con una sujeción parcial y menos intensa a la legislación reguladora de la contratación pública. Con ello quien realiza el encargo obtiene a su favor:

- La eliminación de las cargas y costes de tramitación de los expedientes de contratación.
- La inmediatez en la obtención de las prestaciones.

En cambio, se producen serias debilidades que son las que constituyen los riesgos de gestión a vigilar:

- Aunque los contratos que celebren los medios propios estén sujetos a ciertos requisitos de publicidad y concurrencia en la fase de adjudicación (así lo exige el apartado 7 letra a) del artículo 32 de la LCSP), son mucho menos exigentes (cuando estos no son poderes adjudicadores y celebren contratos no sujetos a regulación armonizada) que los celebrados por los poderes adjudicadores.
 - En la fase de ejecución de los contratos quedan suprimidas las prerrogativas administrativas de interpretación de los contratos, de resolución de las dudas que ofrezca su cumplimiento, de modificación por razones de interés público, de declaración de la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, de suspensión de la ejecución del mismo, de resolución del contrato y determinación de los efectos de ésta y de ejercicio de las facultades de inspección.
- 3) ***Riesgo de utilización de los encargos como método de financiación*** irregular de estructuras organizativas paralelas o de actividades que debían haber sido financiadas mediante subvenciones, transferencias o articuladas mediante convenios.
- 4) ***Riesgo de actuación ineficiente y sin sujeción a control.*** Al no haber estado claramente definidos ni regulados sustantivamente hasta ahora, los encargos incurrían en el riesgo intrínseco de dar lugar a actuaciones administrativas generadoras de gasto no sujetas a un procedimiento ni a un control reglado específicos.
- 5) ***Riesgo de provocar la sustitución fáctica de los órganos administrativos en el ejercicio de su competencia y la pérdida de su control*** con otros riesgos asociados a ello, como la traslación del ejercicio de potestades administrativas a entidades y personas no habilitadas legalmente para ello o el de incurrir en casos de cesión ilegal de trabajadores.

2.2. Perspectivas subjetivas del ámbito de la fiscalización de los encargos a medios propios

El control de los encargos a medios propios puede desplegarse desde una doble perspectiva subjetiva.

- a) Una primera perspectiva es la que ofrece la fiscalización habitual de los organismos y entidades del sector público que tienen la consideración de medios propios: al fiscalizar la gestión de un medio propio, indirectamente se estará fiscalizando la ejecución de los encargos efectuados por su Administración o entidad matriz.
- b) La segunda perspectiva es la que presenta la fiscalización de la utilización por las Administraciones Públicas de sus medios propios analizando, de una parte, la fase de justificación y preparación de los encargos, y de otra, la fase de control y supervisión de su ejecución.

2.3. Perspectiva objetiva del alcance y ámbito de la fiscalización de los encargos a medios propios.

Desde el punto de vista objetivo, la fiscalización puede abordar el análisis de los aspectos formales y de procedimiento de la gestión de los encargos, pero también, y a mi juicio lo más interesante, los aspectos materiales sustantivos de los encargos.

2.3.1. La fiscalización de los aspectos formales de los encargos a medios propios

La fiscalización de los aspectos formales de los encargos debe incluir, al menos, los siguientes aspectos:

- Cumplimiento por parte del ente que recibe el encargo de los requisitos legales formalmente exigidos en el artículo 32.2 de la LCSP (y sus variantes contenidas en los artículos 32.4 y 33.2) para tener la consideración de medio propio:
- Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades.

- Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo. A este respecto señala expresamente la nueva LCSP que *“El cumplimiento efectivo de este requisito deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas”*.
 - Que la totalidad de su capital sea de titularidad o aportación pública.
 - Que la condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo esté expresamente reconocida en sus estatutos o actos de creación, con el cumplimiento de los requisitos que la tanto la LCSP como el artículo 86 de la LRJSP exigen para ello.
- Cumplimiento de las obligaciones legales de publicidad y transparencia establecidas en:
- El artículo 32.6, letras a) y b), de la LCSP, que disponen: *“a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo. b) El encargo deberá ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente en los supuestos previstos del artículo 63.6”* (precepto que dispone a su vez: *“6. La formalización de los encargos a medios propios cuyo importe fuera superior a 50.000 euros, serán objeto de publicación en el perfil de contratante. La información relativa a los encargos de importe superior a 5.000 euros deberá publicarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de encargos será, al menos, su objeto, duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, ordenándose los encargos por la identidad del medio propio”*).

- La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno que, en su artículo 8, establece que “se publicarán las encomiendas de gestión [esta referencia debe actualmente entenderse referida a los encargos a medios propios] que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma”.
- Cumplimiento de los requisitos del documento de formalización del encargo legalmente exigibles.
- Cumplimiento del resto de exigencias sobre competencia y procedimiento establecidas en el apartado 6 del artículo 32 de la LCSP.
- Cumplimiento de que la tarifa aplicada se encontraba previamente aprobada por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado y que ha sido adecuadamente aplicada.
- Cumplimiento de las exigencias propias de toda gestión de gasto establecidas en la Ley General Presupuestaria y sus disposiciones de desarrollo.

Se trata, en definitiva, de realizar un control de cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos a los medios propios para poder actuar como tales, así como de las normas de procedimiento aplicables.

2.3.2. La fiscalización de los aspectos materiales sustantivos de los encargos.

Con independencia del análisis formal al que acabo de referirme, entiendo que la adecuada fiscalización de los encargos a medios propios, además de exigir un análisis crítico de la información documental disponible, aconseja adentrarse en el contenido real del encargo analizando su ejecución material.

Dado el ámbito temporal limitado de esta ponencia he seleccionado los siguientes aspectos que considero más importantes a tener en cuenta desde esta perspectiva material:

a) El análisis del alcance y contenido de los aspectos formales exigibles a los encargos a medios propios

Con respecto a los aspectos formales del encargo, el apartado 6, letra b) del artículo 32 de la LCSP indica lo siguiente: *“Los encargos (...) no tendrán la consideración jurídica de contrato, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas: (...) b) El encargo deberá ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente (... documento que) establecerá el plazo de duración del encargo”*.

La exigencia de formalización del encargo, que parece elemental, debe, sin embargo considerarse un avance con respecto a la situación anterior a la LCSP de 2017 toda vez que, en muchos casos, no existía tal documento de formalización y los órganos que realizaban los encargos se remitían a la orden de inicio de los trabajos dada al medio propio (en muchas ocasiones con carácter informal).

Es relevante a estos efectos traer a colación el Dictamen del Consejo de Estado nº 191/2013, de 14 de marzo, que mantenía la siguiente tesis:

*“La notificación o comunicación del encargo al ente instrumental que lo debe cumplir determina el momento en que el encargo despliega sus efectos, **sin que sea necesaria la formalización ni publicación de ningún convenio o acuerdo entre la entidad que efectúa el encargo y la entidad destinataria de este**. Desde este punto de vista, la carta del Director General de [...] a [el medio propio] (“te ruego que des las instrucciones oportunas para que comiencen los trabajos”), no deja de ser una orden que [el medio propio] estaba obligada a cumplir”*.

Esta previsión relativa a la orden de inicio del encargo, que puede tener sentido desde la óptica del medio propio, resulta, a mi juicio, a todas luces insuficiente desde la perspectiva del órgano que realiza el encargo.

En efecto, parece indiscutible que junto a la orden de inicio que vincula al medio propio, el encargo debe ser formalizado (previsión que ahora ha recogido expresamente la LCSP), y más allá de contener someramente la duración del encargo, parece necesario que además se forme un expediente que incorpore, cuando menos, las especificaciones técnicas del encargo (pliego técnico), el informe del servicio jurídico, las previsiones expresas sobre subcontratación y los mecanismos específicos de supervisión y control de la ejecución de los encargos, así como **un informe justificativo de las necesidades a**

cubrir, ya que esta es la única manera de poder controlar (tanto por parte del órgano que realiza el encargo, como por parte de los órganos de control interno y externo) que el encargo se cumple en el sentido ordenado. Esta es, a mi juicio, una cuestión que debe ser objeto de verificación en cualquier fiscalización sobre este tipo de encargos.

Pero además, deberá comprobarse que la comunicación del encargo y su orden de inicio se da una vez terminada la tramitación de la fase preparatoria del encargo, cuando ya se haya realizado el examen y justificación de las necesidades a cubrir, se hayan establecido las directrices técnicas de ejecución y se haya tramitado el correspondiente expediente de gasto; secuencia lógica y cronológica que, en la práctica, no siempre se respeta.

En este contexto, el Tribunal de Cuentas ha venido dando una importancia relevante a la justificación del empleo del encargo a medios propios y su control.

b) La fiscalización de la justificación del empleo del encargo a medios propios

Como hace 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 el 22 de diciembre de 2016 por el Tribunal de Cuentas, conviene recordar desde un principio que el artículo 8 de la LRJSP dispone que ***“La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en esta u otras leyes”***.

El carácter irrenunciable de la competencia no implica sin embargo que los órganos titulares de la misma no puedan acudir al empleo de medios externos (ya pertenezcan estos al sector privado o al sector público) que auxilien o coadyuven al ejercicio de dicha competencia, porque la ley les habilita para ello.

En estos casos, las administraciones públicas deben escoger la opción organizativa más adecuada para la ejecución de las actividades materiales necesarias en el ejercicio de su competencia y esta capacidad de elección es expresión de su poder de auto-organización. Pero esta elección no es neutra, puesto que lleva aparejada un gasto público y, además, tendrá importantes repercusiones sobre el régimen jurídico aplicable en cada caso.

Por ello, de igual forma que cuando se celebra un convenio de colaboración o se contrata una prestación deben justificarse las necesidades del convenio o de la

contratación, cuando se encargue ese mismo tipo de prestación a un medio propio deberá asimismo justificarse la necesidad del encargo y del gasto que lleva aparejado.

La LCSP no dice nada a este respecto pero hay que recordar que esta exigencia de motivación tiene una doble función garantizadora:

- a) En primer término, constituye una garantía de que el encargo va a contribuir efectivamente al cumplimiento de los fines institucionales del órgano o la entidad que lo promueve, y con ello, a servir con objetividad los intereses generales, que es el mandato constitucional al que están vinculadas las AAPP y sus órganos (artículo 103 de la Constitución).
- b) En segundo lugar, constituye un mecanismo de garantía de eficiencia en la utilización de los fondos públicos ya que solo a la luz de esta motivación podrá examinarse adecuadamente la eficacia y eficiencia de la decisión.

A este respecto, en las fiscalizaciones realizadas por el Tribunal de Cuentas se ha observado que, con carácter general, figuran en los expedientes documentos que formalmente cubren esta exigencia.

Sin embargo, esta justificación consiste con carácter general en el mero enunciado, puramente declarativo, de circunstancias o situaciones que en los expedientes no suelen quedar suficientemente acreditadas, al no estar documentadas mediante los correspondientes informes o estudios.

Además, la justificación de las necesidades a cubrir no debe limitarse a repetir de modo más o menos enfático el objeto del encargo sino que habrá de indicar la extensión y alcance de las necesidades que pretenden cubrirse con el encargo, la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas y la necesidad, en última instancia, de la inversión de fondos públicos que conllevan.

En definitiva, debe explicarse “por qué” es necesario realizar el encargo con el gasto que lleva asociado.

Llegados a este punto debemos necesariamente plantearnos si, además de lo anterior, es necesario que se justifique igualmente el recurso al encargo al medio propio frente a la opción de la licitación pública. Es esta una cuestión controvertida y discutible, que someto a su consideración.

Mi opinión es que así se haga, por las razones y con el alcance y los matices que paso a exponer.

De la experiencia fiscalizadora sobre esta materia cabe observar algunas prácticas llamativas pero habituales:

- Una misma prestación es suplida por un mismo órgano a lo largo del tiempo, en unas ocasiones mediante encargos a medios propios, y en otras mediante licitación pública.
- Una misma prestación es suplida, dentro de un mismo ámbito administrativo y en un mismo ejercicio, por unos órganos mediante encargos a medios propios, y por otros mediante licitación.
- Con frecuencia se observan encargos realizados a medios propios con un objeto social llamativamente alejado del objeto del encargo.
- Otras veces se observa lo que el propio Tribunal ha calificado como el empleo de *“medios para todo”* que, con independencia de la especialización de su objeto social, reciben encargos para llevar a cabo prestaciones de todo tipo, que cuentan en el mercado con una abundante y cualificada oferta (encargos para la realización de obras en edificios públicos, reformas de sus instalaciones eléctricas, desarrollo de aplicaciones informáticas generalistas, limpieza de oficinas, etc...).

Pues bien, ante esta realidad, mi opinión es la siguiente:

Cuando el objeto del encargo sea de dudoso o difícil encaje en el objeto social del medio propio (si quedara manifiestamente fuera de él a mi juicio podría ser considerado nulo) será exigible un mayor esfuerzo justificativo del recurso a este medio en lugar de a otro más idóneo (si lo hubiere), o al mercado a través de la licitación pública, exigencia que habrá de extremarse cuando se observe que se trata de prestaciones para las que el mercado ofrece una alternativa clara, viable y económicamente competitiva.

Si, en estos casos, no se explican de modo convincente las razones del recurso al encargo frente a la licitación, habrá que concluir –desde el punto de vista de los órganos de control- que el recurso al encargo fue inadecuado.

En cambio, cuando el objeto del encargo encaje sin mayores problemas dentro del objeto social del medio propio seleccionado, la mera puesta en razón de esta circunstancia resulta, a mi modo de ver, suficiente. Este es, por otra parte, el escenario teórico más ajustado a la naturaleza y regulación de los encargos a medios propios y es por ello el que menos esfuerzo justificativo requeriría.

Pero estas reflexiones conducen necesariamente, a mi juicio, al siguiente corolario que afecta a la fiscalización de los contratos públicos: cuando se fiscalice la contratación celebrada por una administración o una entidad que cuente con medios propios especializados en determinadas áreas de actuación, habrá que analizar si entre los contratos celebrados los hay con objetos clara y directamente vinculados al objeto social de los medios propios, o coincidentes con sus fines y funciones estatutariamente asignados. Si ello es así, la justificación de la necesidad de la contratación (nos situamos ahora, insisto, en el ámbito de la fiscalización de contratos) deberá incluir una explicación motivada de las razones por las que se acude a la licitación, y no al medio propio que, por definición, está creado con esa finalidad, está especializado en la ejecución de dichas prestaciones y, también por definición, resulta más eficiente que la contratación. En efecto, no debe olvidarse que el artículo 86 de la LRJSP establece como requisito para el reconocimiento de un ente como medio propio el de ser **“una opción más eficiente que la contratación pública”**.

c) El análisis del objeto del encargo

La razón de ser del recurso a los encargos a medios propios no es otra que la de dar una respuesta eficaz y eficiente a determinadas necesidades puntuales atendiendo a criterios relacionados con la especialidad, la complejidad y el carácter técnico de las prestaciones a realizar, a las que pueden dar respuesta los entes instrumentales especialmente habilitados para ello. Por ello el uso característico y adecuado de esta figura es la realización de actividades de carácter técnico o material que tienen carácter preciso y que se plasman en un resultado concreto.

De ahí, en primer lugar, la importancia de analizar la adecuación del objeto del encargo al objeto social del ente ejecutor, a lo que antes nos hemos referido.

Pero además, la experiencia fiscalizadora nos demuestra que de manera muy generalizada el recurso a los encargos ha tenido como objeto la satisfacción de necesidades de carácter permanente, derivadas de la existencia de déficits estructurales de plantilla, a través de la aportación de los medios personales necesarios para ello.

Se trata de encargos de actividad (no de resultado), de carácter estructural, reiterados en el tiempo, que **no** responden al carácter concreto y específico que deberían tener estos encargos y que, sin embargo, son en la práctica muy frecuentes.

Dado el carácter excepcional que tiene la aplicación de la doctrina *“in house providing”* por parte del TJUE, no cabe que un poder adjudicador se provea de apoyo para la mayoría de las actividades que realiza a través de un medio propio, sino que ha de utilizarlo únicamente para aspectos determinados.

Por ello habrá de prestarse una especial atención a los encargos cuyo objeto sea excesivamente genérico o vinculado directamente al ejercicio de la competencia de los órganos administrativos.

Este tipo de encargos suele consistir en una efectiva puesta a disposición de trabajadores por parte del medio propio en favor de la Administración que realiza el encargo (trabajos tarifados por horas en función de las categorías profesionales requeridas) debido a la propia naturaleza de los trabajos a realizar y su carácter permanente o reiterado, generando un evidente riesgo de que puedan producirse casos de cesión ilegal de trabajadores.

Esta circunstancia, unida al carácter recurrente de estos encargos y a la carencia de recursos humanos propios, puede llegar a suponer para algunas unidades administrativas, una fuerte dependencia de los medios instrumentales y la pérdida del control de su propia actividad hasta el punto de que su operatividad se vería seriamente comprometida si se prescindiera de este recurso, **e incluso derivar en la sustitución fáctica del órgano en el ejercicio de sus tareas propias por el ente instrumental.**

Una cosa es coadyuvar al ejercicio de la competencia y otra muy distinta alterar de facto la titularidad de dicha competencia. Los encargos tienen pleno sentido para suplir necesidades técnicas especializadas y concretas. Pero no lo tienen cuando se emplean para solucionar problemas estructurales de falta de personal.

Estas circunstancias, difícilmente compatibles con la esencia de la figura de los encargos a medios propios, devienen en claramente contrarias al ordenamiento jurídico, como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Cuentas en sus informes, cuando el encargo incluya la realización de actividades que llevan aparejado el ejercicio de potestades públicas que, por ley, se encuentran reservadas a los órganos administrativos y a los funcionarios públicos.

d) El control de la subcontratación de los trabajos encomendados a los medios propios

De acuerdo con el artículo 86 de la LRJSP, para que una entidad pueda tener la consideración de medio propio, es requisito sine qua non que *“disponga de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social”*. Ese y no otro es el sentido de su existencia.

Resulta en consecuencia necesario, como requisito habilitante del recurso a un concreto medio propio para llevar a cabo un encargo en los términos de los artículos 32 y siguientes de la LCSP, el de su idoneidad para ejecutarlo, lo que significa ante todo que debe disponer del personal y los medios materiales y técnicos necesarios para hacerlo por sí mismo.

Sin embargo, es frecuente el recurso a la contratación (o subcontratación, desde el punto de vista del órgano o entidad que realiza el encargo) por parte de los entes instrumentales para ejecutar parte o incluso la totalidad de las prestaciones objeto de los encargos encomendados, lo que puede poner en cuestión la razón de ser del encargo. Propician esta situación al menos dos circunstancias:

- La primera, y principal, es que hasta la entrada en vigor de la LCSP, no había establecido expresamente por ley un límite general común a la subcontratación para la ejecución de los encargos, si bien existían previsiones singularmente establecidas para concretos medios propios. La LCSP ha tratado de paliar parcialmente esta situación fijando como límite general a esta subcontratación el 50 por ciento de la cuantía del encargo. Sin embargo, unos meses después de su entrada en vigor, la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018 ha venido, en su disposición final 44ª, a modificar la LCSP dando nueva redacción al apartado 7 del artículo 32, que regula esta cuestión, eximiendo de este límite a la contratación de prestaciones auxiliares y, sobre todo, eximiendo también a los contratos que celebren los medios propios en ejecución de encargos para la prestación de servicios informáticos y tecnológicos, así como -excepcionalmente según indica la Ley- a aquellos en los que el encargo se base en razones de urgencia, de seguridad, y en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma. Con ello se abre, a mi juicio, la posibilidad para que de facto los medios propios puedan subcontratar sin límite la mayor parte de las prestaciones que les sean encargadas.

- La segunda circunstancia propiciatoria, que se suma a la anterior agravándola, es que los órganos que realizan los encargos no suelen adoptar previsiones suficientes ni llevar a cabo controles específicos que permitan conocer el grado y el alcance de la subcontratación efectivamente realizada por los medios propios para ejecutar la prestación, o incluso para saber si dicha subcontratación ha tenido lugar o no.

La contratación de prestaciones por parte de los medios propios para la ejecución de los encargos debe vigilarse con singular atención ya que un medio propio lo es precisamente, como ya se ha dicho, porque goza de los instrumentos necesarios para llevar a cabo por sí mismo los encargos que se le encomienden, y el recurso a un medio propio que no cuente con dichos medios podría suponer un fraude a la legislación de contratos públicos. Esta posibilidad se incrementa con las excepciones a los límites de la subcontratación introducidas en la LCSP por la Ley 6/2018, de 3 de julio.

El riesgo derivado de esta situación consiste, como ya se ha anticipado al comienzo, en que un poder adjudicador puede realizar el encargo a un ente instrumental y este, a su vez, acudir a la contratación de las prestaciones encargadas, sin aplicar la legislación reguladora de la contratación pública con la misma extensión y rigurosidad que la prevista para el caso de que los poderes adjudicadores hubieran actuado directamente como órganos de contratación, y a mayor abundamiento cuando el ordenante del encargo tiene la consideración de Administración Pública a los efectos de la LCSP y el medio propio es una entidad sujeta al Derecho privado, como sucede de manera habitual. El medio propio actuaría en estos supuestos como una mera entidad intermediaria con cuyo concurso se habilitaría un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías para el interés público, al sustituir un eventual contrato administrativo (si lo hubiera celebrado directamente la administración) por uno privado (celebrado por un ente instrumental sujeto a derecho privado), pudiendo incurrir, como se ha señalado en un fraude a la legislación de contratos públicos.

En cualquier caso, el Tribunal de Cuentas considera en sus informes que para que la subcontratación sea posible dentro de los límites legales establecidos, debe necesariamente estar expresamente contemplada en los pliegos de prescripciones reguladoras del encargo, aunque la LCSP no dice nada a este respecto. Puesto que los encargos a medios propios son de obligada ejecución para ellos y están sujetos a las instrucciones fijadas unilateralmente por el ordenante, el recurso a la subcontratación no puede ser de libre disposición por parte del medio propio y debe ser, a mi modo de

ver, comunicado y, en su caso, autorizado por el poder adjudicador que lo encarga, que es a quien corresponde dictar las instrucciones oportunas para su adecuada ejecución de forma unilateral.

Por último, en el caso de que se produzca subcontratación en los términos antes expuestos, habrá que verificar que la misma se ha llevado a cabo de conformidad con lo prescrito por el apartado 7 el artículo 32 de la LCSP.

Con carácter general debe vigilarse que los órganos y entidades ordenantes de los encargos aseguren en los pliegos que hayan de regir la ejecución de los encargos (o en el documento de formalización) los medios necesarios para conservar el poder de vigilancia y decisión sobre las vicisitudes que puedan sobrevenir en el curso de su ejecución. Con mayor razón, esta vigilancia debe reforzarse cuando se contemple la posibilidad de subcontratar parte de las prestaciones.

Este tipo de previsiones no suele ser habitual y ello conduce, en la práctica, a la pérdida del control de la ejecución del encargo por parte del órgano o la entidad que lo ordena, fenómeno que se acentúa cuando se produce una descontrolada sucesión y superposición de negocios jurídicos en cascada.

e) El control de la adecuada aplicación de la tarifa

Por último habrá que verificar no solo el cumplimiento formal de que la tarifa aplicada se encontraba previamente aprobada por la entidad pública de la que depende el medio propio sino que esta ha sido adecuadamente aplicada y que atiende al coste real de realización de las unidades producidas, tal y como pide el artículo 32.2.a), inciso final, de la LCSP. En el caso de que haya existido subcontratación por parte del medio propio, la facturación de estas prestaciones habrá de atender al coste efectivo soportado por el medio propio si el coste es inferior al resultante de aplicar las tarifas. A mi juicio, si el coste de la subcontratación fuera superior al resultante de aplicar las tarifas, no podrá ser facturado, y por tanto, el medio propio debería asumir ese sobrecoste a su cargo.

**LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS MINISTERIOS
CON ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTRATACIÓN
EN EL MINISTERIO DE JUSTICIA**

Antonio Dorado Picón

*Letrado
de la Administración de Justicia*

1. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La normativa sobre contratación pública es, comparativamente hablando, una disciplina relativamente reciente. En España, podemos considerar comúnmente aceptado que la primera regulación general de contratos públicos apareció en el año 1963, con la aprobación de la Ley de Bases de Contratos del Estado, cuyo texto articulado fue publicado dieciséis meses después. Hasta entonces, la “materia de contratos” sencillamente no existía, más allá de algunas normas dispersas como el Pliego de Condiciones Generales para los contratos de obras públicas de 1903 o el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1952.

Sin embargo, parece que una vez que arrancaron, el legislador quería recuperar el tiempo perdido y desde entonces han sido innumerables las modificaciones que ha experimentado la normativa sobre contratos. Hace ya cinco años que tuve ocasión de leer un artículo de uno de los más reconocidos administrativistas de España, D. Juan Alfonso Santamaría Pastor, que directamente llevaba por título “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”; en el que ponía de manifiesto la escasa duración de las normas sobre contratos, y señalaba cuatro bloques fundamentales:

- El bloque inicial, en los años 60, constituido por el antes citado texto articulado de 1965 y sus dos sucesivos Reglamentos, de 1967 (Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre) y de 1975 (Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre);
- Un segundo bloque en los años noventa, motivado por la imperativa incorporación de la normativa comunitaria, e integrado por la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas y su Reglamento parcial, aprobado por Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo;
- Un tercer bloque de comienzo del milenio, constituido por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) y su Reglamento (esta vez general) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; uno y otro texto, impulsados por la profunda reforma que la Ley de 1995 sufrió en 1999, entre otras modificaciones;

- Y, finalmente, el bloque hasta ahora vigente, iniciado con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y culminado con la refundición hecha por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.
- A la vista de esta estructura, parece claro que la normativa sobre contratos no puede presumir de cumplir los requisitos que predicaba García de Enterría, para quien las leyes que se aprueban deben gozar de simplicidad, innovación y vocación de permanencia en el tiempo.

2. EL MARCO DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Siguiendo la línea argumental de Santamaría Pastor, podríamos hablar de que con la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), se abre un quinto bloque que esperemos que pueda conseguir que la reforma deje de ser “constante e interminable”.

La nueva ley, es el resultado de la incorporación del Derecho Comunitario mediante la trasposición de las Directivas 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; así como la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Pero, además de trasponer la normativa europea, actualiza y modifica los contenidos de la anterior normativa en materia de contratación pública, derogando el 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.

En el plano objetivo, en lo que hace referencia a la tipología de los contratos (obras, suministros, servicios, concesiones, etc.) la ley no ofrece novedades respecto a la normativa anterior. Sin embargo, si se modifican muchos de los aspectos adjetivos de estos contratos.

2.1. Principios de la contratación pública

La reforma se base en adoptar como generales una serie de principios de la contratación pública, básicamente cinco:

- Como principio general, la libertad de acceso a las licitaciones.
- Como requisito previo para conseguir el anterior, la publicidad y transparencia de las convocatorias y de los procesos de contratación.
- El principio de no discriminación en la contratación.
- El principio de eficiencia en la utilización de los fondos públicos, para conseguir así que se mejore la “relación calidad precio” en la contratación.
- Y por último, favorecer el acceso de la pequeña y mediana empresa a los contratos.

Junto a estos principios generales, la nueva Ley incorpora otros principios, como la lucha contra la corrupción o evitar la alteración de las condiciones de libre competencia en el mercado (art. 69 LCSP).

2.2. Simplificación y reducción de cargas administrativas

Otro de los objetivos abiertamente reconocido por la Ley, es reducir la burocracia y las cargas administrativas, lo que en la terminología de las instituciones europeas se conoce como *administrative burdens*.

En la persecución de este objetivo, los contratos menores ven reducida su cuantía respecto a la anterior ley por año y contratista, desde los 18.000 a los 15.000 € para servicios y suministros.

En este mismo sentido, en lo que hace referencia a los procedimientos de licitación y adjudicación, la ley incorpora uno nuevo bajo la denominación de “abierto simplificado” (artículo 159 LCSP), con el que se persigue aligerar las cargas administrativas y su simplificación. Este procedimiento incorpora una modalidad más sumaria de tramitación y publicidad para los contratos de obras inferiores a 80.000 € o de suministros y servicios inferiores a 35.000 €, IVA excluido.

No obstante, cabe plantearse si todas las medidas adoptadas bajo el paraguas de la reducción de cargas administrativas van a contribuir a la simplificación de los procesos. Por ejemplo, el recurso especial en materia de contratación, de naturaleza

administrativa, ve ampliado su objeto, lo que podría incitar a los licitadores a usarlo para ralentizar o bloquear la tramitación de algunos procesos, lo cual puede convertirse en una medida que no redundo precisamente en fomentar la rapidez y agilidad en la tramitación de los procedimientos.

De hecho, en una primera lectura, la estructura de la Ley no invita a pensar en la simplificación de los procesos: tiene 347 artículos, 53 disposiciones adicionales, 5 transitorias, 1 derogatoria, 16 finales y 6 anexos. Además, hay artículos con una extensión que abarca varias páginas del BOE. Por otra parte, la Ley resulta en exceso prolija y minuciosa en los aspectos procedimentales, convirtiéndose a sí misma en su propio Reglamento de desarrollo. Circunstancias todas estas que no contribuyen a disminuir la carga burocrática y de gestión y mucho menos para las PYMES, que se ven obligadas a contratar asesores o apoyo externo para poder licitar.

2.3. Criterios de adjudicación

En lo que respecta a los criterios de adjudicación, el principio de la oferta económica más ventajosa es sustituido por los conceptos de mejor relación calidad-precio o el de coste-eficacia. Cuando existen varios criterios de adjudicación se debe dar preferencia a los de medida o calificación objetiva. En definitiva se persigue el objetivo de la calidad.

Otro cambio significativo es la división en lotes, que se impone siempre que la naturaleza del contrato lo permita. La elusión de la división en lotes deberá motivarse en el expediente por el órgano de contratación.

2.4. Aspectos sociales y medioambientales

También como novedad, la Ley incorpora de forma transversal y preceptiva determinados criterios sociales y medioambientales con una señalada influencia en los criterios de adjudicación.

Su incorporación es consecuencia de la evolución del acervo comunitario y la inclusión de las denominadas “Directivas de cuarta generación”, con el objetivo de profundizar en una contratación socialmente más responsable, que incorpore en los procedimientos de contratación objetivos específicos de política social, como fomentar la estabilidad y calidad en el empleo, la promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, la responsabilidad social de las empresas, las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, la inserción de personas discapacitadas, etc.

Se trata de un paquete de medidas que se incluyen como objetivos del Estado en lo que se ha denominado como “contratación estratégica”, que permite implementar con la contratación pública las políticas públicas en áreas públicas esenciales, mediante la inclusión de cláusulas sociales o bien mediante el establecimiento de criterios de adjudicación al efecto.

La Comisión Europea, en la guía de Adquisiciones Sociales, define la contratación pública socialmente responsable como “las operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social, igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la Responsabilidad Social Empresarial, a la vez que se respetan los principios consagrados en el tratado de la Unión Europea y las Directivas de contratación”.

Para dar cumplimiento a estas finalidades, tal y como indica la Exposición de Motivos de la Ley, “se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Estas consideraciones 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 a celebrar. 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”.

3. LOS CONTRATOS EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Como no podría ser de otra manera, la Administración de Justicia queda incorporada plenamente dentro del ámbito de la nueva ley de contratos. La Ley realiza una categorización de mayor a menor círculo concéntrico, conformado por el sector público, los poderes adjudicadores y las administraciones públicas, y la Administración de Justicia se encuentra encuadrada dentro de éstas últimas.

Como reflexión preliminar, la Administración de Justicia presta un servicio público que es intensivo en factor trabajo. Esto significa que el principal input o factor de producción del servicio son los recursos humanos, tanto en su vertiente física, de personas que realizan tareas, como de capital humano, por la formación/conocimiento que precisan y

aportan para la gestión del servicio, especialmente por los Jueces, Fiscales y Letrados de la Administración de Justicia.

Siendo así, los principales costes del servicio son las retribuciones del personal. En los presupuestos de los últimos años del ámbito de la Administración de Justicia gestionado por el Ministerio, las retribuciones de personal suponen aproximadamente de media el 80%, mientras que los gastos destinados a compra de bienes y servicios el 7% y las inversiones el 10%. La dotación para inversiones en 2017 y 2018 es claramente superior a los ejercicios anteriores. El resto hasta alcanzar el 100% serían principalmente las transferencias corrientes.

3.1. Especificidades que la contratación pública genera en el ámbito de la Administración de Justicia

A la hora de aplicar los principios que hemos desarrollado a la contratación con la Administración de Justicia, es necesario tener en cuenta que nos vamos a encontrar con diversas especificidades propias de esta administración.

- Distribución territorial de los órganos judiciales.

La primera de ellas deriva de la propia configuración territorial y competencial. Así, mientras que la “administración de Justicia” es, según el artículo 149 de la Constitución una competencia exclusiva del Estado, la “administración de la administración de Justicia”, es decir, los medios materiales y personales al servicio de la administración de justicia, sí pueden ser una competencia transferible a las Comunidades Autónomas, y de hecho así se ha hecho, por lo que doce Comunidades Autónomas han asumido estas competencias y por tanto en paralelo la obligación de dotar a los órganos judiciales de los medios necesarios para el desarrollo de sus funciones.

Sobre esta base, también en el plano territorial, es muy significativo el gran número y la dispersión de los órganos judiciales, que implica siempre una labor previa de identificación y agrupación de necesidades y posterior ejecución de los contratos de forma dispersa y descentralizada.

- Las dependencias judiciales.

Indirectamente derivado de lo anterior, la contratación pública en el ámbito de la administración de Justicia se ve también influida por las especiales características de las dependencias que albergan los órganos judiciales: alta afluencia de ciudadanos y profesionales, horarios de trabajo muy amplios y abiertos, seguridad y vigilancia de los mismos, etc.

Nos encontramos con muchos órganos, pequeños y dispersos, con necesidades a veces muy diferentes, lo que enlaza con la problemática de los contratos menores, especialmente por la disminución en sus cuantías establecida en la nueva ley así como por las limitaciones marcadas para evitar el fraccionamiento del gasto.

Con ello se debe hacer frente a una gran diversidad y heterogeneidad de servicios y suministros requeridos por los órganos judiciales, mucho más amplia que en otro tipo de dependencias administrativas.

- Carencia o escasez de personal propio.

Mientras que existen miles de juzgados en España, la contratación se realiza desde el Ministerio, que relativamente hablando y en comparación con las plantillas a las que se prestan servicios en todo el territorio, se encuentra con un reducido número de empleados públicos para la gestión de la propia contratación.

Aunque este problema no es exclusivo de la Administración de Justicia, la rigidez en la tramitación y los plazos de los procedimientos de contratación cuando surgen necesidades imprevisibles e inmediatas, algunas de ellas relativamente frecuentes en la Administración de Justicia, ponen de relieve esta problemática.

Un ejemplo muy visible, son los contratos sujetos a procedimientos negociados sin publicidad por razones de seguridad.

Por este motivo, cobran una especial importancia los encargos a medios propios de la Administración, las antiguas encomiendas de gestión, especialmente en la contratación de servicios en materia de desarrollos de tecnologías de la información y la comunicación, vulgarmente conocidas como TIC (art. 32 LCSP).

- Criterios sociales y medioambientales.

Por último, hay que señalar la especial dificultad que presenta, con las especialidades ya mencionadas, la incorporación de los criterios de adjudicación sociales y medioambientales en ciertos contratos de la Administración de Justicia, aunque esto también se podría generalizar a otros ámbitos de la contratación pública.

3.2. Supuestos más comunes de contratación con la Administración de Justicia

- Aprovisionamiento de bienes y servicios.

Los aprovisionamientos de la Administración de Justicia se dirigen a garantizar el funcionamiento de las infraestructuras físicas y los servicios de apoyo. Dentro de los mismos podemos destacar varios tipos de servicios:

- Mantenimiento de los edificios e infraestructuras físicas de las instalaciones: limpieza, suministro de energía, mantenimiento de equipos e instalaciones, gestión contractual de los servicios, etc, los cuales con carácter general se contratan centralizadamente.
- Servicios de apoyo al funcionamiento de los órganos judiciales: traducción e interpretación, custodia y documentación, transporte, material de oficina, etc. Es importante señalar la problemática que generan los servicios de interpretación y traducción, con un incremento constante año tras año que originan problemas en la gestión contractual, para dimensionar los servicios.
- Suministros y servicios del Instituto Nacional de Toxicología e Institutos de Medicina Legal, que se caracteriza por una muy notable especificidad técnica, mantenimiento de equipos médicos, suministro de gases, material fungible, reactivos, etc.

- Inversiones.

En cuanto a las inversiones, las mismas se centran en los edificios e infraestructuras físicas y tecnológicas, por lo que la problemática es más similar a la casuística de contratación que puede presentarse en otros ministerios:

- Contratos de obra nueva, rehabilitación y reparación de edificios y dependencias.
- Contratos relacionados con TIC: desarrollo y evolución de aplicaciones, hardware, etc.
- Equipamiento técnico, científico y tecnológico del Instituto Nacional de Toxicología y los Institutos de Medicina Legal.

3.3. El supuesto específico de la contratación en nuevas tecnologías

Una materia especialmente susceptible de ser objeto de contratación administrativa es todo lo relativo a las nuevas tecnologías. Es increíble de qué forma y a qué ritmo está cambiando el mundo, y en muchas ocasiones las administraciones públicas carecen de los medios tanto humanos como materiales necesarios para adaptarse a estos cambios con la suficiente celeridad.

La Subdirección General de Nuevas Tecnologías de la Justicia (SGNTJ), dependiente de la Secretaría General de la Administración de Justicia, tiene atribuidas las funciones de suministrar y mantener la infraestructura necesaria para el desarrollo de los proyectos tecnológicos de la Administración de Justicia, con el objeto de transformar el sistema de justicia para dotarlo de mayor agilidad y eficacia.

El suministro y mantenimiento de dicha infraestructura, hace que la SGNTJ necesite proveerse de servicios y suministros de tecnología de la información y comunicación, a través de contratos de suministro y de servicio, y encomiendas de gestión. Éstos últimos han pasado a denominarse encargos a medios propios personificados desde la entrada en vigor de la Ley 9/2017.

- **Procedimiento abierto.**

Estos contratos se realizan de manera ordinaria por el procedimiento abierto, garantizando así la publicidad, la concurrencia competitiva y la generación de ahorros. En este ámbito es importante señalar que la nueva LCSP ha creado el procedimiento abierto simplificado para cuantías inferiores a 100.000,00€, IVA no incluido.

Sin embargo y de manera excepcional se ha acudido al procedimiento negociado sin publicidad que estaba previsto en el Texto refundido y desaparece en la nueva Ley, por razón de la cuantía y del que se ha hecho uso fundamentalmente

por razón de exclusividad técnica, al existir un único proveedor titular (o autorizado por el titular), de los derechos de propiedad intelectual de dichos servicios y suministros.

El ejemplo paradigmático son las adquisiciones de licencias de software y sus servicios de mantenimiento, soporte, etc., aparejados al suministro inicial o simultáneo de licencias, que exigen conocimiento del producto software o acceso a su código fuente protegido por derechos de propiedad intelectual en exclusiva, como ocurre de una manera muy comúnmente aceptada con los productos de Microsoft. En todos estos expedientes de contratación queda acreditado documentalmente el carácter exclusivo del servicio o suministro mediante la correspondiente certificación del proveedor.

- Contratos menores.

La contratación de servicios y suministros de escasa cuantía, cuyo valor estimado ha descendido de 18.000,00 € con el TRLCSP, a 15.000,00 €, con la nueva LCSP, ambas cuantías IVA no incluido, o cuya planificación normalmente no es posible por surgir la necesidad de manera muy puntual e imprevisible, se realiza mediante un contrato menor.

Pese a no existir previsión legal, ni instrucciones de contratación, en estos expedientes se solicita siempre oferta a al menos tres proveedores distintos, para garantizar así la concurrencia competitiva, con excepción del supuesto ya explicado en el que únicamente exista un proveedor, por tratarse de servicios o suministros sometidos a exclusividad técnica, en cuyo caso se acredita documentalmente dicha circunstancia en el expediente mediante certificación del proveedor.

Lo previsible es que la contratación menor que no supere las cuantías expresadas se tramite a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley mediante el nuevo procedimiento abierto simplificado de la LCSP.

- Contratación centralizada.

Un supuesto especial lo encontramos en los contratos de suministros cuya contratación ha sido declarada de carácter centralizado mediante la Orden HAP/2834/2015, de 28 de diciembre, (mobiliario de despacho, ordenadores

personales, software de sistema, equipos de impresión, fotocopadoras, equipos de destrucción de documentos, papel, equipos audiovisuales, equipos de control de acceso, material de oficina, etc), los cuales han de contratarse mediante la celebración de acuerdos marco, en los cuales la Secretaría General de la Administración de Justicia, de la que depende la SGNTJ, actúa como unidad proponente, preparadora del expediente, financiadora del gasto y receptora de las prestaciones contratadas, produciéndose la adjudicación definitiva desde la Junta Central de Contratación Administrativa.

- Encomiendas de gestión y encargos.

Las entidades pertenecientes al sector público, en virtud del artículo 31 LCSP, tienen la potestad de auto organización, mediante sistemas de cooperación consistentes en el uso de medios propios personificados, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual, siempre y cuando estos cumplan con la calificación jurídica de medio propio personificado. A tenor de dichas potestades, el Ministerio de Justicia, a través de la Secretaría de Estado de Justicia, en el ejercicio de sus competencias y ante la reducida estructura de gestión de la que dispone la SGNTJ, ha considerado adecuado la realización de encomiendas de gestión y ejecución de determinadas actuaciones relacionadas con la transformación digital y mejora tecnológica de la Administración de Justicia. Los servicios encargados están constituidos por tareas de tipo técnico de modernización tecnológica destinadas directamente a la modernización de la Administración de Justicia.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público modifica la regulación de los medios propios de la Administración, pasando las antiguas encomiendas de gestión a denominarse encargos, y los medios propios pasan a ser medios personificados. Así mismo, la LSCP, en aplicación de las Directivas europeas en materia de contratación pública, ha aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, que quedarán acreditadas en el expediente administrativo. Los nuevos encargos que se suscriban habrán de ser publicados y son objeto de recurso especial en materia de contratación.

La SGNTJ se provee, fundamentalmente de servicios a través de entidades públicas, que funcionan como medios personificados de la Administración General del Estado, entre las que cabe citar a Ingeniería y Economía del Transporte, S.M.E. M.P., S.A. (INECO), adscrita al Ministerio de Fomento, Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P. (TRAGSA), adscrita al Ministerio de

Agricultura, Pesca y Alimentación, Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, S.A., S.M.E., M.P.E (ISDEFE), adscrita al Ministerio de Defensa o la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT), adscrita al Ministerio de Hacienda.

4. IMPACTO DE LA LEY 9/2017 DE 8 DE NOVIEMBRE DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La entrada en vigor el pasado 9 de marzo de 2018 de la nueva LSCP afecta, según su Disposición final 16ª a los expedientes de contratación iniciados con posterioridad a dicha fecha, mientras que se sigue aplicando el texto refundido a los iniciados con anterioridad, tanto para su adjudicación como para su ejecución (incluyendo modificaciones, duración y prórrogas), extinción y efectos.

La influencia de la nueva Ley se plasma en diversos aspectos que ya han sido abordados en este trabajo, algunos de los cuales aún no se han llevado a la práctica por el poco tiempo transcurrido desde la entrada en vigor, como ocurre con el procedimiento abierto simplificado o el negociado sin publicidad. Sin embargo, algunos aspectos ya han tenido influencia en las licitaciones convocadas por el Ministerio de Justicia, como por ejemplo algunos de los siguientes aspectos:

4.1. Acreditación de cumplimiento de requisitos en los encargos a medios personificados

En las antiguas encomiendas de gestión, ahora denominados encargos a medios personificados, el artículo 32 LSCP una serie de requisitos al medio al que se realiza la encomienda:

- Ostentar la condición de medio propio personificado según sus estatutos, condición que deberá publicarse en el perfil del contratante.
- Volumen de actividad para el sector público no inferior al 80%.
- Titularidad pública de su capital social.

El Ministerio de Justicia ha adaptado la tramitación de los encargos a la nueva LCSP, comprobando documentalmente la concurrencia de estos requisitos en los medios personificados a los que se les ha conferido encargos con posterioridad al 8 de marzo de

2018. Así mismo, los nuevos encargos a medios personificados, a diferencia de las anteriores encomiendas de gestión, se han de publicar en el perfil del contratante, cuando su importe sea superior a 50.000€ IVA excluido, siendo todos los nuevos encargos promovidos por la SGNTJ superiores a dicha cifra.

4.2. Aspectos sociales y medioambientales en la licitación

Como hemos visto, el artículo 1.3 de la nueva LCSP impone la introducción de aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública. En cumplimiento el Ministerio está introduciendo en las licitaciones alguno los siguientes aspectos:

- Aspectos sociales de género. En atención a realidad del mercado laboral femenino, se ha introducido como condición especial de ejecución, la exigencia de que el licitador adscriba al menos, un 30% de mujeres en el equipo de trabajo, introduciendo además como criterio valorativo en la fase de adjudicación adscribir hasta un 50% de mujeres al equipo de trabajo.
- Aspectos sociales relativos a las condiciones laborales. Se prohíbe al contratista, como condición de ejecución, la modificación unilateral de las condiciones de trabajo de los trabajadores que participen en la presentación del servicio a la fecha de inicio de éste, salvo acuerdo explícito entre las partes.
- Aspectos medioambientales.
- En lo que respecta a la gestión de residuos se incluye como condición especial de ejecución en los contratos que está suscribiendo el Ministerio la gestión de residuos de suministros mediante depósito en puntos limpios.
- Además, se exige a los licitadores como criterio de selección la certificación medioambiental de gestión de servicios ISO 14001, con la finalidad de garantizar que el contratista contará con herramientas y sistemas enfocados a los procesos de producción en su empresa u organización, que tenga en consideración los efectos o externalidades que de estos deriven al medioambiente.

4.3. Principio de la mejor relación calidad-precio

El artículo 131.2 de la LCSP establece que la adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio; frente al criterio ordinario de adjudicación del TRLCSP que se basaba en el principio de la proposición económicamente más ventajosa.

En aplicación de este principio la SGNTJ ha comenzado a proponer como mínimo dos criterios de adjudicación, uno de ellos el menor precio, como se venía incluyendo durante la vigencia del texto refundido, pero combinándolo ahora con otros criterios (ampliación de plazos de garantía de productos, menor tiempo de reposición, ampliación del número de jornadas de servicio, etc.).

4.4. División en lotes de las licitaciones

En aplicación del artículo 99.3 LCSP, el Ministerio, desde la entrada en vigor de la nueva ley, ha sustituido la forma de licitación por defecto, que deberá hacerse en lotes, y cuando excepcionalmente dicha forma de licitación no resulta adecuada se justifica en la memoria y en el pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente.

4.5. Contratos menores de servicios y suministro

Como ya hemos puesto de manifiesto, el régimen del contrato menor establecido en la nueva LCSP ha reducido la limitación para acudir a estos contratos de 18.000 a 15.000 euros, límite que no solamente tiene un carácter objetivo, por no poder superar esta cantidad, sino también subjetivo, pues no es posible contratar conjunta o separadamente al mismo proveedor y objeto por más de 15.000,00 €, lo cual se constata expresamente en todos los contratos menores firmados por el Ministerio desde el 8 de marzo.

Bibliografía

DELGADO PÉREZ, Manuel y RODRÍGUEZ PÉREZ, Rosario: “Las 11 claves de la Ley 9/2017, 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”. El Consultor Contratación Administrativa, Diario La Ley, Nº 9079, Sección Actualidad Legislativa Comentada, 13 de Noviembre de 2017. Editorial LA LEY.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. “Curso de derecho administrativo”. Editorial Civitas, 18ª edición, Madrid 2017.

GIMENO FELIU, José María: “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: un nuevo escenario para la contratación pública”. El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 23, Sección Especial / A fondo, Quincena del 15 al 29 Dic. 2017, Ref. 2782/2017.

GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás: “La modificación de la Ley de Contratos en la nueva LCSP”. Actualidad Administrativa, Nº 3, Sección Actividad económica de la Administración, Marzo 2018, Editorial Wolters Kluwer.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 159, 2013.

URÍA y MENÉNDEZ. Principales novedades de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Diciembre 2017.

<https://www.uria.com/documentos/circulares/941/documento/7153/Novedades-LCSP.pdf>

**LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SU APLICACIÓN
EN LA UNIVERSIDAD: EL PUNTO DE VISTA DE UN ECONOMISTA**

Jorge Sainz González

*Profesor de Economía Aplicada, Universidad Rey Juan Carlos
Visiting Fellow, Institute for Policy Research, University of Bath*

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y la correspondiente transposición de varias directivas europeas supuso en la educación superior, desde su publicación, un problema creciente a medida que gerentes y Vicerrectores de investigación comenzaron a vislumbrar el efecto que la norma iba a tener sobre su gestión diaria y las especificidades propias de un sector público especial como es el caso de las universidades.

En ningún caso creo que estas dudas iniciales puedan suponer, como en principio se llegó a demandar por algunas autoridades académicas, un problema para el funcionamiento de la universidad en general. Los planteamientos especificados por la LCSP en su preámbulo en cuanto a sus objetivos, tales como conseguir “...una mayor transparencia en la contratación...” y “...una mejor relación calidad-precio...” deben ser sin duda el objetivo de cualquier gestión propia de cualquier institución financiada a través de los impuestos de los ciudadanos. Y no podemos olvidar, a pesar de la autonomía universitaria consignada en el artículo 27 de nuestra constitución, que este es un aspecto fundamental de las cincuenta universidades públicas de nuestro país ya que las mismas obtienen su financiación de forma mayoritaria a través de la aportación del sector público¹.

Las universidades han realizado un importante trabajo para adaptarse a este ámbito, en especial por los gerentes y su sectorial dentro de la Conferencia de Rectores de Universidades Españolas (CRUE). Estos esfuerzos en la gestión diaria sí que se han encontrado con un problema específico y de difícil solución, la gestión económica del I+D+i, que ha llevado a la CRUE, en su asamblea de julio de este año a pedir medidas específicas² que eviten el colapso de la investigación en España debido a la incompatibilidad de la norma con la realidad de la contratación a nivel internacional en ese ámbito.

Entre las medidas más destacables hay que señalar la solicitud de una moratoria en su aplicación, el desarrollo de un ámbito específico propio para permitir su aplicación dentro de su área y la aclaración de diversos aspectos concretos que están siendo

1 Según los datos del Ministerio de Educación, en su informe Datos y Cifras del sistema universitario español 2015-2016, esta cantidad ascendía en 2013 al 64,6%.

2 <https://www.crue.org/Documentos%20compartidos/Informes%20y%20Posicionamientos/2018.07.10-Asamblea%20General%20comunicado%20Ley%20Contratos%20Sector%20Publico.pdf>, acceso realizado 24 de septiembre de 2018.

controvertidos no sólo para los encargados de su aplicación, sino también los de su supervisión.

Como se puede ver, el ámbito de aplicación de la norma en el ámbito universitario todavía dista mucho de estar cerrado, especialmente en lo concerniente al I+D+i. Para tratar de arrojar, modestamente, alguna luz sobre el tema analizaré primero ámbito contractual de las universidades y la visión que los órganos reguladores tienen del mismo. A continuación, pasaremos a analizar aquellos aspectos de la LCSP que inciden de forma especial sobre la universidad desde un enfoque jurídico y economicista para, posteriormente, proponer algunas soluciones y recomendaciones.

2. DE DÓNDE VENIMOS

Para empezar, habrá que considerar qué son las universidades, pregunta que, aunque parezca trivial y tautológica, no lo es en los últimos tiempos desde que las leyes 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) han tenido un primer impacto sobre el ámbito universitario al cambiar de forma significativa la configuración jurídica de las mismas ya que dichas normas señalan que sólo son de aplicación supletoria a la normativa específica (LPAC y LRJSP, Art. 2.c).

De estar históricamente dentro del marco amplio de Administraciones Públicas, las Leyes 39 y 40 las excluyen de forma intencionada en el listado de las mismas para definir las como “Sector público institucional” pero fuera de la calificación de “Organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas”, considerando de forma explícita a las instituciones no transferidas, la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP), como Sector Público Institucional Estatal (i.e. LRJSP Art. 84.g).

Mientras que rectores y gestores universitarios estaban buscando su acomodo dentro del marco jurídico, no sin poca controversia jurídica, la aparición de la LCSP ha venido a añadir confusión en un momento ciertamente inoportuno. Las universidades se han visto avocadas a enfrentarse a la nueva consideración de la ley de contratos en un momento donde distintos escándalos mediáticos han mostrado el acierto que el Tribunal de Cuentas tuvo en señalar ya en 2015, sobre la fiscalización de 2012, la necesidad de reforzar los controles económicos y financieros de las universidades y la frecuencia con la que se creaban “...entidades instrumentales...” (institutos, centros, etc.) con el único fin de llevar a cabo una “...deliberada huida de los controles internos o del control

presupuestario y de gestión” con el único y premeditado fin de “...poder incrementar el margen de discrecionalidad de las decisiones que afectan a la gestión del personal, contratación y ejecución de inversiones y prestación de servicios públicos”³.

Todas estas instituciones interpuestas hacían difícil, por no decir imposible, fiscalizar conforme a derecho las universidades y, como señala el Tribunal de Cuentas en las Conclusiones de dicho informe, sería conveniente adoptar “...las medidas necesarias en aras de un efectivo cumplimiento de las obligaciones derivadas de su condición de cuentadantes del sector público, en su caso, así como de las normas de obligado cumplimiento en materia contractual, subvencional, de personal, con especial énfasis en las medidas adoptadas para la reducción del déficit público, incluido el personal de alta dirección de las entidades dependientes, las derivadas de la necesidad de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.”

El Tribunal de Cuentas ha mantenido este criterio en sus últimos informes, en los que se introduce como uno de los criterios clave de eficacia y eficiencia en las Universidades los resultados de investigación. Esta novedad, introducida a partir de la colaboración con la Secretaría General de Universidades, permitió comparar si el dinero que se invierte en la Universidad se utiliza correctamente para uno de sus fines propios, viniendo a plantear una situación diferencial con respecto a otras administraciones públicas: la contratación es un medio, pero no un fin.

Hay que reconocer que las universidades han realizado unas importantes mejoras en su gestión. Como también señalan diversos informes recientes del Tribunal de Cuentas⁴. Las universidades fiscalizadas han reducido las incidencias, pero también que siguen produciéndose recurrentemente problemas en los contratos, en la estructura de financiación y, especialmente, en la contratación de personal docente y de investigación. Sin embargo, y como está claramente reflejado en los informes anteriormente citados, y plantea la propia CRUE⁵, existe una necesidad de una mejor y más efectiva rendición de cuentas, especialmente si queremos una universidad con una mayor interacción con el futuro de la sociedad. Sin lugar a duda, los escándalos que en los últimos tiempos han sacudido la educación superior han hecho de esta obligación legal una petición social

3 Informe de fiscalización de las universidades públicas, ejercicio 2012, Nº 1079, publicado en el año 2015.

4 Por ejemplo, las correspondientes a las universidades de La Rioja, Extremadura, Castilla la Mancha, Politécnica de Cartagena, con referencia números 1258, 1257, 1256, 1240 respectivamente.

5 Por ejemplo, la reciente intervención del presidente de la CRUE en el Consejo de los diputados: http://www.crue.org/Boletin_SG/2018/boletin%20189/2018.09.26%20Comunicado%20por%20una%20nueva%20Ley%20de%20Universidades.pdf visto el 28 de septiembre de 2018.

mayoritaria. Las torres de marfil no pueden ser opacas en una sociedad donde la información es el principal activo y su flujo es continuo y, muchas veces, interesado en desvirtuar la realidad y así conseguir una sociedad líquida en el sentido de Bauman, capaz de adaptarse para alimentar los populismos al poner en tela de juicio las instituciones más arraigadas de la sociedad.

Es por esto que la LCSP viene a crear un marco, que como defiende su preámbulo, donde la contratación pública debe servir para apoyar “...un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos” y que debe ser “...más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos, y, por supuesto, a través de la prestación de mejores servicios a los usuarios de los mismos”.

Dentro de este marco indiscutible, la universidad tiene sus propias características, que no podemos olvidar y que dibujan las dificultades concretas de aplicación que tiene la LCSP en el marco de la universidad en general y en el ámbito de la I+D+i, que serán las que desarrollaremos en el siguiente epígrafe.

3. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y LA UNIVERSIDAD

La LCSP recoge el término universidad ocho veces en su texto la palabra universidad, fundamentalmente para definir su ámbito subjetivo de aplicación, donde las incluye de forma explícita como Administración Pública⁶ (Art. 3.1 y 2), la exclusión de aplicación en convenios y encomiendas de gestión (Art. 6.1), lo que significa sin duda un añadido de flexibilidad y es, desde mi punto de vista, una de sus principales innovaciones, su obligaciones tributarias en cuanto al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), que recoge una esperada exclusión en la Disposición final décima, y sobre la gestión de la información (Disposición final decimotercera).

Sin embargo, y como referencia más importante en su redacción original, nos encontramos la Disposición adicional sexta, que se refiere a aquellas aplicables a las Universidades Públicas y que reza “1. A efectos de lo establecido en el apartado 2 del artículo 80, para los contratos que adjudiquen las Universidades Públicas dependientes de las Comunidades Autónomas, surtirán efecto los acuerdos de clasificación y revisión

⁶ Esto redundante en la confusión sobre la naturaleza de las universidades que ya hemos señalado anteriormente.

de clasificaciones adoptados por los correspondientes órganos de la Comunidad Autónoma respectiva. 2. No será exigible la clasificación a las Universidades Públicas para ser adjudicatarias de contratos en los supuestos a que se refiere el apartado 1 del artículo 83 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.” Esta determina la capacidad de contratación de las empresas y, como veremos a continuación tendrá un efecto importante en el ámbito de la investigación.

Otro aspecto que también afecta de forma importante a las universidades, y que es otra de las novedades de la ley, es la nueva fijación de las cuantías para la contratación, pasando a considerarse menores los situados por debajo de los 15.000 € para el caso de suministros y servicios, y de 40.000 € los destinados a la ejecución de obras, imponiendo un mayor control sobre los mismos, para tratar así de incrementar la competencia a la que se pueden ver los mismos, especialmente con el refuerzo que en la norma se le da al concepto de mejor calidad precio. Asimismo, como en toda la LCSP, se trata de incrementar la libre concurrencia, la transparencia y, sobre todo, evitar la corrupción.

En ese ámbito se refuerza el control que sobre las funciones públicas existe, lo que afecta a las universidades que han utilizado este sistema para sortear la legislación administrativa⁷. Para ello se amplían las condiciones por las que fundación pasa a considerarse pública, que a las condiciones de constitución o financiación mayoritaria del sector público incluye también que la mayoría de los derechos de voto en los patronatos sea de patronos designados por entidades consideradas como pertenecientes al sector público.

Para analizar el ámbito de extensión de la norma para las universidades no es problemático de cara a la gestión “normal” sino en el ámbito del I+D+i ya que como señala la CRUE⁸, su aplicación en la investigación “...genera malestar en los investigadores, bloqueo en la investigación y complejidad en la tramitación de fondos finalistas, que requieren resultados en plazos cortos y establecidos”.

Por ello proponen como “...que se contemple la singularidad de la gestión de la I+D+i, tal y como ya se reconoce en otros países de nuestro entorno” y “...se inicie el estudio de las reformas legales que permitan crear un ámbito específico de aplicación de la ley de contratos acorde con las características de la gestión de fondos de I+D+i y que facilite la

7 Informe Tribunal de Cuentas Nº 1079, ya citado.

8 Disponible en <https://www.crue.org/Documentos%20compartidos/Informes%20y%20Posicionamientos/2018.07.10-Asamblea%20General%20comunicado%20Ley%20Contratos%20Sector%20Publico.pdf>, fecha de acceso 27 de septiembre de 2018.

labor de las instituciones y los investigadores sin reducir el necesario control y eficiencia en el gasto”.

La primera pregunta es por qué es necesaria esta singularidad. Para ello es interesante analizar el estudio que en el área de las biociencias ha realizado LLuis Montoliu⁹. En el mismo, para un proyecto medio de investigación con una duración de tres años, la inversión necesaria está situada en el entorno del medio millón de euros, de los cuales cerca de 180.000 € se dedicarían a personal, 30.000 € a equipamientos, 90.000 € a consumibles y en torno 100.000 € a animales de laboratorio, a los que hay que añadir una cantidad similar a otros gastos y costes indirectos.

Estas cantidades sorprenden a cualquiera que no las conozca, pero especialmente a los científicos de otras áreas que se mueven con menos cuantías, pero se acercan bastante a la realidad. El principal problema es que, a los tres años, para renovar el proyecto, se necesitan resultados. Para ello, las contrataciones de equipos y de material tienen que ser rápidas y estar a disposición de los grupos de forma inmediata.

Es en este momento cuando aparecen los principales problemas de universidades a la hora de realizar las contrataciones:

- En primer lugar, por las condiciones de publicidad necesarias pueden afectar al normal desarrollo de la contratación y hacer inviable la puesta en marcha de los proyectos.
- En segundo lugar, porque muchos de los servicios se enfrentan a situación donde el proveedor es monopolista de un producto ya que tiene la patente sobre el mismo, lo que hace imposible que existan más ofertas, no estando muchas veces calificado para grandes volúmenes.
- En tercer lugar, al ser la universidad el contratante y existir diversos grupos de investigación, se pueden superar con facilidad los límites fijados por el Art. 118 de la LCSP en cuanto a los límites de contrato menor lo que podría dar la apariencia de concatenación de contratos.

Estos aspectos generaron una fuerte incertidumbre y la prensa llegó a hablar colapso de la Universidad y se han empezado a buscar soluciones. Estas han empezado a producirse,

9 <https://culturacientifica.com/2018/02/23/cuanto-cuesta-realmente-investigar-en-biomedicina/>, consultado el 27 de septiembre de 2018.

aunque sea de forma parcial, al introducirse en los ya aprobados presupuestos de 2018 la siguiente enmienda que consiguió la unanimidad de todos los grupos políticos del parlamento:

“Disposición adicional quincuagésimacuarta. Régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Atendiendo a la singular naturaleza de su actividad, como excepción al límite previsto en el artículo 118 de esta Ley, tendrán en todo caso la consideración de contratos menores los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50.000€ que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructuras del órgano de contratación.

A estos efectos, se entienden comprendidos entre los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, en los términos establecidos en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, las Universidades públicas, los Organismos Públicos de Investigación, fundaciones, consorcios, agentes de ejecución de la Administración General del Estado, los organismos y entidades de investigación similares a los anteriores dependientes de otras Administraciones Públicas, las Fundaciones de Investigación Biomédica y los centros, instituciones y consorcios del Sistema Nacional de Salud”

Este cambio supone una importante novedad sobre lo anterior, pero deja sin resolver los problemas citados en el punto 2, mejorando los límites a los contratos vinculados a proyectos. Para ello las propuestas que se han realizado desde las universidades¹⁰ pasan por la consideración de los distintos proyectos como unidades funcionales a las que hay que asignar las cantidades obtenidas en concurrencia competitiva¹¹ y los correspondientes gastos, facilitando así su control y gestión.

También creo que la LCSP servirá para que proliferen nuevas formas de contratación:

- Los acuerdos marco, que permiten elegir un catálogo de contratistas y luego es el

10 Por ejemplo, <http://www.uniovi.es/-/acuerdo-del-pleno-de-la-mesa-de-gerentas-y-gerentes-de-crue-sobre-la-ley-de-contratos-del-sector-publico>, consultada el 27 de septiembre de 2018.

11 Por supuesto, aquellos proyectos vinculados a contratación privada quedan al margen de la nueva ley.

gestor el que elige con quien trabaja. Esta novedad permite obtener economías de escala y una gestión más eficiente de las adquisiciones.

- Los consorcios para la prestación de servicios. En la actualidad ya hay uno en Cataluña que presta servicios a la mayor parte de las 6 universidades públicas de esa Comunidad Autónoma y al que están dispuestas a sumarse universidades de otras regiones. También existe en Galicia, gestionado en este caso por la Administración autonómica como máximo contribuyente, ya que la Xunta es el contribuyente neto más importante, lo que tiene una lectura interesante desde el punto de vista de la autonomía universitaria.

Por último, como otra posible forma de resolución de los problemas planteados, creo que cabría emplear la misma solución que existe con las Fuerzas Armadas, cuyo sistema de contratación se rige por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, aportando un hecho diferencial a situaciones que en cuanto a las estructuras de proveedores guardan ciertos paralelismos con las situaciones que se producen en la investigación. En este caso veo imprescindible la delimitación de lo cubierto en esta norma para evitar posteriores situaciones problemáticas.

4. CONCLUSIONES

La universidad española tiene que ser un ejemplo de transparencia para evitar que los desgraciados casos que se han producido en los últimos meses sirvan para que se generalice se está haciendo un uso oscuro de la constitucionalmente protegida autonomía universitaria. Durante estos últimos años el Tribunal de Cuentas ha sido probablemente la voz que más ha clamado por esa necesidad de transparencia y sus distintos informes han puesto en evidencia los esfuerzos que las distintas instituciones tienen que realizar para permitir que nuestra educación cumpla con todos los parámetros de transparencia y eficiencia obligatorios en cualquier organización financiada con fondos públicos.

Por esta razón la aparición de la nueva LCSP, que refuerza la transparencia en la contratación de la Administración, de cualquiera de ellas, ha sido bien acogida en términos generales por las universidades. Sin embargo, hay un aspecto de singular importancia en el ámbito académico que la nueva ley no ha sabido adaptar y que

requiere de retoques si queremos tener una economía y una sociedad de cara a nuestro futuro: la I+D+i.

Las peculiaridades de esta, hace que algunas de las precauciones que incluye la norma pueden bloquear el normal desarrollo y la puesta en marcha en tiempo y forma, lo que supondría una carga que ninguna sociedad moderna puede soportar de cara a su futuro. Por ese se plantean posibles soluciones para dichos problemas, algunas de las cuales ya han tomado forma y otras que son necesarias y son propuestas de futuro.

**LA NUEVA DEFINICIÓN DE CONCESIÓN EN LA LEY DE CONTRATOS DEL
SECTOR PÚBLICO Y LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS**

Alicia Segovia Marco

*Abogada del Estado
Ex Secretaria General Técnica Ministerio de Fomento*

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) plantea numerosos cambios respecto de la legislación previa, la Ley 30/2007, de 30 de octubre y su texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 16 de noviembre.

Esta norma supone la incorporación del Derecho Comunitario mediante la transposición de las Directivas 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; así como la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Quedan sin transponer los aspectos relativos a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, es decir, los denominados “sectores excluidos”, de estas directivas y de la 2014/25/UE, que actualmente se contienen en la Ley 31/2007, de 20 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

La influencia europea se advierte en todos los Estados Miembros. Por ejemplo, en Alemania, nuestro vecino comunitario más potente, se reformó su derecho de contratación pública mediante la *Vergaberechtsmodernisierungsgesetz* y la nueva regulación del proceso, en la *Vergabeverordnung*, entrando ambas en vigor con respecto a los tiempos de transposición de las Directivas, el 18 de abril de 2016. Como se aprecia de la norma española, somos más tardíos en transponer, lo cual supuso la llamada de atención de la comisión, que decidió iniciar el emplazamiento para llevarnos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diciembre de 2017 por no haber notificado la completa transposición de dos de las tres Directivas (2014/23/UE y 2014/25/UE), como también hizo con Austria, Eslovenia y Luxemburgo en esa misma fecha. Pero el efecto del retraso en la transposición no solo fue que la atenta mirada de la Comisión recayera sobre nosotros, sino también, un alud de informes y estudios interpretativos sobre el efecto de la aplicación directa de las Directivas no transpuestas. Superado ese periodo borroso donde la legislación nacional se desdibujaba por las interpretaciones sobre cómo sería la incorporación de la normativa comunitaria, procede centrarse en la nueva LCSP, que, salvo excepciones mínimas de su articulado, entró en vigor el 9 de marzo de 2018 y, por tanto, lleva casi 7 meses de andadura y aplicación.

Pero no nos hemos quedado los juristas sin trabajo interpretativo, pues la LCSP está compuesta de 347 artículos, 53 disposiciones adicionales, 5 transitorias, 1 derogatoria, 16 finales y 6 anexos. Todo ello después de una tramitación parlamentaria con 1081 enmiendas presentadas y 975 aceptadas. Parece una norma suficientemente compleja y completa para lograr los objetivos que persigue. En palabras de Elżbieta Bieńkowska, comisaria de Mercado Interior, Industria, Emprendimiento y Pymes:

«Las nuevas normas dotan a las administraciones de un poderoso instrumento para obtener un mayor rendimiento del dinero de los contribuyentes, para orientar la contratación pública hacia soluciones innovadoras y eficientes desde el punto de vista de la energía y los recursos, y para insistir en unos enfoques socialmente inclusivos. Introducen nuevos elementos de flexibilidad para realizar licitaciones de forma rápida y eficaz, lo que las hace más atractivas también para las pymes y permitiría que los ciudadanos y las empresas se beneficiaran de las nuevas oportunidades de la forma más rápida posible».

La importancia de esta regulación estriba en que la contratación pública supone el 20% del PIB¹.

2. LAS NOVEDADES EN MATERIA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

Quizá una de las mayores transformaciones para la mentalidad jurídica española sea la que se ha experimentado en el ámbito de las concesiones. Recordemos a estos efectos que la norma española ha preferido integrar en una sola ley, la propia LCSP, la transposición de contratos y concesiones.

La exposición de motivos de la LCSP nos indica acerca de las novedades en materia concesional: *“En lo que respecta a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, merece destacarse que en ambas figuras necesariamente debe haber una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario, delimitándose en el artículo 14 de la Ley, en línea con lo establecido en la nueva Directiva de adjudicación de contratos de concesión, los casos en que se considerará que el concesionario asume dicho riesgo operacional”.*

¹ Datos del observatorio de contratación pública:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.pags/mem.quienesSomos/chk.d9acdcdcf78342eb85b18c5114d73c2c31>

Es su artículo 14, por tanto, el pilar fundamental para la nueva concepción de la concesión en la legislación de contratos, que encuentra su matriz en la Directiva 2014/23/UE, tanto en el artículo 5 como en diversos apartados de sus considerandos (del 18 al 20).

El motivo de la nueva regulación radica en la necesidad de incorporar las numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que desentrañaban las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público. Esta incorporación tiene por finalidad conferir de mayor seguridad jurídica en la contratación mediante la aclaración de la definición de “concesión” a través del concepto de “riesgo operacional” y su traslación al concesionario. Santiago Muñoz Machado², nos dice al respecto con mayor escepticismo que: *“La Comisión europea abordó estas y otras cuestiones concernientes a las concesiones en dos comunicaciones de 29 de abril de 2000 y 12 de abril de 2008. El Libro Verde sobre contratación pública-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 30 de abril de 2004, enfatizó la importancia de la armonización en materia de concesiones porque existían interpretaciones divergentes respecto de su régimen jurídico, que no había acertado a aclarar correctamente el Tribunal de Justicia. Es más, la mayor parte de los países europeos no contaban con una regulación específica en materia de concesiones”*.

La Directiva de concesiones aclara ahora que la característica principal de una concesión sigue siendo el derecho de explotar las obras o los servicios, pero que este derecho implica siempre la transferencia al concesionario de un “riesgo operacional”, de carácter económico, que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien es posible que parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador.

Por tanto, los términos “concesión” y “riesgo operacional” se encuentran ligados de manera inescindible en la naturaleza jurídica de este contrato, dado que solo si conocemos la definición del segundo y evaluamos en qué medida lo asume el concesionario, podemos aseverar que nos encontramos ante una verdadera concesión. Pero ahora nos hallamos ante un doble problema: en primer lugar, “riesgo operacional” es un concepto jurídico indeterminado; y en segundo lugar, la medida de la transmisión

² “Los contratos del sector público”, en “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, cuarta edición, octubre 2015, tomo XIII, ediciones BOE. Pág. 33.

de este riesgo operacional al concesionario también lo es. Para comprender cuáles son las notas que caracterizan el riesgo operacional y valorarlo deben vincularse factores con los que solo un jurista con conocimientos de contabilidad, financieros, presupuestarios y empresariales, se sienta cómodo. Es decir, la definición de la concesión en la nueva LCSP ha sido concebida por la mente de un economista en el cuerpo de un jurista europeo.

3. LA DEFINICIÓN DE CONCESIÓN

De conformidad con la ley nacional, en el artículo 14, la concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización de obras y proyectos de obras por el concesionario, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos. En este contrato, la contraprestación a favor del concesionario consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

El contrato podrá comprender, además, el siguiente contenido:

- a) La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.
- b) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquellas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.
- c) El contrato de concesión de obras podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que esta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, estos corresponderán al

concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos.

4. EL RIESGO OPERACIONAL

El artículo 14.4 introduce el concepto del riesgo operacional en la definición de concesión. Antes de entrar en su descripción hay que advertir que la doctrina autorizada no es unánime en la configuración de este riesgo. Algunos autores, como MAGIDE³ sostienen que es equiparable al “riesgo y ventura” de cualquier contrato y no se puede distinguir de este, puesto que la explotación de la obra o el servicio es su operación y el principio de riesgo y ventura ya exigía esa ausencia de garantía de recuperación de costes e inversiones. En este mismo sentido, ha de señalarse que ya la Administración venía negando el reequilibrio económico del contrato, cuando el concesionario lo pedía por pérdidas relacionadas con los cambios del mercado a raíz de una crisis económica general, como factor ajeno a las partes, sosteniendo que el concesionario debía asumir el riesgo y ventura. Por tanto, siguiendo el análisis del autor, es cierto que el concepto de riesgo y ventura suponía en nuestro derecho la asunción de riesgos por parte del concesionario, en analogía con lo que establece la Directiva 2014/23. La mayoría de la doctrina, sin embargo, considera que se trata de un riesgo específico del contrato de concesión con sus caracteres singularizados. Pasemos a desarrollar el término:

La esencia de este riesgo es que debe derivarse de factores que escapen al control de las partes, ni el sector público concedente ni el concesionario pueden incidir sobre dichos factores. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos del contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión.

El riesgo operacional solo puede entenderse, entonces, como asociado al mercado, debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario, que nos permiten constatar en realidad la situación del concesionario a results de su participación como operador o agente en una situación de mercado.

³ MARIANO MAGIDE: “Algunas reflexiones a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, en particular sobre los contratos de concesión”, en “Actualidad Jurídica Uriá Menéndez”. ISSN; 2174-0828 / 46-2017 / 40-55. Pág. 43.

Y bien es sabido que el mercado tiene dos elementos básicos, la oferta y la demanda; así pues, el riesgo operacional o la sujeción a las incertidumbres del mercado puede consistir en un “riesgo de demanda” o en un “riesgo de suministro”, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Nótese que se denomina por las Directivas y por nuestro artículo 14.4 “riesgo de suministro” al “riesgo de oferta”.

Pues bien, debe entenderse por “riesgo de demanda” el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato.

Debe entenderse por “riesgo de oferta” el referente al suministro de las obras o servicios objeto del contrato. En este punto, en la definición del riesgo de oferta o riesgo de suministro, es donde se genera la primera duda práctica seria, puesto que el considerando 20 de la Directiva y el artículo 14.4 de nuestra LCSP señalan que el riesgo de oferta es el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato y en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. Por el contrario, el artículo 5 de la Directiva, que es verdaderamente el que ciñe el objeto de la transposición, se limita a disponer:

“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable; (...)”

El riesgo operacional, por tanto, es el que resulta del riesgo de demanda o de suministro o ambos. No se vincula en esta definición legal el riesgo de suministro a que, en particular, dicho riesgo no se ajuste a la demanda.

Pareciera que estuviéramos girando en torno al mismo concepto de manera absurda y enmarañando las definiciones. De forma intuitiva podría pensarse que el riesgo de suministro es, exactamente, que lo que se ofrece, la oferta, no alcance para cubrir la demanda y, por tanto, que solo se puede medir en función de la demanda. Ello implica

que la definición de la concesión depende del riesgo operacional y este del riesgo de demanda o del de suministro o ambos y a su vez el riesgo de suministro depende de la demanda, ergo el concepto de concesión se reduce a la influencia de la demanda sobre el negocio. La gran pregunta es si existe un riesgo de oferta –suministro- que no tenga vinculación con la demanda y si existiera, de qué depende.

Es aquí donde debe añadirse un elemento más, que no recoge la terminología de la Directiva, ni tampoco la LCSP y que nos permite plantear una duda jurídica que en la práctica sí genera problemática a la hora de configurar los pliegos de la contratación de una concesión. Se trata del riesgo de disponibilidad o *“availability risk”*, bien conocido en términos contables.

Mientras que el artículo 14.4 LCSP señala que el derecho de explotación de las obras, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos, el artículo 267.4 de la LCSP dispone: *“la retribución de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta el grado de disponibilidad ofrecido por el concesionario y/o su utilización por los usuarios”*. Dejando al margen la peculiar técnica legislativa que supone introducir ese *“y/o”*, el precepto introduce el factor del *“grado de disponibilidad”* y en consecuencia, una referencia al riesgo de disponibilidad. Surge al albur de este tenor literal una nueva duda: ¿la Directiva ha excluido el riesgo por disponibilidad de su ámbito y por tanto las leyes nacionales deben evitarlo o el silencio de la Directiva no es excluyente para que las leyes nacionales puedan referirse a este factor a tener en cuenta en sus concesiones? La respuesta, nuevamente, es variopinta entre los juristas y solo la práctica nos permitirá conocer si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera factible una concesión donde el riesgo de disponibilidad determine la retribución y por ende, la traslación y reparto de riesgos.

Hay que mencionar que en el ámbito de EUROSTAT, en 2016, se publican estudios complementarios al Eurostat Manual on Government Deficit and Debt (MGDD) específicamente sobre PPP (Public-private Partnerships)⁴ donde sigue haciéndose referencia al *“availability risk”* (sin sustituirlo por el riesgo de oferta) o *“demand risk”*, implicando claramente que sea uno u otro el aplicable: *“the analysis should focus on whether the construction risk and the availability or demand risk (whichever of the two would be applicable) would be incurred by the private partner or not. As far as the*

⁴ *“The ambition of this note is to provide further explanations on Eurostat rules in order to improve understanding of them, to provide specific application rules for PPP contracts and to be used as practical tool for the examination of PPP contracts”*.

construction risk is concerned, this would cover events such as higher construction costs than expected and late delivery. In this respect, it is necessary to underline that cases of payments by government to the private partner before the asset would be available for use (even in the case that, as a consequence, the amount of availability payments would be readjusted and reduced), would point to a classification of the asset in the balance sheet of government. In the case of PPP contracts, the private partner is deemed to obtain revenue from government exclusively through the payments of availability or demand fees. In some cases, the contract might mention payments based partly on demand and partly on availability. In such cases the analysis of risks should include both elements unless one of the two amounts would be preponderant⁵.

En España, contamos también con algunos análisis al respecto: La Junta Consultiva de Contratación de Cataluña informó en 2016⁶ sobre la transmisión del riesgo operacional al concesionario, cuando ya existían las directivas de 2014, es decir, con todo el valor interpretativo sobre la LCSP actual: *“una vez tratada la cuestión relativa al hecho de qué hay que entender por “riesgo tecnológico” y por “riesgo de disponibilidad”, procede analizar si hay que considerarlos incluidos dentro del concepto de riesgo operacional al que se refiere la Directiva 2014/23/UE, aunque esta no haga ninguna mención en este sentido y que la definición de riesgo operacional que contiene es la única determinante de la existencia de un contrato de concesión y, por lo tanto, de la tipificación correcta de un contrato como tal”.*

A mayor abundamiento, la Junta hace el análisis concreto que nos ocupa a nosotros: *“De acuerdo con esta redacción y teniendo en cuenta los conceptos de riesgos utilizados en el ámbito comunitario a los que se ha hecho referencia en la consideración jurídica anterior, se puede afirmar, ya ahora, que el riesgo operacional incluye el “riesgo de disponibilidad”, si este se puede considerar incluido en el concepto de “riesgo de suministro”, ya que el “riesgo de demanda”, como ya se ha visto, es un riesgo diferenciado del “riesgo de disponibilidad”. Además, también procede recordar ahora que, si bien la Directiva 2014/23/UE no contiene ninguna referencia al “riesgo de disponibilidad”, este concepto sí se incluía en el texto de propuesta de la Directiva, en la cual se establecía que “el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo económico (...)” (considerando 7) y que “el riesgo económico puede ser de los tipos siguientes: a) riesgo relacionado con la utilización de las obras o la demanda de prestación del servicio; b) riesgo*

⁵ Eurostat clarification note (4.03.2016) <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/1015035/7204121/Clarification-note-Statistical-treatment-of-PPP-contracts-accompanying-2016-MGDD.pdf>

⁶ Informe 9/2016: file:///C:/Users/alicia.segovia/Downloads/Informe%209-2016-CP-cast.pdf

relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios” (artículo 2, apartado 2). Como se ha visto, la referencia a “riesgo relacionado con la disponibilidad” se ha sustituido en el texto definitivo de la Directiva por la de “riesgo de suministro”, de manera que la cuestión a aclarar pasa por determinar si este cambio fue puramente semántico o bien fue también de concepto.

*(...) Sin embargo, visto el concepto de riesgo operacional recogido en la Directiva y, específicamente, la necesidad de que este riesgo provenga de factores ajenos al control de las partes y de las incertidumbres del mercado, el riesgo de disponibilidad, definido en el sentido recogido en la consideración jurídica anterior –es decir, referido al riesgo de no suministrar la cantidad pactada contractualmente o de no alcanzar la seguridad o los niveles de calidad especificados–, se podría entender que se encuentra incluido en el concepto de riesgo operacional sólo si esta **falta de “disponibilidad” es debida a factores externos a la propia empresa contratista. (...)***

Parece, por tanto, que el riesgo de disponibilidad sigue estando en juego en la definición de las concesiones, aunque la Directiva no lo haya mencionado explícitamente, y ello en la medida en que se pueda entender que es un factor que no depende de las partes del contrato, que escapa de su control, y que está vinculado al riesgo de suministro u oferta, sea cual sea la terminología de la LCSP y las Directivas.

En contra de considerar el riesgo de disponibilidad como un factor a tener en cuenta en el riesgo operacional por escapar de la influencia de las partes, se puede citar la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.346/2013 (si bien es previa a las Directivas): *“también es verdad que este riesgo de explotación se puede dividir en un riesgo de disponibilidad y en un riesgo de demanda”*. En el supuesto del hecho que analiza considera que el riesgo de disponibilidad no se ha transmitido, dado que la ejecución con la calidad determinada en los pliegos se había previsto como una obligación esencial y que la disminución de la retribución del contratista por mala ejecución del contrato no suponía que asumiera el riesgo, ya que era consecuencia de la mala calidad en la ejecución del contrato y no de factores externos como el uso que del servicio hicieran los ciudadanos.

Habremos de esperar nuevas resoluciones con la LCSP vigente, que ajusten las definiciones que aquí se están exponiendo para delimitar los conceptos jurídicos indeterminados que integran la norma.

5. LA TRASLACIÓN DEL RIESGO OPERACIONAL AL CONCESIONARIO

En cualquier caso, sea cual sea el concepto definitivo del riesgo, lo cierto es que el concesionario debe asumir una parte esencial y estar sometido a las incertidumbres del mercado. Para valorar esa traslación, hay que atender a los considerandos 18 a 20 de la Directiva de concesiones, que nos ofrecen algunos parámetros interpretativos para evaluar el grado de traslación del riesgo al concesionario:

- Si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato, este no podría ser considerado una concesión
- Cabe la posibilidad de que la remuneración del concesionario proceda exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pero solo si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho este concesionario para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios se hace depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios.
- Si la ley de alguno de los Estados Miembros o el pliego que rige la contratación específica elimina el riesgo operacional estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, dicha ley haría una incorrecta trasposición de la Directiva y el contrato correspondiente no contendría una concesión a los efectos de la misma.
- Se puede limitar el riesgo, pero no hacerlo desaparecer (la limitación ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se prevé una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor).

En definitiva, como dispone la cláusula de cierre del párrafo final del artículo 14.4 LCSP, la parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada

en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable. El concepto jurídico indeterminado “meramente nominal o desdeñable” será también, a mi juicio, objeto de numerosas disquisiciones en los tribunales.

6. EL EJEMPLO PRÁCTICO

Para entender la situación, trayendo los conceptos abstractos a la realidad, pongamos el ejemplo de una concesión de obra de una infraestructura, en este caso, una autopista. En las carreteras solo existe un riesgo de demanda, que es el tráfico, no existe otro parámetro para la demanda y, por tanto, la simplificación del modelo es máxima. El descenso de tráfico en una autopista afecta al concesionario por la vía del ingreso, la tarifa de retribución del concesionario, tradicionalmente, depende directamente del número de usuarios que circulan por la vía, es decir, se trata del peaje. Ya sea el peaje que paga el usuario directamente o el denominado “peaje en sombra”, donde la administración titular de la infraestructura abona una cuantía en función del número de usuarios.

El riesgo de oferta en este caso es más difícil de definir, puesto que el desajuste debería venir por la inversión, que, sin embargo, en una infraestructura está muy definida por los pliegos y la oferta del licitador, pues los gastos de explotación y de conservación de la carretera dependen de los niveles de calidad, disponibilidad, que impone la propia administración concedente, o sea, una de las partes. Se solapan en la práctica los conceptos de oferta y disponibilidad.

Dentro de la zona gris que no depende de la decisión de las partes en la disponibilidad pueden entrar indicadores como el desgaste del firme (que sí tiene una relación con la demanda), los siniestros (también vinculado a la demanda) o las inclemencias meteorológicas cuya entidad no es tal que constituya fuerza mayor (el único factor ajeno a las partes y a la demanda que puede considerarse un riesgo de disponibilidad propiamente dicho).

Lo importante para encontrarnos frente a una concesión de obra de una autopista de acuerdo con la normativa descrita en este análisis, es que el concesionario no tenga garantizada por la Administración la recuperación íntegra de la inversión, sino que sepa que los cambios del mercado pueden hacerle tanto tener pérdidas como ganancias, sin que esa potencial pérdida sea “nominal” o “desdeñable”. En definitiva, se trata de integrar el concepto clásico de concesión con las incertidumbres del mercado.

**CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS, DE SUMINISTROS Y DE SERVICIOS. ESPECIALIDADES DE LA
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL MINISTERIO DE DEFENSA**

David Javier Santos Sánchez

*Abogado del Estado. Ex Secretario General
Técnico del Ministerio de Defensa*

1. INTRODUCCIÓN

Buenas tardes a todos y como no puede ser de otra manera, mis primeras palabras tienen que ser de agradecimiento al Tribunal de Cuentas por haberme invitado a participar en este curso sobre la nueva regulación de la contratación del Sector Público, con el objeto de poder exponer las principales especialidades que presenta la contratación administrativa en el Ministerio de Defensa.

En principio, la contratación administrativa en el Ministerio de Defensa, en cuanto órgano de la Administración General del Estado, queda sujeta a las reglas generales aplicables a todos los órganos de dicha Administración y, consiguientemente, entraba dentro del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública. No obstante, presenta una característica esencial, derivada de la trascendental misión que el artículo 8 de nuestra Constitución atribuye a las Fuerzas Armadas como garantes de la soberanía e independencia de España y defensoras de su integridad territorial y del ordenamiento constitucional. Es precisamente esa relación con la Defensa Nacional, o, en términos más actuales, con la Seguridad Nacional, competencia exclusiva y excluyente de los Estados Miembros, la que determinaba que parte de su actividad quedara excluida del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, tal y como se recogía en el artículo 223 del Tratado de Roma¹, de donde pasó al artículo 296 del Tratado de Maastricht² y se mantiene en el actual artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³.

Dicho precepto determinaba la exclusión de la normativa comunitaria de una importante parte del mercado europeo de productos de defensa, y era frecuentemente utilizado por los Estados miembros para potenciar su industria nacional de defensa, lo que implicaba una importante fragmentación del mercado. De ahí que la Comisión Europea, desde su Comunicación de 24 de enero de 1996 sobre los “Problemas de la Industria europea relacionada con la defensa: propuesta de actuación a nivel europeo” haya venido realizando notorios esfuerzos para incidir y limitar la actuación de los Estados Miembros en este sector con el pretexto de proteger el mercado interior, lo que no deja de ser sorprendente al tratarse de un ámbito tan directamente relacionado con la soberanía de cada Estado.

¹ Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957.

² Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992.

³ <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

Dentro de este proceso, interesa destacar la Comunicación de 23 de septiembre de 2004, sobre el “Libro Verde. Los contratos públicos en defensa”⁴ que daría pie a importantísimas actuaciones en esta materia, que integran el denominado “Paquete de Defensa”:

- La Comunicación Interpretativa de la Comisión de la Unión Europea COM (2006) 779 final sobre la “aplicación del artículo 296 del Tratado en el ámbito de los contratos públicos de defensa”⁵.
- La Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009 sobre la simplificación de los términos y las condiciones de las transferencias de productos relacionados con la defensa dentro de la Comunidad⁶.
- La Directiva 2009/81/CE DEL Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE⁷.

Esta importante Directiva trata de conjugar las necesidades de “la seguridad nacional, que sigue siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro, tanto en el ámbito de la defensa como de la seguridad”, con la creación de un marco europeo de equipos de defensa. Para ello establece una regulación que se aparta de las reglas generales de contratación en el ámbito de la Unión Europea y que se basa, a mi juicio, en tres factores:

1. Las especiales características de determinados bienes en cuanto que atienden directamente a las necesidades de la Seguridad Nacional, entre los que se incluyen el equipo militar, en el que quedan incluidos las categorías de productos incluidas en la lista de armas, municiones y material de guerra adoptada por el Consejo en su Decisión 255/58, de 15 de abril de 1958. Ahora bien, como señala la propia Directiva, “la lista es genérica y debe ser interpretada de manera

⁴ COM (2004) 608 final. 23.09.2004. Libro Verde. Los contratos públicos en defensa.

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0608:FIN:ES:PDF>

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0779&from=ES>

⁶ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:146:0001:0036:ES:PDF>

⁷ <https://www.boe.es/doue/2009/216/L00076-00136.pdf>

amplia a la luz de la naturaleza cambiante de la tecnología, las políticas de contratación y las necesidades militares resultantes en el desarrollo de nuevos tipos de equipos, por ejemplo, sobre la base de la Lista común de equipo militar de la Unión” y “el término equipo militar debe abarcar asimismo los productos que, aunque inicialmente diseñados para un uso civil, hayan sido adaptados posteriormente a fines militares para su utilización como armas, municiones o material de guerra”.

2. La necesidad de garantizar la seguridad del abastecimiento y proteger la seguridad de la información, unido a la complejidad técnica de los equipos de defensa y seguridad.
3. Uso de procedimientos específicos que limiten la publicidad y la concurrencia, convirtiéndose el procedimiento restringido y el negociado con publicidad o el diálogo competitivo en los procedimientos ordinarios, admitiéndose en supuestos excepcionales el procedimiento negociado sin publicidad. La Directiva justifica este régimen particular en que “los contratos a que se refiere la presente Directiva se caracterizan por sus particulares exigencias en términos de complejidad, o de seguridad de la información o del abastecimiento” y en que “satisfacer tales necesidades suele requerir intensas negociaciones durante el procedimiento de adjudicación del contrato”.

En transposición de esta última directiva, que como hemos visto pretendía concretar y armonizar a nivel europeo determinados contratos relacionados con la industria de defensa en los que fuera necesario garantizar la seguridad del suministro y la seguridad de la información pero sin necesidad de acudir a la exclusión total del artículo 346 TFUE, se aprobó la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

Por consiguiente, el marco actual de la contratación del Ministerio de Defensa quedaría configurado por:

- 1) La normativa contractual aplicable al conjunto del Sector Público, actualmente 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.

- 2) La normativa especial del ámbito de la seguridad y defensa, la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.
- 3) La aplicación del 346 TFUE que, en síntesis, supone que no deba aplicarse ninguna de las normas anteriores.

2. EL ARTÍCULO 346 DEL TFUE

Comenzando con las excepciones a la norma general, la más importante es el artículo 346 del TFUE que, como hemos visto, excluye la aplicación de la normativa contractual comunitaria y deja a los Estados Miembros un importante ámbito de apreciación a la hora de determinar los criterios de selección de la empresa contratista y el proceso de adjudicación, así como las condiciones a las que deba sujetarse la ejecución del contrato. De acuerdo con el citado precepto:

1. *“Las disposiciones del presente Tratado no obstarán a las normas siguientes:*

Ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad;

Todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.

2. *El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, podrá introducir modificaciones en la lista, que estableció el 15 de abril de 1958, de los productos sujetos a las disposiciones de la letra b) del apartado 1.”*

Para evitar el abuso en la aplicación de dicha exclusión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido perfilando los requisitos necesarios para su aplicación⁸:

⁸ Sentencia TJUE de 4 de octubre de 1991, Asunto C-367/89, Caso Rickardt y Les Accessoires Scientifiques, Sentencia TJUE de 3 de mayo de 1994, Asunto C-328/92 Caso Comisión contra España, Sentencias TJUE 11 de enero de 2000, Asunto C-

- 1) Las excepciones que se establecen en dicho artículo, al igual que todos aquellos artículos que permiten no aplicar los principios y normas del tratado, han de ser objeto de interpretación estricta.
- 2) La carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ellas.
- 3) Las autoridades nacionales disponen de cierto margen de apreciación al adoptar las medidas que consideren necesarias para garantizar la seguridad pública de un Estado miembro.
- 4) El concepto de seguridad pública se refiere tanto a la seguridad interior de un Estado miembro como a su seguridad exterior.
- 5) No se puede deducir la existencia de una reserva general, inherente al Tratado, que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario cualquier medida adoptada por motivos de seguridad pública.
- 6) Corresponde a las autoridades nacionales demostrar que esas disposiciones son necesarias para alcanzar el objetivo invocado, y que éste no puede alcanzarse mediante prohibiciones o limitaciones de menor amplitud o que afecten en menor medida al comercio intracomunitario (principio de proporcionalidad).

Por otro lado, aunque el análisis detallado de los presupuestos del citado precepto excede del ámbito de esta presentación, sí interesa destacar que a fin de concretar el concepto jurídico indeterminado de “intereses esenciales de la seguridad” por Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015 se han determinado las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad Nacional⁹. Por otro lado, la excepción del apartado segundo, a diferencia de la del primero, queda limitado a los fines específicamente militares, por lo que no

285/98, Caso Tanja Kreril contra Bundesrepublik, Sentencia de 28 de marzo de 1995 Asunto C-234/93, Caso Evans Medical, Sentencia 11 de septiembre de 2008, Asunto C-141/07 Caso Comisión contra Alemania, Sentencia de 2 de octubre de 2008, Asunto C-157/06, Caso comisión contra Italia, Sentencia de 16 de septiembre de 1999, Asunto C-414/97, Caso Comisión contra España, Sentencia de 15 de diciembre de 2009, Asunto C-372/05, Caso Comisión contra Alemania, Sentencia de 4 de septiembre de 2014, Caso Schiebel, Sentencia 15 de mayo de 1986, Asunto 222/84, Johnston, entre otras muchas.

⁹ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8843

ampara ni el material de doble uso ni otros fines no militares (especialmente, los offsets o compensaciones industriales).

3. LA LEY 24/2011, DE 1 DE AGOSTO, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN LOS ÁMBITOS DE LA DEFENSA Y DE LA SEGURIDAD

La segunda excepción vendría determinada por la aplicación de la Ley 24/2011, que introduce importantes especialidades en la tramitación de los procedimientos de contratación con la finalidad de garantizar tanto la seguridad de la información como la continuidad del suministro, potenciando tanto el procedimiento restringido como el negociado, pero suponiendo una especialidad de la normativa española, no específicamente prevista en la directiva comunitaria, la de admitir incluso en este ámbito el procedimiento abierto, con el fin de potenciar la transparencia y la concurrencia.

Dicha Ley resulta de aplicación, en los términos de su artículo 2, a los contratos relacionados con las actividades de la defensa y de la seguridad pública, cualquiera que sea su valor estimado, y que tengan por objeto:

- a) El suministro de equipos militares, incluidas las piezas, componentes y subunidades de los mismos.
- b) El suministro de armas y municiones destinadas al uso de las Fuerzas, Cuerpos y Autoridades con competencias en seguridad.
- c) El suministro de equipos sensibles, incluidas las piezas, componentes y subunidades de los mismos.
- d) Obras, suministros y servicios directamente relacionados con los equipos, armas y municiones mencionados en las letras a), b) y c) anteriores para el conjunto de los elementos necesarios a lo largo de las posibles etapas sucesivas del ciclo de vida de los productos.
- e) Obras y servicios con fines específicamente militares u obras y servicios sensibles.

Por otro lado, el artículo 7 regula los negocios que quedan excluidos del ámbito de aplicación de dicha Ley que se regirán por su normativa especial, entre los que destacan, además de los contratos amparados por el artículo 346 del TFUE, los de los servicios de

inteligencia y contrainteligencia o los programas de cooperación en investigación y desarrollo.

También queda excluida de la misma la figura del contrato Gobierno a Gobierno configurado en nuestro país como un “mecanismo de apoyo a la exportación”, introduciéndose su regulación en una norma de carácter comercial, el Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios¹⁰. Dicho contrato, basado en el sistema FMS norteamericano y caracterizado por actuar el Gobierno español como un mandatario del Gobierno extranjero, actuando en su nombre y representación, supuso una novedad en nuestro ordenamiento jurídico en que la intervención del Gobierno (Ministerio de Defensa) como parte vendedora en la enajenación de material militar solo se contemplaba en los supuestos en que se tratara de material empleado por las Fuerzas Armadas y que por lo tanto había estado previamente afectado a la defensa nacional (material Surplus, regulado por el Real Decreto 1638/1999, de 22 de octubre, por el que se regula la enajenación de bienes muebles y productos de defensa en el Ministerio de Defensa) . Por el contrario, sí que se regulaba la intervención del Gobierno español en un contrato con otro Gobierno u Organismo público extranjero como parte compradora en el Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación de material militar en el extranjero.

4. LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Por último, siempre que no resulte de aplicación el artículo 346 del TFUE ni la Ley 24/2011 o alguna de las excepciones contenida en esta última, será de aplicación la normativa general sobre contratación del Sector Público y a la que se sujeta más del 80 % de la contratación anual del Ministerio de Defensa.

No obstante, hay que tener en cuenta que también hay supuestos especiales que quedan excluidos de la misma, algunos similares a los previstos en la Ley 24/2011 aunque no siempre se utilice la misma terminología. En este punto interesa destacar de la nueva Ley que ha sistematizado los negocios y contratos excluidos por ámbitos, siguiendo en este punto lo que venían haciendo las directivas, en vez de hacer una única enumeración como hacían sus predecesoras. Dedicó el artículo 5 al ámbito de la Defensa y de la Seguridad, aunque hay otras exclusiones que también serán aplicables.

¹⁰ Sustituido por la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

En cuanto al artículo 5, excluye, además de los convenios del 346 TFUE y los contratos sujetos a la Ley 24/2011, otros supuestos como los contratos que deban sujetarse a un procedimiento de contratación específico establecido en virtud de un acuerdo o convenio internacional o por una organización internacional o por una institución financiera internacional, o relacionados con el estacionamiento de tropas.

No obstante, la principal novedad la constituye la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley 9/2017 de determinados contratos de concesiones de obras y concesiones de servicios que se celebren en el ámbito de la seguridad y de la defensa, en los siguientes casos:

- a) Que sean adjudicados en el marco de un programa de cooperación basado en la investigación y el desarrollo de un nuevo producto y, en su caso, también relacionados con el ciclo de vida del mismo o partes de dicho ciclo, siempre que participen en el programa al menos dos Estados miembros de la Unión Europea.
- b) Los que se adjudiquen en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea para efectuar compras, incluidas las de carácter civil, cuando las Fuerzas Armadas estén desplegadas fuera del territorio de la Unión y las necesidades operativas hagan necesario que estos contratos se concluyan con los empresarios situados en la zona de operaciones. A los efectos de esta Ley, se entenderán incluidos en la zona de operaciones los territorios de influencia de ésta y las bases logísticas avanzadas.
- c) Las concesiones que se adjudiquen a otro Estado en relación con obras y servicios directamente relacionados con el equipo militar sensible, u obras y servicios específicamente con fines militares, u obras y servicios sensibles.

Hasta ahora, dichos contratos no estaban excluidos de la Legislación sobre contratos del Sector Público y tampoco entraban en el ámbito de aplicación de la Ley 24/2011 (que excluía los contratos de concesión de obras públicas, el de gestión de servicios públicos o los contratos administrativos especiales).

Por otro lado, existen otros supuestos de exclusión no directamente relacionados con la Defensa y la Seguridad pero que pueden tener una importante incidencia en ella, como es el caso de los convenios de colaboración del artículo 6, especialmente los que se

celebran por las Fuerzas Armadas con diferentes Universidades, o los contratos de I+D+I del artículo 8.

Asimismo, tiene especial incidencia en el ámbito del Ministerio de Defensa la nueva regulación de los encargos a medios propios, ya que tienen esta consideración tanto el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial “Esteban Terradas”¹¹ como la Sociedad Mercantil Estatal Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, SA (ISDEFE).

Por último, una vez analizado, si bien someramente debido a las limitaciones de tiempo que requiere la participación en una mesa redonda de estas características, el régimen jurídico aplicable a la contratación del Ministerio de Defensa, no puedo concluir sin hacer referencia a uno de los principales problemas con los que se encuentran los órganos de contratación del ministerio y que deriva de que los créditos presupuestarios necesarios no se encuentran en su totalidad disponibles al inicio del ejercicio presupuestario, sino que los mismos se van generando a lo largo del mismo con cargo al Fondo de Contingencia.

En el ámbito del Ministerio de Defensa, el recurso al Fondo de Contingencia tiene una extraordinaria importancia, ya que tradicionalmente la participación de nuestras Fuerzas Armadas en las diferentes misiones internacionales de mantenimiento de la paz viene financiándose a través de dicho Fondo, lo que ha dado lugar a numerosas críticas y a que el Tribunal de Cuentas recomiende abandonar ese sistema (Informe de fiscalización de la participación de las Fuerzas Armadas Españolas en misiones internacionales, ejercicios 2009 y 2010,“, nº 943). El mecanismo utilizado consiste en dotar en los Presupuestos Generales del Estado para cada año una pequeña dotación y configurar dicho crédito como ampliable, procediendo posteriormente a su ampliación con cargo al Fondo de Contingencia. De ahí que el Tribunal de Cuentas haya denunciado la “falta de rigor y realismo” de dicho modelo, por no tratarse de gastos imprevistos puesto que “como se ha podido analizar, la práctica totalidad de las misiones llevadas a cabo en estos ejercicios tuvieron su origen en ejercicios anteriores, por lo que su gasto pudo y debió preverse y planificarse”. Por ello recomendaba diferenciar claramente las operaciones en curso de las operaciones imprevistas “procediendo, en el primer caso, a la inclusión de estos costes en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio y continuando con el procedimiento actual de ampliación con cargo al Fondo de Contingencia en el supuesto de nuevas operaciones aprobadas con posterioridad a la

¹¹ Real Decreto 925/2015, de 16 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas»

tramitación de los presupuestos”, a lo que habría que añadir también la posibilidad de financiar con cargo al Fondo de Contingencia las necesidades imprevistas que pudieran surgir en las operaciones en curso.

De ahí que lo correcto sería incluir esos créditos en el presupuesto del Ministerio de Defensa, tal y como hacen los países de nuestro entorno. En este sentido, en el estudio realizado por Antonio Fonfría Mesa (“Presupuesto de Defensa 2015: Sin Novedad” IEEE¹²) destaca que frente a España, en el que la dotación inicial para operaciones en el exterior es entre el 2 y el 5% aproximadamente del crédito necesario, en Reino Unido, Alemania y Canadá es cercano al 100%, en Francia es del 70% y va creciendo y en Holanda oscila entre el 70% y el 90%.

En este punto, si bien es cierto que los Presupuestos Generales del Estado para 2018 han incrementado esta dotación, todavía queda un largo camino que recorrer.

¹² http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEO07-2015_Presupuesto2015_AntonioFonfria.pdf

CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS, DE SUMINISTROS Y DE SERVICIOS

Cristina López Heras

*Subdirectora General Jefe de la Oficina Presupuestaria del
Ministerio de Asuntos Exteriores Unión Europea y Cooperación*

El presupuesto del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación apenas supone un 0.5% de los Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio presupuestario; por tanto, su actividad contractual necesariamente no puede compararse ni en volumen de gasto ni en volumen de expedientes tramitados a la de los grandes Ministerios inversores como Defensa o Fomento aquí representados.

No obstante lo anterior, junto a los expedientes básicos de obras, suministros y servicios que se tramitan en los Servicios Centrales, la contratación en el MAUC se caracteriza por la primacía de los contratos formalizados y ejecutados en el extranjero, sujetos a su propia normativa: la Disposición Adicional primera de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

Sus especialidades no son cuestión baladí, pues tanto la AGE como las Comunidades Autónomas cada vez gozan de mayor presencia en el exterior, en el marco de la acción exterior del Estado, tal y como se define en Ley 2/2014 de Acción y Servicio Exterior del Estado.

Así, sin perjuicio de acudir al resto de preceptos de la Ley para resolver dudas y lagunas, los contratos formalizados y ejecutados en el extranjero presentan, entre otras, sus propias normas:

- El contrato puede sustituir al pliego de cláusulas administrativas particulares.
- Cabe la posibilidad de excepcionar tanto el régimen de garantías, como el principio general de la Administración de pago por servicio hecho, admitiendo el pago por adelantado, atendiendo a las prácticas comerciales internacionales.
- El régimen de revisión de precios difiere del previsto en la Ley, atendiendo a la legislación del país en que vaya a celebrarse el contrato y a sus circunstancias socioeconómicas.
- Se prevé la sumisión a Tribunales españoles cuando se contrate con empresas españolas y la posibilidad de sumisión de las empresas extranjeras y si no fuera posible, se incorporarán cláusulas de arbitraje.

- Si bien no se recoge expresamente, de la interpretación que se le ha dado a este precepto por la doctrina, no cabe interposición de recurso especial en materia de contratación.
- Por último, salvo los contratos sujetos a regulación armonizada que vayan a ejecutarse en el ámbito de la UE y el Espacio Económico Europeo, el resto puede adjudicarse mediante procedimiento negociado sin publicidad, con independencia de su cuantía, mediante la solicitud, de al menos tres ofertas a empresas capacitadas, siempre que sea posible; y sin perjuicio de lo establecido para los contratos menores.

Pues bien, ésta última redacción, que es idéntica a la que se recogía en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y que permitía con carácter general no recabar tres ofertas en los contratos de cuantía inferior a 18.000 euros y 50.000 euros, respectivamente, ha devenido en la aplicación automática a los contratos menores en el exterior, del artículo 118 de la Ley 9/2017, con las novedades que el mismo incorpora y ya conocidas, entre ellas, el nuevo informe del órgano de contratación que necesariamente ha de acompañar el expediente en el que de forma motivada se debe justificar tanto la necesidad del contrato como que no se está fraccionando el objeto del mismo, ni se han suscrito con el contratista más contratos menores que individual o conjuntamente superen los importes del contrato menor.

De la problemática de la aplicación de dicho artículo hay una relación inagotable de pronunciamientos de Juntas Consultivas de Contratación ya sea la Estatal o las autonómicas, Ayuntamientos y Diputaciones, en muchos casos, contradictorias, de cara a valorar si la cuantía debe o no computarse en el año natural, o si el límite de acumulación a un mismo proveedor se refiere al objeto o al tipo contractual, entre otras cuestiones.

Desde la perspectiva de la contratación en el extranjero, la problemática añadida por el legislador está clara: no todo contrato menor implica per se una restricción a la competencia ni responde a un fraccionamiento... y lo dice una Interventora...

Ciertamente hay que planificar pero dejo una pregunta en el aire: si en nuestra Embajada en Kinshasa solo hay una o dos empresas capacitadas, por ejemplo, para reparar una cámara de seguridad, si transcurridos unos meses se rompe otra, ¿ese nuevo contrato tiene el mismo objeto? ¿a quién contratamos? ¿quién va a certificar que en

todo el ejercicio presupuestario no se ha contratado a dicha empresa, si conjuntamente se superan los límites del contrato menor?

ⁱMelón Pardo, Carlos. 29.05.2017 "Impugnación de las decisiones relativas a la preparación y adjudicación de los contratos en el extranjero" <http://www.obcp.es>

ⁱⁱTejedor Bielsa, Julio. 09.03.2018. "Del contrato menor, la interpretación rampante y la perplejidad del gestor público". <https://www.administracionpublica.com>

**TERCERA JORNADA:
LOS PROCESIMIENTOS Y GARANTÍAS**



**TERCERA JORNADA:
LOS PROCESOS Y GARANTÍAS**

El control de la contratación pública en las actuaciones previas y la responsabilidad contable. Un examen práctico de los casos más conocidos y de actualidad.

Antonio Luis Casamayor de Mesa.

Delegado Instructor de Actuaciones Previas de la Presidencia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas. Letrado de la Comunidad de Madrid.

Los registros públicos y la contratación pública.

Francisco Javier Gimeno Chocarro.

Registrador de la Propiedad de Pamplona.

La contratación del Sector Público desde la sociedad civil: la perspectiva de Transparencia Internacional

Jesús Lizcano Álvarez.

Presidente Transparency International-España. Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid

**EL CONTROL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LAS
ACTUACIONES PREVIAS Y LA RESPONSABILIDAD CONTABLE.
UN EXAMEN PRÁCTICO DE LOS CASOS MÁS CONOCIDOS Y DE ACTUALIDAD**

Antonio Luis Casamayor de Mesa

*Delegado Instructor de Actuaciones Previas de la
Presidencia de Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas*

A modo de introducción cabe recalcar el acierto en el título de la presente ponencia, tal y como quedó formulado por la Dirección y Coordinación del seminario. Permite diferenciar con suficiente énfasis, por un lado, la determinación de la responsabilidad contable por alcance, que se reside en los Órganos propiamente jurisdiccionales de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, tanto de instancia, Consejeros de Cuentas, como de apelación, Sala de Justicia; y ulteriormente, mediando casación o revisión, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Por otro lado, la fase de Actuaciones Previas, dotada de ciertas peculiaridades y cuya caracterización veremos más adelante.

Las modalidades procesales para la determinación de responsabilidades contables son tanto el juicio de cuentas, que se desarrolla en el ámbito de una fiscalización respecto de *hechos que pudieran ser no constitutivos de alcance de caudales o efectos públicos* (artículo 45 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas), como el procedimiento de reintegro por alcance, que es lo que aquí interesa.

Para que una acción pueda ser constitutiva de responsabilidad de naturaleza contable por alcance tiene que reunir de forma cumulativa los siguientes requisitos: 1º) Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. 2º) Que dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos. 3º) que la expresada acción implique una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del correspondiente sector público. 4º) Que esté marcada por una nota de subjetividad, pues su consecuencia no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos públicos por dolo, culpa o negligencia grave. 5º) Que el menoscabo sea efectivo e individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente. Y 6º) Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.

El concepto expuesto descansa sobre la interpretación conjunta de los artículos 2.b), 15.1 y 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982 de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, en relación con lo preceptuado en el artículo 49.1 y 59.1 de la Ley 7/1988 de 5 de abril, de su Funcionamiento; asimismo, lo declarado por la Sala de Apelación de este Tribunal en reiteradas Sentencias (por ejemplo, las de 30 de junio de 1991, 6 de noviembre de 1995, 24 de julio de 1997, 25 de febrero y 30 de junio de 2000).

La responsabilidad contable es un tipo específico y autónomo de responsabilidad jurídica, tanto por su régimen legal, como por sus propios elementos subjetivos, objetivos y formales.

Ahora bien, desde la perspectiva objetiva, la jurisdicción contable es esencialmente resarcitoria, de ahí la importancia de concretar los daños y perjuicios que se causen durante la actividad administrativa. En este sentido, cabe insistir en que el artículo 59.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas señala la necesaria exigencia para encontrarnos ante un supuesto de ilícito contable en el sentido de que: *“los daños determinantes de la responsabilidad deberán ser efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación a determinados caudales o efectos”*. A este respecto, la jurisprudencia contable mantiene el criterio constante de la necesaria materialidad y efectividad del daño o perjuicio, lo que significa que éste ha de ser actual y no meramente potencial, es decir, que dicho daño no descansa en meras especulaciones acerca de perjuicios contingentes o dudosos. Y habría de tenerse en cuenta otro matiz al respecto del incumplimiento de normativa, que igualmente se desprende de la referida configuración legal y jurisprudencial de la responsabilidad contable, al distinguir entre la contravención de la legalidad y el elemento material de menoscabo a los fondos públicos; así, la Sentencia de la Sala de Justicia 3/1998, de 26 de febrero de 1998, en el ámbito material del presente seminario:

Pues bien, en el presente caso, el actor se encuentra, en el momento de formular demanda, entre otros datos, con un posible incumplimiento de la legalidad Presupuestaria por el presunto responsable (realización del gasto sin previo expediente de contratación). Dicha vulneración de la normativa reguladora de la gestión de los caudales o efectos públicos constituye, además, uno de los requisitos de la responsabilidad contable exigidos por el artículo 49 de la Ley 7/88, de 5 de abril.

(...) No era posible conocer, en ese momento procesal, que la interpretación que el Juzgador Contable iba a dar las cláusulas del contrato litigioso iba a provocar la imposibilidad de declarar otro de los requisitos que el artículo 49 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas exige para la responsabilidad contable: la existencia de un menoscabo en los caudales o efectos públicos.

Una vez sumariamente definido el ámbito genérico de la responsabilidad por alcance (del que la malversación contable, cualificada por la intencionalidad y el destino de los fondos alcanzados, sería una especie) y dentro de la modalidad procesal del Procedimiento de reintegro por alcance, el Artículo 26.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de

12 de mayo, del Tribunal de Cuentas establece que la instrucción de los procedimientos de reintegro por alcance se efectuará por los Delegados Instructores. Y a su vez, esta instrucción se perfila en el artículo 47 de la ya citada Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, que precisamente se rubrica como *Actuaciones del nombrado delegado instructor en orden a la exigencia de responsabilidades contables*.

El nombramiento del Delegado instructor, efectuado *ad casum* según orden y reglas preestablecidos, se efectúa por la Comisión de Gobierno, lo que induce a considerar que la delegación lo es del Tribunal, no de su Sección u Órganos de Enjuiciamiento.

El espacio funcional del Delegado Instructor conforma las Actuaciones Previas a la exigencia de responsabilidades contables y, en lo fundamental se refleja en los siguientes apartados del referido artículo 47, en su punto primero:

- *Reclamación de las diligencias preventivas del alcance que se hayan instruido por el Jefe del Centro o Dependencia donde haya ocurrido la falta, o por el alcanzado en su caso.*
- *Práctica de las diligencias oportunas en averiguación del hecho y de los presuntos responsables o sus causahabientes, a no ser que se considerasen suficientes las practicadas con anterioridad.*
- *Liquidación provisional del alcance, previa citación de los presuntos responsables, Ministerio Fiscal, Letrado del Estado o, en su caso, legal representación de la entidad perjudicada, con mención expresa de la clase de valores, efectos o caudales públicos que pudieran haber sufrido menoscabo.*
- *Requerimiento de los presuntos responsables para que depositen o afiancen, en cualquiera de las formas legalmente admitidas, el importe provisional del alcance, más el cálculo, también provisional, de los intereses que pudieran resultar procedentes, bajo apercibimiento de embargo.*
- *Embargo de los bienes de los presuntos responsables a no ser que tuviesen afianzada, o afianzaren, en forma legal, sus posibles responsabilidades en los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación.*

No obstante su inmersión en el Procedimiento de reintegro por alcance, la Sala de Justicia ha venido caracterizando la fase de Actuaciones Previas de modo que matiza su apariencia jurisdiccional, acercándose materialmente a la interlocución Tribunal de Cuentas-Administración o Entidad Pública, más propia de una fiscalización (Auto de la Sala de Justicia de 14 de junio de 2002):

En consecuencia, no constituyen un procedimiento contradictorio o no están encaminados a obtener resoluciones declarativas de responsabilidad contable ni, en último término, tienen por objeto decidir sobre los hechos, o sobre la calificación jurídica de las actuaciones, quedando excluida cualquier tipo de actividad probatoria o de contradicción que deben quedar reservadas al proceso jurisdiccional de primera instancia.

Sin embargo, también han de diferenciarse, en el marco de la actividad jurisdiccional, respecto de la función de fiscalización: v. gr., el Auto de la Sala de Justicia de este Tribunal de Cuentas de 24 de julio de 2002:

Ahora bien, el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de su función jurisdiccional sólo puede pronunciarse sobre hechos concretos de responsabilidad, pero lo que no puede es iniciar una investigación para averiguar posibles responsabilidades contables que no han sido concretadas a partir de hechos que no hayan sido concretados de forma suficiente, pues lo contrario equivaldría a la realización de una fiscalización, que conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas sólo puede acordarse por el Pleno de éste, las Cortes Generales, y en su ámbito, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

El aludido proceso de interlocución con la entidad pública presuntamente perjudicada que las actuaciones de instrucción no contradictorias en sí mismas conllevan, responde a la propia naturaleza contable de la responsabilidad, como enfatiza la Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 22/1994, de 30 de junio de 1994, en distinción respecto de la responsabilidad civil nacida del delito y reiterando pronunciamientos de la 21/1992, de 30 de septiembre:

“(…) no se puede identificar absolutamente la responsabilidad contable con la responsabilidad civil nacida de los delitos -aun admitiendo que la responsabilidad contable sea una subespecie de la civil de análoga naturaleza- y ello por variados órdenes de razones: en primer lugar, porque en multitud de ocasiones hay responsabilidad contable sin que paralelamente exista delito; en segundo lugar,

porque si se tratara de la misma responsabilidad no sería lógico que el ordenamiento jurídico se hubiera encargado de atribuirla a órdenes jurisdiccionales diferentes; y, por último, porque la responsabilidad contable se desprende siempre de las cuentas y requiere de la concurrencia de unos elementos específicos que guardando la natural similitud exceden de los previstos en el art. 1.902 y concordantes del Código Civil.”

El fin de las Actuaciones Previas es, como se ha visto, la suficiente concreción indiciaria de una responsabilidad contable por alcance -formalizada en un Acta de Liquidación en pronunciamiento previo y provisional, que en nada vincula al procedimiento jurisdiccional propiamente dicho- así como proceder a su automática garantía cautelar.

Y estas actuaciones de indagación serán las que también empiecen a determinar un supuesto responsable -en idénticos términos previos y provisionales- que no existe hasta el momento de su citación al acto de Liquidación, con ofrecimiento del expediente al efecto de formular alegaciones.

Cabría -en un inciso- señalar aquí que el plazo legal de las Actuaciones Previas sería, ex artículo 47.4 de la Ley de Funcionamiento, de dos meses, si bien, asimismo la doctrina de la Sala de Justicia lo ha calificado de indicativo, habida cuenta de la complejidad que pueden y suelen revestir cada vez más las correspondientes diligencias de averiguación (piénsese, v.gr., en supuestos de grandes obras públicas).

Se advierte, no obstante, la celeridad de este procedimiento, así como su objeto final de afianzar con el patrimonio privado del presunto responsable contable el alcance que se haya podido producir en los fondos públicos (con los intereses), en ocasiones de muy importante cuantía, como resultado de la revisión de la contabilidad y documentación justificativa de soporte, de una entidad pública, lo que podría conducir a plantearse el régimen de garantías -hacia una mayor intensidad, propia de otros Órdenes Jurisdiccionales, singularmente el Penal- para el meritado supuesto responsable.

Sin embargo, como se ha visto, la línea conductora de la responsabilidad contable por alcance es su naturaleza resarcitoria. Y esta naturaleza implica que no estemos ante un caso de ejercicio del *ius puniendi*; ni sancionador, ni disciplinario, ni penal. Por otra parte, la Ley Orgánica establece expresamente la compatibilidad con las dos últimas (en el ámbito de las relaciones de sujeción especial), en su artículo 18, respecto de unos mismos hechos

En el Ordenamiento Jurídico, un ejemplo de algo similar -especialmente ilustrativo por la evolución que pone de manifiesto- es la modificación por Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos para 1992, del artículo 31.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que conllevó la desaparición de la sanción de “deducción proporcional de retribuciones” del artículo 14 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, pasando a establecer que:

La diferencia en cómputo mensual, entre la jornada reglamentaria de trabajo y la efectivamente realizada por el funcionario dará lugar, salvo justificación, a la correspondiente deducción proporcional de haberes.

En análogo sentido, pero en el ámbito del personal laboral al servicio de la Administración Pública, los convenios colectivos venían excluyendo la formación siquiera de expediente contradictorio (mera comunicación, v. gr. III Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado, publicado por Resolución de 3 de noviembre 2009).

Si se quiere abrir más el foco respecto de medidas que, aunque gravosas, no son ejercicio del *ius puniendi*, podría citarse el artículo 51.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios o el artículo 37 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en cuanto niegan el carácter sancionador a ciertas medidas cautelares.

Igualmente se ha suscitado, abundando en desarrollos garantistas, que incluso cabría cuestionar las propias diligencias indagatorias, en cuanto ofrezcan datos de los presuntos responsables. Aspecto éste tangencial al tema de este seminario, pero que merece una pincelada por resultar de la mayor actualidad por virtud de la aplicabilidad directa del Reglamento Europeo de Protección de Datos, 679/2016, de 27 de abril, de conformidad con su artículo 99, a partir del 25 de mayo de 2018; que no obstante contiene varias menciones -por ejemplo, en el expositivo (45)- a los supuestos de tratamiento de datos en relación con el cumplimiento de obligaciones legales por parte de las autoridades públicas, con fundamento en esa legalidad, que lo es tanto en Derecho comunitario como de los Estados miembros.

Por lo atinente al espacio funcional de las Actuaciones Previas, ha de considerarse que todos los datos que se recaban son, en principio, de carácter no personal, habida cuenta de que resultan del reflejo contable de las actividades de entidades de carácter público y

de la documentación que las acredita. Por otro lado, ya la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos contemplaba en su artículo 6.2 que el consentimiento no sería preciso en el caso de que *los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias.*

Los datos que se tratan en el desarrollo de las Actuaciones Previas no vienen referidos a una persona física (persona física titular de los datos, artículo 3, e de la Ley Orgánica) en cuanto tal, sino a un órgano o unidad administrativa, cargo o puesto público. Incluso en el caso de documentos justificativos, a partir del momento en que ya fueron presentados a la entidad pública, permiten asimismo presumir o excluir el consentimiento en los términos expuestos. Este mismo análisis cabe en relación con todos los datos - domiciliarios, por ejemplo- que hubieran podido ser en su día facilitados por la persona física a la Administración en la que presta sus servicios. Como quiera que dentro de la funcionalidad de una Administración Pública están los sistemas para el control de su actividad, ya sea interno o externo, cabe extender la previsión del artículo 6.2 arriba transcrita al tratamiento que en sí supone la cesión a la Instrucción de esos datos, por parte de la Administración objeto de unas Actuaciones Previas.

No obstante, ha de considerarse un singular beneficio de la naturaleza administrativa de la instrucción contable: en el caso de concluir en la inexistencia de responsabilidad por alcance y así se considerara también por el Ministerio Público y la Administración supuestamente perjudicada, el resultado será un Auto de no incoación (del mismo modo que si la hubiera y el presunto responsable reintegrara voluntariamente), por lo que ni siquiera llegaría a haber un proceso propiamente dicho.

Con independencia de lo que, de modo ilustrativo, se ha recogido en los párrafos anteriores, el instrumento procesal para dar curso al régimen de garantías -sin olvidar que se está ante una liquidación de carácter previo y provisional- viene dado por el recurso del artículo 48 de la Ley de Funcionamiento, cuyo objeto es limitado:

Contra las resoluciones dictadas en (...) las actuaciones prevenidas en los artículos 46 y 47, todos de la presente Ley, en que no se accediera a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren o en que se causare indefensión, se dará recurso ante la Sala del Tribunal que corresponda, a interponer dentro del plazo de cinco días.

Lógicamente, cualquier cuestión de índole material que fundamente la decisión adoptada en un Acta de Liquidación, habrá de constituir el objeto del proceso contable de instancia, ante el Consejero de Cuentas.

Y, ya precisamente en el ámbito material, pasamos a considerar la contratación administrativa, comenzando por subrayar la gran entidad que ostenta, tanto cuantitativa como cualitativamente, respecto del total de asuntos asignados a la Instrucción Contable.

Aquí resulta de especial mención, de entre los elementos configuradores de una responsabilidad contable por alcance que antes se expusieron, el de carácter normativo, por cuanto ha de distinguirse entre la norma presupuestaria y contable reguladora del correspondiente sector público y la legislación administrativa en materia contractual.

Distinción que, con independencia del tratamiento de aspectos contencioso-administrativos como cuestión prejudicial, ex artículo 17 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (*“a los solos efectos del ejercicio de su función”*), obliga a valorar los incumplimientos de previsiones contractuales legales y reglamentarias. Incumplimientos que, no obstante, componen habitualmente las actuaciones de control interno y consecuentemente del control externo que efectúa un informe de fiscalización.

Lógicamente, la fiscalización ha de poner de manifiesto toda irregularidad que represente un impedimento a la mejor gestión de los fondos públicos.

Pero la norma contractual puede perseguir unos bienes jurídicos propios y diversos, más amplios que el objeto de una responsabilidad por alcance. Serían de considerar al efecto los principios proclamados por la evolución legislativa reciente del Derecho administrativo contractual, desde la Ley 30/2007, de 30 de octubre, hasta la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, tal como se van reflejando en las correspondientes exposiciones de motivos: Publicidad, concurrencia, transparencia, eficiencia, integridad, igualdad de trato y no discriminación, o proporcionalidad.

Estas líneas maestras de la interpretación y aplicación al caso concreto de la normativa contractual, no cabe duda de que en ocasiones darán lugar a consecuencias económicas, ahora bien, ya hemos visto que el núcleo de la responsabilidad contable viene dado por su naturaleza resarcitoria, que obliga a centrar el objetivo en la existencia de un daño efectivo, actual y concreto, individualizado, en los caudales públicos. En materia

contractual, eso conduce a centrarse en la ejecución y en la realidad material de la prestación.

La existencia o inexistencia de una efectiva prestación resulta fundamental, en virtud de la doctrina -contable y administrativa- del enriquecimiento injusto, que se desprende de Sentencias del Tribunal Supremo que, en análisis de supuestos de contratación, podrían ejemplificarse con las de 5 de octubre de 1988 y 16 de noviembre de 1996, o la de 8 de febrero de 2007, que las invoca y que cabe transcribir por la concisión del pronunciamiento:

(...) se deduce que, a pesar de la falta de formalidades en los casos correspondientes, hay un vínculo relacional entre la Administración y el Arquitecto; no puede decirse que el contrato nulo por haberse prescindido totalmente del procedimiento tenga una total carencia de efectos; y debe evitarse que la Administración se beneficie de su propia torpeza y obtenga un enriquecimiento injusto.

Ya en este sentido se pronunciaban las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1994 y de 25 de septiembre de 1977, cuando dice la primera que la doctrina del enriquecimiento injusto "*va encaminada a evitar un lucro contrario a la equidad, se refiere a adquisiciones patrimoniales que no se corresponden con una causa válida de atribución, siendo la noción "sin causa" de la atribución, como observa la sentencia de 28 de enero de 1956, la primordial, definitiva y básica para corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas con base en el presupuesto de una situación objetivamente injusta*"; y la segunda, que: "*es la equidad, el substratum o fundamento de la figura jurídica constituida por el enriquecimiento injusto. Equidad entendida como concepto de derecho natural, manifestación del principio de igualdad, moderación de la norma jurídica o manera de solucionar contiendas judiciales*". O la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en Sentencia nº. 6/2007, de 24 de abril.

Todo lo cual permite llegar a la conclusión de que la prestación efectiva y completamente ejecutada según lo ordenado -del modo que sea- por la Administración da lugar a la obligación de correlativo pago, no obstante los defectos o irregularidades cometidos desde la perspectiva contractual, que pueden haber conculcado los principios anteriormente citados; ello sin perjuicio de las lógicas consecuencias en espacios jurídicos diversos al contable.

Lo cual traslada el análisis -ya en Actuaciones Previas, en articulación de la medida cautelar de aseguramiento- precisamente a la consideración de la prestación y su

valoración, respecto de la que, si se vuelven a considerar grandes obras públicas plurianuales, por ejemplo, puede llegar a resultar extremadamente complejo y precisar de informes técnicos, usualmente aportados, por otra parte, por la administración o entidad pública supuestamente perjudicada en respuesta a los requerimientos que formula la Instrucción.

Y este componente técnico-facultativo permite enlazar aquí con el análisis de una bastante reciente Sentencia de la Sala de Justicia, que plasma una novedad especialmente interesante en los pronunciamientos del Tribunal de Cuentas.

Ya ha quedado dicho que uno de los elementos exigidos para apreciar la responsabilidad contable es el subjetivo de tratarse de “*persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos*”. Con el precedente formalmente rígido de los “*tres claveros*” de la organización municipal, lo cierto es que el Tribunal de Cuentas ha venido evolucionando el concepto de cuentadante a los efectos de la responsabilidad por alcance, si bien siempre centrado en la efectiva y plena capacidad de decisión sobre el acto que conllevaba un gasto que hubiera dado lugar al alcance, más allá incluso de una funcionalidad del cargo o puesto en el ámbito de gestión económico-financiera.

Así, la Sentencia 22/2007, de 2 de noviembre de 2007, de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas:

Esta contratación era únicamente para realizar la gestión contable del Ayuntamiento y el asesoramiento económico sin que se desprenda de dicho Informe que dicha profesional tuviera expresamente encomendado el manejo de los fondos públicos de la Corporación Municipal, función que, de acuerdo con la normativa en vigor, debería corresponder tanto al Ordenador de Pagos, como al Secretario- Interventor y a quien ejerciera la función de Tesorero Municipal; (...). La Sra. R., podrá haber falsificado los efectos y hecho un uso indebido de dichos fondos públicos, pero la responsabilidad derivada de esos hechos será penal y, en su caso, civil, pero no contable, puesto que no encaja su régimen jurídico y sus cometidos en el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable, tal como se define en el art. 15 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas;

Sin embargo, también cabe atender a la Sentencia 7 de 2010, de 14 de marzo de 2010, de la Sala de Justicia:

(...) es, precisamente, esa inacción por parte de los meritados servicios municipales a la hora de poner en conocimiento del ordenador de pagos —el Presidente de la Corporación Municipal, hoy recurrente-, los concretos momentos en que la obligación de pago de las cotizaciones sociales de los trabajadores empleados en la obra Adecuación Cementerio, Calzada y Abastecimiento de calles, había de ser cumplida —antes, lógicamente, del vencimiento de los correspondientes plazos periódicos- la que determina la imposibilidad de imputar al Sr. C. C. una responsabilidad contable de carácter directo, ya que la exigibilidad de una conducta distinta de la observada por él quedaría excluida por la conducta de los servicios municipales competentes, necesaria para, con su actuación, haber propiciado un distinto proceder por parte del impugnante.

La importancia del componente facultativo o técnico en la composición de la voluntad exteriorizada en un acto finalmente determinante de un menoscabo ya había sido así puesta de manifiesto, si bien preservando el núcleo decisor en el responsable contable en sentido propio.

Es aquí precisamente donde cobra relevancia la sentencia a que aludíamos, nº 9 del año 2017 dictada con fecha 21/03/2017 por la Sala de Justicia, que, aunque finalmente no declara responsabilidad contable, ostenta entidad en cuanto al requisito subjetivo, por cuanto -en análisis de la excepción de falta de legitimación pasiva- viene a reconocer la relevancia contable de la actuación técnica en la firma de una certificación de obra, en tanto en cuanto condiciona la decisión de gasto correspondiente.

Por situar el caso, procede reseñar que dicha certificación se suscribe en la consciencia de que no reflejaba la obra ejecutada, o de que era altamente probable que la obra realizada no coincidiera con la certificada, dando lugar a un pago a la constructora desconectado de las unidades de obra efectivamente ejecutadas (Se entresacan los párrafos más directamente atinentes al aspecto subjetivo aludido):

En consecuencia, el Sr. M. M. participó de forma relevante en la gestión económico-financiera relativa al pago de la certificación Nº 12, adoptó decisiones que supusieron administración de los fondos públicos con los que se pagó la controvertida certificación, y estaba obligado a rendir cuentas de la gestión de tales fondos, los cuales tenía encomendados.

(...) Los Sres. A. B., L. A., N. G. – S. y V. A. fueron contratados por XXXX (la Empresa Pública) para desempeñar funciones de dirección de la obra. El Sr. P. V., por su parte,

también fue contratado por XXXX, en este caso para desempeñar funciones de dirección de la ejecución de la misma.

De la normativa aplicable, que se recoge en el fundamento de derecho cuarto de la Sentencia apelada, se desprende la relación directa entre las funciones de estos recurrentes y la creación de las condiciones necesarias para el pago del precio del contrato. Todos ellos, además, de forma directa o representados, suscribieron la certificación Nº 12 cuyo pago ha dado lugar al presente procedimiento de reintegro por alcance.

Este caso supone un avance en la flexibilización del concepto de responsable contable, especialmente importante para los supuestos contractuales complejos anteriormente aludidos, abundando asimismo en el reconocimiento de la posible dependencia por parte del ordenador de pagos respecto de un previo criterio facultativo que puede ser fácticamente vinculante.

LOS REGISTROS PÚBLICOS Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Francisco Javier Gimeno Chocarro
Registrador de la propiedad de Pamplona

1. INTRODUCCIÓN

A. Registros jurídicos vs. Registros administrativos

Para empezar a abordar esta cuestión es necesario comenzar con la distinción entre registros jurídicos y registros administrativos. Los primeros son aquellos capaces de crear presunciones jurídicas, ya sean *iuris tantum*, que admiten prueba en contra, o *iuris et de iure*, presunciones indestructibles, mientras que los segundos, los registros administrativos, únicamente ejercen funciones divulgativas, cognoscitivas o de transparencia. PAU PEDRÓN habla de registros de seguridad jurídica y registros de información administrativa, para destacar esta diferencia esencial existente entre ellos. Ambos tipos pueden ser registros públicos: existen registros públicos que son registros jurídicos y otros son administrativos.

La propia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, contempla y regula dos Registros: el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público y el Registro de Contratos del Sector Público. Se trata de registros administrativos, de toma de razón de los datos relativos a los licitadores y a los contratos celebrados con una finalidad informativa o administrativa. No obstante, se plantean ciertas cuestiones en la relación de estos registros administrativos con otros registros jurídicos, como veremos.

Frente a los registros administrativos se encuentran los registros jurídicos, y en algunos de ellos son los que centraré mi exposición, en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, que son los que se encuentran a nuestro cargo, a cargo de los registradores.

B. Los Registros Públicos y la legislación administrativa

Aparentemente puede no existir mucha relación entre los registros públicos y la contratación pública, o el Derecho administrativo en general. Sin embargo, es creciente la importancia del Derecho administrativo en la esfera registral.

Uno de los principales objetivos que persigue la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017 es lograr una mayor transparencia en la contratación pública. Junto a ello, persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica.

Son éstos objetivos que coinciden con los objetivos que persiguen los Registros Públicos, en particular aquellos que se encuentran a cargo de nosotros los registradores: la seguridad jurídica, a través de la inscripción únicamente de aquellos títulos y derechos que cumplan con todos los requisitos establecidos legalmente, y la publicidad de las titularidades, gravámenes y demás circunstancias relativas a los derechos y sujetos inscribibles en los registros públicos.

La manifestación más clara de esta relación es la legislación urbanística y el Registro de la Propiedad, pues aquella incide directamente en la configuración del estatuto de la propiedad sobre el suelo urbano. El objeto de los derechos sobre suelo urbano está dibujado y limitado por la legislación urbanística, es imposible conocer el alcance de tales derechos sin saber cómo ha sido diseñado el suelo urbano en un determinado ámbito de actuación. En tales circunstancias, el Registro de la Propiedad contribuye a dar publicidad a las limitaciones derivadas de dicha legislación urbanística y a la situación en que se encuentran las fincas registrales urbanas en relación con la misma. Estas limitaciones o características no necesitarían en principio publicidad a través del Registro, pues tienen su origen en la Ley, que como tal ya tiene su propia publicidad, pero a nadie se le escapa que las cada vez más complejas regulaciones administrativas hacen muy adecuado que sea el Registro de la Propiedad el que contribuya a dar a conocer las mismas, qué puede y qué no puede hacer el propietario sobre su finca. A crear mayor seguridad jurídica, en definitiva.

Junto a ello, otro de los ámbitos en que se manifiesta el estrechamiento de la vinculación entre los Registros jurídicos y la legislación administrativa es precisamente la contratación pública. Los propios actos administrativos gozan de las presunciones de legalidad, validez y eficacia, y precisamente por ello se limita la calificación de los documentos administrativos que van a acceder al Registro respecto de la de los documentos notariales o privados. A pesar de ello, sí que existen ciertos aspectos sujetos a la calificación del registrador. Ello no debe ser considerado como una intromisión en dicha actuación administrativa o como un debilitamiento de la citada presunción de legalidad. Al contrario, mediante nuestra labor los registradores contribuimos a conseguir que la actuación de la Administración sea más eficiente y transparente; por ejemplo a través de la calificación de los obstáculos que surgen de los Registros, que no hay que olvidar que producen efectos frente a terceros y que en ocasiones pueden no haber sido tenidos en cuenta al dictar un concreto acto administrativo, o incluso han podido variar desde el momento de su realización hasta el momento en que se pretende su inscripción.

En definitiva, los registradores, como funcionarios públicos que somos, debemos tener como principal objetivo la protección del interés general y a través de ello de los intereses particulares de los ciudadanos en la protección de algunos de sus derechos constitucionales, como son la propiedad, la libertad de comercio o la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y la indefensión procesal.

Todo ello hace que los registradores cada vez nos debamos formar más y mejor en el conocimiento de la legislación pública, que en tiempos pasados quizás se consideraba más ajena a los fines y objetivos de los registros a nuestro cargo. Incluso se ha planteado el mayor peso que debería tener en el programa de las oposiciones a registros la legislación administrativa, pues son muchos los documentos presentados a inscripción en el día a día del registrador los que proceden de las autoridades administrativas y no han tenido nada que ver en ellos los operadores particulares.

2. EL REGISTRO MERCANTIL Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En relación con el Registro Mercantil y el Registro de Bienes Muebles, no aparecen excesivas particularidades en la contratación pública. La constitución de sociedades y los demás actos y vicisitudes relativos a las mismas se registrarán por la legislación mercantil general en la materia.

Encontramos un supuesto concreto de esta relación en la Resolución de la DGRN de 15 de octubre de 2010. En el supuesto de hecho de dicha Resolución, se constituye una sociedad anónima por dos socios, uno de los cuales es la Diputación Provincial de Orense, que suscribe acciones representativas del 34% del capital social. Esta sociedad se constituye con la finalidad de gestionar determinados servicios públicos. El registrador deniega la inscripción de determinados pactos estatutarios, entre ellos unos relativos a la disolución y liquidación de la sociedad.

Así, los estatutos incluyen una cláusula según la cual *“No será necesario el acuerdo de la Junta General en los supuestos de disolución anticipada de la sociedad por resolución unilateral del contrato de gestión de servicios públicos, resolución que será acordada de modo unilateral y ejecutivo por la Diputación Provincial conforme con el procedimiento administrativo correspondiente, al amparo de lo dispuesto en la Ley de contratos de sector público”*.

El registrador deniega la inscripción de este pacto porque resulta contrario a normas imperativas de la Ley de Sociedades Anónimas entonces vigente, pues del artículo 262 de

dicha Ley resulta que la disolución de la sociedad requiere en tales casos acuerdo de la Junta General o, en su defecto, resolución judicial.

La DGRN le da la razón al registrador y confirma la calificación en este punto. Y afirma que “No puede confundirse el contrato administrativo de gestión de servicios públicos (que se rige por la normativa administrativa correspondiente) con el negocio constitutivo de una sociedad mercantil y en todo caso con los Estatutos sociales como norma reguladora de su funcionamiento, respecto de la cual opera la normativa societaria. Nada obsta a que se convenga la celebración del segundo como instrumento para cumplir o ejecutar el primero, pero, en tal caso no puede soslayarse el hecho de que del contrato de sociedad ha nacido un nuevo sujeto de Derecho -la sociedad-, con su personalidad jurídica propia -autónoma e independiente de la de quienes sean sus socios en cada momento-, con vocación de permanencia y estabilidad y sujeta a las determinaciones del Derecho societario y, entre ellas, las comprendidas en los artículos 260 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas sobre las causas de disolución de la sociedad. El artículo 262.1 de dicha Ley establece taxativamente que la disolución de la sociedad por concurrir alguna de las causas de disolución previstas en los Estatutos sociales requiere el acuerdo de la Junta General constituida con arreglo al artículo 102 de la misma Ley.

Además, aun dejando al margen dicha norma legal imperativa, la inclusión en los Estatutos sociales de la causa de disolución discutida podría conducir al absurdo de que, por la esencial transmisibilidad de las acciones representativas del capital social - inherente al tipo de la sociedad anónima como paradigma de sociedad capitalista-, el ente público (Diputación Provincial) que es inicialmente socio dejase de serlo y, ya como tercero ajeno a la sociedad, su voluntad unilateral de resolver el contrato de gestión de servicios públicos ocasionase la disolución y consiguiente pérdida de personalidad jurídica del nuevo sujeto de Derecho nacido del contrato mercantil de sociedad”.

En definitiva, el contrato mercantil de sociedad se rige por la normativa reguladora del mismo, y el hecho de que una administración pública o un organismo público ostente la condición de socio no supone que la misma pueda ejercer las especiales facultades y prerrogativas que la legislación concede a la misma, en este caso en materia de contratación pública.¹

¹ Es frecuente en este sentido la distinción que hace la DGRN en sus Resoluciones entre actos administrativos y actos de la Administración, donde ésta no actúa en ejercicio del “imperium” que se le concede para los actos que le son propios.

Por otro lado, se deniega también la inscripción de un pacto estatutario relativo a la liquidación de la sociedad, según el cual *“para la realización de la liquidación de la sociedad mercantil se contemplará, en primer lugar, la reversión a la Diputación Provincial de las obras e instalaciones afectas a los servicios públicos integrantes del objeto social que sean propiedad de la sociedad, procediéndose a elaborar la liquidación del activo restante”*, por ser contrario al principio de responsabilidad patrimonial universal contemplado en el artículo 1.911 del Código Civil y porque vulnera las previsiones establecidas en el artículo 277.2.1.^ª de la Ley de Sociedades Anónimas, que prohíbe a los liquidadores repartir entre los socios el patrimonio social sin que hayan sido satisfechos todos los acreedores o consignado el importe de sus créditos, y en la regla 2.^ª del mismo precepto legal, según la cual *«el activo resultante después de satisfacer los créditos contra la sociedad se repartirá entre los socios en la forma prevista en los Estatutos, o en su defecto, en proporción al importe nominal de las acciones»*.

La DGRN también confirma este defecto: *“a) si se entiende que debe producirse en favor de la Diputación Provincial la reversión de los bienes del patrimonio social que sirven al desarrollo de los servicios públicos integrados en el objeto social, semejante previsión resulta contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor y al derecho de los acreedores a cobrar sus créditos con preferencia respecto de los socios, como expresa el Registrador en su calificación; b) si se entiende que la referida reversión sólo ha de tener por objeto aquellos bienes que, en sentido técnico estricto, están «afectos» a los servicios públicos integrados en el objeto social, resulta improcedente el empleo de la expresión «que sean propiedad de la sociedad», por tratarse de bienes de dominio público”*.

De nuevo resalta la Resolución el “exceso” en que incurrirían las prerrogativas de la administración en este ámbito, si se pone en relación con las normas generales que han de regir la vida de las sociedades mercantiles.

La Resolución añade que *“Esta reversión, por lo demás, es la contemplada en el artículo 259 [hoy art. 291 LCSP 2017] de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”*, que se refiere a la reversión a la Administración del servicio público cuya gestión se ha concedido al finalizar el plazo contractual, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

Por otro lado, se plantea otra cuestión en relación con los representantes de las sociedades de capital, orgánicos o voluntarios: con anterioridad a la Ley de 2017, ya el

Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, había creado y regulado el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado. La Ley 9/2017 incluye esta regulación en su articulado.

Por lo que se refiere a la capacidad y representación de las personas jurídicas que contratan con el sector público, el artículo 65 de la LCSP 2017 exige que tengan plena capacidad de obrar. El art. 84.1 dispone que *“La capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate”*.²

Los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas se regulan en los artículos 337 y siguientes. Según el art. 339.1 *“En el Registro podrán constar, cuando así lo solicite el interesado, los siguientes datos y circunstancias relativas a los empresarios: a) Los correspondientes a su personalidad y capacidad de obrar, en el caso de personas jurídicas. b) Los relativos a la extensión de las facultades de los representantes o apoderados con capacidad para actuar en su nombre y obligarla contractualmente. c) (...)”*.

El art. 96 añade que *“1. La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera, y clasificación, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo”*. El apartado segundo establece la misma regla en el ámbito autonómico y local.

Por lo tanto, se plantea la relación entre las normas de capacidad y representación de las sociedades inscritas en estos Registros y las normas que regulan en general estas cuestiones para las sociedades mercantiles.

² Existe un caso en que se exigía en el TR de la LCSP 2011, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la inscripción en el Registro Mercantil en todo caso: según el art. 55.2 de dicha Ley, *“Para celebrar contratos de obras será necesario, además, que estas empresas [las no comunitarias] tengan abierta sucursal en España, con designación de apoderados o representantes para sus operaciones, y que estén inscritas en el Registro Mercantil”*. En la nueva LCSP 2017 se convierte en un requisito potestativo en el art. 68.2: *“Adicionalmente, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá exigir a las empresas no comunitarias que resulten adjudicatarias de contratos de obras que abran una sucursal en España, con designación de apoderados o representantes para sus operaciones, y que estén inscritas en el Registro Mercantil”*.

La inscripción de las sociedades mercantiles en el Registro Mercantil es obligatoria, no constitutiva. Sin embargo, como pone de manifiesto la mayoría de la doctrina, la inscripción en el Registro Mercantil sí que es constitutiva en lo que se refiere a la adquisición de una determinada forma societaria y la consiguiente responsabilidad de la misma frente a terceros. Una sociedad no inscrita tiene capacidad y existencia. Sin embargo, para que tenga el concreto régimen de responsabilidad asignado a su forma social y que este produzca efectos frente a terceros es necesaria su inscripción en el Registro Mercantil.

Por otro lado, la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de los representantes orgánicos de la sociedad y la de los poderes generales conferidos por la misma es igualmente obligatoria. Sin embargo, en caso de que dichas representaciones no consten en el Registro Mercantil, si bien no es obstáculo para su validez, sí que dificulta enormemente la acreditación de su validez, contenido y vigencia: se produce un supuesto de *probatio diabolica*, pues por ejemplo habría que acreditar el cumplimiento de los requisitos para conferir un poder, a su vez el cumplimiento de los requisitos para el nombramiento del cargo que lo confiere, a su vez el cumplimiento de los requisitos de constitución de la Junta General que acordó dicho nombramiento, a su vez el cumplimiento de los requisitos de constitución de la sociedad en cuestión... Todas estas dificultades quedan soslayadas mediante la inscripción correspondiente en el Registro Mercantil, donde el principio de tracto sucesivo y el principio de legalidad, a través de la calificación del registrador, garantizan la validez, vigencia y suficiencia de las facultades representativas que se ejercen.

Frente a ello, nos encontramos con que la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas acredita frente a todos los órganos de contratación del sector público la capacidad y representación de la sociedad, estableciéndose además una presunción iuris tantum de estos extremos. Sin embargo, ¿qué ocurrirá si por ejemplo la representación no es coincidente con lo que refleja el Registro Mercantil? Ante ello es de suponer que los funcionarios a cargo de estos Registros exigirán como requisito para la inscripción en los mismos la previa inscripción en el Registro Mercantil, como presupuesto de eficacia frente a terceros de estas representaciones. Pero puede ocurrir que con posterioridad varíe el contenido del Registro Mercantil sin que se altere el de los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas. En tal caso, es opinión mayoritaria que estas cuestiones serán calificables por el registrador de cara a la inscripción, por ejemplo, de los actos realizados en el Registro de la Propiedad.

Es necesario poner esta cuestión en relación con lo dicho al principio: los Registros de licitadores son registros administrativos, por lo que la regla de acreditación que establece se entiende que es a efectos internos de la Administración, pero no puede prevalecer frente a terceros contratantes, ni siquiera con la presunción que hemos visto que sienta el citado artículo. Lo contrario sería un grave quebranto para la seguridad y el tráfico jurídicos.

Finalmente, es necesario tener en cuenta un último aspecto en la relación entre el Registro Mercantil y la contratación pública: la introducción de la obligación de hacer constar en el Registro Mercantil la titularidad real de las sociedades, que puede servir de medio para que las Administraciones Públicas conozcan quiénes son realmente los adjudicatarios de los contratos y de este modo se puedan evitar supuestos de fraude, como aquellos en los que pretendan contratar quienes lo tienen prohibido a través de sociedades instrumentales.

3. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

A. Distinción entre contratos administrativos y contratos privados

El Registro público que sobre el papel podría tener más relación con la contratación pública es el Registro de la Propiedad, donde se inscriben aquellos actos y contratos relativos a derechos reales sobre bienes inmuebles. Más si cabe desde la introducción por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, de la obligación por parte de las Administraciones públicas de inscribir en los correspondientes registros los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos registros, con la excepción de los arrendamientos, cuya inscripción será potestativa para las Administraciones públicas (art. 36 LPAP).

Conviene hacer un inciso en relación con el Registro de bienes muebles y la inscripción en el mismo de las hipotecas mobiliarias y prendas sin desplazamiento. Tradicionalmente, la distinción entre bienes muebles e inmuebles y su distinta regulación y publicidad se fundamentaba en la mayor importancia que han tenido los inmuebles frente a los muebles. Pero hoy en día existen ciertos bienes muebles de mucho valor - como un barco, una aeronave o la maquinaria industrial-, lo cual diluye en gran medida el fundamento de esta distinción. En cambio, la LCSP no establece ningún régimen

especial para los contratos sobre muebles, salvo para los que constituyan propiedades incorpóreas y para los valores negociables. Por tanto, los contratos celebrados sobre muebles, incluidas las garantías reales sobre los mismos, pueden tener el carácter de contratos administrativos especiales, con las consecuencias que ello conlleva, cuando quizás el fundamento de su exclusión de la LCSP también se dé en ciertos bienes muebles de gran valor.

Volviendo a los bienes inmuebles y a los contratos sobre ellos, conforme al art. 9 LCSP 2017 se encuentran excluidas de dicha Ley las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos al contrato de concesión de obras, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley, y los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, (...), que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial.

Esta exclusión de la LCSP de los negocios inmobiliarios se introdujo ya en la LCSP de 2007, como consecuencia de transposición de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004.

Con anterioridad a la Ley de 2007, el TRLCAAPP 2000, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, consideraba como contratos privados a los contratos de compraventa, permuta, donación, arrendamiento y demás negocios análogos sobre bienes inmuebles, en contraposición a los contratos administrativos (art. 5.3). A pesar del tenor literal de este artículo 5.3 TRLCAAPP 2000, la jurisprudencia en ocasiones aplicaba un criterio finalista e interpretaba el art. 5.3 en integración con el art. 5.2.b), o a la luz de este artículo, conforme al cual son contratos administrativos (especiales) aquellos contratos distintos de los contratos administrativos típicos que regula la ley *“pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico de la Administración contratante, por satisfacer de manera directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley”*. Como consecuencia de ello, algunas sentencias consideraban que *“la vinculación de un contrato a un servicio o interés público puede comportar su calificación como administrativo, siempre que dicho fin se incorpore a la causa del contrato y,*

*consecuentemente, se convierta en elemento esencial del mismo*³, aun en el caso de que se trate de negocios sobre inmuebles. Como señala la STS (Sala Tercera, Sección Séptima) de 21 de febrero de 2012, la Administración por definición ha de perseguir el interés público, por lo que por el solo hecho de intervenir la Administración en un contrato éste ya perseguiría el interés público y sería por tanto un contrato administrativo, lo cual no puede ser, pues también existen los contratos privados, que la propia Ley regula; en consecuencia, la calificación del contrato como administrativo depende de que el fin público perseguido se incluya expresamente como causa del contrato.

La distinción entre los contratos privados y los contratos administrativos tiene importancia en orden a determinar la ley aplicable, y también tiene importancia de cara a la calificación por el registrador de los documentos presentados a inscripción y el alcance de dicha calificación.

Así, según el art. 9.1 TRLCAAPP 2000 *“1. Los contratos privados de las Administraciones públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado. A los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables se les aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones públicas. (...) 3. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”*.

De aquí ha extraído la DGRN en reiteradas resoluciones⁴ la doctrina de los *“actos separables”*, conforme a la cual en los contratos privados de los entes públicos se han de distinguir dos aspectos: por un lado el relativo a los efectos y extinción del contrato, que quedan sujetos a las normas de Derecho privado y cuyo conocimiento es competencia de la jurisdicción ordinaria; y por otro, la fase de preparación y adjudicación del contrato, la que hace referencia a la formación de la voluntad contractual del ente público y la

³DE SALAS MURILLO, S., “La exclusión de los negocios jurídicos sobre bienes inmuebles de la legislación de contratos del sector público”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 739, Septiembre-Octubre 2013, págs. 2.893 a 3.020.

⁴Resoluciones de la DGRN de 27 de marzo de 1999, 26 de marzo de 2008 o 9 y 11 de julio de 2014, entre otras.

atribución de su representación, que se rige por la normativa especial y cuya infracción corresponde revisar la jurisdicción contencioso-administrativa. Trasladada esa distinción al ámbito de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad puede sostenerse que el primero de los aspectos, el netamente contractual, queda sujeto a la regla general sobre calificación del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sin ninguna distinción en cuanto a aquellos en que sean parte tan sólo los particulares; en tanto que el segundo, el aspecto netamente administrativo del contrato, tan sólo puede ser calificado dentro de los más rigurosos límites que impone el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, lógica consecuencia de la presunción de legalidad, ejecutividad y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos (hoy arts. 38 y 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Más adelante trataremos esta cuestión de la calificación de los actos administrativos y de la doctrina de los actos separables tras la nueva LCSP 2017. Antes es necesario volver al ámbito de aplicación de esta LCSP 2017. Como hemos visto, ésta excluye de manera clara de su ámbito de aplicación a los negocios sobre inmuebles en su artículo 9. De ello resulta que es aplicable el art. 4 LCSP 2017, que se refiere al régimen aplicable a los negocios jurídicos excluidos y establece que *“se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”*.

Por ello, a pesar de que el artículo 25.1.b) LCSP 2017 sigue estableciendo, como hacía la legislación anterior, que son contratos administrativos *“Los contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella”*, el hecho de que el art. 9.2 LCSP 2017 establezca que los contratos obre inmuebles tienen siempre el carácter de contratos privados y que además los excluya expresamente del ámbito de aplicación de la LCSP, permite concluir que ya no es posible aplicar la anterior doctrina jurisprudencial vista antes (atender a la finalidad del contrato), sino que los negocios sobre inmuebles se regirán en todo caso por la legislación patrimonial y en ningún caso pueden ser considerados contratos administrativos especiales. Tan solo será posible tener en cuenta lo que dispone el art. 4 LCSP 2017 antes visto, en virtud del cual se aplicarán los principios de la Ley de Contratos del Sector Público para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse, pero la exclusión impide aplicar dicha Ley directamente.

Por lo tanto, los contratos sobre inmuebles celebrados por las Administraciones Públicas son contratos privados a los que es aplicable en todo caso la legislación patrimonial, pudiendo servir la LCSP tan solo como principio inspirador para resolver dudas y lagunas. Algunos autores hablan al respecto de huida del derecho administrativo.

En la legislación patrimonial se incluye tanto la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, como las respectivas leyes autonómicas sobre patrimonio y las leyes autonómicas y sus reglamentos de desarrollo sobre Administraciones Locales. Ello plantea aun una cuestión: en ocasiones la Ley 33/2003, y algunas leyes autonómicas, contienen reenvíos a la legislación de contratos de las AA.PP., como por ejemplo el art. 110.1 LPAP: *“Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Sus efectos y extinción se regirán por esta ley y las normas de derecho privado”*⁵. Ya hemos visto que la LCSP 2017 excluye actualmente de su ámbito de aplicación a los contratos sobre inmuebles, por lo que en principio debe entenderse que este reenvío ha quedado sin efecto. Digo en principio porque hay autores que consideran todavía aplicable la LCSP en virtud de estas remisiones. Incluso la Resolución de la DGRN de 6 de diciembre de 2011 (la Ley 2007 y en consecuencia el TR 2011 ya preveían este mismo régimen, la exclusión de los negocios sobre inmuebles) lo hace: esta Resolución se refiere a la inscripción de un bien patrimonial de un Ayuntamiento adquirido por adjudicación directa en concurso público y establece que *“Tratándose por tanto de un contrato sujeto al Derecho privado, el contrato al que se refiere este recurso se regirá, en cuanto su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la Ley de Contratos del Sector Público y por sus normas de desarrollo, y en cuanto a sus efectos y extinción por las normas de Derecho privado (artículo 20.2 de la Ley 30/2007). En definitiva, el iter administrativo previo a la definitiva adjudicación del contrato se regirá por la legislación administrativa mientras que la formalización y generación de efectos que haya de producir dicho contrato, se regirá por la legislación civil.”* Sin embargo, como hemos visto, dado que este tipo de contratos sobre inmuebles celebrados por la Administración son contratos privados excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP, no sería de aplicación el citado art. 20.2 LCSP 2007.

⁵ Cuando se aprobó la Ley 33/2003 regía el TRLCAAPP 2000, que no excluía de su ámbito de aplicación a los contratos sobre inmuebles.

Frente a ello, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección Séptima) de 21 de febrero de 2012, que establece que *“el art. 4.1. apartado p) de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, excluye del ámbito de la Ley a: “ Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial”* y lo mismo se sostiene en el artículo 4 del RD legislativo de 2011, de 14 de noviembre. (...) Aunque estos preceptos no sean de aplicación por razones temporales, sí ponen de manifiesto que el legislador opta por excluir el contrato de compraventa de la aplicación de la Ley de contratos, y en consecuencia de su calificación como contrato administrativo. Ciertamente, el artículo 5.1.b) del RD legislativo de 2011, de 14 de noviembre, dispone la persistencia del contrato administrativo especial al decir que tendrán carácter administrativo: *“b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla”,* pero ello será *“siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del art. 20.1, o por declararlo así una Ley”*. Es decir, si se trata de un contrato de los que la ley prevé como privados [entre ellos, el contrato de compraventa de inmueble] no tendrá en ningún caso carácter administrativo”.

B. Casos concretos: el derecho de superficie y las concesiones de obras. La modificación de los contratos sobre inmuebles

Llama la atención que en la enumeración del art. 9.2 LCSP 2017 (recordemos: los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles) no se incluye de manera expresa la constitución del derecho de superficie. Parece lógico, en cambio, que pueda incluirse en la expresión *“otros negocios análogos sobre bienes inmuebles”*.

El art. 53.4 del TRLSRU, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, dispone que *“El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho”*. Se puede deducir también que, en caso de que se celebre el contrato por una Administración Pública, debemos inclinarnos por considerarlo un contrato privado y no un contrato administrativo especial.

A pesar de ello, se defiende por algunos autores su carácter de derecho administrativo, por el hecho de que tales derechos suelen constituirse con una clara finalidad pública enmarcada en el derecho urbanístico. Así lo entienden también las Resoluciones de la DGRN de 27 de octubre de 2008, 29 de enero de 2009 y 9 de marzo y 16 de abril de 2010.

La consecuencia de considerarlo un contrato administrativo es que sus efectos y extinción se rigen por el Derecho administrativo y no por el Derecho privado, y por ello la Resolución de la DGRN de 27 de octubre de 2008, relativa a la cancelación de un derecho de superficie, por incumplimiento por parte del superficiario de las condiciones pactadas en el pliego de condiciones, mediante certificación administrativa expedida por el Ayuntamiento declarando resuelto el mismo, señala que *“se trata de un contrato administrativo especial, en el que se concede el derecho de superficie sobre un terreno para subvenir a necesidades impuestas por el planeamiento urbanístico. Tal contrato se instrumentalizó a través de licitación pública y pliego de condiciones, cuyo incumplimiento ha sido la causa de la resolución, por lo que, siguiendo el artículo 5.2.b del TRLCAAPP 2000, ha de aplicarse el artículo 59 del mismo Texto. Por ello, el órgano administrativo puede acordar la resolución del contrato, poniendo fin a la vía administrativa, y siendo tal acuerdo inmediatamente ejecutivo, sin perjuicio de la vía contencioso administrativa, y sin que en el presente supuesto sea preciso otro informe, al no constar oposición del administrado”*. Es preciso destacar que en cualquier caso es necesaria la audiencia del interesado, aspecto calificable por el registrador, como obstáculo que surge del Registro, y que deriva del principio de tracto sucesivo del art. 20 LH y en general del principio constitucional de interdicción de la indefensión procesal del art. 24 CE, que se manifiesta en la esfera registral en dicho principio de tracto sucesivo.

La consecuencia de considerarlo un contrato administrativo especial es que se registrará en cuanto a sus efectos, modificación y extinción por la propia LCSP y sus disposiciones de desarrollo y supletoriamente por las restantes normas de derecho administrativo, y no por el derecho privado como los contratos privados. Por ello, para la resolución del contrato sería de aplicación el art. 190 LCSP, en virtud del cual *“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 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”*.

Los contratos de concesión de obras no están en cambio excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP 2017, aunque haya inmuebles involucrados en los mismos.

Merece particular atención en esta materia el contrato de concesión de servicios para la construcción y explotación de un aparcamiento construido sobre bienes de dominio público, supuesto muy común en los Registros, toda vez que las concesiones demaniales en general se rigen por la legislación patrimonial y en cambio el contrato de concesión de servicios está regulado por la LCSP. Como señala la STS (Sala Tercera, Sección 3ª) de 6 de junio de 1997, en un supuesto de concesión administrativa de construcción, conservación y explotación de autopista *“se trata de una concesión de explotación de una obra pública que tiene la naturaleza de concesión mixta, de servicio público y demanial, puesto que el concesionario para la prestación del servicio público está utilizando un bien de dominio público, y por ello, nos encontramos ante la concurrencia de una concesión demanial y otra de servicio público, admitida ya por numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, sentencias de 4 de Julio de 1967 y 20 de Noviembre de 1969, entre otras, en las cuales no se produce el denominado principio de atracción de las concesiones demaniales, sino que da lugar al fenómeno de accesoriedad concesional subordinando la concesión de dominio a la del servicio”* (doctrina reiterada en posterior STS (Sala Tercera) de 18 de junio de 2010, que señala además que *“Ejemplo de concesiones mixtas que tributan como concesión de servicios públicos son las que los Ayuntamientos otorgan para la explotación de aparcamientos subterráneos”*. (STS 25 de septiembre de 2000).

En cuanto a la modificación de los contratos sobre inmuebles, ya hemos visto que la LCSP 2017 los excluye de su ámbito de aplicación, si bien dispone que podrán emplearse sus principios y lagunas para resolver dudas y lagunas. Así como el TRLCSP 2011 establecía que los efectos y extinción de los contratos privados se rigen por el derecho privado, pero en cuanto a su modificación declaraba aplicable la LCSP, en cambio esta salvedad desaparece en la LCSP 2017, que con carácter general dispone que *“Los contratos que celebren las Administraciones públicas se regirán, en lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, por el derecho privado”*. Por tanto, ni aun por la vía de la aplicación de los principios inspiradores de la Ley podría plantearse hoy la aplicación de las normas sobre modificación de los contratos contenidas en la LCSP 2017 a los contratos sobre inmuebles celebrados por la Administración⁶.

⁶La Resolución de la DGRN de 22 de abril de 2016 considera aplicables las normas sobre modificación contratos del TRLCSP 2011 a los contratos sobre inmuebles, pero la regulación ha cambiado, como hemos visto.

C. El título inscribible

Debemos acudir, por tanto, a la legislación patrimonial para determinar las normas aplicables a los contratos relativos a inmuebles celebrados por las Administraciones Públicas. Nos centraremos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, dada la imposibilidad de acudir a cada una de las leyes reguladoras de los patrimonios autonómicos o de las Comunidades Autónomas, que por otra parte suelen tener un contenido muy similar a ésta en lo que se refiere a la materia que tratamos.

Por lo que se respecta a la forma de estos negocios, el art. 113 LPAP dispone que *“1. Los negocios jurídicos de adquisición o enajenación de bienes inmuebles y derechos reales [sobre los mismos] se formalizarán en escritura pública. Los arrendamientos y demás negocios jurídicos de explotación de inmuebles, cuando sean susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, deberán formalizarse en escritura pública, para poder ser inscritos. (...) 2. Las cesiones gratuitas de bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos se formalizarán en documento administrativo, que será título suficiente para su inscripción en el Registro de la Propiedad, cuando el cesionario sea otra Administración pública, organismo o entidad vinculada o dependiente”*.

No requieren por tanto escritura pública estas últimas las cesiones gratuitas, en cuyo caso el título inscribible es el mismo documento administrativo, conforme al art. 3 LH, que los incluye entre los documentos que pueden acceder al Registro, sin que por otro lado se entienda el fundamento de la diferencia que tienen con aquellas cesiones en que el cesionario es un particular, que no se formalizan en documento administrativo según este precepto.

Para las concesiones demaniales, el título inscribible es el documento administrativo que las contiene (art. 93.2 LPAP *“Cualquiera que haya sido el procedimiento seguido para la adjudicación, una vez otorgada la concesión deberá procederse a su formalización en documento administrativo. Este documento será título suficiente para inscribir la concesión en el Registro de la Propiedad”*).

D. La calificación de los contratos públicos por el registrador

El documento en que se formalizan los contratos públicos tiene importancia en la medida en que el alcance de la calificación del Registrador es distinto para los documentos administrativos que para las escrituras públicas o los documentos privados

cuya inscripción se admite (así como para los documentos judiciales, que no procede analizar).

Para estos últimos se aplica en general el art. 18 LH (*“Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro”*) y el art. 98 RH (*“El Registrador considerará, conforme a lo prescrito en el artículo 18 de la Ley como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos, siempre que resulten del texto de dichos documentos o puedan conocerse por la simple inspección de ellos. Del mismo modo apreciará la no expresión, o la expresión sin la claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según La Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad”*).

En cambio, para los documentos administrativos rige el artículo 99 del RH, más restrictivo en los aspectos a calificar por el registrador: *“La calificación registral de documentos administrativos se extenderá, en todo caso, a (1) la competencia del órgano, a (2) la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a (3) las formalidades extrínsecas del documento presentado, a (4) los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a (5) la relación de éste con el titular registral y a (6) los obstáculos que surjan del Registro”*.

Ya hemos visto con anterioridad que la DGRN aplicaba la doctrina de los “actos separables” sobre la base del art. 9 TRLCAAPP 2000 (cuyo contenido pasó los arts. 20 y 21 LCSP 2007 y TRLCSP 2011 y a los arts. 26 y 27 LCSP 2017, si bien solo dicho art. 9 TR 2000 emplea el término “actos separables”). No obstante, como hemos dicho antes a los contratos sobre inmuebles celebrados por AA.PP. no les es ya de aplicación la LCSP, por lo que podría cuestionarse la vigencia de esta doctrina de los actos separables.

Pero si acudimos al art. 110 LPAP (*“Régimen jurídico de los negocios patrimoniales”*) nos encontramos en su apartado primero la misma distinción: *“Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Sus efectos y extinción se regirán por esta ley y las normas de derecho privado”*.

Por tanto, podemos seguir considerando aplicable esta doctrina de los “actos separables” y diferenciar dos ámbitos de calificación en el caso de los contratos patrimoniales de la Administración, aun en el caso de que se instrumenten en escritura pública: por un lado, el relativo a los efectos y extinción del contrato, que están sujetos a las normas de Derecho privado y cuyo conocimiento es competencia de la jurisdicción ordinaria, en cuyo caso se aplica a la calificación la regla general del art. 18 LH, sin ninguna distinción respecto de aquellos en que sean parte tan solo los particulares; y por otro lado, la fase de preparación y adjudicación del contrato, la que hace referencia a la formación de la voluntad contractual del ente público y la atribución de su representación, que se rige por la normativa especial y cuya infracción corresponde revisar la jurisdicción contencioso-administrativa, aspecto netamente administrativo del contrato que solo puede ser calificado dentro de los más rigurosos límites que impone el art. 99 RH, lógica consecuencia de la presunción de legalidad, ejecutividad y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos (Resolución de la DGRN de 27 de marzo de 1999).

E. Algunas Resoluciones de la DGRN sobre el alcance de la calificación registral de documentos administrativos en materia de contratos públicos

- Resolución de la DGRN de 27 de marzo de 1999 (trámites esenciales del procedimiento). Esta misma resolución de 27 de marzo de 1999 señala que *“si el Registrador entiende que determinada autorización o informe es uno de aquellos trámites o incidencias esenciales del procedimiento cuya falta vicia la formación de la voluntad contractual de una de las partes o la hace ineficaz, entra dentro de sus facultades el recabar que se le justifique tanto su existencia como la emanación del órgano competente y sin que ello pueda entenderse como una revisión de los trámites administrativos que alcance a su esencia y contenido, desde el momento en que no se extiende al procedimiento seguido para su producción o las razones del pronunciamiento, positivo o negativo, que contuvieren, que sí quedarían al margen de sus facultades de calificación”* (el supuesto de hecho de la resolución es la falta de autorización de un determinado Departamento autonómico para concertar un crédito por un Ayuntamiento y de un informe previo preceptivo de otro Departamento para hipotecar una finca de su titularidad en garantía del mismo). Doctrina reiterada en Resoluciones de la DGRN de 1 de junio de 2012 y 1 de abril de 2015.
- Resolución de la DGRN de 9 de septiembre de 2000 (trámites esenciales del procedimiento) En caso de transmisión de bienes inmuebles, es necesario

acreditar el cumplimiento de la exigencia legal de pública subasta o bien la procedencia en el caso concreto de alguna de las excepciones específicamente previstas.

- Resolución de la DGRN de 18 de junio de 2012 (obstáculos del Registro; si bien esta Resolución se refiere a un documento judicial y no administrativo, es aplicable a los mismos, ya que los arts. 99 y 100 RH comparten los obstáculos del Registro como aspecto calificable por el registrador). Los obstáculos del Registro son de varios tipos. Unos surgen como consecuencia del principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, cuando la finca o derecho no constan inscritos a nombre de la persona a la que se refiere el correspondiente procedimiento. Otros se producen cuando de los propios asientos del Registro resultan prohibiciones de disponer inscritas o anotadas que determinan la imposibilidad de practicar sucesivos asientos, conforme establece el artículo 145 del Reglamento Hipotecario. Este primer grupo de obstáculos podrían denominarse «obstáculos que surgen del contenido de los asientos del Registro».

Otro grupo de obstáculos son los que surgen del Registro o de la propia legislación del Registro, que impiden que puedan practicarse asientos contrarios a la naturaleza de los asientos del Registro, al contenido y efectos de los mismos, según la legislación registral. En este sentido más amplio de obstáculos del Registro, se tienen en cuenta no sólo los obstáculos derivados de los asientos del Registro sino los obstáculos derivados de las normas del Registro, de la legislación del propio Registro, lo que significa que no se pueden practicar asientos registrales, aun decretados por los tribunales [órganos administrativos], cuando no se cumplan los requisitos establecidos por la legislación registral o cuando la resolución se refiera a la constancia registral de una medida cautelar o de una garantía que no sólo no está prevista en la legislación del Registro sino que contradice lo que resulta de los propios principios por los que se rige la institución registral.

El artículo 100 del Reglamento Hipotecario [y el 99] prevé la calificación registral de los documentos judiciales [administrativos] en determinados aspectos, entre los cuales, alude a «los obstáculos que surjan del Registro». En esta expresión, suficientemente amplia, se comprenden los dos tipos de obstáculos anteriormente expresados, los que resultan de los asientos del Registro y los que resultan de la legislación del Registro. El fundamento de la calificación registral en este ámbito deriva de que, aunque el registrador no puede entrar ni discutir

en el fondo de las resoluciones judiciales [administrativas], sí puede y debe suspender o denegar la práctica del asiento cuando se producen obstáculos del Registro, porque en tal caso, está en juego no solamente una resolución judicial [administrativa] con efectos entre partes litigantes, sino los efectos respecto a terceros derivados de los propios asientos registrales y de la legislación del Registro, que van más allá de una resolución judicial [administrativa] en un proceso entre partes.

- Resolución de la DGRN 14 de abril de 2003 (formalidades extrínsecas del documento presentado; obstáculos que surgen del Registro). El supuesto de hecho de esta Resolución es el siguiente: un Ayuntamiento inscribe una finca de su titularidad; después aporta la finca a una sociedad mercantil como aportación no dineraria en aumento de capital, si bien el propio Ayuntamiento inicia un expediente para declarar de oficio la nulidad de la aportación, anotando el expediente en el Registro; después la sociedad mercantil inscribe la aportación y posteriormente vende la finca a otra sociedad, que la hipoteca, constando todo ello inscrito. Finalmente, en escritura pública inscrita en el RM la sociedad inicialmente adjudicataria restituye al Ayuntamiento la aportación como consecuencia de la declaración de nulidad de esta por el Ayuntamiento, compareciendo la Alcaldesa en representación de dicho Ayuntamiento, y se certifica el acuerdo municipal que declara la nulidad de la aportación y la de los posteriores actos realizados por la sociedad adjudicataria, constando también la notificación a la sociedad compradora de la finca, que ha recurrido el acuerdo en vía judicial. Se deniega la inscripción por no constar el consentimiento del titular registral o sentencia judicial firme ordenando la cancelación, en procedimiento donde haya sido oído el titular registral.

La DGRN confirma la calificación, ya que “la aportación realizada por el Ayuntamiento a una Sociedad mercantil no es un contrato administrativo, sino un contrato privado que, en cuanto a sus efectos y extinción, se rige por normas de derecho privado y el orden competente para enjuiciar las controversias que el mismo suscite es el jurisdiccional civil. En consecuencia, la Administración no puede, so pretexto de la aplicación de los artículos 102 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (hoy arts. 107 y siguientes Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), declarar por sí sola, la nulidad de dicho contrato de aportación, y, consiguientemente, el consiguiente negocio de retrocesión no puede ser ya

inscrita por no aparecer otorgada por el titular registral (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria), sin que la anotación del inicio del expediente administrativo de nulidad de aquella originaria aportación altere las anteriores conclusiones, por la ya apuntada razón de inaplicabilidad de los artículos 102 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y sin prejuzgar ahora el alcance de dicha anotación en relación con el juego de fe pública registral a favor del actual titular.

- Resolución de la DGRN de 1 de junio de 2012 (trámites esenciales del procedimiento). *“El artículo 99 faculta al registrador para calificar en relación con los documentos administrativos, entre otros extremos, la competencia del órgano y los trámites e incidencias esenciales del procedimiento. Por tanto, si el registrador entiende que determinada autorización o informe es uno de aquellos trámites o incidencias esenciales del procedimiento cuya falta vicia el acto administrativo que ponga fin al procedimiento, entra dentro de sus facultades el recabar que se le justifique tanto su existencia como la emanación del órgano competente y sin que ello pueda entenderse como una revisión de las razones del pronunciamiento, positivo o negativo, que contuvieren, que sí quedarían al margen de sus facultades de calificación”*.
- Resolución de la DGRN de 12 de febrero de 2014 (formalidades extrínsecas del documento presentado y firmeza de la resolución). Se plantea en esta Resolución *“si puede procederse o no a la inscripción de una certificación expedida por una Administración Pública relativa a una resolución administrativa por la que se declara resuelta una concesión administrativa de explotación de un centro comercial por cumplimiento de una condición resolutoria impuesta en el pliego de condiciones”*. El registrador considera que para la cancelación es necesario el consentimiento del titular registral de la concesión o en su defecto una resolución judicial firme. La DGRN estima el recurso.

Como afirma el artículo 211, número 4, del Real Decreto Legislativo 3/2011 [entonces vigente], *«los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos»*, (...). Tratándose de la resolución de un contrato de concesión administrativa, el acuerdo de resolución de la Administración actuante implica la extinción del derecho real de concesión del contratista y de todos los que de él traigan causa. Por tanto, al Ayuntamiento, en cuanto órgano de contratación, le corresponde acordar la resolución del contrato, poniendo fin a la vía administrativa, y siendo tal acuerdo

inmediatamente ejecutivo, sin perjuicio de la vía contencioso-administrativa. La extinción del derecho real de concesión inscrito en el Registro de la Propiedad provoca la necesidad de coherencia el contenido de los libros con la realidad jurídica. El vehículo para hacer constar la cancelación del derecho inscrito es el documento administrativo de resolución emanado de la Administración contratante (artículo 156 del Real Decreto Legislativo 3/2011) [siempre que en el procedimiento se haya dado audiencia al titular registral] que, como tal, goza de las presunciones de legalidad, ejecutividad y eficacia de los actos administrativos (artículos 56 y 57 de la Ley 30/1992), sin perjuicio de que el registrador ejercite su competencia de calificación en los términos establecidos en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

En cuanto a la necesidad de la firmeza de la resolución administrativa, no puede negarse la eficacia rectificatoria de dicha resolución si ha agotado la vía administrativa, por más que sea susceptible de revisión en vía judicial, ya ante los tribunales contencioso-administrativos ya ante los tribunales ordinarios, pues, con carácter de regla general, es necesaria y suficiente la firmeza en vía administrativa para que los actos administrativos que implican una mutación jurídico-real inmobiliaria sean susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad. La firmeza de la resolución administrativa es un requisito esencial para practicar cualquier asiento de cancelación en el Registro. Así se deduce claramente del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

- Resolución de la DGRN de 25 de marzo de 2018 (control de legalidad). *“El control de la legalidad en relación a los actos inscribibles corresponde al registrador de la propiedad, y no queda excluido por el hecho de que concurra en el expediente administrativo el informe favorable del organismo afectado, ya que tal informe está sometido igualmente a la calificación registral (cfr. artículo 99 del Reglamento Hipotecario)”*.

F. La hipoteca de la concesión

Conforme al art. 273 LCSP 2017 *“Las concesiones de obras con los bienes y derechos que lleven incorporados serán hipotecables conforme a lo dispuesto en la legislación hipotecaria, previa autorización del órgano de contratación”*.

Esta hipotecabilidad de las concesiones resulta también del art. 107.6º LH: *“Podrán también hipotecarse: Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales,*

puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario”.

Por su parte el art. 175.3ª RH contiene una regla relativa a la cancelación de estas hipotecas, que después veremos.

Como pone de manifiesto la STS (Sala Tercera) de 1 de julio de 2015, la concesiones administrativas pueden hipotecarse con base en el art. 107.6º LH, pero quedarán pendientes las hipotecas de la resolución del derecho del concesionario. Es decir, extinguido el derecho del concesionario se extingue la hipoteca. Y la regla contenida en el art. 175.3ª RH se refiere a la indemnización que “en su caso”, no en todo caso, haya de percibir el concesionario (que no procederá por ejemplo cuando la resolución de la concesión se deba a causa imputable al concesionario).

La hipoteca de concesiones de obras presenta particularidades relativas a su objeto (en cuanto a las obligaciones garantizadas), los derechos que se atribuyen al acreedor hipotecario y la ejecución de la hipoteca, que se regulan en los artículos 273 y siguientes de la LCSP 2017 y que pasamos a analizar.

La duración de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios no podrá exceder, incluyendo las posibles prórrogas, de cuarenta años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio (art. 29.6 LCSP 2017). Por tanto, cuarenta años es el plazo máximo de duración de la obligación garantizada, dada la accesoriedad de la hipoteca respecto de la obligación garantizada.

Las concesiones de obras solo pueden hipotecarse en garantía de deudas que guarden relación con la concesión correspondiente (art. 273.1 LCSP 2017).

La constitución de la hipoteca requiere además una autorización previa que ha de conceder el órgano de contratación correspondiente. Para licitar en la subasta en caso de ejecución también se requiere autorización, como es lógico y veremos más adelante. Debe tenerse en cuenta que conforme a la regla general solo los bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos que sean transmisibles pueden ser hipotecados, regla de la que se apartan las concesiones, pero cuya hipotecabilidad está expresamente admitida en el art. 107.6º LH. De ahí que se requiera la previa autorización

administrativa para constituir estas hipotecas o para adjudicarse la concesión en la ejecución de las mismas.

Conforme a la regla general, la hipoteca debe constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. En caso de que se hipotequen varias concesiones a la vez, o una concesión y otros bienes no afectos a la misma, es exigible la distribución de responsabilidad hipotecaria entre los mismos, pero no será necesaria cuando se trate de bienes afectos a la concesión, pues dichos bienes no pueden tener un régimen distinto a la propia concesión. Como señala el art. 31 RH, *“Sobre las fincas o derechos inscritos afectos a una concesión no se podrán inscribir otras cargas o gravámenes que los que recaigan sobre ésta y hayan sido autorizados por la Administración concedente”*.

La hipoteca se inscribirá en el Registro donde radique la concesión, en el folio abierto a ésta, haciéndose constar también en los folios de las fincas afectas a la concesión por nota marginal. Si la concesión se extiende a través de varios Registros, la hipoteca -como la concesión- se inscribirá de forma principal en el correspondiente al arranque o cabecera de la concesión, haciéndose inscripciones de referencia en los demás Registros por donde atraviese la obra pública.

El art. 274.1 LCSP 2017 contempla un supuesto casi idéntico al de la acción de devastación del art. 117 de la LH, si bien se ejercita ante el órgano administrativo de contratación y no en sede judicial. La acción, reclamación o pretensión de este artículo se entiende sin perjuicio de la acción de devastación del art. 117 LH que asiste al acreedor hipotecario, aunque esta última se considerará renunciada si el acreedor hipotecario ejercita aquella.

En caso de proceder la resolución de la concesión por incumplimiento de las obligaciones del concesionario, el acreedor puede subrogarse en su cumplimiento, si la Administración lo considera compatible con el buen fin de la concesión (art. 274.2 LCSP).

En caso de que incumplimiento total o parcial de la obligación garantizada al tiempo de su vencimiento, antes de promover la ejecución de la hipoteca el art. 274.3 LCSP 2017 concede al acreedor hipotecario dos facultades:

- a) Solicitar de la Administración que se asigne a la amortización de la deuda una parte de la recaudación y de las cantidades que tuviese que hacer efectivas la Administración al concesionario, lo cual no deja de ser sino una prenda legal de estas

cantidades adicional a la hipoteca, pues la prenda irregular de dinero no requiere ejecución, sin que ello suponga pacto comisorio alguno.

- b) Solicitar de la Administración que le otorgue, si las hubiese, la explotación de zonas complementarias de explotación comercial. Añade este segundo apartado que *“En el caso de que estas zonas estuvieran siendo explotadas por un tercero en virtud de una relación jurídico-privada con el concesionario, la medida contemplada por este apartado deberá serle notificada a dicho tercero con la indicación de que queda obligado a efectuar al acreedor hipotecario los pagos que debiera hacer al concesionario”*. En realidad, esta segunda posibilidad no es la misma que la primera señalada, pues en aquella el acreedor tiene que explotar la zona comercial, entendemos que a su riesgo y ventura, mientras que en la segunda simplemente se subroga como acreedor en la relación entre el concesionario y el tercero, lo cual parece más beneficioso (menos costes y no hay necesidad de poner en marcha la explotación).

En caso de ejecución de la hipoteca, todo el que desee participar como postor o eventual adjudicatario, incluido el acreedor hipotecario si su legislación sectorial lo permite, debe obtener una previa autorización administrativa, que tiene carácter reglado, de modo que se otorgará siempre que el peticionario cumpla los requisitos exigidos al concesionario (art. 275 apdos. 1 y 2 LCSP 2017). Ello es lógico, pues de otro modo podría ser concesionario quien no reúna los requisitos exigidos por la ley para serlo (sucede algo semejante con la prenda de objetos cuya transmisión está sujeta a autorización, como por ejemplo una licencia farmacia, en que ha de acreditarse previamente la transmisibilidad de la licencia para poder constituir la prenda).

Según la STS (Sala Primera) de 5 de marzo de 2009, tratándose de hipoteca de concesión administrativa no hay que notificar la ejecución hipotecaria al dueño de la finca sino solo al concesionario.

Si la subasta queda desierta (o ningún peticionario es autorizado para licitar) y el acreedor autorizado para ser concesionario no solicita la adjudicación de la concesión, la Administración puede:

- Acordar el secuestro o intervención de la concesión, pero sin derecho alguno del concesionario deudor a los ingresos. El acreedor hipotecario puede entonces proponer un nuevo concesionario y si no propone ninguno, o el propuesto no cumple los requisitos exigidos para ser concesionario, se procede a licitar de nuevo la misma concesión.

- O puede resolver la concesión, quedando liberada mediante la puesta a disposición del acreedor hipotecario de la indemnización que correspondería al concesionario en los supuestos de resolución de la concesión por causa no imputable al concesionario, sea o no imputable a la Administración.

En este último caso, se suprime un inciso respecto del antiguo art. 264.3.b) TRLCSP 2011 equivalente: *“y, previo acuerdo con los acreedores hipotecarios, fijar la cuantía de la deuda y las condiciones en que deberá ser amortizada. A falta de acuerdo, la Administración quedará liberada...”*. Es decir, se amplía la prerrogativa de la Administración o se le hace más favorable: la cuantía de la indemnización representa lo máximo que debe pagar al acreedor hipotecario. Hemos de entender por ello que tal como está regulado ahora, si el importe de dicha indemnización excede de lo que se le debe al acreedor, el exceso debe quedar a disposición del concesionario (por analogía con la ejecución directa de la hipoteca de inmuebles y porque en otro caso se produciría un enriquecimiento injusto).

Además de por su ejecución, la hipoteca se cancelará cuando se extinga la concesión por cumplimiento del plazo de la misma o por la resolución del derecho del concesionario.

Bastará para ello el documento administrativo, como recoge hoy la LH, en su artículo 210.2, tras la modificación del mismo por la Ley 13/2015, de 24 de junio: *“Para la cancelación de un asiento relativo a una concesión administrativa inscrita registralmente, será suficiente con la presentación al Registro de la Propiedad de certificación expedida por la Administración Pública titular del inmueble en la que se acredite la extinción de dicha concesión”*.

Antes de la modificación de la Ley ya se recogía esta norma en el art. 175.3ª RH: *“Las inscripciones de hipotecas constituidas sobre obras destinadas al servicio público, cuya explotación conceda el Gobierno y que estén directa y exclusivamente afectas al referido servicio, se cancelarán, si se declarase resuelto el derecho del concesionario, en virtud del mismo título en que se haga constar esa extinción y del documento que acredite haberse consignado en debida forma, para atender al pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnización que en su caso deba percibir el concesionario”*.

En relación con esta cuestión, debe tenerse en cuenta también el art. 184 RH, según el cual *“A todo expediente de caducidad de concesión deberá incorporarse certificación del Registro de la Propiedad, comprensiva de los asientos vigentes de todas clases o de los extendidos con anterioridad a la fecha de la nota a que se refiere el artículo anterior, si se*

hubiere extendido, al efecto de que sean oídos en el expediente los interesados y puedan ejercitar el derecho de subrogación por su orden de prelación registral”.

A pesar de que se remite a una nota del artículo anterior, relativo a las concesiones mineras, en opinión de GARCÍA GARCÍA no es aplicable solo a éstas sino a todas las concesiones, pues se refiere “a todo expediente de caducidad de concesión”.

Si la resolución de la concesión es por causa imputable a la Administración, el concesionario tiene derecho a la indemnización prevista en el art. 280 LCSP, en cuyo caso es necesaria la consignación de la misma a favor de los titulares de créditos hipotecarios inscritos, como señala el art. 175.3ª RH.

En todo caso, la resolución administrativa por la que se declare la resolución de la concesión ha de ser firme para que se pueda inscribir la cancelación, en virtud de lo dispuesto en el art. 82 LH, que si bien se refiere solo a las resoluciones judiciales, en este caso ha de entenderse referido a los actos administrativos, según la Resolución d el DGRN de 29 de enero de 2009: *“La firmeza de la resolución administrativa sí que es un requisito esencial para practicar cualquier asiento de cancelación en el Registro. Así se deduce del claramente del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Firmeza que en nuestro caso debe predicarse del procedimiento en vía administrativa, de manera que no lo impedirá el hecho de que se hubiera interpuesto recurso contencioso administrativo”.*

Finalmente, se regulan los derechos de los titulares de derechos o cargas inscritas o anotadas sobre la concesión para el caso de resolución concesional en el art. 276, en cuyo caso:

- a) *“La Administración, comenzado el procedimiento [de resolución], deberá solicitar para su incorporación al expediente certificación del Registro de la Propiedad, al objeto de que puedan ser oídos todos los titulares de tales cargas y derechos.*
- b) *El registrador, al tiempo de expedir la certificación a que se refiere el párrafo anterior, deberá extender nota al margen de la inscripción de la concesión sobre la iniciación del procedimiento de resolución.*
- c) *Para cancelar los asientos practicados a favor de los titulares de las citadas cargas y derechos, deberá mediar resolución administrativa firme que declare la resolución de la concesión y el abono o depósito a favor de dichos titulares de la cantidades garantizadas por las indicadas cargas con el límite de las eventuales indemnizaciones*

que la Administración debiera abonar en los supuestos de resolución por causa no imputable al concesionario, sea o no imputable a la Administración”.

No es necesario para la cancelación, sea por caducidad o por resolución, que se ordene expresamente la cancelación de los asientos posteriores, sino que es suficiente la resolución administrativa firme que declare la extinción de la concesión junto con el abono o depósito a favor del concesionario o de los titulares de cargas inscritas sobre la concesión de las cantidades debidas al concesionario., siempre que se acredite la audiencia al concesionario y a los titulares de dichas cargas, que se van a cancelar, según la Resolución de la DGRN de 27 de enero de 1998.

Se ha suprimido el antiguo apartado segundo de este artículo (art. 264.2 TRLCSP 2011), en virtud del cual *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, para el caso de que la subasta quedara desierta, cuando la resolución de la concesión procediera por causa imputable al concesionario, los titulares de los derechos y cargas a que se refiere el apartado precedente podrán ejercitar, por su orden, el derecho de subrogarse en la posición jurídica del concesionario, siempre que, por reunir los requisitos necesarios para ello, fueran autorizados previamente por el órgano de contratación”.*

Esta supresión probablemente se deba a la finalidad general de transparencia y eficiencia -la mejor relación calidad-precio- que persigue la nueva LCSP 2017, en armonía con las exigencias comunitarias, de modo que no tengan preferencia los titulares de cargas sobre la concesión para subrogarse en la misma frente a una nueva licitación de la concesión, con más concurrencia, transparencia y la posibilidad de que aparezcan nuevos licitadores más cualificados. Precisamente por esta misma razón quizás debería suprimirse también la posibilidad ofrecida al acreedor hipotecario de proponer un nuevo concesionario en el art. 275.3.a) LCSP 2017.

G. La pignoración de ciertos derechos derivados de la concesión

Los artículos 273 y siguientes LCSP 2017 que acabamos de analizar pertenecen a una subsección titulada “Hipoteca de la concesión”. Sin embargo, se introduce en un nuevo apartado 273.3 la posibilidad de pignorar ciertos derechos derivados de la concesión (como ya anuncia la rúbrica de este artículo, “Objeto de la hipoteca de la concesión y pignoración de derechos”; parece pues que esta prenda ha sido introducida en la Ley “con calzador”, como si hubiese sido introducida a última hora, por la falta de sistemática que ha resultado en el articulado).

Así, el art. 273.3 LCSP 2017 establece que *“Los derechos derivados de la resolución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, a que se refieren los primeros apartados de los artículos 282 y 295, así como los derivados de las aportaciones públicas y de la ejecución de garantías establecidos en los artículos 266 y 268, solo podrán pignorarse en garantía de deudas que guarden relación con la concesión o el contrato, previa autorización del órgano de contratación, que deberá publicarse en el «Boletín Oficial del Estado» o en el correspondiente boletín oficial autonómico o local”* (la remisión al apartado primero del artículo 282 parece errónea, pues debería referirse al apartado primero del artículo 280).

Es decir, se admite la prenda de las cantidades que la Administración debería abonar al concesionario en caso de resolución de la concesión de obras o de servicios por causa no imputable al concesionario, sea o no imputable a la Administración (arts. 280.1 y 295.1 LCSP 2017) y la prenda de los bienes aportados por la Administración al concesionario para financiar las obras o garantizar la viabilidad económica de la concesión y de los derechos derivados de la ejecución de las garantías prestadas por la Administración a favor del concesionario con la misma finalidad, que prevén los artículos 266 y 268 LCSP 2017.

En el caso de las indemnizaciones a recibir en caso de resolución de la concesión estaríamos ante un supuesto de prenda de créditos futuros, cuya admisibilidad en nuestro ordenamiento, antes discutida, ya no lo es.

La prenda de bienes aportados por la Administración no será posible en caso de que los bienes aportados sean inmuebles, posibilidad que contempla el art. 266.2 LCSP 2017, ya que la prenda por definición solo puede recaer sobre bienes muebles (si bien el concepto romano de *pignus* se refiere en general a la garantía, tanto mueble como inmueble, por lo que debería quizás ser admisible la hipoteca de dichos bienes inmuebles aportados, o al menos la anticresis, definida por algunos autores como “prenda inmobiliaria”. El

artículo habla de “prenda de derechos derivados de las aportaciones públicas”, que bien podría referirse por ejemplo a los frutos de un bien inmueble aportado, que es la garantía que ofrece la anticresis).

Finalmente, en cuanto a la prenda de los derechos derivados de ejecución de garantías prestadas, de nuevo nos encontramos ante una prenda de objeto futuro y probablemente una prenda irregular, pues lo que se entregará al prestador de la garantía será normalmente el producto de la ejecución -salvo que se adjudique el bien ejecutado-, por lo que la prenda recaería sobre esa cantidad de dinero.

Como en el supuesto de la hipoteca, tales derechos solo pueden ser pignorados en garantía de deudas que guarden relación con la concesión o el contrato y también es necesaria la previa autorización del órgano de contratación correspondiente, aunque en este caso además es necesario publicar dicha autorización en el BOE o en el boletín oficial autonómico o local (provincial) correspondiente, probablemente como medio de dar publicidad a la prenda que se autoriza, pues a diferencia de la hipoteca carece de un Registro para publicarse (y solo se da a conocer a terceros por medio de la posesión).

4. CONCLUSIONES

- ✓ La relación del Registro de la Propiedad con la legislación administrativa en general es cada día más intensa.
- ✓ Se manifiesta entre otros aspectos en la contratación pública, donde el Registro puede colaborar en las finalidades de mayor transparencia y eficiencia perseguidos por la nueva Ley, y en todo caso en el control de la legalidad. Ello no es un obstáculo a la actividad administrativa, sino un reforzamiento del alcance de la misma.
- ✓ La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores no puede sustituir la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Mercantil de las entidades inscribibles y de su representación orgánica y de los poderes generales que confieran.
- ✓ Los contratos sobre inmuebles celebrados por la Administración están excluidos de la LCSP 2017 -con la excepción de las concesiones de obras y puede que del derecho de superficie- y se rigen por la legislación patrimonial, donde también se distingue su preparación y adjudicación, por un lado, regida por normas administrativas, y sus efectos y extinción, donde rige el Derecho privado; esto se traduce en el alcance de la calificación del registrador en función del ámbito en que se encuentre el acto a calificar.

- ✓ La hipoteca sobre concesiones presenta particularidades respecto de la hipoteca ordinaria, en cuanto a las obligaciones que puede garantizar, la necesidad de previa autorización administrativa, los derechos que se atribuyen al acreedor hipotecario, su ejecución y su extinción por otras causas. Se introduce asimismo por la LCSP 2017 la posibilidad de pignorar ciertos derechos derivados de las concesiones.

**LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DESDE LA SOCIEDAD CIVIL:
LA PERSPECTIVA DE TRANSPARENCIA INTERNACIONAL**

Jesús Lizcano Álvarez

*Presidente
Transparency International-España
Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid*

1. LA TRANSPARENCIA PÚBLICA COMO VALOR SOCIAL Y DERECHO BÁSICO DEL CIUDADANO

Los desafíos éticos en una sociedad madura y en transformación son fundamentalmente: la transparencia política, social y económica; la lucha contra la corrupción; y la responsabilidad social y buenas prácticas de las organizaciones públicas y privadas.

Teniendo en cuenta que transparencia y corrupción son las dos caras de una misma moneda; la transparencia sería el mejor antídoto contra la corrupción, así como el instrumento fundamental para la integridad y el Buen Gobierno.

Una de las claves que señala la importancia de la transparencia en la contratación pública es el hecho de que esta supone un 20% del total de nuestro Producto Interior Bruto.

2. ÍNDICE DE PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN, 2017

De forma periódica, Transparencia Internacional elabora cuatro informes a nivel internacional: Índice de Percepción de la Corrupción; Barómetro Global de la Corrupción; Índice de Fuentes de Soborno; e Índice Global sobre la Corrupción en el mundo.

En cuanto al **Índice de Percepción de la Corrupción**, informe en el que se recoge una clasificación de 180 países por su nivel de corrupción, según las percepciones que, dentro de los mismos, tienen diversos colectivos de ciudadanos e instituciones. La percepción es medida a través de trece macro encuestas de organismos internacionales.

• Resultados:

- Existe una fuerte correlación entre corrupción y pobreza.
- La correlación entre corrupción y libertad de prensa tiene carácter inverso.
- Un total de 124 países -casi un 70% del total- suspenden con una puntuación < 50 (entre 1 y 100), y otros 51 países: 30 o menos.
- De una forma global, tendríamos una horquilla entre los 89 puntos (Nueva Zelanda) y los 88 (Dinamarca), y 9 (Somalia), 12 (Sudán del Sur) y 14 (Siria).

• Análisis regional:

- Unión Europea: 23 aprobados (A) y 5 suspensos (S). Los 3 últimos: Rumanía (48), Hungría (45) y Bulgaria (43).
- Europa del Este y Asia central: 19 países: 1 (A) y 18 (S).

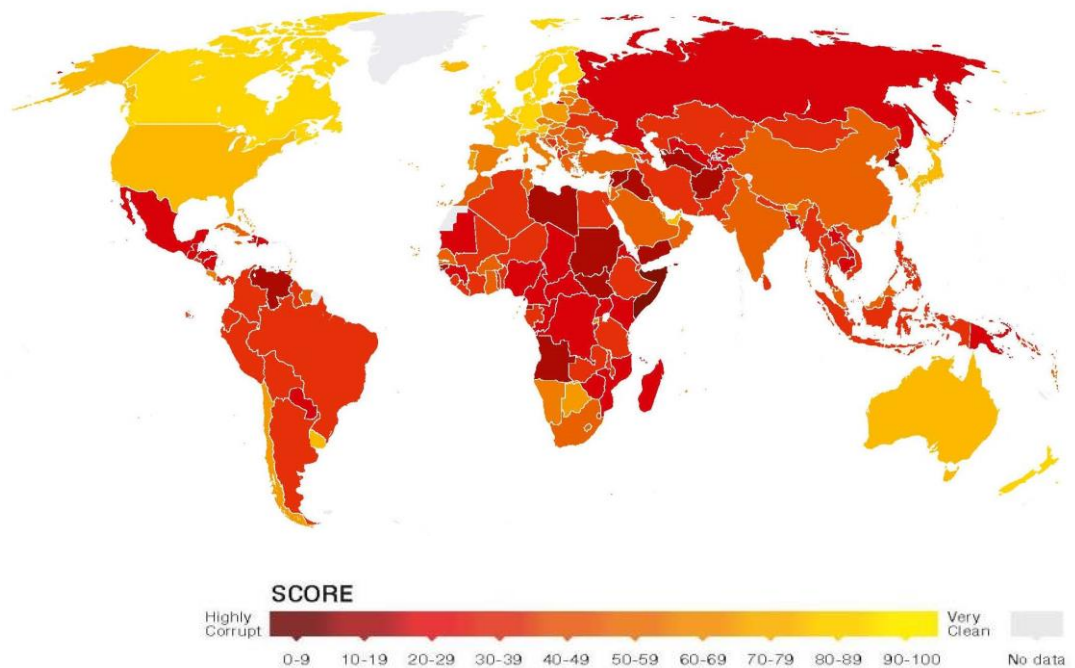
- Oriente medio y norte de África: 3(A) y 15(S).
- América (norte a sur): 11A y 21S (Mejor que España: Canadá, Uruguay, EE.UU., Chile y Costa Rica) (Los más bajos: Venezuela (18), Haití (22), y Nicaragua (26)).
- Asia y Pacífico: 8A y 23S.
- África subsahariana: 6A y 43S (24 países (52%): 3 ó menos).
- España: 57 (puesto 42-45 entre 180): 41 países mejor y 135 países peor: Consolidación descenso anterior de 2016 y 2015. 7'1 (2004), 7 (2005), 6'8 (2006), 6'7 (2007), 6'5 (2008), 6'1 (2009), 6'1 (2010), 6'2 (2011). 65 (2012), 59 (2013), 60 (2014). En 2015: 58 (puesto 36 entre 168). En 2016: 58 (puesto 41 entre 176).
- En relación con la Unión Europea: Puesto 18-20 entre los 28 países. Por encima de Grecia (48) e Italia (50), y una buena parte países del Este. Lejos de Dinamarca (88), Finlandia (85) y Suecia (84).

Impacto de la corrupción en diferentes sectores e instituciones

Posición país	País/Territorio	Puntuación del IPC 2017	Encuestas utilizadas	Desviación estándar	Rango mínimo/máximo	
					Inferior	Superior
1	Nueva Zelanda	89	8	2,4	85	93
2	Dinamarca	88	8	2,75	83	93
3	Finlandia	85	8	2,84	80	90
3	Noruega	85	8	1,83	82	88
3	Suiza	85	7	1,71	82	88
6	Singapur	84	9	2,26	80	88
6	Suecia	84	8	2,27	80	88
8	Canadá	82	8	1,49	80	84
8	Luxemburgo	82	6	2,08	79	85
8	Países Bajos	82	8	2,23	78	86
8	Reino Unido	82	8	1,7	79	85
12	Alemania	81	8	1,87	78	84
13	Australia	77	9	1,4	75	79
13	Hong Kong	77	7	2,37	73	81
13	Islandia	77	7	4,38	70	84
16	Austria	75	8	1,17	73	77
16	Bélgica	75	8	1,63	72	78
16	Estados Unidos de América	75	9	3,24	70	80
19	Irlanda	74	7	3,68	68	80
20	Japón	73	9	2,66	69	77
21	Emiratos Árabes Unidos	71	7	6,26	61	81
21	Estonia	71	10	2,21	67	75
23	Francia	70	8	1,36	68	72
23	Uruguay	70	7	2,67	66	74
25	Barbados	68	3	3,24	63	73
26	Bhután	67	5	1,83	64	70
26	Chile	67	9	2,03	64	70
28	Bahamas	65	3	5,39	56	74
29	Katar	63	7	7,5	51	75
29	Portugal	63	8	2,56	59	67
29	Taiwan	63	8	3,28	58	68
32	Brunei Darussalam	62	3	8,72	48	76
32	Israel	62	7	2,19	58	66
34	Botswana	61	7	2,74	57	65
34	Eslovenia	61	10	2,78	56	66
36	Polonia	60	10	1,36	58	62
36	Seychelles	60	4	8,32	46	74

38	Costa Rica	59	7	2,98	54	64
38	Lituania	59	9	2,21	55	63
40	Letonia	58	9	3,21	53	63
40	San Vicente y las Granadinas	58	3	3,39	52	64
42	Chipre	57	7	3,78	51	63
42	Dominica	57	3	2,55	53	61
42	España	57	8	3,78	51	63
42	Republica Checa	57	10	1,98	54	60
46	Georgia	56	6	3,1	51	61
46	Malta	56	5	1,18	54	58
48	Cabo Verde	55	4	4,19	48	62
48	Ruanda	55	6	6	45	65
48	Santa Lucía	55	3	4,27	48	62
51	Corea del Sur	54	10	2,24	50	58
52	Granada	52	3	3	47	57

MAPA MUNDIAL DE LA CORRUPCIÓN (IPC 2017)



3. PROPUESTAS DE ACTUACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS LICITACIONES Y CONTRATOS PÚBLICOS

Desde la Comisión de Transparencia y Prevención de la Corrupción en subvenciones, licitaciones y contratos públicos de IT se ha realizado propuestas a los partidos y grupos parlamentarios sobre actuaciones en relación con las licitaciones y los contratos públicos, así como sobre subvenciones públicas.

3.1. Medidas orientadas a incrementar la transparencia tanto desde la perspectiva de favorecer la concurrencia como de la rendición de cuentas

- Extender las normas de contratación pública a partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales cuando su fuente de financiación sea mayoritariamente pública.
- Obligar a que exista un único Portal de Información sobre licitaciones en curso al margen del importe (con la colaboración a nivel autonómico) que ofrezca toda la información sobre las licitaciones que se realizan en España.
- Obligación de que figure código CPV en todas las licitaciones con el fin de favorecer el conocimiento por cualquier licitador.
- Aplicar las mismas reglas procedimentales con indiferencia de que el poder adjudicador sea o no Administración pública para preservar una efectiva transparencia y evitar prácticas clientelares.
- Eliminar el procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía y limitación del importe que permite la utilización del contrato menor (análisis de las plataformas y herramientas tecnológicas actualmente utilizadas por las administraciones públicas para la realización de contratos menores en términos de publicidad).
- Hacer obligatoria la publicación de la información relativa a la cesión de contratos y los datos completos de subcontrataciones, así como de cualquier modificación del contrato (esto último es exigencia comunitaria y ya está implantado en Aragón y Navarra).
- Exigir la elaboración de un Informe anual sobre política de compras públicas que analice el impacto presupuestario así como los efectos desde la perspectiva de eficiencia y las medidas de mejora adoptadas.
- Ampliar la información que difunden las administraciones públicas sobre contratación pública (estudios previos, formación del contrato, perfil de los licitadores y conflictos de intereses, ejecución del contrato), y añadir un seguimiento integral (objetivos, indicadores y evolución final).

- Obligar a difundir la información sobre contratación pública de acuerdo con los estándares de datos para las contrataciones abiertas elaborados por la Alianza para las Contrataciones Abiertas con la colaboración de la Fundación World Wide Web y el Banco Mundial.
- Adoptar directrices para la determinación de la confidencialidad de los proyectos en la contratación pública.
- Publicar en el Portal de Transparencia de las licitaciones realizadas pero con un sistema de búsqueda multifunción de acceso libre y gratuito.
- Facilitar la reutilización de la información sobre contratación pública a través del uso de licencias que fomenten esta reutilización.
- Crear portales de datos abiertos sobre contratación pública e incorporar en los portales existentes datos sobre los contratos públicos.
- Apoyar a las entidades de la sociedad civil que reutilizan los datos relativos a la contratación pública para monitorizar la adjudicación y ejecución de los contratos públicos.
- Promover la creación de bancos de datos de buenas prácticas en materia de transparencia en la contratación pública.
- Establecer un sistema de inspección/auditorías de la contratación del sector público.
- Hacer obligatoria la publicación de análisis comparativos sobre los costes efectivos de servicios similares.
- Impulsar la creación de oficinas de transparencia en la contratación pública que garanticen la normativa sobre transparencia en la contratación pública, adopten criterios y directrices para su impulso y aplicación y lleven a cabo un seguimiento y evaluación sobre su aplicación real.
- Dar publicidad de la actividad desarrollada por los diferentes órganos de control, acceso a los datos económicos comprobados, y establecimiento de herramientas tendentes a clarificar y explicar la información de las cuentas públicas.

3.2. Medidas orientas a fortalecer los comportamientos éticos y la profesionalización

- Excluir la posibilidad de que en las mesas de contratación haya representación “política”. Debe ser un órgano de asesoramiento profesionalizado.
- Profesionalizar la toma de decisiones. Exigencia de Informes independientes en decisiones estratégicas de gran impacto presupuestario (opción ya

adoptada, para ciertas infraestructura, por el Ministerio de Fomento al crear el Consejo Asesor del Ministerio de Fomento, en julio de 2015).

- Implementar una política de profesionalización de los gestores de la contratación pública, pues la falta de personal cualificado puede dar lugar a una irresponsable delegación de gobernanza en el sector privado, y que sea el contratista quien defina el nivel de calidad de los objetos a contratar en lugar de la autoridad pública.
- Reforzar la figura del responsable del contrato, en su papel de vigilante imparcial del interés público, pudiendo interactuar con la ciudadanía para garantizar la buena marcha de dicho contrato.
- Incrementar la formación de los empleados públicos que participan en procesos de licitación pública y del personal de las empresas licitadoras en materia de ética, transparencia pública y prevención de la corrupción.
- Impulsar la firma de pactos de integridad para fomentar el comportamiento ético en la contratación pública.
- Aprobar un Código de Buenas Prácticas en materia de contratación Pública.

3.3. Medidas orientadas a mejorar los mecanismos de control, como estrategia para prevenir la corrupción

- Reforzar los órganos de control interno de todas las Administraciones y del Tribunal de Cuentas y demás OCEX.
- Consolidar el sistema de Tribunales administrativos de contratación pública, garantizando su status de independencia, extendiendo su ámbito de competencia al margen del importe del contrato así como a cuestiones de modificaciones contractuales o de utilización “indebida” de encargos a medios propios. Para ello, debe garantizarse la dotación suficiente de medios. El recurso deberá ser gratuito para favorecer el control.
- Diseñar una planta “cerrada” de Tribunales administrativos (no puede haber en entidades locales) que haga que se cumpla su nota de independencia y pueda cumplir su finalidad control rápido (la experiencia práctica, hasta la fecha, avala esta propuesta).
- Ampliar la legitimación activa –incluso siendo acción pública– para interponer el recurso especial en materia contractual.
- Crear una agencia de integridad pública para el fomento de la integridad de la contratación pública y el análisis e investigación de denuncias relativas a conflictos de intereses y casos de corrupción (o que esas competencias sean ejercidas por órganos existentes, como los OCEX).

- Implementar la herramienta de “red flags” para detectar posibles patologías con carácter previo.
- Crear canales para la información y/o la denuncia de casos de corrupción en la contratación pública.
- Adoptar medidas para proteger al informante o delator de casos de corrupción (whistleblower).
- Exigir responsabilidad civil (en su caso, penal) a las empresas en caso de sobrecostes injustificados o incumplimiento de plazos, calidad de los resultados.
- Reforzar y ampliar el control posterior y auditoría, en base a los criterios siguientes: a) estableciendo procedimientos de control posterior, sistemáticos y no puntuales, destinados no solo a verificar el cumplimiento de legalidad documental, sino a permitir la investigación del fraude y la corrupción, b) regulando procedimientos sistemáticos de control de eficacia en todos los ámbitos de la Administración Pública, que garanticen el uso eficiente de los recursos públicos y afecte a la asignación presupuestaria en futuros ejercicios, c) implementando procedimientos de control que garanticen que los servicios públicos externalizados no pueden ser prestados con medios propios de la Administración (la externalización en ningún caso podrá prolongarse indefinidamente en el tiempo), y d) publicando los resultados de los informes de control financiero y auditoría realizados por la Intervención General de la Administración del Estado.

3.4. Medidas para perfeccionar la legislación vigente

- Codificar la normativa de contratación pública. La necesidad de transponer las nuevas Directivas de contratación pública es una oportunidad para desarrollar un marco jurídico estable y uniforme, que dote de seguridad jurídica a los distintos operadores. La dispersión normativa o cambios normativos constantes de forma “caótica” impiden una adecuada transparencia.
- Impulsar medidas específicas para prevenir la existencia de conflictos de intereses en la contratación pública. En especial, para regular adecuadamente la cuestión de las puertas giratorias (ex cargos públicos ahora vinculados a empresas privadas, consultorías por parte de familiares o cargos públicos, etc).

- Adecuar el marco normativo al principio de better regulation: declaración responsable como regla para poder licitar; Registro único de licitadores en línea; utilización de medios electrónicos en presentación de ofertas con sistemas “sencillos” e interoperables.
- Impulsar la contratación electrónica como medio de transparencia. Debe coordinarse las soluciones que se adopten. Para ello resulta conveniente la elaboración de un plan de implementación de la e-Contratación, con el impulso de la misma desde el propio Estado.
- Diseñar un sistema curricular que asegure la adecuada capacitación y profesionalización para los empleados públicos encargados de la contratación pública.
- Adecuar la técnica de medios propios, exigiendo que tengan medios idóneos para cumplir encargos (evitar que se utilicen para eludir normas de adjudicación).
- Modificar la actual estructura de la Intervención General de la Administración del Estado y el Tribunal de Cuentas (y sus equivalentes autonómicos y locales), dotándoles de un modelo organizativo más racional en la atribución de funciones que garantice la optimización del uso de sus recursos y la transparencia y eficacia en su actividad.
- Rediseñar el sistema del control de eficacia, con el fin de evitar que los objetivos públicos resulten debilitados.
- Incluir como norma legal la exigencia de anulación de los contratos públicos afectados por actos de corrupción

4. PROPUESTAS PARA LA MEJORA DEL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

- Extensión del recurso especial en contratación pública al margen del importe: La no extensión del recurso especial a cualquier contrato, con indiferencia de su importe, y su limitación a los contratos de importe armonizado con carácter exclusivo, impide corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública.
- Ampliación de la legitimación para impugnar. La legitimación debe ser amplia, para favorecer la propia función de depuración que se encomienda al sistema de recursos, e impulsar una doctrina clara que preserve los principios de seguridad jurídica y predictibilidad, de especial impacto en un sector tan sensible como el de los contratos públicos.
- Estructura independiente y planta cerrada de los órganos administrativos de recursos contractuales. Debe diseñarse una planta de órganos de recursos contractuales

cerrada, para evitar las actuales asimetrías (poco compatibles con el principio de seguridad jurídica).

- Impulso de los medios electrónicos como herramienta de transparencia. La regla de la transparencia no es una formalidad y exige una implementación compatible con su finalidad. Son necesarios sistemas de información on line ágiles, accesibles, gratuitos y de alcance universal, que hagan posible que cualquier licitador pueda obtener información sobre una licitación, que corrijan la actual situación que desincentiva la presentación de ofertas por entender que el procedimiento puede estar ya orientado hacia determinados licitadores. Los medios electrónicos y la transición hacia la compra pública electrónica, se manifiestan, en este contexto, como un eje de reforma imprescindible. Debe preverse un plazo donde sea obligatoria la utilización de medios electrónicos.
- Nulidad por incumplimiento de publicidad. La obligación de publicar en la Plataforma de Contratos de Sector Público debe ir acompañada de la consecuencia de nulidad por su no cumplimiento.
- Introducción de transparencia en el contrato menor. Es necesaria una cierta exigencia de publicidad para que exista competencia así como la fijación de un importe global máximo a favor de un mismo licitador.
- Uniformidad de reglas jurídicas para todos los poderes adjudicadores. Urge una reforma que unifique el régimen normativo de todas las entidades contratantes en lo relativo a los procedimientos de adjudicación y de control, con indiferencia de su naturaleza o no de Administración pública y del importe del contrato.
- Regulación y límite de los modificados contractuales. Se debería optar por las mismas reglas y régimen de control para cualquier tipo de modificación contractual, pues lo que está en juego es la eficiencia y el derecho a una buena administración.
- Creación de un organismo independiente de control y supervisión de la contratación pública y de prevención de la corrupción. El proyecto prevé un nuevo sistema de gobernanza, del que deriva un nuevo rol de la Junta Consultiva de Contratación Pública. Sin embargo, parece más oportuno una estructura más ambiciosa y con más competencias ejecutivas para poder corregir las disfunciones en la contratación pública.
- Impulso a la profesionalización. Debe quedar claro que la composición de la mesa de contratación, como órgano de asesoramiento técnico, impide que participen cargos políticos. Y en todo expediente de licitación, en especial los de concesión o de importe elevado, debe existir con carácter habilitante un informe detallado de conveniencia financiera suscrito por funcionarios.

- Equidad y transparencia fiscal en la ejecución de los contratos. En el artículo 200, que regula las Condiciones especiales de ejecución del contrato, se propone adicionar un nuevo párrafo tercero con el siguiente texto: “Los órganos de contratación establecerán condiciones especiales de ejecución que obliguen a la empresa adjudicataria a ejecutar el contrato con criterios de equidad y transparencia fiscal, sin incurrir en blanqueo de capitales, fraude fiscal, delito contra la Hacienda Pública o utilización de paraísos fiscales...”

5. EVALUACIÓN DEL CUMPLIMIENTO LEGAL EN PUBLICACIÓN CONTRATOS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

- Las instituciones públicas dejan que desear en Buenas prácticas e incumplen mayoritariamente la normativa legal de publicación de contratos
- La mayoría de las instituciones públicas analizadas por TI-España no cumplen la obligación legal (Ley 20/2013 de garantía de la unidad de mercado) de publicar los contratos y licitaciones en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP).
- En Octubre 2017 TI-España ha realizado un cuarto estudio sobre el nivel de cumplimiento (los tres anteriores se realizaron en Enero y Julio 2016, y en Mayo 2017).
- Se evalúan cinco colectivos de instituciones públicas: Ayuntamientos, Diputaciones, Comunidades Autónomas, Parlamentos y Universidades públicas.
- Mejora en el número de instituciones públicas que han pasado a cumplir la obligación legal, pero sigue siendo amplio y preocupante el número de instituciones que continúan incumpliendo tal normativa.
- Resulta necesaria una información sobre contratos centralizada a nivel nacional, por: a) Transparencia, b) Prevención de corrupción, c) Eficiencia económica (además de ser legalmente obligatoria).

**PUBLICACIÓN DE CONTRATOS Y LICITACIONES EN LA
PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO (PCSP)
RESUMEN DEL NIVEL DE CUMPLIMIENTO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS**

	Enero 2016	Julio 2016	Mayo 2017	Octubre 2017
	¿CUMPLE LA LEY?	¿CUMPLE LA LEY?	¿CUMPLE LA LEY?	¿CUMPLE LA LEY?
NIVEL DE CUMPLIMIENTO GENERAL AYUNTAMIENTOS	29 SI/110 (26%)	33 SI/110 (30%)	56 SI/110 (51%)	61 SI/110 (55%)
NIVEL DE CUMPLIMIENTO GENERAL COMUNIDADES AUTÓNOMAS	3 SI/17 (18%)	6 SI/17 (35%)	10 SI/17 (59%)	13 SI/17 (76%)
NIVEL DE CUMPLIMIENTO GENERAL DIPUTACIONES	18 SI/45 (40%)	27 SI/45 (60%)	32 SI/45 (71%)	33 SI/45 (73%)
NIVEL DE CUMPLIMIENTO GENERAL PARLAMENTOS	5 SI/19 (26%)	5 SI/19 (26%)	9 SI/19 (47%)	9 SI/19 (47%)
NIVEL DE CUMPLIMIENTO GENERAL UNIVERSIDADES	30 SI/51 (59%)	33 SI/51 (65%)	36 SI/51 (70%)	40 SI/51 (78%)

6. LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (ENTRÓ EN VIGOR: 9 DE MARZO 2018)

Principales novedades de la Ley

En esta nueva Ley cabe destacar dos avances importantes: la **simplificación en las licitaciones** y la **prevención contra el fraude y la corrupción**. En este sentido, hay que señalar que:

- Hace obligatoria la publicación de los contratos en la PCSP (Nulidad contratos si no se publican).
- Hace obligatorios los instrumentos de contratación electrónica, así como la presentación de ofertas y las notificaciones.
- Agiliza los pagos entre Administraciones públicas y proveedores: Presentación (electrónica) de facturas en 30 días. Comprobación y confirmación pago por la institución pública: 30 días.
- Amplía los sujetos afectados por la Ley:

- Inclusión en la Ley de: Partidos políticos, Sindicatos, Organizaciones empresariales, Fundaciones, cuando tengan mayoría de financiación pública.
- Consorcios y Entes Públicos: Equiparación con la Administración pública en términos de contratación.
- Se simplifica y facilita el acceso a la contratación a las PYMES (obligación de división de las adjudicaciones en lotes, simplificación en la acreditación de solvencia técnica y financiera, etc.)
- Límites más bajos en los Contratos menores: 1) Obras: Pasa de 50.000 a 40.000 euros. 2) Servicios: Disminuye de 18.000 a 15.000 euros.
- Introducción del Procedimiento abierto simplificado (procedimiento “expres”)
- Establece el Perfil del contratante como instrumento para agrupar todos los datos relevantes de los poderes adjudicadores.
- Suprime el Procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.
- Amplía el ámbito subjetivo del Recurso especial.
- Criterio de adjudicación de contratos:
 - La mejor relación calidad-precio (y no sólo el precio) (desaparece la oferta económicamente más ventajosa).
 - Criterios relacionados con la calidad: Representación al menos el 51% puntuación en valoración de ofertas.
 - Se podrán rechazar ofertas anormalmente bajas.
 - Posible inclusión como criterios de calidad: Aspectos medioambientales o sociales vinculados al objeto del contrato.
 - Se cambia el régimen de las Modificaciones de contratos:
 - 1) Límite máximo del 20% del precio inicial: Supuestos previstos en el pliego, y
 - 2) Supuestos no previstos: Límite máximo 50% del precio inicial (y sólo en caso de variaciones estrictamente necesarias).
 - Se impide contratar a empresas de más de 250 trabajadores que no cuenten con un Plan de igualdad de géneros.
 - Posible requisito adicional en materia de solvencia: Necesario cumplimiento del período medio de pago legal por las empresas contratistas.
 - Posibles sanciones por incumplimientos o retrasos reiterados en pago de salarios o en condiciones salariales inferiores a los respectivos convenios colectivos.
 - Se amplía la presencia de la CNMC en los órganos consultivos.
 - Se crea una nueva Oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación, con plena independencia orgánica y funcional. Esta oficina aprobará una Estrategia Nacional de Contratación Pública.

- Dentro de la citada Oficina se crea un nuevo órgano colegiado: Oficina Nacional de Evaluación, para analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras, y de servicios.

7. POSIBLES SOLUCIONES PARA EL PROBLEMA DE LA CORRUPCIÓN

- Fomento de la transparencia (a todos los niveles): entidades públicas, empresas y ONG 's.
- Impulso y consolidación de un amplio frente social:
 - Jueces y fiscales (cada vez más beligerantes contra la corrupción).
 - Fuerzas de seguridad UDEF, UCO (cada vez más eficaces y tecnológicamente avanzadas).
 - Sociedad civil (crecientemente activa).
 - Medios de comunicación (creciente periodismo de investigación).
 - Universidades (cada vez más cursos y seminarios sobre estas materias).
 - Ciudadanos (cada vez más indignados y con ánimo de denunciar).
- Tres niveles de actuaciones:
 - A corto plazo: Aplicación efectiva de las actuales leyes y otras normas legales.
 - A medio plazo: Modificación y creación de nuevas normas para aplicar la Convención de la ONU contra la corrupción y otros Convenios internacionales.
 - A largo plazo: Educación de los ciudadanos (desde la infancia) hacia la conciencia social, la ética, la formación en valores, etc.

SESIÓN DE CLAUSURA



De izq. a drcha. M^a del Pilar Oliva Brañas, Decana del Colegio Autonómico de Registradores de La Rioja; Alfonso Domínguez Simón, Consejero de Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja; María José Segarra Crespo, Fiscal General del Estado; Javier Marca Matute, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja; José Manuel Suárez Robledano, Presidente de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas; Conrado Escobar de Las Heras, Consejero de Políticas Sociales, Familia, Igualdad y Justicia de la Rioja.

PONENCIA DE CLAUSURA

María José Segarra Crespo

Fiscal General del Estado

Excelentísimas e Ilustrísimas autoridades. Compañero y compañeras.

Mis primeras palabras deben de ser de gratitud para los organizadores de estas jornadas que amablemente me han invitado a participar en su clausura, brindándome la oportunidad de realizar algunas reflexiones.

Sin duda alguna, los temas tratados durante estos tres días han sido de enorme interés, por la calidad y diversidad de ponencias presentadas, abordando los problemas que suscita la nueva legislación sobre contratos.

Se han estudiado desde las cuestiones generales y principios que inspiran la normativa a aquellos aspectos que particularmente preocupan a los sectores afectados.

La contratación constituye un tema de singular importancia en el ámbito del Sector Público, no sólo por su trascendencia económica, sino también por su complejidad jurídica.

El Tribunal de Cuentas, con competencia nacional, y los Órganos de Control Externo (OCEX), que desarrollan sus funciones en doce Comunidades Autónomas, son instituciones de capital importancia para el cumplimiento de la regulación contractual, realizando recomendaciones a los órganos fiscalizados, que deben redundar en la optimización de los recursos públicos.

La lectura del nuevo texto, aprobado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en cuya virtud 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 vigor desde el pasado nueve de marzo, pone de manifiesto el considerable número de operadores jurídicos que intervienen en la preparación, aprobación, ejecución y control de dichos contratos.

Asimismo, el examen del informe sobre análisis de la contratación pública en España, elaborado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 5 de febrero de 2015, evidencia que nos encontramos ante el ámbito más relevante de actuación económica de las diferentes Administraciones Públicas, con incidencia clave en los procesos productivos, en la competencia y en los fenómenos de corrupción.

Uno de los objetivos que inspira la reciente normativa aprobada, según su preámbulo, es conseguir mayor transparencia en la contratación pública.

En este sentido, he de convenir con la Presidenta del Tribunal de Cuentas *“El control constituye un elemento esencial para garantizar la transparencia. Pero, a su vez, la transparencia resulta fundamental para el correcto funcionamiento de las instituciones de control, sin las cuales no hay democracia de calidad. La relevancia de estas instituciones viene constituida no sólo por su capacidad para identificar y poner de manifiesto actuaciones contrarias a la legislación vigente, sino también por su contribución a evidenciar la existencia de ámbitos que necesitan de una regulación más precisa”*.¹

Quiero destacar la función fiscalizadora de las Instituciones de Control Externo, pues, a través de sus informes, las Asambleas Legislativas y la propia sociedad conocen los resultados de la gestión pública, permitiendo que la crítica de dicha gestión se lleve a cabo con pleno fundamento.

No menos relevante es la función de enjuiciamiento, que únicamente corresponde al Tribunal de Cuentas, en la medida en que logra el resarcimiento de los daños inferidos al erario público, al tiempo que tiene un efecto preventivo innegable.

En ambas funciones interviene el Ministerio Fiscal, actuando siempre de acuerdo con la naturaleza y principios que rigen la Institución, es decir, en defensa de la legalidad y de los intereses públicos.

Con ello, en no pocas ocasiones, el Fiscal suple la inactividad de los órganos públicos perjudicados, tanto en el ámbito estatal, como en el autonómico y local, que, a pesar de haber sufrido daños en su patrimonio, no interponen la correspondiente reclamación ante la jurisdicción contable.

Esta circunstancia justifica la existencia de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, auténtica pionera en la moderna concepción del Ministerio Fiscal, por cuanto, además de interponer las correspondientes demandas, posibilita la coordinación con el resto de las Fiscalías, cuando sean detectados ilícitos penalmente relevantes, en las áreas presupuestaria, contable y financiera del Sector Público.

¹ De la Fuente y de la Calle, María José. Reflexiones acerca de la transparencia como instrumento de mejora de la gestión pública. Páginas 70 y 71. Revista Española de Control Externo, número 56.

En efecto, la especialización de las Fiscalías constituye una exigencia de los tiempos modernos, atendida la complejidad de los asuntos a investigar y el desarrollo normativo de cada uno de los ámbitos, que es objeto de sus diversas competencias.

La misión del Fiscal proclamada, con carácter general, en el artículo 124.1 de la Carta Magna, se traslada al ámbito del control externo del sector público a través de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y su Ley de Funcionamiento 7/1988, de 5 de abril, que otorgan al Ministerio Fiscal un papel esencial, tanto en el ámbito de la fiscalización como en el de la exigencia de las responsabilidades contables, a cargo de la Sección de Enjuiciamiento.

De conformidad con ello, el artículo 3.14 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dispone que corresponde al Ministerio Fiscal “Intervenir en los supuestos y en la forma prevista en las leyes en los procedimientos ante el Tribunal de Cuentas”.

A su vez, el artículo 55.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas reconoce la legitimación activa del Fiscal para formular las correspondientes pretensiones procesales contra los responsables contables.

Únicamente desde ese reconocimiento, de la actuación del Fiscal en defensa de la legalidad y del interés social, en las diferentes jurisdicciones en las que interviene (civil, penal, social, contencioso-administrativa, constitucional y contable), se llega al entendimiento de las nuevas y relevantes funciones directivas en la investigación de los delitos, que próximamente se le encomendarán, en el ámbito del proceso penal, y que cuenta con el consenso generalizado de los diferentes operadores jurídicos. Su sustento final se halla en la confianza depositada por el legislador constituyente en el Ministerio Público.

Me consta que estas jornadas han sido un privilegiado lugar de encuentro, en el que se han expuesto diferentes problemas y compartido posibles soluciones con el objetivo común de contribuir al sometimiento de la actividad económico-financiera del Sector Público a los principios de legalidad, eficiencia, economía y transparencia, así como a la sostenibilidad ambiental y la igualdad de género.

Muchas gracias.



TRIBUNAL DE CUENTAS