



CONSEJO DE ESTADO

Núm.: 1.116/2015

Tengo el honor de remitir a V. E. el dictamen emitido por el Consejo de Estado en Pleno, en el expediente de referencia, recordándole al propio tiempo lo dispuesto en el artículo 7.4 del R. D. 1674/1980, de 18 de julio, sobre comunicación a este Consejo de la resolución que se adopte en definitiva.

Madrid, 17 de marzo de 2016

EL PRESIDENTE,



CONSEJO DE ESTADO
REGISTRO GENERAL

21 Mar. 2016

Número 1.116/2015 Hora: 13:08

SALIDA

EXCMO. SR. MINISTRO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.



CONSEJO DE ESTADO

Nº: 1.116/2015

SEÑORES:

Romay Beccaría, Presidente
Lavilla Alsina
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Herrero y Rodríguez de Miñón
Ledesma Bartret
Aza Arias
Manzanares Samaniego
Fernández de la Vega Sanz
Alonso García
Villanueva Prieto
Velarde Fuertes
Escudero López
Peña Pinto
Madrigal Martínez-Pereda
Pau Pedrón
Silva de Lapuerta
Pendás García
Valcárcel Bernaldo de Quirós
Laborda Martín
Tocino Biscarolasaga
Silva Sánchez
Ortega y Díaz Ambrona
Palacio Vallelersundi
Cava de Llano y Carrió
Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos,
Secretaria General

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 10 de marzo de 2016, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por mayoría, el siguiente dictamen:

“El Consejo de Estado ha examinado el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, remitido por V. E. el 23 de octubre de 2015 (entrada en este Cuerpo Consultivo el día 27 siguiente).

De antecedentes resulta:

Primero.- Estructura del anteproyecto de Ley.

El anteproyecto de Ley consta de 340 artículos, distribuidos en un Título Preliminar con dos Capítulos y cuatro Libros con cuatro, dos, dos y tres Títulos, respectivamente. Además, incluye cuarenta y una disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, siete disposiciones finales y cuatro anexos.



CONSEJO DE ESTADO

La Ley se estructura en un título preliminar -dedicado a recoger las disposiciones generales- y cuatro libros, relativos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (Libro I); a la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como a los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (Libro II); a los contratos de otros entes del sector público (Libro III), y, por último, a la organización administrativa para la gestión de la contratación (Libro IV), conforme al siguiente desglose:

- TITULO PRELIMINAR ("Disposiciones generales")

CAPÍTULO I. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley

- SECCIÓN 1ª. Objeto y ámbito de aplicación

Artículo 1. Objeto y finalidad

Artículo 2. Ámbito de aplicación

Artículo 3. Ámbito subjetivo

- SECCIÓN 2ª. Negocios y contratos excluidos

Artículo 4. Régimen aplicable a los negocios jurídicos excluidos

Artículo 5. Negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito de la Defensa y de la Seguridad

Artículo 6. Convenios y encomiendas de gestión

Artículo 7. Negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito internacional

Artículo 8. Negocios y contratos excluidos en el ámbito de la Investigación, el Desarrollo y la Innovación.

Artículo 9. Relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial

Artículo 10. Negocios y contratos excluidos en el ámbito financiero

Artículo 11. Otros negocios o contratos excluidos



CONSEJO DE ESTADO

CAPÍTULO II. Contratos del sector público

- SECCIÓN 1ª. Delimitación de los tipos contractuales

Artículo 12. Calificación de los contratos

Artículo 13. Contrato de obras

Artículo 14. Contrato de concesión de obras

Artículo 15. Contrato de concesión de servicios

Artículo 16. Contrato de suministro

Artículo 17. Contrato de servicios

Artículo 18. Contratos mixtos

- SECCIÓN 2ª. Contratos sujetos a una regulación armonizada

Artículo 19. Delimitación general

Artículo 20. Contratos de obras, de concesión de obras y de concesión de servicios sujetos a una regulación armonizada: umbral.

Artículo 21. Contratos de suministro sujetos a una regulación armonizada: umbral

Artículo 22. Contratos de servicios sujetos a una regulación armonizada: umbral

Artículo 23. Contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada

- SECCIÓN 3ª. Contratos administrativos y contratos privados

Artículo 24. Régimen jurídico aplicable a los contratos del sector público

Artículo 25. Contratos administrativos

Artículo 26. Contratos privados

Artículo 27. Jurisdicción competente

LIBRO PRIMERO. Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos





CONSEJO DE ESTADO

TÍTULO I. Disposiciones generales sobre la contratación del sector público

CAPÍTULO I. Racionalidad y consistencia de la contratación del sector público

Artículo 28. Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación

Artículo 29. Plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación

Artículo 30. Ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados

Artículo 31. Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal

Artículo 32. Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados

Artículo 33. Encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados.

CAPÍTULO II. Libertad de pactos y contenido mínimo del contrato

Artículo 34. Libertad de pactos

Artículo 35. Contenido mínimo del contrato

CAPÍTULO III. Perfección y forma del contrato

Artículo 36. Perfección de los contratos

Artículo 37. Carácter formal de la contratación del sector público

CAPÍTULO IV. Régimen de invalidez

Artículo 38. Supuestos de invalidez

Artículo 39. Causas de nulidad de derecho administrativo

Artículo 40. Causas de anulabilidad de derecho administrativo

Artículo 41. Revisión de oficio

Artículo 42. Efectos de la declaración de nulidad

Artículo 43. Causas de invalidez de derecho civil





CAPÍTULO V. Del recurso especial

Artículo 44. Recurso especial en materia de contratación: Actos recurribles

Artículo 45. Órgano competente para la resolución del recurso en la Administración General del Estado

Artículo 46. Órgano competente para la resolución del recurso en las Comunidades Autónomas y Entidades Locales

Artículo 47. Recursos contra actos de poderes adjudicadores que no sean Administración Pública y en relación con contratos subvencionados

Artículo 48. Legitimación

Artículo 49. Solicitud de medidas cautelares

Artículo 50. Iniciación del procedimiento y plazo

Artículo 51. Forma y lugar de interposición del recurso especial

Artículo 52. Acceso al expediente

Artículo 53. Efectos derivados de la interposición del recurso

Artículo 54. Comunicaciones y notificaciones

Artículo 55. Inadmisión

Artículo 56. Tramitación del procedimiento

Artículo 57. Resolución del recurso especial

Artículo 58. Indemnizaciones y multas

Artículo 59. Efectos de la resolución del recurso especial

Artículo 60. Emplazamiento de las partes ante los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

TÍTULO II. Partes en el contrato

CAPÍTULO I. Órgano de contratación

Artículo 61. Competencia para contratar

Artículo 62. Responsable del contrato

Artículo 63. Perfil de contratante

Artículo 64. Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses.

Q



CAPÍTULO II. Capacidad y solvencia del empresario

- SECCIÓN 1ª. Aptitud para contratar con el sector público

- SUBSECCIÓN 1ª. Normas generales y normas especiales sobre capacidad

Artículo 65. Condiciones de aptitud

Artículo 66. Personas jurídicas

Artículo 67. Empresas comunitarias o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

Artículo 68. Empresas no comunitarias

Artículo 69. Uniones de empresarios

Artículo 70. Condiciones especiales de compatibilidad

- SUBSECCIÓN 2ª. Prohibiciones de contratar

Artículo 71. Prohibiciones de contratar

Artículo 72. Apreciación de la prohibición de contratar. Competencia y procedimiento.

Artículo 73. Efectos de la declaración de la prohibición de contratar

- SUBSECCIÓN 3ª. Solvencia

Artículo 74. Exigencia de solvencia

Artículo 75. Integración de la solvencia y clasificación con medios externos

Artículo 76. Concreción de las condiciones de solvencia

- SUBSECCIÓN 4ª. Clasificación de las empresas

Artículo 77. Exigencia y efectos de la clasificación

Artículo 78. Exención de la exigencia de clasificación

Artículo 79. Criterios aplicables y condiciones para la clasificación

Artículo 80. Competencia para la clasificación

Artículo 81. Inscripción registral de la clasificación





CONSEJO DE ESTADO

Artículo 82. Plazo de vigencia y revisión de las clasificaciones

Artículo 83. Comprobación de los elementos de la clasificación

SECCIÓN 2ª. Acreditación de la aptitud para contratar

- SUBSECCIÓN 1ª. Capacidad de obrar

Artículo 84. Acreditación de la capacidad de obrar

- SUBSECCIÓN 2ª. Prohibiciones de contratar

Artículo 85. Prueba de la no concurrencia de una prohibición de contratar

- SUBSECCIÓN 3ª. Solvencia

Artículo 86. Medios de acreditar la solvencia

Artículo 87. Acreditación de la solvencia económica y financiera

Artículo 88. Solvencia técnica en los contratos de obras

Artículo 89. Solvencia técnica en los contratos de suministro

Artículo 90. Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios

Artículo 91. Solvencia técnica o profesional en los restantes contratos

Artículo 92. Concreción de los requisitos y criterios de solvencia

Artículo 93. Acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad

Artículo 94. Acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental

Artículo 95. Documentación e información complementaria

- SUBSECCIÓN 4ª. Prueba de la clasificación y de la aptitud para contratar a través de Registros o listas oficiales de contratistas

Artículo 96. Certificaciones de Registros de Licitadores

Artículo 97. Certificados comunitarios de empresarios autorizados para contratar

CAPÍTULO III. Sucesión en la persona del contratista

Artículo 98. Supuestos de sucesión del contratista





CONSEJO DE ESTADO

TÍTULO III. Objeto, presupuesto base de licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión.

CAPÍTULO I. Normas generales

Artículo 99. Objeto del contrato

Artículo 100. Presupuesto base de licitación

Artículo 101. Valor estimado

Artículo 102. Precio

CAPÍTULO II. Revisión de precios en los contratos de las entidades del Sector Público

Artículo 103. Procedencia y límites

Artículo 104. Revisión en casos de demora en la ejecución

Artículo 105. Pago del importe de la revisión

TÍTULO IV. Garantías exigibles en la contratación del sector público

CAPÍTULO I. Garantías a prestar en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas

- SECCIÓN 1ª. Garantía provisional

Artículo 106. Exigencia y régimen de la garantía provisional

- SECCIÓN 2ª. Garantía definitiva

Artículo 107. Exigencia de la garantía definitiva

Artículo 108. Garantías definitivas admisibles

Artículo 109. Constitución, reposición y reajuste de garantías

Artículo 110. Responsabilidades a que están afectas las garantías

Artículo 111. Devolución y cancelación de las garantías definitivas

- SECCIÓN 3ª. Garantías prestadas por terceros y preferencia en la ejecución de garantías

Artículo 112. Régimen de las garantías prestadas por terceros

Artículo 113. Preferencia en la ejecución de garantías



CONSEJO DE ESTADO

CAPÍTULO II. Garantías a prestar en otros contratos del sector público

Artículo 114. Supuestos y régimen

LIBRO SEGUNDO. De los contratos de las Administraciones Públicas

TÍTULO I. Disposiciones generales

CAPÍTULO I. De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas

- SECCIÓN 1ª De la preparación de los contratos de las Administraciones Públicas

Artículo 115. Consultas preliminares del mercado

- SUBSECCIÓN 1ª. Expediente de contratación

Artículo 116. Expediente de contratación: iniciación y contenido

Artículo 117. Aprobación del expediente

Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores

Artículo 119. Tramitación urgente del expediente

Artículo 120. Tramitación de emergencia

- SUBSECCIÓN 2ª. Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas

Artículo 121. Pliegos de cláusulas administrativas generales

Artículo 122. Pliegos de cláusulas administrativas particulares

Artículo 123. Pliegos de prescripciones técnicas generales

Artículo 124. Pliego de prescripciones técnicas particulares

Artículo 125. Definición de determinadas prescripciones técnicas

Artículo 126. Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas

Artículo 127. Etiquetas

Artículo 128. Informes de pruebas, certificación y otros medios de prueba



CONSEJO DE ESTADO

Artículo 129. Información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales

Artículo 130. Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo

- SECCIÓN 2ª. De la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas

- SUBSECCIÓN 1ª. Normas generales

Artículo 131. Procedimiento de adjudicación

Artículo 132. Principios de igualdad, transparencia y libre competencia

Artículo 133. Confidencialidad

Artículo 134. Anuncio de información previa

Artículo 135. Anuncio de licitación

Artículo 136. Plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las proposiciones

Artículo 137. Reducción de plazos en caso de tramitación urgente

Artículo 138. Información a interesados

Artículo 139. Proposiciones de los interesados

Artículo 140. Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos

Artículo 141. Declaración responsable y otra documentación.

Artículo 142. Admisibilidad de variantes

Artículo 143. Subasta electrónica

Artículo 144. Sucesión en el procedimiento

Artículo 145. Criterios de adjudicación del contrato

Artículo 146. Definición y cálculo del ciclo de vida

Artículo 147. Ofertas anormalmente bajas

Artículo 148. Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato

Artículo 149. Notificación de la adjudicación

Artículo 150. Renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración

Artículo 151. Formalización de los contratos



CONSEJO DE ESTADO

Artículo 152. Anuncio de formalización de los contratos

Artículo 153. Información no publicable

- SUBSECCIÓN 2ª. Procedimiento abierto

Artículo 154. Delimitación, plazos para la presentación de proposiciones y plazo de publicación del anuncio de licitación

Artículo 155. Examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación

Artículo 156. Adjudicación

Artículo 157. Procedimiento abierto simplificado

- SUBSECCIÓN 3ª. Procedimiento restringido

Artículo 158. Caracterización

Artículo 159. Solicitudes de participación

Artículo 160. Selección de candidatos

Artículo 161. Contenido de las invitaciones e información a los candidatos

Artículo 162. Proposiciones

Artículo 163. Adjudicación

- SUBSECCIÓN 4ª. Procedimientos con negociación

Artículo 164. Caracterización y delimitación de la materia objeto de negociación

Artículo 165. Supuestos de aplicación del procedimiento de licitación con negociación

Artículo 166. Supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad

Artículo 167. Tramitación del procedimiento de licitación con negociación

Artículo 168. Especialidades en la tramitación del procedimiento negociado sin publicidad.

Artículo 169. Información a los licitadores

- SUBSECCIÓN 5ª. Diálogo competitivo

Artículo 170. Caracterización





CONSEJO DE ESTADO

Artículo 171. Primas o compensaciones

Artículo 172. Apertura del procedimiento y solicitudes de participación

Artículo 173. Diálogo con los candidatos

Artículo 174. Presentación, examen de las ofertas y adjudicación

- SUBSECCIÓN 6ª. Procedimiento de asociación para la innovación

Artículo 175. Caracterización del procedimiento de asociación para la innovación.

Artículo 176. Preparación

Artículo 177. Publicidad del procedimiento

Artículo 178. Selección de candidatos

Artículo 179. Estructura y desarrollo de la asociación

Artículo 180. Contratos derivados del procedimiento de asociación para la innovación.

- SUBSECCIÓN 7ª. Normas especiales aplicables a los concursos de proyectos

Artículo 181. Ámbito de aplicación

Artículo 182. Bases del concurso

Artículo 183. Participantes

Artículo 184. Publicidad

Artículo 185. Jurado y decisión del concurso

- SECCIÓN 3ª. De los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de las Administraciones Públicas

- SUBSECCIÓN 1ª. Efectos de los contratos

Artículo 186. Régimen jurídico

Artículo 187. Vinculación al contenido contractual

- SUBSECCIÓN 2ª. Prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos

Artículo 188. Enumeración

Artículo 189. Procedimiento de ejercicio





CONSEJO DE ESTADO

- SUBSECCIÓN 3ª. Ejecución de los contratos

Artículo 190. Incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso.

Artículo 191. Demora en la ejecución

Artículo 192. Daños y perjuicios e imposición de penalidades.

Artículo 193. Resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución de los contratos

Artículo 194. Indemnización de daños y perjuicios causados a terceros

Artículo 195. Principio de riesgo y ventura

Artículo 196. Pago del precio

Artículo 197. Procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas

Artículo 198. Transmisión de los derechos de cobro

Artículo 199. Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral

Artículo 200. Condiciones especiales de ejecución del contrato

- SUBSECCIÓN 4ª. Modificación de los contratos

Artículo 201. Potestad de modificación del contrato

Artículo 202. Modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares

Artículo 203. Modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales

Artículo 204. Obligatoriedad de las modificaciones del contrato.

Artículo 205. Procedimiento.

- SUBSECCIÓN 5ª. Suspensión y extinción de los contratos

Artículo 206. Suspensión de los contratos

Artículo 207. Extinción de los contratos



CONSEJO DE ESTADO

Artículo 208. Cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación

Artículo 209. Causas de resolución

Artículo 210. Aplicación de las causas de resolución

Artículo 211. Efectos de la resolución

- SUBSECCIÓN 6ª. Cesión de los contratos y subcontratación

Artículo 212. Cesión de los contratos

Artículo 213. Subcontratación

Artículo 214. Pagos a subcontratistas y suministradores

Artículo 215. Comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores

CAPÍTULO II. Racionalización técnica de la contratación

- SECCIÓN 1ª. Normas generales

Artículo 216. Sistemas para la racionalización de la contratación de las Administraciones Públicas

- SECCIÓN 2ª. Acuerdos marco

Artículo 217. Funcionalidad y límites

Artículo 218. Procedimiento de celebración de acuerdos marco

Artículo 219. Adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco

Artículo 220. Modificación de los acuerdos marco y de los contratos basados en un acuerdo marco.

- SECCIÓN 3ª. Sistemas dinámicos de adquisición

Artículo 221. Delimitación

Artículo 222. Implementación

Artículo 223. Incorporación de empresas al sistema

Artículo 224. Adjudicación de los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición



CONSEJO DE ESTADO

- SECCIÓN 4ª. Centrales de contratación

- SUBSECCIÓN 1ª. Normas generales

Artículo 225. Funcionalidad y principios de actuación

Artículo 226. Creación de centrales de contratación por las Comunidades Autónomas y Entidades Locales

- SUBSECCIÓN 2ª. Contratación centralizada en el ámbito estatal.

Sistema estatal de contratación centralizada.

Artículo 227. Régimen general

Artículo 228. Adquisición centralizada de equipos y sistemas para el tratamiento de la información

TÍTULO II. De los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas

CAPITULO I. Del contrato de obras

- SECCIÓN 1ª. Actuaciones preparatorias del contrato de obras

Artículo 229. Proyecto de obras

Artículo 230. Clasificación de las obras

Artículo 231. Contenido de los proyectos y responsabilidad derivada de su elaboración

Artículo 232. Presentación del proyecto por el empresario

Artículo 233. Supervisión de proyectos

Artículo 234. Replanteo del proyecto

- SECCIÓN 2ª. Ejecución del contrato de obras

Artículo 235. Comprobación del replanteo

Artículo 236. Ejecución de las obras y responsabilidad del contratista

Artículo 237. Fuerza mayor

Artículo 238. Certificaciones y abonos a cuenta

Artículo 239. Obras a tanto alzado y obras con precio cerrado





CONSEJO DE ESTADO

- SECCIÓN 3ª. Modificación del contrato de obras
Artículo 240. Modificación del contrato de obras

- SECCIÓN 4ª. Cumplimiento del contrato de obras
Artículo 241. Recepción y plazo de garantía
Artículo 242. Responsabilidad por vicios ocultos

- SECCIÓN 5ª. Resolución del contrato de obras
Artículo 243. Causas de resolución
Artículo 244. Efectos de la resolución

CAPITULO II. Del contrato de concesión de obras

- SECCIÓN 1ª. Actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obras
Artículo 245. Estudio de viabilidad
Artículo 246. Anteproyecto de construcción y explotación de las obras
Artículo 247. Proyecto de las obras y replanteo de este
Artículo 248. Pliegos de cláusulas administrativas particulares

- SECCIÓN 2ª. Efectos, cumplimiento y extinción de las concesiones
Artículo 249. Efectos, cumplimiento y extinción.

- SECCIÓN 3ª. Construcción de las obras objeto de concesión
Artículo 250. Modalidades de ejecución de las obras
Artículo 251. Responsabilidad en la ejecución de las obras por terceros
Artículo 252. Principio de riesgo y ventura en la ejecución de las obras.
Artículo 253. Modificación del proyecto
Artículo 254. Comprobación de las obras

- SECCIÓN 4ª. Derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la Administración concedente





CONSEJO DE ESTADO

- SUBSECCIÓN 1ª. Derechos y obligaciones del concesionario
 - Artículo 255. Derechos del concesionario
 - Artículo 256. Obligaciones del concesionario
 - Artículo 257. Uso y conservación de las obras
 - Artículo 258. Zonas complementarias de explotación comercial

- SUBSECCIÓN 2ª. Prerrogativas y derechos de la Administración
 - Artículo 259. Prerrogativas y derechos de la Administración
 - Artículo 260. Modificación de las obras
 - Artículo 261. Secuestro o intervención de la concesión
 - Artículo 262. Penalidades por incumplimiento del concesionario

- SECCIÓN 5ª. Régimen económico financiero de la concesión
 - Artículo 263. Financiación de las obras
 - Artículo 264. Aportaciones públicas a la construcción y garantías a la financiación.
 - Artículo 265. Retribución por la utilización de las obras
 - Artículo 266. Aportaciones públicas a la explotación
 - Artículo 267. Obras diferenciadas
 - Artículo 268. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato

- SECCIÓN 6ª. Financiación privada

- SUBSECCIÓN 1ª. Emisión de títulos por el concesionario
 - Artículo 269. Emisión de obligaciones y otros títulos
 - Artículo 270. Incorporación a títulos negociables de los derechos de crédito del concesionario

- SUBSECCIÓN 2ª. Hipoteca de la concesión
 - Artículo 271. Objeto de la hipoteca de la concesión y pignoración de derechos
 - Artículo 272. Derechos del acreedor hipotecario
 - Artículo 273. Ejecución de la hipoteca
 - Artículo 274. Derechos de titulares de cargas inscritas o anotadas sobre la concesión para el caso de resolución concesional

9



CONSEJO DE ESTADO

- SUBSECCIÓN 3ª. Otras fuentes de financiación

Artículo 275. Créditos participativos

- SECCIÓN 7ª. Extinción de las concesiones

Artículo 276. Prórroga del plazo de las concesiones y extinción de la concesión por transcurso del plazo

Artículo 277. Causas de resolución

Artículo 278. Efectos de la resolución

Artículo 279. Nuevo proceso de adjudicación en concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración

Artículo 280. Determinación del tipo de licitación de la concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración.

Artículo 281. Destino de las obras a la extinción de la concesión

CAPITULO III. Del contrato de concesión de servicios

- SECCIÓN 1ª. Delimitación del contrato de concesión de servicios

Artículo 282. Ámbito del contrato de concesión de servicios

- SECCIÓN 2ª. Régimen jurídico

- SUBSECCIÓN 1ª. Actuaciones preparatorias del contrato de concesión de servicios

Artículo 283. Pliegos y anteproyecto de obra y explotación

- SUBSECCIÓN 2ª. Efectos, cumplimiento y extinción del contrato de concesión de servicios

Artículo 284. Efectos, cumplimiento y extinción [art. 276 TRLCSP]

- SECCIÓN 3ª. Ejecución del contrato de concesión de servicios

Artículo 285. Ejecución del contrato de concesión de servicios

Artículo 286. Obligaciones generales

Artículo 287. Prestaciones económicas





CONSEJO DE ESTADO

- SECCIÓN 4ª. Modificación del contrato de concesión de servicios
 - Artículo 288. Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico

- SECCIÓN 5ª. Cumplimiento y efectos del contrato de concesión de servicios
 - Artículo 289. Reversión
 - Artículo 290. Falta de entrega de contraprestaciones económicas y medios auxiliares
 - Artículo 291. Incumplimiento del concesionario

- SECCIÓN 6ª. Resolución del contrato de concesión de servicios
 - Artículo 292. Causas de resolución
 - Artículo 293. Efectos de la resolución

- SECCIÓN 7ª. Subcontratación del contrato de concesión de servicios
 - Artículo 294. Subcontratación

- SECCIÓN 8ª. Regulación supletoria del contrato de concesión de servicios
 - Artículo 295. Regulación supletoria

CAPITULO IV. Del contrato de suministro

- 
- SECCIÓN 1ª. Regulación de determinados contratos de suministro
 - Artículo 296. Arrendamiento
 - Artículo 297. Contratos de fabricación

 - SECCIÓN 2ª. Ejecución del contrato de suministro
 - Artículo 298. Entrega y recepción
 - Artículo 299. Pago del precio
 - Artículo 300. Pago en metálico y en otros bienes
 - Artículo 301. Facultades de la Administración en el proceso de fabricación



CONSEJO DE ESTADO

- SECCIÓN 3ª. Cumplimiento del contrato de suministro
 - Artículo 302. Gastos de entrega y recepción
 - Artículo 303. Vicios o defectos durante el plazo de garantía

- SECCIÓN 4ª. Resolución del contrato de suministro
 - Artículo 304. Causas de resolución
 - Artículo 305. Efectos de la resolución

CAPITULO V. Contratos de servicios

- SECCIÓN 1ª. Disposiciones generales
 - Artículo 306. Contenido y límites
 - Artículo 307. Determinación del precio
 - Artículo 308. Régimen de contratación para actividades docentes

- SECCIÓN 2ª. Ejecución de los contratos de servicios
 - Artículo 309. Ejecución y responsabilidad del contratista
 - Artículo 310. Especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos.

- SECCIÓN 3ª. Resolución de los contratos de servicios
 - Artículo 311. Causas y efectos de la resolución

- SECCIÓN 4ª. De la subsanación de errores y responsabilidades en el contrato de elaboración de proyectos de obras
 - Artículo 312. Subsanación de errores y corrección de deficiencias
 - Artículo 313. Indemnizaciones
 - Artículo 314. Responsabilidad por defectos o errores del proyecto

LIBRO TERCERO. De los contratos de otros entes del sector público

TÍTULO I. Contratos de los poderes adjudicadores que no posean la consideración de Administraciones Públicas.

- Artículo 315. Régimen jurídico
- Artículo 316. Contratos sujetos a regulación armonizada





CONSEJO DE ESTADO

Artículo 317. Adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada

Artículo 318. Condiciones de pago en los contratos

TÍTULO II. Contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.

Artículo 319. Adjudicación de contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores

LIBRO CUARTO. Organización administrativa para la gestión de la contratación

TÍTULO I. Órganos competentes en materia de contratación

CAPÍTULO I. Órganos de contratación

Artículo 320. Órganos de contratación estatales

Artículo 321. Autorización para contratar

Artículo 322. Desconcentración

CAPÍTULO II. Órganos de asistencia

Artículo 323. Mesas de contratación

Artículo 324. Mesa especial del diálogo competitivo o del procedimiento de asociación para la innovación

CAPÍTULO III. Órganos de contratación en las Entidades Locales

Artículo 325. Órganos de contratación pública en las Entidades Locales

CAPÍTULO IV. Órganos consultivos

Artículo 326. Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

Artículo 327. Órganos consultivos en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas





CONSEJO DE ESTADO

CAPÍTULO V. Elaboración y remisión de información.

Artículo 328. Remisión de contratos al Tribunal de Cuentas

Artículo 329. Informes específicos sobre los procedimientos para la adjudicación de los contratos.

TÍTULO II. Registros Oficiales

CAPÍTULO I. Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas

Artículo 330. Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público

Artículo 331. Inscripciones y publicaciones de oficio

Artículo 332. Inscripciones a solicitud de los interesados.

Artículo 333. Competencia para la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público

Artículo 334. Registros de licitadores y empresas clasificadas de las Comunidades Autónomas.

Artículo 335. Voluntariedad de la inscripción.

Artículo 336. Actualización de la información registral

Artículo 337. Publicidad

Artículo 338. Colaboración entre Registros

CAPÍTULO II. Registro de Contratos del Sector Público

Artículo 339. Registro de Contratos del Sector Público.

TÍTULO III. Gestión de la publicidad contractual por medios electrónicos, informáticos y telemáticos

Artículo 340. Plataforma de Contratación del Sector Público

Disposición Adicional Primera. Contratación en el extranjero

Disposición Adicional Segunda. Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales

Disposición Adicional Tercera. Otras normas de contratación en las Entidades Locales

Disposición Adicional Cuarta. Contratos reservados

Disposición Adicional Quinta. Publicación de anuncios





CONSEJO DE ESTADO

Disposición Adicional Sexta. Disposiciones aplicables a las Universidades Públicas

Disposición Adicional Séptima. Bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español

Disposición Adicional Octava. Contratos celebrados en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales

Disposición Adicional Novena. Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones

Disposición Adicional Décima. Modificaciones de cuantías, plazos y otras derivadas de los Anexos de directivas comunitarias

Disposición Adicional Undécima. Actualización de cifras fijadas por la Unión Europea

Disposición Adicional Duodécima. Cómputo de plazos

Disposición Adicional Decimotercera. Referencias al Impuesto sobre el Valor Añadido

Disposición Adicional Decimocuarta. Sustitución de letrados en las Mesas de contratación

Disposición Adicional Decimoquinta. Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley

Disposición Adicional Decimosexta. Uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley

Disposición Adicional Decimoséptima. Requisitos específicos relativos a las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de documentos

Disposición Adicional Decimooctava. Prohibición de contratar por incumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad

Disposición Adicional Decimonovena. Garantía de accesibilidad para personas con discapacidad

Disposición Adicional Vigésima. Conciertos para la prestación de asistencia sanitaria y farmacéutica celebrados por la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas

Disposición Adicional Vigésima primera. Reglas especiales sobre competencia para adquirir equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de las comunicaciones



CONSEJO DE ESTADO

Disposición Adicional Vigésima segunda. Contratos de suministro con empresas extranjeras

Disposición Adicional Vigésima tercera. Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta

Disposición Adicional Vigésima cuarta. Coordinación entre los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación

Disposición Adicional Vigésima quinta. Régimen jurídico de la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), y de su filial. «Tecnologías y Servicios Agrarios, Sociedad Anónima (TRAGSATEC)»

Disposición Adicional Vigésima sexta. Protección de datos de carácter personal.

Disposición Adicional Vigésima séptima. Agrupaciones europeas de cooperación territorial

Disposición Adicional Vigésima octava. Adquisición Centralizada de medicamentos y productos sanitarios con miras al Sistema Nacional de Salud

Disposición Adicional Vigésima novena. Responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas

Disposición Adicional Trigésima. Régimen de los órganos competentes para resolver los recursos de la Administración General del Estado y Entidades Contratantes adscritas a ella

Disposición Adicional Trigésima primera. Autorización del Consejo de Ministros en concesiones de autopistas de competencia estatal

Disposición Adicional Trigésima segunda. Formalización conjunta de acuerdos marco para la contratación de servicios que faciliten la intermediación laboral

Disposición Adicional Trigésima tercera. Obligación de presentación de facturas en un registro administrativo e identificación de órganos.]

Disposición Adicional Trigésima cuarta. Contratos de suministros y servicios en función de las necesidades

Disposición Adicional Trigésima Quinta. Recursos frente a actos de poderes adjudicadores que no posean la consideración de Administraciones públicas

Disposición Adicional Trigésima Sexta. Referencias a contratos de gestión de servicios públicos

Disposición Adicional Trigésima Séptima. Publicación de datos en e-Certis e informe sobre la dirección del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público





CONSEJO DE ESTADO

Disposición Adicional Trigésima octava. Convocatoria de la licitación de contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV

Disposición Adicional Trigésima novena. Contratos declarados secretos o reservados

Disposición Adicional Cuadragésima. La Oficina Nacional de Evaluación

Disposición Adicional Cuadragésima primera. No incremento de gastos

Disposición Transitoria primera. Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley

Disposición Transitoria segunda. Determinación de cuantías por los departamentos ministeriales respecto de las entidades que tengan la consideración de poder adjudicador y que estén adscritos a los primeros

Disposición Transitoria tercera. Inscripción en el Registro de Licitadores en el procedimiento abierto simplificado del artículo 157

Disposición Transitoria Cuarta. Estatutos de los medios propios personificados

Disposición Derogatoria. Derogación normativa

Disposición Final Primera. Títulos competenciales

Disposición Final Segunda. Normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley y a los medios propios personificados

Disposición Final Tercera. Incorporación de derecho comunitario

Disposición Final Cuarta. Habilitación normativa en materia de uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y uso de factura electrónica

Disposición Final Quinta. Fomento de la celebración de negocios y contratos en materia de Investigación, Desarrollo e Innovación

Disposición Final Sexta. Desarrollo reglamentario

Disposición Final Séptima. Entrada en vigor

ANEXO I. Trabajos contemplados en el artículo 13

ANEXO II. Lista de productos contemplados en el artículo 21.1.a), en lo que se refiere a los contratos de suministro adjudicados por los órganos de contratación en el sector de la defensa

ANEXO III. Información que debe figurar en los anuncios

ANEXO IV. Servicios especiales a que se refieren los artículos 22.1.c), 135.5 y la disposición adicional trigésima octava

Q



Segundo.- Contenido del anteproyecto

El título preliminar del anteproyecto mantiene la existencia de tres niveles de aplicación de la Ley respecto de las Entidades del sector público que configuran su ámbito y la tradicional configuración negativa o de exclusión de los contratos y negocios regulados en la misma. Respecto de la delimitación de los diferentes tipos de contratos, las principales novedades se han introducido en la regulación del contrato de concesión, en el contrato mixto y en el contrato de colaboración público-privada. En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del 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, dejando subsistente solo la concesión, si bien esta última pasa a desglosarse en dos categorías, como son la concesión de obras y la concesión de servicios. 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 tercera, 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.

Por otra parte, los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios -en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, los servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos- u organizarlos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos mediante su financiación a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.





CONSEJO DE ESTADO

En la regulación del contrato mixto, se establece el criterio general de que se regirá por las normas correspondientes al contrato que contenga la prestación principal. Asimismo, se añaden otras consideraciones como son la “*vis atractiva*” de que goza tanto la regulación de los contratos que se celebren en el ámbito de los denominados “Sectorios excluidos” y de los contratos realizados en el ámbito de la defensa y seguridad, los cuales seguirán rigiéndose por sus correspondientes leyes específicas.

Por último, se suprime la figura del contrato de colaboración público-privada, como consecuencia de la escasa utilidad de esta figura en la práctica. La experiencia ha demostrado que el objeto de este contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como es, fundamentalmente, el contrato de concesión.

El Libro I, relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, regula los llamados “*medios propios*” de la Administración, encomiendas de gestión o aplicación práctica de la técnica denominada “*in house providing*”, que pasa ahora a llamarse “*encargos a medios propios*”, donde se encuentran los casos de contratos entre entidades del sector público, como supuestos de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, distinguiéndose entre el encargo hecho por un poder adjudicador, de aquel que se hubiera realizado por otra entidad que no tenga la consideración de poder adjudicador y manteniéndose los casos de la ejecución directa de prestaciones por la Administración pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados. En la Ley, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia. Por otra parte, se suprime la cuestión de nulidad, si bien sus causas podrán hacerse valer a través del recurso especial en materia de contratación; y se mantiene la regulación del régimen de invalidez de los contratos del sector público y del recurso especial en materia de contratación. Este recurso será obligatorio





CONSEJO DE ESTADO

para posteriormente interponer recurso contencioso-administrativo, lo cual constituye una garantía más frente a posibles actos irregulares. Junto a ello, debe considerarse la demostrada ágil resolución de los recursos especiales y que el nuevo sistema contribuirá a evitar estrategias procesales de impugnación de diferentes actos de una misma licitación, unos ante el órgano que resuelva el recurso especial y otros ante la jurisdicción contencioso-administrativa en función de los intereses de parte. El recurso se podrá interponer contra los contratos que se especifican en el anteproyecto, siempre que se encuentren sujetos a regulación armonizada. Su objeto serán 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 y encargos a medios propios siempre que no cumplan las condiciones previstas en la Ley.

De otra parte, 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 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. Se establece, igualmente, una nueva regulación de las prohibiciones de contratar en la que se incluye una nueva estructura que distingue un esquema basado, por un lado, en las causas de prohibición de contratar y, por otro, en los efectos de las mismas. Se introducen diversas modificaciones en la regulación del régimen de clasificación empresarial y se fija el concepto de "*valor estimado*".

El Libro II incorpora la regulación de las consultas preliminares del mercado con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos acerca de los planes de contratación del órgano correspondiente y de los requisitos que exigirá para concurrir al procedimiento. En lo tocante a la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas se regula la declaración responsable y la



CONSEJO DE ESTADO

definición y cálculo del coste del ciclo de vida y de las ofertas anormalmente bajas.

En lo atinente a los procedimientos de adjudicación se han introducido reformas. En especial, destaca la supresión de la posibilidad de adjudicar un contrato por procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía. Dicho procedimiento resultaba muy ágil y era muy utilizado en la práctica (42% de las adjudicaciones que figuran en la Plataforma de Contratos del Sector Público en 2014). Sin embargo, adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad. Para paliar estas deficiencias, se crea un nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado procedimiento abierto simplificado, concebido para que su duración sea muy breve y su tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, las necesarias publicidad y transparencia en el contrato.

En este Libro se contempla, además, una nueva regulación de las primas y compensaciones que se pueden entregar a los licitadores en el diálogo competitivo, y, por último, se crea el procedimiento de asociación para la innovación.

Se introduce, además, una regulación más pormenorizada de la concesión de obras y la nueva figura de la concesión de servicios.

En relación con la ejecución de los contratos, se previene que la modificación de un contrato se tiene que basar en uno de los supuestos previstos en el artículo 72 de la nueva Directiva sobre contratación pública o el artículo 43 de la Directiva de concesiones, y en los casos en que se dé uno de esos supuestos, si la modificación no supera el 20%, se le podrá imponer al contratista. Cuando supere ese porcentaje, será precisa la conformidad del contratista con la modificación, además de requerir el dictamen del Consejo de Estado. Asimismo, se disciplina la subcontratación y las medidas de racionalización técnica de la contratación, estructuradas en dos elementos, los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición, destacando aquí el nuevo régimen que se establece en esta Ley respecto de la contratación centralizada.



CONSEJO DE ESTADO

El Libro III incluye la regulación de los contratos de poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración pública y del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, respecto de los cuales se suprime como obligatoria la aprobación de unas instrucciones de contratación, siendo a partir de ahora facultativa.

El Libro IV disciplina las mesas de contratación, los órganos de contratación de las Entidades Locales, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado -que pasa a denominarse Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado- y la obligación de remisión de información a efectos estadísticos y de fiscalización a la Comisión Europea y al Tribunal de Cuentas u órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma. Se amplían las competencias de la Junta al incluir entre ellas las relaciones de cooperación e intercambio de información con la Comisión Europea en lo que se refiere a la legislación de contratación pública en general así como la información a la Comisión Europea, previo requerimiento de esta, sobre la aplicación práctica de las políticas estratégicas de contratación nacionales. Además, será el órgano competente para elaborar y remitir a la Comisión Europea cada tres años un informe de supervisión respecto de la licitación pública y ejecución de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que estén sujetos a regulación armonizada. En el seno de la Junta se crea un nuevo órgano de apoyo, el Comité de cooperación en materia de contratación pública, que tendrá por objeto la homogeneización de criterios de interpretación normativa entre las Administraciones públicas, la supervisión del funcionamiento de la Plataforma de Contratación del Sector Público y del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público y el análisis de cuestiones relativas a la contratación pública que resulten de interés común.

En cuanto a los Anexos, el primero de ellos tiene por objeto regular el conjunto de actividades descritas en el artículo 13, referido al contrato de obras, incorporando su correspondiente código CPV que permite





CONSEJO DE ESTADO

identificar plenamente el tipo de actividad y mantener una correspondencia exacta en todo el ámbito de la Unión Europea. El Anexo II recoge la lista de productos contemplados en el artículo 21.1.a), en lo que se refiere a los contratos de suministros adjudicados por los órganos de contratación en el sector de la Defensa. El Anexo III incluye la información que debe figurar en los anuncios. Y, finalmente, el Anexo IV señala los servicios especiales a que se refieren los artículos 22.1.c), 135.5 y la disposición adicional trigésima octava.

Tercero.- Al anteproyecto se acompaña el expediente instruido con ocasión de su elaboración y en el que se reflejan los trámites habidos. En él constan:

a) Resolución de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas, de 20 de enero de 2014, por la que se crea el Grupo de trabajo para la modificación de la legislación vigente de contratación pública, a efectos de la transposición de las nuevas directivas comunitarias aprobadas en la materia.

b) Sesiones celebradas.

c) Primer texto del anteproyecto de enero 2015, la memoria del análisis de impacto normativo y la tabla de correspondencias.

Observaciones al primer texto del anteproyecto: observaciones formuladas por la Abogacía del Estado el 30 de enero de 2015; por la Intervención General de la Administración del Estado el 30 de enero de 2015; por la Federación Española de Municipios y Provincias de 7 de enero de 2015; por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de 22 de enero de 2015; por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 29 de enero; por la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos de 29 de enero de 2015; por la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas de 26 de enero de 2015 y 3 de marzo de 2015; por la Secretaría de Estado de Hacienda de 23 de enero y 3 de marzo de 2015; y por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, sin fecha.



CONSEJO DE ESTADO

d) Segundo texto del anteproyecto, de marzo de 2015, la memoria del análisis de impacto normativo y la tabla de correspondencias.

Observaciones del Ministerio de Industria, Energía y Turismo de 12 de marzo de 2015; del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de 24 de marzo de 2015; Ministerio de Empleo y Seguridad Social de 23 de marzo de 2015; del Ministerio de Defensa de 24 de marzo y de 7 de abril de 2015; del Ministerio de Economía y Competitividad de 23 de marzo y 7 de abril de 2015; del Ministerio de Fomento de 24 de marzo de 2015; del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente de 6 de abril de 2015; del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de 14 de abril de 2015; de la Oficina Económica del Presidente de 25 de marzo de 2015; de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos de 16 de marzo de 2015; de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y de la Secretaría de Estado de Hacienda, ambos de 23 de marzo de 2015.

e) Tercer texto del anteproyecto, de 7 de abril de 2015 y su memoria del análisis de impacto normativo.

Observaciones del Ministerio de la Presidencia de 9 de abril de 2015; del Ministerio de Fomento de 14 de abril de 2015; del Ministerio de Economía y Competitividad de 13 de abril de 2015; del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente de 13 de abril de 2015; de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, ambos de 9 de abril de 2015; de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y de la Secretaría de Estado de Hacienda y por la SEPI de 9 de abril de 2015.

f) Texto tomado en consideración por el Consejo de Ministros en su reunión de 17 de abril de 2015.

g) Documentación acreditativa de la información pública y audiencia. Entre ella, se cuenta la Resolución de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas, de 21 de abril de 2015, por la que se acuerda la



CONSEJO DE ESTADO

apertura de un periodo de información pública del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, publicada en el “Boletín Oficial del Estado” de 24 de abril; la certificación de publicación en la página web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas del trámite de información pública del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y la relación de escritos remitidos a asociaciones empresariales, Colegios profesionales, partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones vinculadas con el tercer sector social y Comunidades Autónomas, comunicando la apertura de un periodo de información pública y modelo de escrito.

Escritos de alegaciones presentados por AEAS (Asociación Española de Abastecimientos de Agua y Saneamiento); AEB (Asociación Española de Banca); AESMIDE-FEACEM e ILUNION; AGA (Asoc. Española Empresas Gestoras de Servicios de Agua Urbana); AGBAR (Sociedad General de Aguas de Barcelona); AMETIC. (Asoc. Empresas Electrónica, Tecnología. Información Telecom. y contenidos digitales); AMI (Asociación Empresas de Mantenimiento integral y Serv. Energéticos); ANCI (Asociación Nacional de Constructores Independientes); APROSER (Asoc. Profesional Compañías Privadas de Servicios de Seguridad); ARESPA (Asociación Española Empresas de Restauración del Patrimonio Histórico); ASAC (Agrupació de Serveis D'Aigua de Catalunya); ASPEL (Asociación Profesional de Empresas de Limpieza); ASTEL (Asoc. Empresas Operadoras y de Serv. De Telecomunicaciones); BANCO DE ESPAÑA; CCOC (Cámara Oficial de Contratistas de Obras de Cataluña); CCIES (Cámara Concesionarios y Empresas vinculadas al Sector Público en el ámbito de las infraestructuras y equipamientos públicos); CEAC (Confederación de Empresarios de la Construcción de Aragón); CECA (Confederación Española de Cajas de Ahorro); CEOE (Confederación Española de Organizaciones Empresariales); CNC (Confederación Nacional de la Construcción); ENERGYA-VM Comercializadora; EXTREFOR (Asoc. Extremeña de obras y Serv. forestales y medioambientales); FARMAINDUSTRIA; FEEF (Federación Española de Asociaciones de Empresas Forestales); FENEBUS (Federación Nal. Empresarial Transporte en Autobús); FES (Federación Empresarial Española de Seguridad); FORO CCP (Colaboración Público-Privada. Tecnologías e Innovación); OBSERVATORIO SECTORIAL SEGURIDAD PRIVADA; SCA Hygiene Products, S. L.; SEDIGAS

Q



CONSEJO DE ESTADO

(Asociación Española del Gas); SEOPAN; TECNIBERIA; ASOCIADOS LAV; Cáritas Española; CERMI (Comité Representantes Personas con Discapacidad); DINCAT (Discapacitat Intel·lectual Catalunya); Fundación CEPAIM; FEACEM (Federación Española Asociaciones Centros Especiales Empleo); FADEMG. (Federación de Asociaciones a favor das Persoas con Discapacidad Intelectual de Galicia); FEPJJ (Federación Española de Entidades del Tercer Sector en el ámbito de la protección de la Infancia, Juventud y Familia y de la Justicia Juvenil); Plataforma de ONG's de Acción Social; Plataforma TERCER SECTOR; Talua D'entitats del Tercer Sector Social de Catalunya; Instituto Mallorquín de Asuntos Sociales; Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos; Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España; Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos; Consejo General Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales; Colegio de Ingenieros de Montes; Colegio Oficial Ingenieros Navales y Oceánicos; Consejo General de Economistas; Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos; Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local; Colegio de Registradores de España; Partido Socialista Obrero Español (PSOE); Comisiones Obreras (CC.OO.); Unión General de Trabajadores (UGT); y de los siguientes particulares: Juan Carlos Gómez Guzmán, Jaime Frigols Martin, Guillermo Yáñez Sánchez, Jorge Luengo Frades, José Luis Martínez Alonso-Camps, Daniel Nogueira Martínez, Observatorio Sostenibilidad y Ecoinnovación. Universidad Alcalá de Henares, José Manuel Martínez Fernández, Rafael Fernández Acevedo, Patricia Valcárcel y Ximena Lazo Vitoria (Observatorio contratación pública).

Alegaciones presentadas por la Ciudad Autónoma de Melilla (Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana) el 17 de abril; por la Comunidad de Madrid (Consejería de Economía y Hacienda) el 27 de mayo; por la Generalidad de Cataluña (Consejería de Presidencia) el 21 de mayo; por la Generalidad Valenciana (Consellería de Hacienda y Administración Publica) el 21 de mayo; por el Gobierno de Aragón (Junta Consultiva de Contratacion Administrativa) el 21 de mayo; por el Gobierno de Canarias (Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad) sin fechar; por el Gobierno del Principado de Asturias (Consejería de Presidencia) el 28 de mayo; por el Gobierno Vasco (Departamento de Hacienda y Finanzas. Dirección Patrimonio y Contratación) el

9



CONSEJO DE ESTADO

10 de julio; por el Govern de les Illes Balears (Junta Consultiva Contratació Administrativa, Servei de Salut. Govern Illes Balears, Conselleria d'Agricultura, Medi Ambient i Territori e Interventora Delegada); por la Junta de Andalucía (Consejería de Hacienda y AA.PP. y Comisión Consultiva de Contratación Pública); por la Junta de Castilla y León (Consejería de Hacienda y Consejería de Agricultura y Ganadería); por la Región de Murcia (Consejería de Economía y Hacienda) el 23 de abril; y por la Xunta de Galicia (Xunta Consultiva de Contratación y Asesoría Xurídica Xeral).

h) Informes del Consejo General del Poder Judicial de 11 de junio de 2015; del Consejo Económico y Social de 25 de junio de 2015; del Tribunal de Cuentas de 6 de julio de 2015; de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 16 de julio de 2015; de la Federación Española de Municipios y Provincias. (FEMP) de 12 de mayo y 16 de julio de 2015; y de la Comisión Nacional de Administración Local (CNAL) de 13 de julio de 2015.

i) Informe relativo a las alegaciones recibidas durante el trámite de información pública y audiencia.

j) Texto del anteproyecto de 14 de septiembre de 2015.

k) Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 17 de septiembre de 2015, favorable a la aprobación de la norma elaborada.

l) Texto del anteproyecto de 19 de octubre de 2015.

m) Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de 21 de octubre, en el que se informa favorablemente el texto elaborado y se señala la conveniencia de introducir la cita del principio de eficiencia en el artículo 340 del anteproyecto.

n) Texto definitivo del anteproyecto sometido a dictamen del Consejo de Estado, memoria del análisis de impacto normativo y tabla de correspondencias entre la norma actualmente vigente y la elaborada.



CONSEJO DE ESTADO

Cuarto.- Memoria del análisis de impacto normativo

Acompaña al anteproyecto una extensa memoria del análisis de impacto normativo que da cuenta de su estructura, de la tramitación seguida para su elaboración y de su contenido.

En particular, señala, que el anteproyecto de Ley sometido a consulta tiene por objeto incorporar tres nuevas directivas, publicadas el 28 de marzo de 2014 en el "Diario Oficial de la Unión Europea". Se trata de 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; 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; y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

Estas nuevas directivas derogan las anteriores, del año 2004, que establecían el marco normativo común de la contratación pública para los Estados miembros de la Unión Europea. En concreto, la incorporación de las dos primeras directivas citadas es lo que justifica la elaboración de una nueva Ley de Contratos del Sector Público. La Directiva 2014/25/UE será objeto de incorporación mediante un proyecto de Ley distinto que aunará la regulación contenida en ella con la establecida en la directiva de concesiones.

La nueva regulación proyectada tiene como finalidades primordiales:

A) Incorporar las nuevas directivas sobre contratación pública, publicadas el 28 de marzo de 2014. De acuerdo con el artículo 90 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, los Estados miembros deben poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo





CONSEJO DE ESTADO

establecido en la citada Directiva a más tardar el 18 de abril de 2016. En los mismos términos se manifiesta el artículo 51 de 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. Este breve lapso de tiempo es lo que justifica la premura en la elaboración del anteproyecto consultado.

B) Mejorar la eficiencia en la contratación pública. La elaboración de un nuevo texto no responde solamente a la necesidad de transponer las nuevas Directivas sino que se aprovecha para realizar ajustes y modificaciones en la regulación de la materia a las nuevas circunstancias existentes y corregir disfunciones detectadas en su aplicación. En concreto, se contempla una mayor utilización de las nuevas tecnologías y los sistemas electrónicos de comunicación que permiten agilizar la gestión de la contratación pública y de diversos sistemas jurídicos tales como las declaraciones responsables, los sistemas de clasificación de contratistas, las plataformas de contratación o los sistemas dinámicos de adquisición.

C) Mejorar la transparencia en la contratación pública. La memoria del anteproyecto señala que “La contratación pública es uno de los sectores de la economía en el que se reflejan con mayor intensidad las prácticas antiéticas. El propio Parlamento Europeo, en su Resolución de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude (DOUE C81E, de 15 de marzo de 2011), indicó que *“el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea”*. Y, en el mismo sentido, el Informe Anticorrupción de la Unión Europea 2014 anima a los Estados miembros a mantener una actitud proactiva contra las prácticas corruptas en tanto puede ponerse en riesgo la competitividad en la Unión Europea”.

El anteproyecto establece diversas medidas encaminadas a fomentar la transparencia en la contratación pública. Entre ellas, pueden citarse la inclusión en el ámbito subjetivo de la Ley de los partidos políticos,

Q



CONSEJO DE ESTADO

organizaciones sindicales y asociaciones empresariales; la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía; el establecimiento de una nueva regulación del perfil de contratante; la inclusión de un artículo que introduce expresamente la lucha contra la corrupción y la prevención de los conflictos de interés; o el establecimiento de una nueva regulación de las prohibiciones de contratar.

D) Simplificar y abaratar la gestión de los procedimientos de contratación pública y permitir un mayor acceso de las pequeñas y medianas empresas a los procedimientos de contratación pública. En tal sentido, se persigue la consecución del denominado “cero papel”, la reducción de los plazos, una nueva regulación de la división en lotes de los contratos, etc.

E) Conseguir objetivos de tipo social, medio ambiental, de innovación y de defensa de la competencia. En concreto, se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Se impone al órgano de contratación la obligación de introducirlas pero se le otorga libertad para decidir si las incluye en cada contrato en concreto como criterio de adjudicación o como condición especial de ejecución. En el ámbito medioambiental, se exigen certificados de calidad a las empresas licitadoras, como condición de solvencia técnica, esto es, para acreditar la experiencia o el “*buen hacer*” de esa empresa en el ámbito de la protección del medio ambiente.

Señala también la memoria que el anteproyecto se ampara en el artículo 149.1.18ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia para regular la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas; que tiene efectos positivos sobre la competencia, que supone una reducción de cargas administrativas y que afecta a los presupuestos de las Administraciones públicas, implicando gasto.

En concreto, la memoria dice que el anteproyecto de Ley va a desplegar sus efectos –conjuntamente con la ley que transponga la Directiva 25/2014- sobre un agregado económico que representa el 15,5% del PIB español. Este porcentaje es algo inferior al que se obtiene para el conjunto de



CONSEJO DE ESTADO

los países de la Unión (19%), pero significa una proporción muy relevante del PIB. Además, indica que el anteproyecto profundiza en la previsión de la metodología que determina la adjudicación de un contrato a la oferta económicamente más ventajosa a través del reforzamiento de dos elementos que deben tenerse en cuenta en el momento de la adjudicación que, por tanto, es el de la determinación del precio efectivo del contrato.

Se señala también que se ha preparado en paralelo al proyecto de Ley de Desindexación de la Economía Española, ya aprobado por las Cortes. Por tanto, la regulación de la revisión de precios de los contratos públicos en el anteproyecto de ley se ha ajustado a lo establecido en la citada Ley de Desindexación.

La agregación de la demanda por los compradores públicos permite obtener economías de escala que pueden proporcionar reducciones de precios y de los costes de la transacción. Los sistemas de agregación de demanda permiten profesionalizar la gestión de la contratación. El anteproyecto desarrolla los esquemas adecuados para promover el acceso de las PYME a los procesos de contratación pública. En la medida en que estas empresas son intensivas en el uso del factor trabajo, debe entenderse que el anteproyecto es proactivo en materia de creación de empleo. Además, la norma contiene una regulación específica de los procesos de innovación.

El anteproyecto no introduce cargas administrativas nuevas. Antes al contrario, se dice, se ha propiciado una simplificación del procedimiento mediante una reducción de los plazos de tramitación, se potencia el uso de la declaración responsable en los procedimientos de contratación y se crea un nuevo procedimiento de contratación simplificado que incide en estos objetivos. Asimismo, consolida la progresiva y persistente reducción de cargas en el marco de la estrategia CORA.

En lo tocante a los efectos presupuestarios, se dice en la memoria que los mecanismos implicarán una mejora de la contratación pública, una modernización de los procedimientos y una reducción del gasto público para la obtención de prestaciones equivalentes con los dispositivos actuales. No



CONSEJO DE ESTADO

obstante, la plena aplicación de las previsiones legales va a requerir un cierto esfuerzo presupuestario. Los costes están previstos en el presupuesto vigente y en la programación de la Dirección General del Patrimonio del Estado. En concreto, las medidas incluidas en el anteproyecto no podrán suponer incremento de dotaciones, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal, tal y como queda reflejado en la disposición adicional cuadragésima primera del anteproyecto.

Finalmente, se dice en la memoria que el anteproyecto tiene efectos positivos en materia de igualdad de género y de igualdad de oportunidades.

Y, en tal estado de tramitación, V. E. dispuso la remisión del expediente al Consejo de Estado para dictamen.

Solicitaron audiencia ante este Consejo de Estado las entidades SCA Higiene Products, S. L. y Farmaindustria. Concedido el correspondiente trámite, presentaron sendos escritos en los que formulaban diversas sugerencias de redacción del texto, entre las que destacan la solicitud de incluir entre los legitimados para interponer el recurso especial las corporaciones, asociaciones, sindicatos y entidades legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos individuales y colectivos; la posibilidad de presentar el recurso ante la oficina de correos o en las oficinas de registro de cualquier órgano administrativo y la reducción de la incidencia del precio o coste como único criterio de adjudicación de los contratos.

I

1. El anteproyecto de Ley sometido a consulta tiene por objeto primordial sustituir la regulación general de los contratos públicos, actualmente contenida en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, al socaire de la incorporación de las Directivas 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del



CONSEJO DE ESTADO

Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y 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.

2. El Consejo de Estado emite su consulta con carácter preceptivo de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, que previene que el Pleno de este Cuerpo Consultivo debe ser consultado en el caso de “anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo (...) del derecho comunitario europeo”.

La emisión del presente dictamen comporta la culminación del procedimiento de elaboración de la norma, a falta de su aprobación como proyecto de ley y ulterior remisión a las Cortes Generales para su tramitación. Estas últimas determinaciones no son posibles al momento de la emisión de la consulta. El Gobierno se encuentra en funciones tras la celebración de las últimas elecciones generales. De acuerdo con lo establecido en el artículo 21.5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, el Gobierno en funciones no puede “presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado”.

La referida previsión no incide por lo demás en las competencias propias de este Consejo de Estado. No existe obstáculo para la emisión del dictamen. Consulta que, por otra parte, resulta conveniente expedir toda vez que las directivas que se incorporan con el anteproyecto han de estarlo en el derecho interno antes del mes de abril de 2016. El incumplimiento del citado plazo puede comportar la incoación por parte de la Unión Europea del correspondiente procedimiento sancionador. Ahora bien, en virtud de una práctica de uso, la Comisión no lo hace cuando se ha culminado el procedimiento interno de elaboración de la norma de incorporación, lo que, en el caso español, se considera producido al emitir su dictamen este Cuerpo Consultivo.



II

1. En relación con el procedimiento seguido con ocasión de la elaboración de la norma, se ha oído a las Comunidades Autónomas, a las organizaciones y asociaciones representativas de los sectores afectados, a los varios departamentos ministeriales y a la práctica totalidad de los órganos superiores del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Se acompaña al anteproyecto, por otra parte, el informe de la Secretaría General Técnica del citado Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 22.3 de la citada Ley 50/1997, de 27 de noviembre, y la memoria del análisis de impacto normativo exigida.

Se ha recabado el informe del Consejo Económico y Social, al incidir la materia regulada en el ámbito del artículo 7.1.1 de la Ley 21/1991, de 17 de junio, y se ha oído a la Federación Española de Municipios y Provincias. Obra también en el expediente el informe de la Comisión de los Mercados y la Competencia. Se echa en falta, sin embargo, el informe del Consejo Fiscal que este Cuerpo Consultivo considera que hubiera sido de utilidad incorporar por cuanto la Fiscalía tiene, por razón de su actividad, un conocimiento minucioso de las patologías habidas en la materia de la contratación y que en muchas ocasiones constituyen ilícito penal.

Consta en el expediente la memoria del análisis de impacto normativo, que integra la memoria justificativa, la memoria económica y el informe sobre el impacto por razón de género exigidos por el artículo 24.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, conforme con lo dispuesto en el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, que entró en vigor el 1 de enero de 2010, tras la aprobación por el Consejo de Ministros, en su reunión de 11 de diciembre de 2009, de la Guía Metodológica para su elaboración. Dicha memoria recoge, como se ha señalado, su contenido, sus antecedentes, la tramitación habida, las alegaciones formuladas y el fundamento competencial en que se basa la norma y los efectos que la nueva regulación tendrá en el ámbito económico y en relación con el impacto de género. No se incluye sin embargo el efecto que tendrá la norma elaborada en relación con la familia en los términos exigidos legalmente



CONSEJO DE ESTADO

(disposición adicional 10ª de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio).

Tampoco examina con el rigor exigible la memoria que acompaña al anteproyecto el impacto de género que producirá éste. En su apartado II, número 4, se limita a consignar que el anteproyecto tiene impacto de género positivo ya que persigue objetivos en esta materia, además de regular el régimen de contratación pública y trasponer dos directivas. En la medida en que las mencionadas directivas –se señala- persiguen objetivos sociales existe un claro impacto de género en el texto del anteproyecto. En otros términos, no se ha realizado el estudio, minucioso y concreto, que debería haberse hecho sobre la cuestión a la vista de los trabajos elaborados por las instituciones internacionales sobre la materia.

Esta falta de examen de la cuestión también se omite en relación con los objetivos de tipo social, medio ambiental, de innovación y de defensa de la competencia considerados por el anteproyecto. En efecto, en su apartado I, figuran en el número 2 sus “objetivos” y en el epígrafe 2.5, la memoria formula diversas consideraciones de distinto alcance referidos a los objetivos sociales (regulación de los contratos reservados a centros especiales de empleo, reserva de su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, etc.) y a la promoción de la participación en la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas y de los emprendedores. Nada dice sin embargo la memoria ni establece el anteproyecto –salvo lo referido a los artículos 145 y 200- sobre el fomento de la contratación con empresas de mujeres, cuando más de la mitad de las empresas creadas desde el inicio de la crisis económica lo han sido por ellas. A la hora de analizar los rendimientos del sistema de contratación pública, la memoria pondera tres criterios, a saber: la participación de los licitadores, la accesibilidad a las ofertas y la eficiencia en los procedimientos. No se refiere en ningún caso a la variable de género que, en condiciones de igualdad entre empresas, hubiera sido deseable contemplar y que habría de tenerse en cuenta como criterio de fomento en lo relativo a la participación y acceso al mercado de la contratación pública.



CONSEJO DE ESTADO

En síntesis, la memoria resulta insuficiente en lo tocante al estudio del impacto de género del anteproyecto. Maneja de manera inadecuada los conceptos de igualdad e impacto de género, sin diferenciarlos y ponderarlos en sus ámbitos propios.

El Consejo considera que, pese a la complejidad del anteproyecto de Ley, se han cumplido las exigencias. En concreto, se ha respetado la verdadera naturaleza del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales, en cuanto cauce formal encaminado a la aprobación de una norma con el específico fin de asegurar la consecución de un determinado fin o satisfacer un interés público. En dicho procedimiento han de ponderarse de manera efectiva las razones que amparan el fin o interés público a satisfacer y las distintas soluciones consideradas para ello.

Las normas constituyen instrumentos básicos para el desarrollo de las políticas públicas. Por ello, resulta primordial que tengan unos determinados niveles de calidad, tanto en su elaboración como en su aplicación y cumplimiento. Es preciso, de una parte, asegurar que son claras, comprensibles, proporcionales a los objetivos perseguidos y ejecutables (*factibilidad*) y, de otro lado, comprobar que generan los beneficios prometidos y no constituyen una rémora, bien para la libertad de los ciudadanos, bien para la actividad económica (*practicabilidad*). Todo ello solo se alcanza dando pleno sentido y eficacia al procedimiento previsto legalmente para elaborar las disposiciones generales. Por consiguiente, no se trata de solicitar apresuradamente informes, acumularlos y generar versiones precipitadas del texto. Los informes deben recabarse sobre textos que han alcanzado un grado de maduración suficiente y, solo cuando se hayan recabado y obtenido todos los preceptivos, resulta procedente formular un nuevo texto, depurado, completo y sopesado, en el que se señalen y razonen las diferentes aportaciones, siendo este el sometido a los informes finales. Únicamente así se podrá saber con certeza cuál es el alcance, contenido y finalidad de la regulación proyectada y verificar su factibilidad y practicabilidad. Todo ello se ha observado en el caso presente, de manera que no cabe formular reparo alguno a lo hecho.





CONSEJO DE ESTADO

2. En lo tocante a la técnica normativa del anteproyecto, se ajusta a las reglas generales señaladas por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 150/1990, de 4 de octubre.

Participa el anteproyecto, no obstante, de las características propias de los actuales textos legales, que distan mucho de las que han venido considerándose clásicas y que denotan lo que se ha dado en llamar la desvalorización de las leyes.

En primer término, el anteproyecto de Ley contiene numerosos incisos y declaraciones que ni constituyen ni incorporan auténticas normas jurídicas, ignorando que estas no tienen como finalidad la de instruir, informar o formar. No desconoce el Consejo de Estado que son numerosas las disposiciones legales que ahora participan de esta configuración, pero ello no debe llevar a dejar de llamar la atención sobre este hecho. El lenguaje jurídico debe huir del estilo suasorio (*lex iubet, non suadet*), del estilo de la convicción y didáctico (*lex iubet, non docet*) y, en fin, del estilo descriptivo.

En segundo lugar, el texto consultado es prolijo en cuanto a su regulación e, incluso, farragoso en ocasiones. En otros términos, resulta excesivamente reglamentista en numerosas de sus previsiones. Regula cuestiones que podrían deferirse sin dificultad a disposiciones de rango inferior. Las normas legales, en cuanto ocupan el grado superior del ordenamiento, deben ceñir, preferentemente, sus previsiones a las materias respecto de las cuales existe una reserva en su favor y afectan a los derechos y libertades de los ciudadanos. No resulta adecuado incorporar a disposiciones de rango legal previsiones de carácter meramente instrumental o accesorias, propias, por su propia naturaleza, de las normas reglamentarias.

En tercer lugar, no obstante el carácter excesivamente prolijo de muchos de sus preceptos antes señalado, el anteproyecto incurre al tiempo, en variadas ocasiones, en demasía en remisiones a normas reglamentarias de manera injustificada, defiriendo a estas determinaciones que deben hacerse en la norma consultada.

9



CONSEJO DE ESTADO

En cuarto lugar, el anteproyecto incluye algunos preceptos superfluos e innecesarios, que se indicarán posteriormente. Reiteran previsiones contenidas en las leyes generales, sin aportar nada en la mayor parte de las ocasiones. Siembran dudas sobre su alcance y contenido en otros casos. Estas reiteraciones superfluas no contribuyen a proporcionar seguridad jurídica y deberían ser suprimidas.

Finalmente, el anteproyecto conserva la oscura y, en ocasiones, inadecuada terminología introducida por la Ley 30/2007 o, incluso, por las normas anteriores, proveniente de las directivas europeas, sin hacer un mínimo esfuerzo de acomodación a nuestra tradición jurídica. El empleo de conceptos como “poder adjudicador” –por copia de la expresión anglosajona- para referirse a las entidades contratantes sujetas a la regulación básica contenida en la norma; contratos “sujetos a regulación armonizada” para designar los contratos íntegramente regulados o sujetos al derecho comunitario o “procedimiento negociado” para mencionar uno en el que no se negocia nada sino que se trata de una adjudicación directa son prueba de ello. Dichos conceptos ya están incorporados a nuestro ordenamiento pero quizás hubiera sido deseable abordar una labor de adecuación a los términos propios de nuestra legislación.

Lo expuesto es consecuencia de que la incorporación de las previsiones de las directivas se hace muchas veces con un excesivo carácter mimético, en detrimento de su claridad.

No existen reglas generales ni únicas, ni en la Unión ni en España, a la hora de incorporar las Directivas y las Decisiones Marco de contenido normativo. De ordinario, se opta por la transcripción íntegra, por la remisión global y por las remisiones parciales. Como punto de partida, conviene recordar que no hay nada que impida copiar una directiva o decisión, ni nada que obligue a transcribirla íntegramente. Trasposición no equivale ni a transcripción ni a traducción literal. La labor de incorporar debe llevar al prelegislador, primero, y al legislador, después, a adecuar, de una parte, las previsiones de las directivas y decisiones marco a los conceptos materiales, a los criterios formales y sistemáticos de nuestras disposiciones legales y, de otro lado, a ajustar la



CONSEJO DE ESTADO

terminología de su lenguaje jurídico al nacional, no solo por razones lingüísticas sino por mantener la identidad de los conceptos.

En todo caso, el resultado final es que el anteproyecto presenta una estructura artificiosa y compleja cuyo manejo y comprensión resulta ardua para el avezado en las materias de contratación pública y extraordinariamente difícil para quien no lo está, en detrimento incluso, en ocasiones, de la seguridad jurídica.

3. El anteproyecto de Ley sometido a consulta respeta el reparto constitucional de competencias. En concreto, se dicta primordialmente al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18ª de la Constitución Española. Este precepto atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas. Ahora bien, no es solo ese título competencial el legitimador de la norma sino que concurren otros; en concreto los contenidos en el artículo 149.1.6ª (legislación procesal) y el 149.1.8ª (legislación civil y mercantil). La determinación de todos ellos se contiene en la disposición final primera del anteproyecto.

La previsión contenida en la disposición final primera del anteproyecto no suscita reparo alguno toda vez que se acomoda a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional desde ya antiguo en numerosas sentencias (desde las Sentencias 141/1993, de 22 de abril y 331/1993, de 22 de noviembre).

III

Como se ha señalado, el anteproyecto tiene por objeto, de una parte, incorporar a nuestro ordenamiento las Directivas 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y 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, y, de otro lado, introducir diversas modificaciones en la legislación actualmente vigente.





CONSEJO DE ESTADO

Las citadas directivas –junto con la 2014/25/UE, de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la 2014/55/UE del Parlamento y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública- constituyen un auténtico *corpus* integrador de la regulación de la contratación pública emanado de la Unión Europea. Estas directivas –denominadas la cuarta generación de la contratación pública- se han aprobado como desarrollo de la Estrategia Europea 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. La nota característica peculiar de este grupo de directivas es la de que, por primera vez, se regulan no sólo las fases de preparación y adjudicación de los contratos –como venía siendo tradicional- sino también las de su ejecución, modificación y resolución. Su finalidad es simplificar, modernizar y mejorar la eficiencia de las normas y los procedimientos contractuales en la Unión Europea y permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes –protección del medio ambiente, uso eficiente de recursos, lucha contra el cambio climático, promoción de la innovación, etc.-.

Las Directivas incorporadas están informadas por unos criterios que, en gran medida, se separan de los criterios tradicionales definidores de nuestra legislación de contratación pública. En efecto, esta gira en torno a las ideas de construcción formal de categorías, de prerrogativas administrativas –que atribuyen a la Administración una situación de preeminencia en la relación contractual- y de interés público y eficacia administrativa. Hasta tal punto se han consolidado estas ideas que ha llegado a sustantivarse el contrato administrativo frente al privado precisamente por su concurrencia.

Por el contrario, las Directivas pivotan sobre unos principios que casi son diametralmente opuestos a las mencionadas ideas. Están animadas por unas categorías –más propias del derecho anglosajón que del continental- alejadas de toda formalidad que persiguen ante todo el funcionamiento transparente del mercado de la contratación pública. Se considera que, asegurando la transparencia del mercado, se garantiza el principio de igualdad. No se trata ya de garantizar la eficacia de la gestión administrativa –que pasa a un segundo plano- sino la del mercado. El interés público se ve mediatizado por





CONSEJO DE ESTADO

las ideas prevalentes de transparencia del mercado, libre competencia y eficacia en la gestión de los fondos públicos. Para alcanzar todo ello, las Directivas construyen un concepto funcional –ajeno a las formas de personificación pública- del sector público y, por consiguiente, de los sujetos sometidos a su regulación; articulan mecanismos de adjudicación flexible; prohíben los licitadores preferentes y simplifican los criterios para valorar la solvencia de éstos a fin de promover la concurrencia.

En definitiva, las Directivas conforman un *corpus* que va más allá de instaurar una nueva reglamentación de la contratación pública. Se trata de establecer unos criterios informadores de ésta –completos y generales-, distintos, una nueva forma de gobernanza pública en la contratación pública –por utilizar la terminología actual- basada en una política pública que persigue ante todo la eficacia del mercado y su funcionamiento transparente.

El anteproyecto de Ley sometido a consulta conserva, por lo demás, la estructura del grupo normativo de la contratación pública actualmente vigente, con dos subgrupos claramente diferenciados: uno, que tendrá su norma de cabecera en el propio anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público –que sustituirá al actual texto refundido- y otro, cuyo vértice será la ley de contratación en sectores especiales.

El anteproyecto aúna las modificaciones que vienen impuestas por la nueva regulación europea con otras que resultan aconsejables a la vista de la experiencia habida bajo la norma actual. En tal sentido, la consultada conserva la estructura subjetiva de la contratación pública, si bien aclara el concepto de poder adjudicador (artículo 3); modifica la sistemática de los acuerdos excluidos de la ley; regula la cooperación vertical y horizontal y excluye de su ámbito los contratos en el ámbito de la defensa y la seguridad. También ajusta las definiciones de obra y servicios, creando un concepto funcional de obras siguiendo la estela de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 2009; suprime la cuestión de nulidad contractual e instituye el recurso especial como obligatorio; establece con carácter general que las comunicaciones sean electrónicas; potencia el instrumento de la declaración responsable; introduce el



CONSEJO DE ESTADO

procedimiento abierto con tramitación simplificada y suprime el procedimiento negociado sin publicidad por cuantía.

El anteproyecto establece, por otra parte, una nueva regulación de la división en lotes de los contratos; precisa los criterios de adjudicación; contempla la posibilidad de que el poder adjudicador compruebe el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista y previene un régimen de modificación del contrato más restrictivo que el que establecen las nuevas directivas, manteniendo la regulación del *factum principis*. Finalmente, suprime la obligación de aprobar instrucciones de contratación en el caso de poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administraciones públicas, generaliza la obligación de utilizar medios electrónicos, incluso para las ofertas, y da una nueva planta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

En síntesis, desde una perspectiva estructural, el anteproyecto se caracteriza por su continuismo, al encontrar en él prolongación las decisiones adoptadas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, después plasmadas en el texto refundido vigente. Como señalara el Consejo de Estado en su dictamen nº 514/2006, de 25 de mayo (que contiene largas reflexiones respecto de la estructura del anteproyecto después aprobado como Ley 30/2007, de 30 de octubre), el planteamiento que subyace bajo dicho texto legal supuso, "en primer lugar, una delimitación inicial del ámbito de aplicación en términos más comprensivos (contratos del sector público)", al tiempo que se hacía pivotar la aplicación de este régimen normativo sobre "un criterio funcional, impuesto por el Derecho comunitario, para la exigencia de regímenes contractuales diversos según que los contratos celebrados por entes del sector público se encuentren o no sujetos a regulación armonizada".

Por lo tanto, el anteproyecto ahora informado mantiene el aludido planteamiento, abarcando, en principio, el régimen contractual al que quedan sometidos todos los entes del sector público, si bien el grado de aplicación de este texto a cada contrato depende de varios factores, particularmente de la concreta naturaleza del ente contratante y de la sujeción a la regulación armonizada.





CONSEJO DE ESTADO

Así, desde un punto de vista subjetivo, sigue siendo válido el esquema de círculos concéntricos que permite explicar la normativa en vigor, de modo que dentro del sector público existe un subgrupo de entidades con la condición de poderes adjudicadores, dentro del cual –a su vez- se inserta la noción de Administración pública. En líneas generales, las Administraciones públicas han de regir su actividad contractual por las disposiciones del anteproyecto en prácticamente toda su amplitud, si bien las previsiones relativas a los efectos y extinción están concebidas primordialmente para los contratos administrativos. Por su parte, los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no ostentan la consideración de Administraciones públicas deben guiarse en cuanto a su preparación y adjudicación por el grueso de las normas del anteproyecto en función de si se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada. Finalmente, en los contratos suscritos por entidades del sector público sin el carácter de poder adjudicador, por definición no sometidos a regulación armonizada, el anteproyecto tiene un impacto limitado, toda vez que se aplica a la preparación y adjudicación únicamente a nivel de principios, con el fin de salvaguardar los de igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia.

Este criterio se combina, como se ha adelantado, con el de la sujeción a regulación armonizada. Interesa resaltar, por lo pronto, que esta terminología alude a los contratos incluidos dentro del ámbito de aplicación del Derecho europeo, lo que, a los efectos del anteproyecto, supone la aplicación de las previsiones del mismo que son transposición de las directivas. Sin perjuicio de las particularidades relativas a los contratos subvencionados, dicha sujeción viene determinada por la concurrencia simultánea de tres criterios: el subjetivo (el ente contratante ha de ser un poder adjudicador), el objetivo (el contrato debe ser típico) y el cuantitativo (al exigirse la superación de determinados umbrales económicos, distintos en función de si interviene una Administración pública u otro poder adjudicador). Por consiguiente, la distinción entre los contratos sujetos y no sujetos a regulación armonizada (categoría esta última que se delimita de forma meramente negativa) tiene un alcance normativo, en la medida en que determina el marco legal al que se somete la formación de la voluntad contractual, bien –en el primer caso- a las detalladas



CONSEJO DE ESTADO

reglas en materia de preparación y adjudicación (con posibilidad de interponer el recurso especial), bien —en el segundo- a los meros principios inspiradores de esta regulación.

Los criterios expuestos (la naturaleza del ente contratante y la sujeción a regulación armonizada), junto a las pautas que permiten distinguir entre contratos administrativos y privados cuando son celebrados por Administraciones públicas, permiten en cada caso dilucidar el grado de sujeción al anteproyecto, siguiendo el esquema del texto refundido vigente. El continuismo que la estructura del anteproyecto refleja no es óbice para constatar su complejidad, que exige al intérprete jurídico un profundo conocimiento de las bases sobre las que dicha estructura se asienta a la hora de dilucidar el concreto régimen jurídico aplicable a cada contrato.

El texto sometido a consulta merece, en términos generales, un juicio favorable. No obstante, en las páginas siguientes, se formulan las siguientes consideraciones a la regulación proyectada, que tienen distinto alcance y relevancia.

IV

Observaciones al articulado

Título preliminar. Disposiciones generales

- Capítulo I. Objeto y ámbito de aplicación de la ley

- Sección 1ª. Objeto y ámbito de aplicación

Los artículos 1 y 2 del anteproyecto reproducen los actualmente vigentes del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, salvo el apartado 4 del segundo de los preceptos indicados que es nuevo y sin perjuicio de algunos ajustes meramente formales.



CONSEJO DE ESTADO

En concreto, el artículo 1 enumera los principios informadores de la legislación de contratos conforme a las directivas comunitarias. Entre estos destaca quizás como el más relevante el de la transparencia, acogiendo así la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia (desde la Sentencia de 6 de marzo de 2003, as. Interpoc). Dicho criterio se vincula además con los de buena administración e igualdad (Sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 1996, as. Autobuses Valones). El principio de igualdad tiene por objeto promover la competencia entre las empresas participantes en los procesos de contratación y el de transparencia, por su parte, el asegurar la inexistencia de arbitrariedad en los poderes adjudicadores (Sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2002, as. Universale-Bau y otros, y de 12 de marzo de 2008, as. Evropaiki Dynamiki). Así lo afirma tajantemente la Sentencia de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra el Reino de España), al señalar que “el principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo o arbitrariedad por parte de la entidad adjudicataria”.

Ahora bien, estos principios no son ni concebidos, ni deben ser aplicados como simples realidades formales. Ante todo ha de atenderse a su eficacia material a la hora de incorporar las previsiones de las Directivas y de definir las regulaciones nacionales que las incorporan. Así se deriva del contenido del Informe Anticorrupción de la UE 2014 (EU Anti-Corruption Report, COM (2014), de 3 de febrero de 2014). Esta perspectiva no puede orillarse al momento de valorar la regulación contenida en el anteproyecto y así lo pone de manifiesto el texto consultado.

- Artículo 2. Ámbito de aplicación

El artículo 2 delimita el ámbito de aplicación objetivo del anteproyecto y lo hace con fidelidad a la regulación actualmente vigente y a las directivas que incorpora. Quedan sujetos a sus previsiones los contratos del sector público y también los contratos subvencionados por las entidades que lo integran.





CONSEJO DE ESTADO

La vocación del anteproyecto es someter a la regulación proyectada la actividad contractual y gran parte de la actividad convencional de las entidades del sector público. En efecto, tradicionalmente, la actividad contractual se manifestaba básicamente a través de los contratos de ejecución de obras públicas, de gestión de los servicios públicos y de suministro, a los que se sumaron ya en el siglo XX otras categorías como las de servicios y consultoría o asistencia. Ahora bien, dichas categorías se vieron desbordadas por otras manifestaciones convencionales de la actividad administrativa. Así, surgieron los conciertos administrativos como instrumentos para encauzar formas de colaboración entre las entidades públicas y los particulares, los convenios interadministrativos -encaminados a articular formas de colaboración o actuaciones conjuntas entre Administraciones- y otras formas de colaboración (consorcios no subjetivos, gestión interesada, etc.).

Frente a la regulación tradicional -contenida en las viejas leyes de contabilidad y hacienda pública, en la Ley de contratos del Estado de 1965 y en la Ley de contratos de las Administraciones públicas de 1995-, que ceñía su regulación básicamente a las formas o manifestaciones típicas antes citadas y en consonancia con la regulación europea, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, extendió su régimen a cualquier forma de colaboración convencional -sea cual fuere su instrumentación-. Así lo hace también el anteproyecto de Ley consultado. No quiere decir ello que cualquier instrumento convencional quede sometido a su ámbito de aplicación, pero sí todos aquellos que pueden incidir en el mercado. La idea rectora de la regulación es asegurar el correcto funcionamiento del mercado en condiciones de igualdad y transparencia, asegurando que la intervención de los poderes públicos -cualquiera que sea la fórmula empleada- no distorsione el libre juego de los agentes económicos. Ello lleva a sujetar a sus disposiciones no sólo los contratos o convenios suscritos por las entidades que integran el sector público sino también aquellos que, aun celebrados por particulares, obtienen algún tipo de financiación o apoyo de éstos.

En todo caso, el artículo 2.1 somete a sus previsiones legales a los contratos onerosos. No se contiene sin embargo en el texto ninguna noción de lo que entiende por onerosidad. Habida cuenta de que no son infrecuentes





CONSEJO DE ESTADO

los casos de contratos en los que su precio –o valor estimado en su caso- es cero y en los que el contratista obtiene algún tipo de ventaja o beneficio, no estaría de más recoger que su carácter oneroso concurre cuando el contratista obtiene algún tipo de beneficio económico de forma directa o indirecta.

- Artículo 3. Ámbito subjetivo

La regulación proyectada sobre el ámbito subjetivo, contenida en el artículo 3, está informada por la configuración no formalista de los conceptos e instituciones que subyace en la regulación europea.

Las directivas conforman unos conceptos de poder adjudicador y de Administración pública esencialmente funcionales, desvinculados de la idea de persona jurídica y, aun en muchos casos, de la de órgano. Conceptos que se delimitan por su singular posición o juego en las relaciones económicas. Esto comporta la superación de la concepción -dominante durante los últimos decenios en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia- de la individualización de las Administraciones públicas mediante el instrumento de la personalidad jurídica y de la configuración del acto administrativo como realidad esencialmente subjetiva. Así las cosas, las nociones de poder adjudicador y Administración pública se definen por el actuar en el mercado en unas condiciones singulares, distintas de las normales. La finalidad perseguida es someter a todas las organizaciones públicas –cualquiera que sea su forma de personificación o aun careciendo de ella- a sus previsiones, haciendo baldíos los esfuerzos por huir –en el caso de nuestro ordenamiento- del derecho administrativo mediante la utilización de formas organizativas de derecho privado.

Con esta idea, el artículo 3 del anteproyecto da nueva redacción al correlativo del texto vigente. El apartado 1 define qué es el sector público; el 2, quién es Administración pública; el 3, quién es poder adjudicador y el 4 y 5 incluyen en el ámbito subjetivo de la Ley a los partidos políticos y a las Corporaciones de derecho público. En todos los casos se utiliza el sistema de lista, prolija y un tanto asistemática.





CONSEJO DE ESTADO

Lo primero que llama la atención de la redacción proyectada es la falta de adecuación de las denominaciones y conceptos empleados en el precepto con las previsiones de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, lo que convendría hacer.

En segundo término, es de señalar que la larga rínglera de entidades enumeradas en el apartado 1 no comprende todas las que integran el sector público y que deben quedar sujetas a las previsiones de la ley. En concreto, se echa en falta la referencia a los fondos sin personalidad a que se refiere el artículo 84.1.f) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. Tales fondos, aun cuando carecen de personalidad jurídica formal, actúan en el tráfico como sujetos formales de imputación de intereses y, por tanto, como actores en el ámbito de la contratación pública. La inclusión pues resulta procedente. Más cuando las directivas comunitarias conciben los sujetos a los que les resultan de aplicación sus previsiones desde un punto de vista funcional y no meramente orgánico, de manera que su falta de personalidad jurídica no les impide constituirse en sujetos del tráfico económico y en centros formales de imputación de intereses desde la perspectiva estrictamente jurídica.

Por otra parte y a fin de articular un orden lógico, se considera que procede alterar el orden de los apartados 2 y 3 –pasando el 2 a ser el 3 y el 3 a ser el 2-. De esta manera, el precepto definiría, con ámbitos cada vez más reducidos, lo que se entiende por sector público, por poderes adjudicadores y, finalmente, por Administraciones públicas.

Sin perjuicio de que es insoslayable hacerlo, el anteproyecto mantiene como poder adjudicador la imprecisa categoría –contenida en el apartado 3.d)- de “todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien control su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección y vigilancia”. Esta categoría, introducida en 2007 para poner fin a la



CONSEJO DE ESTADO

situación que había motivado múltiples condenas del Reino de España por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por dejar fuera del ámbito de la legislación de contratos a diversas entidades públicas, resulta verdadera abstrusa y su interpretación ha resultado difícil. No se ha alcanzado, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, un acuerdo –aun mínimo- sobre el alcance de cuándo una entidad ha sido o no creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial. Hubiera sido deseable su clarificación.

Novedad relevante del anteproyecto es, por otra parte, la sujeción a sus previsiones de los partidos políticos, las organizaciones sindicales y empresariales, lo que se establece en el apartado 4 del anteproyecto. El Consejo de Estado no formula objeción alguna a ello. Ahora bien, considera que no resulta adecuada la fórmula empleada en el citado apartado en el sentido de decir que “quedan incluidos dentro del ámbito subjetivo de esta Ley”. El ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público debe quedar ceñido a lo que es el sector público. Los partidos políticos, los sindicatos y las organizaciones empresariales no forman parte de dicho sector pese a su condición de sujetos de interés público y su reconocimiento legal e incluso constitucional. Ello no quiere decir que deban excluirse de su ámbito, sino únicamente que se diga que “quedarán sujetos a esta Ley, los partidos políticos...”, para evidenciar que se trata de una extensión de la regulación legal y no una inserción de dichas entidades en el concepto de sector público.

La misma consideración debe hacerse respecto del apartado 5, que está referida a las corporaciones de derecho público de base sectorial privada, cuya inserción en el sector público presenta perfiles singulares según la índole de la actividad desarrollada.

Q



CONSEJO DE ESTADO

- Sección 2ª. Negocios y contratos excluidos

- Artículo 4. Régimen aplicable a los negocios jurídicos excluidos.

El anteproyecto somete a su regulación a cualesquiera contratos y a determinados convenios celebrados por algunas de las entidades comprendidas en el artículo 3. Ahora bien, también excluye otros por razones diversas. Así se previene en el artículo 4 y siguientes.

La tendencia de la legislación comunitaria –y por tanto de la interna que la incorpora- es ir ampliando su ámbito subjetivo y, por consiguiente, el número de entidades que quedan sujetas a sus previsiones. Así se ha puesto de manifiesto al abordar el examen del artículo 3 del anteproyecto. Resulta sin embargo paradójico que, en lo tocante al ámbito objetivo, el anteproyecto –siguiendo los criterios de las Directivas que incorpora- amplía el número de casos de contratos y convenios que quedan excluidos de sus previsiones.

En todo caso, el anteproyecto establece en esta sección una regulación más pormenorizada de los negocios y convenios que quedan excluidos que la contenida en la regulación vigente. La fórmula empleada no es sin embargo, desde el punto de vista formal, correcta. En efecto, se opta en tal sentido por establecer la exclusión en el artículo 4 de las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en la sección. Sin embargo, en los artículos siguientes, unas veces se enumeran los convenios excluidos sin hacer expresa mención a que lo están (artículos 5, 7, 9, 10 y 11) y otras veces, se cita expresamente tal exclusión (artículos 6 y 8). El Consejo considera que, no obstante el contenido del artículo 4, a fin de facilitar el manejo de las disposiciones legales –y dado que en numerosas ocasiones se citan y transcriben los preceptos aisladamente-, se deben introducir en los artículos 5, 7, 9, 10 y 11 las previsiones específicas de que “quedan excluidos de la presente Ley: ...”.





CONSEJO DE ESTADO

Los artículos 5 y siguientes –hasta el 11 inclusive- regulan los tipos convencionales concretos que quedan excluidos.

- Artículo 5. Negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito de la Defensa y de la Seguridad

Según el artículo 5 del anteproyecto, están excluidos determinados negocios jurídicos y contratos en el ámbito de la defensa y la seguridad: en concreto, los comprendidos en el ámbito del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea referidos a la defensa y la seguridad, y los contratos de obras, suministros y servicios regulados por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de defensa y de la seguridad. Al hacerlo, la norma elaborada incorpora con fidelidad las previsiones de los artículos 15.1 y 17, de una parte, y 16, de otro lado, de las Directivas 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y 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.

Únicamente es de señalar la introducción de un concepto funcional de “zona de operaciones” que incluye los territorios de influencia de esta y las bases logísticas avanzadas, que no contraviene la previsión del artículo 15.1 de primera de las directivas citadas.

- Artículo 6. Convenios y encomiendas de gestión

El artículo 6 del anteproyecto, relativo a los convenios y a las encomiendas de gestión, tiene la siguiente redacción:

«1. Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que por su contenido





CONSEJO DE ESTADO

y causa tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley, en cuyo caso deberán considerarse como tales, aplicándose las prescripciones de esta norma.

La exclusión requerirá que las entidades públicas participantes en el convenio, en la medida en que gocen de la condición de poderes adjudicadores, realicen en el mercado abierto menos del 20 por ciento de las actividades objeto de la colaboración. Para determinar el porcentaje de actividades, se aplicarán las reglas contenidas en la letra b) del apartado 2 del artículo 32.

2. Los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido y causa no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.

3. Las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público».

En un plano meramente formal, como se ha señalado antes, debe mejorarse la redacción de los apartados 2 y 3: falta en ambos el establecimiento de su consecuencia jurídica: *“Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley (...) Los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado (...) Las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público”.*

La previsión del artículo 6.1 del anteproyecto difiere notablemente de la que actualmente contiene el artículo 4.1.c) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En las recientes Directivas de contratación se dedica a este aspecto de la llamada cooperación horizontal una mayor atención. Así, el considerando 33 de la Directiva 2014/24/UE explica que: *“Los poderes adjudicadores han de poder optar por prestar de manera conjunta sus servicios públicos mediante cooperación sin verse obligados a adoptar una forma jurídica particular. (...) Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos no han de estar sujetos a la aplicación de las normas establecidas en la*



CONSEJO DE ESTADO

presente Directiva, siempre que se hayan celebrado exclusivamente entre poderes adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de interés público y que ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores”.

Lo anterior se concreta en las reglas establecidas por el artículo 12.4 de la citada Directiva, conforme al cual:

«Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;

b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y

c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación».

El artículo 6.1 del anteproyecto sólo ha recogido parcialmente los criterios previstos en la Directiva. En su primer párrafo mantiene la regla del vigente texto refundido relativa a la exclusión de los convenios entre las entidades públicas que menciona “salvo que por su contenido y causa tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley” (fórmula en buena parte tautológica que nada añade a la definición de la figura convencional). Y en su segundo párrafo precisa que, “en la medida en que [tales entidades] gocen de la condición de poderes adjudicadores”, la exclusión de los convenios celebrados entre ellas requerirá que “realicen en el mercado abierto menos del 20 por ciento de las actividades objeto de la colaboración”, ajustándose a lo exigido por el artículo 12.4.c) de la Directiva.

Sin embargo, para este último supuesto –cuando se trate de convenios celebrados entre poderes adjudicadores- es necesario que el artículo



CONSEJO DE ESTADO

6.1 del anteproyecto incluya también los requisitos previstos en el artículo 12.4, apartados a) y b) de la Directiva 2014/24/UE, a saber: que el convenio se dirija a establecer una cooperación entre ellos para garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común, y que la aplicación de dicha cooperación se base únicamente en consideraciones relacionadas con el interés público.

Estos dos extremos deben introducirse en el artículo 6.1, segundo párrafo, del anteproyecto para determinar la consecuencia de que los convenios entre poderes adjudicadores queden excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, añadiéndolos al requisito que se prevé de la realización en el mercado abierto de menos del 20 por ciento de las actividades objeto de la colaboración.

Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo previsto por el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

Sin perjuicio de lo expuesto, el artículo 47 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, prevé por su parte la figura de los convenios de colaboración entre las Administraciones públicas y otros entes públicos, al tiempo que fija las normas básicas por las que se rigen.

Conforme con sus previsiones, la característica diferenciadora de los convenios frente a los contratos radica en que, como se ha dicho en alguna ocasión por la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1994 y 28 de mayo de 1995), frente al modelo clásico de los contratos en que se da un antagonismo patrimonial en las prestaciones de las partes, los convenios responden a la idea de colaboración en la consecución del fin común. Inherentes a la noción de contrato son, de una parte, la emisión de declaraciones de voluntad intrínsecamente diferentes por parte de los contratantes pero que se corresponden entre sí y que coinciden en la obtención de un mismo efecto jurídico y, de otro lado, la equivalencia de prestaciones o su carácter sinalagmático. En los convenios, por el contrario, la idea prevalente es la de colaboración entre las partes para la consecución de un fin común. Las partes no se enfrentan como portadoras de intereses contrapuestos y, de



CONSEJO DE ESTADO

ordinario, no emiten declaraciones de voluntad intrínsecamente diferentes sino generalmente iguales.

Sobre esta base, la exclusión prevista en el anteproyecto se funda en los artículos 12.4.c) y 17.4 de las Directivas 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, respectivamente. Se explica que, por su naturaleza especial, no pueden ni deben someterse a las normas rígidas de la contratación administrativa, presididas por los principios de concurrencia, transparencia, publicidad y no discriminación. Así lo ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 18/2001, al decir que los convenios de colaboración son el modo normal de relacionarse para las entidades públicas, ya que, al no poder precisarse cuál de las partes debe actuar como órgano de contratación y cuál como contratista resulta obligado canalizar estas actuaciones por la vía del convenio de colaboración y no del contrato.

Ahora bien, tal planteamiento debe revisarse a la vista de la excepción contenida en el inciso final del primer párrafo del apartado 1. Establece esta que “salvo que por su contenido y causa tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley, en cuyo caso deberán considerarse como tales, aplicándose las prescripciones de esta norma”.

Una interpretación literal de la citada excepción conduce a que no puedan calificarse como convenios de colaboración excluidos de la legislación de contratos las relaciones entre entidades públicas que puedan ser objeto de un contrato de naturaleza onerosa, pues la onerosidad es el único requisito que impone el artículo 2.1 del anteproyecto para calificar los contratos sujetos a su regulación. Este planteamiento deja sin contenido la exclusión e impide que los convenios sean la forma normal de relacionarse entre los entes públicos, lo cual debe ser ponderado.

Además, no puede dejar de señalarse la existencia de una relevante disfunción que se deriva del artículo 6.2 del anteproyecto. Los entes públicos no pueden celebrar convenios entre sí si tienen la consideración de contratos sujetos a la ley (todos los onerosos). Por el contrario, y respecto de





CONSEJO DE ESTADO

los convenios celebrados entre las entidades públicas y los sujetos de derecho privado, solo quedan vedados si se insertan en el ámbito de los contratos regulados en la ley o en las normas administrativas especiales –referencia que conduce claramente a los contratos típicos o a los administrativos atípicos por decisión legal-. Así las cosas, resulta que es más fácil que las entidades públicas celebren convenios de colaboración con personas sujetas a derecho privado que con otros entes públicos, lo que carece de sentido.

- Artículo 7. Negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito internacional

El artículo 7 excluye del ámbito de la ley los “negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito internacional”. La razón de ser de dicha exclusión es su sujeción al derecho internacional.

En su apartado 1, se dice que (están excluidos) “los acuerdos que celebre el Estado con otros Estados o con entidades de derecho internacional”. Considera el Consejo que el término “entidades de derecho internacional” no incluye la totalidad de sujetos de derecho internacional distintos de los Estados, al tener un marcado aire restrictivo. No parece ser esa la finalidad del anteproyecto que, en consonancia con lo previsto en las Directivas que incorpora, quiere excluir los acuerdos celebrados entre el Estado con cualquier sujeto de derecho internacional sometidos al derecho internacional y los específicos contratos que se describen en los apartados 2 y 3 del anteproyecto. Por ello, para comprender toda esa tipología de sujetos de derecho internacional, de perfiles lábiles –incluso sin capacidad plena-, se sugiere sustituir la expresión “con entidades de derecho internacional” por la de “con otros sujetos de derecho internacional”.

- Capítulo II. Contratos del sector público

- Sección 1ª. Delimitación de los tipos contractuales

La Sección 1ª del capítulo II define los distintos contratos, siguiendo la estela del texto actualmente vigente. Hay, no obstante, una revisión

Q



CONSEJO DE ESTADO

de las definiciones de obras y servicios. En concreto, en el artículo 13.1.b) se introduce la noción funcional de obra –existencia de influencia- que viene impuesta por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 2009. Se suprime el contrato de colaboración público-privado, al quedar inserto en la noción de concesión. No obstante, lo más relevante es la reformulación de los conceptos de contrato de servicios y de concesión de servicios y la notable modulación que se introduce en el contrato de concesión de obras en lo atinente al riesgo.

- Artículo 14. Contrato de concesión de obras

El artículo 14 del anteproyecto define el contrato de concesión de obras. En concreto, en su apartado 1, se dice que “la concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas prestaciones a que se refiere el artículo anterior (que define el contrato de obras), incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio”.

En el contrato de obras, el contratista construye la obra y la entrega por un precio a la Administración, quien la explota. En la concesión de obras, además de construirlas, las financia y explota durante un período, compensándose de la inversión por los precios que obtiene de los usuarios o de las cantidades abonadas por la Administración. Por ello, como ha puesto de manifiesto este Consejo en reiteradas ocasiones (por todas, los dictámenes números 4.464/98, de 22 de diciembre y 3.375/2001, de 5 de diciembre de 2001) –y han reiterado la doctrina como la jurisprudencia-, este tipo de concesión tiene un carácter mixto en el que indisolublemente se presentan perfiles propios de la concesión de obra pública y de servicio público, constituyendo un tipo intermedio. Los primeros perfiles se hacen especialmente patentes en la fase de construcción de la obra y los segundos, en la fase de explotación y conservación.



CONSEJO DE ESTADO

La nueva regulación que contiene el anteproyecto presenta perfiles diferenciadores del contrato de concesión de obra pública clásica, cuyos orígenes se remontan a los albores de la modernidad y que fue regulada primero en la Ley de 1877 y posteriormente, tras ser suprimido, por la legislación de 2003. En efecto, en su configuración tradicional, la explotación de la obra era la contraprestación que recibía el concesionario por su construcción y dicha explotación se hacía a su riesgo y ventura, si bien este podía mitigarse –e incluso llegar a casi suprimirse- mediante la articulación de diversos mecanismos.

La regulación proyectada altera estas dos reglas básicas.

En primer término, junto al hecho de que la explotación de la obra pueda ser la contraprestación que recibe el concesionario por su construcción, la nueva regulación permite que la explotación sea el objeto mismo de la concesión. Esta configuración no era extraña a nuestro ordenamiento por cuanto estaba ya acogida en la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción y explotación de autopistas en régimen de concesión, pero no tenía carácter general.

La singularidad de que la explotación de la obra no sea solo la contraprestación que recibe el concesionario por su construcción sino que constituya su objeto mismo tiene como consecuencia que la duración y las condiciones técnicas y económicas de la explotación no tienen como condición retribuir estrictamente la obra hecha sino que adquieren autonomía que la hacen partícipe de determinadas características de la concesión de los servicios. Se trata, en síntesis, de un contrato con un doble contenido: la realización de una obra y su explotación. En sus inicios, es un contrato que participa de las características del de obra y que solo cuando concluye adquiere algunos perfiles propios del antiguo contrato de gestión de los servicios públicos a los efectos de la obligación del contratista. Esta característica hace que la retribución que puede percibir el concesionario por la prestación del servicio no esté ni limitada por el valor de la obra pública construida, ni asegurada su compensación.



CONSEJO DE ESTADO

En esta última circunstancia, en la que el concesionario de obra pública no tenga asegurada la recuperación de las inversiones hechas ni el pago de los costes en que haya incurrido, se concreta la introducción como elemento definidor de la figura del llamado riesgo operacional (artículo 14.4). Es esta la segunda alteración de las reglas básicas tradicionales.

En el concepto tradicional, la concesión de obra pública pivota sobre su configuración como una *locatio operis* –el riesgo y ventura- que no es sino la expresión normal de la articulación de las prestaciones en el arrendamiento de obra: resultado contra precio fijo o alzado. En otros términos, su esencia radica en el riesgo y ventura que asume el contratista y que significa tres cosas: que la mayor o menor onerosidad sobrevenida no autoriza al contratista a desligarse del contrato; que no le da derecho a pretender su modificación y, en fin, que los riesgos anteriores al pago han de ser soportados por el propio contratista. No obstante, el principio de riesgo y ventura -que alcanza su plenitud para la construcción de la obra pública- cede en la fase de gestión, pues prevalecen en ella otros perfiles más propios del servicio público. Queda modulado por la idea de compensación económica (equilibrio económico-financiero), hasta el punto de ser uno de los elementos caracterizadores básicos de la figura.

El equilibrio económico de la concesión administrativa es un concepto jurídico indeterminado que informa y caracteriza las relaciones entre la Administración concedente y el concesionario privado no como un mero intercambio de prestaciones sino como una forma de colaboración para la consecución de un mismo fin. Se justifica en el interés público al que atiende el servicio objeto de aquella. Como consecuencia de ello, el equilibrio económico en el seno de una concesión asegura la conmutatividad de las prestaciones y la existencia de una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas en consonancia con la “honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige” (Arrêt de 11 de marzo de 1910, del Consejo de Estado francés, *Cie. Française de Tramways -arrêt Blum-*). El equilibrio económico despliega su eficacia en relación con ambas partes –frente a concepciones trasnochadas que lo ceñían





CONSEJO DE ESTADO

a favor del concesionario- como evidencian los artículos 258 y 282 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Ambas nociones –riesgo y ventura y equilibrio económico financiero- no son incompatibles. Antes al contrario juegan coordinadamente en el ámbito de las concesiones; con una mayor intensidad en las del servicio público y mixtas de obra y servicio público, como son las de autopistas y, en una menor intensidad, en las de obra pública. En efecto, el equilibrio económico constituye un mecanismo que tiene su límite natural en el riesgo y ventura, que sigue constituyendo el elemento definidor básico de la institución concesional. El juego de ambos asegura la vigencia de los principios de reciprocidad, conmutatividad, equivalencia de prestaciones, rendimiento económico para la Administración y el de proporcionalidad entre las prestaciones debidas (*Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1998*). El riesgo y ventura impide que el equilibrio económico se convierta en una garantía ordinaria total de los intereses de la empresa, trasladándolos íntegros al erario público en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales –como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1987-.

Lo que no cabe en este esquema legal hasta hoy vigente, por tanto, es la inexistencia –de manera absoluta- del riesgo y ventura y su sustitución por una aplicación del equilibrio económico que lo deje sin efecto. Así lo puso de manifiesto la exposición de motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, al decir “la asunción de riesgo en “proporción sustancial” por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación” y lo ha dicho este Consejo en varias ocasiones (entre otros, en el dictamen número 3.375/2001 de 5 de diciembre). Y es que la supresión del riesgo y ventura “ha sido puesta en cuestión doctrinalmente, al estimar, con toda justicia, que hay que dejar a cargo del concesionario lo que se ha llamado el “alea normal del contrato”, es decir, la pérdida o el beneficio que hubiera podido preverse normalmente, ya que un seguro total, que garantice al concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa y los traslade a la Administración en su integridad, vendría a establecer un desequilibrio y, en esta hipótesis, contrario a



CONSEJO DE ESTADO

los intereses públicos y a los principios de la justicia eterna (SSTS de 2 de julio de 1873 y de 25 de marzo de 1915), lo que representa un interpretación que conduce al absurdo” (*Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1985*). La inexistencia completa del riesgo y ventura en una relación concesional comporta, en consecuencia, que no se esté ante tal figura sino ante otra distinta; en concreto, ante un contrato de servicios.

En el esquema señalado, el riesgo es compatible, sin embargo, con la asunción por parte del Estado del coste de explotación de la concesión con el fin de disminuir el precio que debe pagar el usuario. Ahora bien, esta remuneración no puede tener el efecto de eliminar el riesgo de explotación que corresponde al concesionario, so pena de su recalificación como contrato. El riesgo tiene, por otra parte, de ordinario su límite en la no pérdida, esto es, en la compensación de la inversión efectuada. Lo que no puede asegurarse es un beneficio, un rendimiento positivo, al concesionario desvinculado causalmente del uso efectivo de la infraestructura. El concesionario puede ver ceñido su beneficio a lo que es la recuperación del coste de la inversión efectuada. En otros términos, aunque la vinculación de las remuneraciones al operador económico por el uso o frecuencia del servicio sea un elemento significativo, lo determinante para apreciar la existencia de una concesión de servicios es que se haya transferido al concesionario la responsabilidad de la explotación. En consecuencia, en los casos en que la retribución al concesionario está vinculada al uso del servicio, pero existen mecanismos de compensación por los que el poder público garantiza un nivel de beneficios no cabe hablar de la existencia de una concesión si desaparece el riesgo de explotación. Depende de la existencia de riesgo de explotación el que el contrato sea de concesión o, en su ausencia efectiva, de servicios.

Pues bien, el esquema expuesto se ve radicalmente modificado en la regulación proyectada a resultas de la incorporación de las previsiones de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

El artículo 2.1. a) de esta Directiva define la concesión de obras públicas como “un contrato oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno





CONSEJO DE ESTADO

o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago". El apartado b) del mismo precepto define la concesión de servicios como "un contrato oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago".

El párrafo segundo del precepto añade que:

"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 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".

Conforme con la Directiva -que ha recogido en este punto la jurisprudencia comunitaria consolidada sobre la materia (*Sentencias de 10 de septiembre de 2009, asunto Eurwasser, apartados 59 a 67; de 10 de marzo de 2011, asunto Privater y de 10 de noviembre de 2011, Asunto Norma A, Dekan*)-, el rasgo diferencial que caracteriza a la concesión frente a otros contratos es la transferencia real del riesgo en la construcción de la obra o la prestación del





CONSEJO DE ESTADO

servicio, de modo que el concesionario pueda no recuperar la inversión hecha o no cubrir los costes de la explotación.

Estas previsiones son incorporadas al artículo 14 del anteproyecto. En especial, en sus apartados 3 y 4.

Las determinaciones de la nueva regulación trastocan la regulación vigente. Esta hacer pivotar la figura concesional en el siempre delicado equilibrio entre el riesgo y ventura en la ejecución de la obra y la prestación del servicio y el derecho al equilibrio económico de la concesión. Sin embargo, la proyectada va mucho más allá al tomar como gozne de la institución concesional el riesgo operacional. La existencia de un derecho del concesionario al equilibrio económico de la concesión en el derecho español -de tal manera que el margen de beneficio planteado en el estudio económico financiero se mantenga estable en términos económicos durante la vida del otorgamiento- choca frontalmente con el concepto de riesgo operacional y por eso desaparece en el nuevo régimen. Este, como se ha dicho, existe cuando no está garantizado que el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes, afirmando que la aplicación de la regulación de concesiones es improcedente en los casos en que se alivie al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes. A la vista de estas previsiones, la nueva regulación priva al concesionario del derecho al equilibrio económico en los términos tradicionales.

En todo caso, el Consejo de Estado considera adecuada –aun cuando la Directiva no lo impusiera- el establecimiento de una regulación más detallada del contrato de concesión de obra pública; en especial, en lo tocante a la determinación del cálculo del riesgo de explotación debido a las dificultades apreciadas para fijarlo en diversos casos sobre los que ha tenido ocasión de pronunciarse este Cuerpo Consultivo (dictámenes números 1.134/2015 y 1135/2015).



CONSEJO DE ESTADO

- Artículos 15 y 17. Contrato de concesión de servicios y contrato de servicios

Los artículos 15 y 17 incorporan los conceptos de contrato de concesión de servicios y de servicios, respectivamente, conforme a la regulación del derecho de la Unión Europea.

La caracterización del contrato de concesión de servicios se hace por la existencia de la noción de riesgo operacional –desapareciendo el contrato de concesión de gestión de los servicios públicos, el concierto y la gestión interesada- y la determinación del plazo concesional en atención al plazo necesario para el retorno de las inversiones. La relevancia de esta modificación exige la formulación de algunas consideraciones generales.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, contribuyó a la tendencia a reducir la tipificación de la contratación de prestaciones de hacer dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. Si en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se distinguía entre contratos de consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales, tras lo que fue suprimida esta última categoría en 1999 y, por consiguiente, en el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, el TRLCSP, al igual que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, engloba todas estas prestaciones de hacer en la figura del contrato de servicios, pero mantiene, como las normas anteriores, su convivencia con el contrato de gestión de servicios públicos.

En este panorama, la principal novedad del anteproyecto en la tipificación de los contratos administrativos es la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos y la redifinición de los contratos de servicios y concesión de servicios, aspectos a los que la memoria del análisis de impacto normativo no presta atención suficiente. Dicha decisión ha de ser especialmente ponderada a partir del examen de las circunstancias que la han motivado.

Qm



CONSEJO DE ESTADO

En primer término, es relevante constatar que la diferencia entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos ha pivotado tradicionalmente sobre la naturaleza de la prestación que constituye el objeto convencional. Así, la calificación del contrato de gestión estaba condicionada por la configuración como servicio público de las prestaciones encomendadas por la Administración mediante el mismo. Era habitual que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, con el objeto de dilucidar si la encomienda de determinadas prestaciones a un particular había de encauzarse como un contrato de gestión de servicios públicos o como un contrato de servicios, acudiera a la legislación sectorial. Sirve de ejemplo el informe 37/1995, de 24 de octubre, que estudió la cuestión de si prestaciones como la resonancia nuclear magnética o el transporte sanitario, las cuales, debiendo realizarse a favor de los beneficiarios de la Seguridad Social, se encargaban en virtud de un contrato a una persona física o jurídica, merecían o no el calificativo de servicio público en sentido estricto. La Junta fundó la respuesta afirmativa en la regulación contenida en la legislación general de sanidad, que atribuye dicho calificativo a las prestaciones de los denominados servicios de salud integrados en el Sistema Nacional de Salud, en contraposición a las actividades sanitarias privadas.

Sobre este criterio dirimente tuvo un impacto reseñable la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sentado las bases para la distinción entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios, considerando que, con anterioridad a la reciente aprobación de la Directiva 2014/23/UE, el primero quedaba bajo el ámbito del ordenamiento europeo mientras que el segundo constituía un negocio jurídico excluido del mismo.

Ello se plasma en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en la circunstancia de que el contrato de servicios es una categoría que, prestada por un poder adjudicador y por un importe superior a los umbrales fijados, está sujeta a regulación armonizada, a diferencia del contrato de gestión de servicios públicos, que queda al margen de esta armonización. No se trata de una cuestión, por ende, meramente dogmática, sino que tiene importantes consecuencias prácticas, no ya solamente por las

Q



CONSEJO DE ESTADO

derivadas de la inclusión de la prestación en una u otra modalidad de contrato típico, sino también por la aplicación o no de las exigencias del Derecho europeo.

De acuerdo con dicha jurisprudencia, la tipificación de un contrato como concesión de servicio público exige la asunción del riesgo de explotación por parte del adjudicatario y el pago del coste del servicio por parte del usuario. Estas son las diferencias fundamentales respecto del contrato de servicios. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 2011 (asunto *Privater*) define de manera precisa qué debe entenderse por riesgo de explotación económica del servicio: “El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio”. En esta idea insiste la Sentencia de 10 noviembre de 2011 (asunto *Norma-A y Dekom*), conforme a la cual la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre, por lo que, si bien el modo de remuneración (cuando procede de los usuarios) es un indicio para la calificación de una concesión de servicios, es necesario que se produzca dicha transferencia para hablar de esta categoría.

Esta jurisprudencia ha inspirado la Directiva 2014/23/UE, en la que se afirma que “la característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, 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 parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador” (considerando decimoctavo).





CONSEJO DE ESTADO

De lo dicho hasta ahora se colige que la distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos, basada en la naturaleza de la prestación, ha sido desplazada por una dicotomía entre el contrato de concesión de servicios y el de servicios fundada en la transferencia o no del riesgo operacional, con independencia de si el servicio sobre el que recae el pacto entre las partes tiene la consideración de servicio público.

El anteproyecto reproduce esta dicotomía, diferenciando entre el contrato de concesión de servicios, caracterizado por que la contrapartida percibida por el concesionario consiste bien en el derecho a explotar los servicios o bien por dicho derecho acompañado de un precio (artículo 15), y el contrato de servicios, cuyo objeto son prestaciones de hacer orientadas a la consecución de un resultado distinto de una obra o suministro (artículo 17). Dado que, como se ha indicado, la forma de remuneración es un indicio del contrato de concesión de servicios, pero no resulta determinante, el apartado 2 del artículo 15 del anteproyecto precisa que el derecho de explotación de los servicios ha de implicar indefectiblemente la transferencia al concesionario del riesgo operacional.

Prueba de la amplitud de la que quiere dotarse a esta última figura es la desaparición –tanto en la Directiva 2014/24/UE respecto de la Directiva 2004/18/CE como en el anteproyecto respecto del vigente TRLCSP- del anexo II, comprensivo del listado de servicios que pueden constituir el objeto del contrato típico ahora analizado. Se completa, así, la tendencia antes apuntada, de forma que la contratación de prestaciones de hacer diferentes de una obra o un suministro solamente puede articularse a través del contrato de servicios, salvo que sobre el adjudicatario pese la asunción del riesgo operacional, en cuyo caso debe hablarse del contrato de concesión de servicios. A partir de las premisas de las Directiva 2014/23/UE y 2014/24/UE, no parece factible concebir una figura contractual prestacional que escape a una u otra categoría.

En este esquema, el anteproyecto prescinde del tradicional contrato de gestión de servicios públicos. A ello se refiere la exposición de motivos cuando afirma: *“En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los*





CONSEJO DE ESTADO

diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 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, y que podrá tener por objeto servicios que no sean públicos siempre y cuando los mismos sean de la titularidad o competencia de la Administración”.

A raíz de dicha preterición, en líneas generales, el texto sometido a consulta ha equiparado –en cuanto a su régimen jurídico- el contrato de concesión de servicios al de gestión de servicios públicos. Así se sostiene con rotundidad en la disposición adicional trigésima sexta: *“Las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos se entenderán realizadas tras la entrada en vigor de la presente Ley al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecuen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley”.* Y así se aprecia con nitidez de la lectura del Capítulo III del Título II del Libro Segundo, en el que el régimen del contrato de concesión de servicios es claramente heredero del contrato de gestión de servicios públicos. Por su parte, la regulación del contrato de servicios (Capítulo V del mismo título) no ofrece grandes novedades, más allá de la introducción de un precepto (artículo 310) acerca de las especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos, sobre lo que se volverá.

En la valoración de esta decisión normativa no puede orillarse la importancia que la noción de servicio público ha tenido y tiene en el Derecho continental, como elemento vertebrador, no solamente de la contratación, sino en general de la actividad de los poderes públicos. Desde la Escuela de Burdeos, para la que la noción del servicio público sustituye el concepto de soberanía como fundamento del Derecho público, dicha noción abarca toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante.



CONSEJO DE ESTADO

Pronto reflejado en la doctrina del Consejo de Estado francés (asunto *Terrier*, de 6 de febrero de 1903), el concepto de servicio público se traslada con naturalidad al ámbito de la contratación, en la medida en que, para hacer frente a su responsabilidad de garantizar la prestación regular a los ciudadanos de los servicios englobados en dicho concepto, la Administración, además de poder realizar la actividad por sí misma, puede asegurarse su ejecución por terceros a través de la gestión contractual. Esta ha dado lugar a la construcción de los principios inspiradores de la prestación de los servicios públicos, que de nuevo debemos, en buena medida, a la doctrina francesa y entre los que destacan los principios de continuidad, igualdad y mutabilidad. Tales principios están presentes en nuestra legislación de contratación administrativa, en el texto refundido actual a propósito del contrato de gestión de servicios públicos.

El desplazamiento de la noción de servicio público como elemento diferenciador de las dos modalidades contractuales aludidas, para poner el foco en un aspecto, sin duda, importante, pero de índole organizativo, como es si se transfiere o no el riesgo operacional, es el germen de diversas distorsiones. Al fin y al cabo, si el adjudicatario asume o no el aludido riesgo es una cuestión capital para regular las relaciones entre las partes en el contrato, pero sin impacto directo en los ciudadanos destinatarios de los servicios públicos, en beneficio de los cuales ha de garantizarse la continuidad e igualdad en la prestación. Tales distorsiones pueden reconducirse a dos:

a) En el contrato de concesión de servicios rigen las reglas propias del contrato de gestión de servicios públicos, pese a que, como reconoce la propia exposición de motivos, aquel contrato puede tener por objeto servicios no públicos. Los problemas derivados de esta circunstancia se estudian al hilo del contrato de concesión de servicios.

b) En el contrato de servicios no se establecen las garantías propias del servicio público, para el supuesto de que sea la vía por la que se articule, en el caso de que no recaiga sobre el adjudicatario el riesgo operacional. En concreto, no se asegura la vigencia de los principios básicos



CONSEJO DE ESTADO

definidores de la noción de servicio público, esto es, los de igualdad en su acceso, continuidad de su prestación y universalidad.

Por lo que se refiere, en concreto, a este último tipo contractual, es cierto que el artículo 310 del anteproyecto regula las especialidades aplicables en el supuesto de prestaciones directas a favor de los ciudadanos. Así, el apartado 2 de este precepto, inspirado en el artículo 280 del actual texto legal vigente (en sede del contrato de gestión de servicios públicos), dispone:

“El pliego podrá prever para el adjudicatario de un contrato de servicios de esta naturaleza, las obligaciones de prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada; de cuidar del buen orden del servicio; de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración; y de entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.”

Ahora bien, esta previsión no resulta bastante para hacer frente a las limitaciones y disfunciones que resultan de la apelación al contrato de servicios en la gestión de servicios públicos en que no se transfiera riesgo operacional. No se prevén en el contrato de servicios prescripciones (que sí se recogen para los servicios públicos objeto de concesión) como la inembargabilidad de los bienes en tanto que afectos al servicio público (artículo 289.3), el secuestro o la intervención, en relación con el incumplimiento del contratista, atendida su vinculación con el servicio y el interés públicos (artículo 291) o la inclusión entre las causas de resolución del contrato del rescate y la supresión del servicio por razones de interés público (artículo 292 c) y d)) y, consecuentemente, los efectos a ellas vinculados (artículo 293). Asimismo, ante la falta de previsión legal respecto del contrato de servicios, tampoco resultarán ejercitables por la Administración las potestades que el ordenamiento jurídico le confiere por tratarse de servicios públicos y que la legislación acota al contrato



CONSEJO DE ESTADO

de gestión de los mismos. Entre las mismas, cabe mencionar las potestades de ordenación y dirección del servicio público o de control sobre el mismo, todas ellas reconocidas en la normativa local.

No resulta sencillo encontrar una solución a los problemas expuestos.

La re inserción de la figura del contrato de gestión de servicios públicos es una opción que no debe ser desdeñada. Pero hay que tener en cuenta dos factores ineludibles:

a) Dado el alcance casi omnicomprensivo del contrato de servicios, siempre que al adjudicatario no le sea transferido el riesgo operacional, no tiene un encaje visible una nueva figura contractual si se pretende que, como sucede en el TRLCSP, no esté sujeta a regulación armonizada. Dicho de otro modo, un eventual contrato de gestión de servicios públicos tendría que estar sometido a las garantías de publicidad, igualdad y concurrencia en la adjudicación así como a los medios de reacción frente a actos vulneradores de estos principios, en los términos previstos en las directivas europeas.

b) Esta modalidad contractual, añadida al contrato de concesión de servicios y del de servicios, no eximiría de depurar en la regulación del primero aquellas previsiones cuya aplicación no resulta procedente si el concedido no es un servicio público.

Ante estas dificultades, se presenta otra alternativa que ofrece mayores ventajas. Cabría mantener la tipificación contractual del anteproyecto, basada en la diferenciación entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios, estableciendo para cada uno de ellos una regulación de sus efectos, extinción y cumplimientos inspirada en la hipótesis de que el servicio de que se trate no sea público. Esta regulación se completaría con unas especialidades –comunes a ambos tipos contractuales– para el supuesto de que el servicio concedido o adjudicado tenga la naturaleza de servicio público. Cabe, incluso, pensar en la posibilidad de que el contrato de servicios,

9



CONSEJO DE ESTADO

cuando recaiga sobre un servicio público, adopte la forma de la gestión interesada, el concierto o la sociedad de economía mixta, que forman parte de la tradición del Derecho administrativo español.

En todo caso, es inexcusable la reevaluación del anteproyecto con vistas a resolver las disfunciones mencionadas, por cuanto la dicotomía entre el contrato de concesión de servicios y el de servicios no puede redundar en la merma de la regularidad y continuidad en la prestación de los servicios públicos. Esta observación se formula con carácter esencial a los efectos de lo establecido en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

**Sección 2ª: Contratos sujetos a regulación armonizada.
Artículos 19 a 23**

El anteproyecto de Ley conserva la distinción introducida en la Ley 30/2007, entre contratos sujetos a regulación armonizada y contratos no sujetos a dicha regulación. Bajo esta singular denominación se distingue, como decía la exposición de motivos de la citada Ley 30/2007, aquellos contratos que están sujetos íntegramente a la regulación del derecho europeo. La diferenciación tenía –y tiene- por finalidad identificar los negocios que, por razón del sujeto, tipo e importe, están sometidos a las directivas comunitarias de suerte que sus eventuales modificaciones futuras afecten solo a los sujetos a regulación armonizada sin incidir en el resto.

En la regulación actual, son contratos armonizados algunos típicos: en concreto y dejando a un lado los contratos de colaboración pública-privada (que desaparecen en el anteproyecto) que lo son en todo caso, reciben tal calificación los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministros y algunos de servicios –los incluidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II- cuando su valor estimado supera determinados importes fijados en los artículos 14 a 16 de la vigente Ley. Por el contrario, no son armonizados los referidos contratos de obras, concesión de obras públicas, suministro y servicios no incluidos en las categorías antes citadas del Anexo II y, en ningún caso, el contrato de gestión de servicios públicos.





CONSEJO DE ESTADO

El anteproyecto introduce en la categoría de contratos sujetos a la regulación armonizada los de concesión de servicios –categoría que embebe a la antigua de concesión de gestión de los servicios públicos- cuando superen determinada cuantía. Esta regulación se ajusta a las previsiones de las directivas incorporadas.

El anteproyecto también establece una larga relación de contratos que quedan excluidos en el apartado 2 del artículo 19, que se ajustan con literalidad en la mayor parte de los casos a las previsiones contenidas en las directivas de las que traen causa. Este hecho hace que, en ocasiones, la terminología empleada no se ajuste a la que es propia de nuestro derecho como ocurre en el apartado 1º de la letra e) cuando se refiere a contratos que tengan por objeto “la representación legal de un cliente por un abogado”. Precepto este, en el que, por otra parte, llama la atención que solo quede excluido el contrato de representación legal de un cliente por un abogado y no por un procurador.

Además, el anteproyecto mantiene la condición de contratos sujetos a regulación armonizada de determinados contratos subvencionados con cargo a fondos públicos; en concreto, los de obras y de servicios subvencionados en forma directa en más de un 50% de su importe por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores y estén incluidos en determinadas categorías fijadas (artículo 23.1). Esta inclusión viene impuesta por el artículo 13 de la Directiva y no procede formular objeción alguna a ello. Ahora bien, no deja de ser singular que los contratos celebrados por particulares queden sujetos a las mismas reglas y al mismo régimen jurídico y de impugnación que los hechos por las entidades del sector público, lo que causa dificultades comúnmente; en especial, a la hora de establecer la relación procesal en aquellos casos en que la competencia para conocer de los litigios planteados corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la inexistencia de una Administración pública a demandar.





CONSEJO DE ESTADO

**- Sección 3ª. Contratos administrativos y contratos privados.
Artículos 24 a 27**

El anteproyecto mantiene la tradicional distinción entre contratos privados y contratos administrativos y no introduce modificaciones sustanciales.

La calificación de los que son administrativos se ajusta a lo que ha venido siendo tradicional en nuestro derecho. Tienen ese carácter los típicos de obra, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios –sin perjuicio de dos excepciones enumeradas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 25-, los declarados expresamente como tales por una ley y los 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”. Se conserva así la ambigua fórmula tradicional que ha dado lugar a numerosas interpretaciones contradictorias y a una jurisprudencia dispersa.

Los contratos privados por su parte se definen en el artículo 26 del anteproyecto también de la manera que se ha venido haciendo: por exclusión, al decir que son privados los que tienen un objeto distinto de los administrativos y los celebrados por entidades del sector público que no poseen la condición ni de Administraciones públicas, ni de poder adjudicador.

Esta previsión se ve completada con la calificación de contratos privados de los de determinados servicios financieros, los de creación e interpretación artística y literaria, algunos de espectáculos y los de suscripción de revistas que hacen los apartados 1º y 2º de la letra a) del apartado 1 del artículo 25.

El Consejo no formula observación a la regulación contenida en el anteproyecto, pero sí considera que debiera ponderarse la conveniencia de incluir los calificados como privados en los citados apartados 1º y 2º de la letra a) del apartado 1 del artículo 25 en el artículo 26 por meras razones sistemáticas.

Q



CONSEJO DE ESTADO

- Artículo 27. Jurisdicción competente

El artículo 27 introduce diversas modificaciones respecto de la regulación actualmente vigente en el sentido de encomendar que todas las cuestiones litigiosas atinentes a las fases de preparación y adjudicación de los contratos de los poderes adjudicadores se residencien en el orden contencioso-administrativo. Se supera así la situación creada por la Ley de Contratos del Sector Público que atribuía competencias a las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa, según el carácter de armonizado o no de los contratos, en relación con los celebrados por los poderes adjudicadores.

Con la nueva regulación, la competencia del orden jurisdiccional viene determinada por el criterio funcional de poder adjudicador –y no formal de Administración pública-. Ello supone el reconocimiento de la existencia de actos administrativos de carácter material –lejos de la concepción mayoritariamente aceptada por la doctrina- en el sentido que lo hace el artículo 2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

El Consejo de Estado considera que la regulación proyectada aunque solventa algunas de las graves dificultades que se vienen suscitando en la práctica hasta la fecha en orden a determinar la competencia jurisdiccional en el caso de los contratos sujetos a la Ley de Contratos, no deja de crear otras.

En efecto, conforme a las previsiones del anteproyecto, el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las cuestiones que susciten la preparación y adjudicación de los contratos del sector público de sujetos que no sean poderes adjudicadores y que, aun de manera poco intensa, se rigen por las previsiones de la ley proyectada. No parece al Consejo de Estado que el orden jurisdiccional civil sea el idóneo para enjuiciar tales cuestiones. Presupuesto que las normas de la contratación pública tienen carácter administrativo, parece razonable incardinar en el orden contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones que se susciten con relación a ellas. No se le oculta al Consejo las dificultades que puede plantear residenciarlas en esa jurisdicción a la hora de constituir la relación procesal



CONSEJO DE ESTADO

tanto por ser ambas privadas como por no existir un acto administrativo formal en su configuración tradicional. Tal vez la fórmula adecuada para reconducir al orden contencioso-administrativo tales cuestiones sea prever en la norma elaborada que estas puedan ser impugnadas mediante el recurso especial, de manera que se cuente con un acto administrativo en sentido formal contra el que recurrir –y no simplemente la decisión del Consejo de administración de una sociedad pública-.

Por otra parte, el orden jurisdiccional civil será competente también para resolver las controversias relacionadas con los efectos y extinción de los contratos privados celebrados por los poderes adjudicadores, con excepción de las modificaciones contractuales. Ahora bien, el anteproyecto somete a disposiciones de derecho administrativo otras cuestiones atinentes a este tipo de contratos como son las relativas a su cesión, su subcontratación y su resolución. No parece al Consejo de Estado –a la vista de las dificultades apreciadas desde 2007- que sea una solución adecuada y eficaz que la jurisdicción civil conozca de las pretensiones en relación con la resolución de un contrato sujeto a regulación armonizada por parte del poder adjudicador ante la imposibilidad de modificarlo en el caso de que el contratista se oponga a dicha resolución o a la cuantificación de la indemnización a la que tiene derecho.

Por todo ello, el Consejo de Estado considera que debe ponderarse la conveniencia de volver al esquema tradicional de reparto vigente hasta la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 –incluso con acogimiento desde 1965 de la doctrina de los actos separables-. Conforme a ella, la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para dilucidar las controversias que se rigen por el derecho administrativo y la jurisdicción ordinaria, las que lo hacen por el derecho privado. En otros términos, debería tenderse –lo que permite por otra parte el artículo 2.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa- a una situación en la que este orden jurisdiccional conozca de las pretensiones deducidas frente a los actos y actuaciones –incluidos los de preparación y adjudicación- de todos los contratos administrativos y no administrativos sujetos a la “legislación de contratación del sector público”. No se oculta a este Consejo que la inserción de nuevos sujetos –con forma jurídico privada- en la noción de sector público puede plantear





CONSEJO DE ESTADO

dificultades pero la noción de acto administrativo material coadyuva a dicho retorno.

Libro Primero.- Título I: Capítulos I. Racionalidad y consistencia de la contratación pública; II. Libertad de Pactos y contenido mínimo del contrato; y III. Perfección y forma del contrato. Artículos 28 a 37.

En relación con este título, el Consejo formula las siguientes observaciones:

- Artículo 29, apartado 6. Plazo de duración de los contratos de concesión de obras o servicios

El artículo 29.6 del anteproyecto establece en sus tres primeros párrafos lo siguiente:

“Los contratos de concesión de obras y de servicios tendrán un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin que aquél, con carácter general, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, se extienda, más allá de cinco años.

Si la concesión de obras o de servicios tuviera que sobrepasar el plazo señalado en el párrafo anterior, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.

Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión”.





CONSEJO DE ESTADO

En un plano meramente formal, en el primer párrafo deberían mencionarse “los contratos de concesión de obras y de *concesión de servicios*”, pues el precepto se refiere únicamente a los contratos de concesión y para evitar una eventual confusión respecto a su aplicación a los contratos de servicios (de forma correcta, algunos párrafos posteriores, como el segundo que se ha reproducido, se refieren a las “concesiones de obras o de servicios”). Y en la última frase de ese párrafo primero debiera decirse “... se extienda más allá de cinco años” (sin coma).

Con independencia de estas posibles mejoras de redacción, el artículo 29.6 regula la duración de las concesiones de obras o servicios, cuestión a la que se dedica el artículo 18 de 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. Este precepto contiene las siguientes reglas:

“1. Las concesiones serán de duración limitada. El poder o entidad adjudicador calculará la duración en función de las obras o los servicios solicitados.

2. Para las concesiones que duran más de cinco años, la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.

Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión”.

Con ocasión de la tramitación del expediente se ha criticado que el artículo 29.6 del anteproyecto, primer párrafo, limite la duración de las concesiones de obras o servicios de forma más bien imprecisa (sin que tal duración se extienda, incluyendo las prórrogas y “con carácter general”, más allá de cinco años).





CONSEJO DE ESTADO

Debería suprimirse esta limitación que no está prevista en la Directiva, haciendo únicamente referencia a las reglas del párrafo segundo para el caso de que la concesión de obras o de servicios supere el mencionado plazo de cinco años.

Artículos 30 a 33. Ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública, sistemas de cooperación pública vertical y horizontal y encargos a medios propios personificados o no

Toda la materia relativa a la ejecución de los contratos públicos con medios propios, en especial con medios propios personificados (encargos a personas jurídicas controladas), ha sido objeto de sucesiva ampliación y perfeccionamiento por el Derecho de la Unión Europea, dando lugar en la actualidad a una regulación muy compleja. En esta evolución ha resultado decisiva la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre otras en la Sentencia de su Sala Quinta de 18 de noviembre de 1999, C-107/98, *Teckal* y en la Sentencia de su Sala Segunda de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, *TRAGSA*.

El esquema que resulta del anteproyecto es el siguiente:

El artículo 30 regula la tradicional ejecución directa por la Administración con medios (materiales) propios, es decir, no personificados. El artículo 31, con una terminología especialmente abstrusa y dogmática -tomada de la Directiva 2014/24/UE- habla de la potestad de autoorganización que puede desembocar en una cooperación vertical (en definitiva, encargos a medios personificados que se regulan por los artículos 32 y 33 del anteproyecto) y de la llamada "cooperación horizontal" entre entes del sector público y previa celebración de los correspondientes convenios. Ninguno de los resultados de estas formas de cooperación –encargos, convenios- puede calificarse de contractual.

Así las cosas, en primer lugar, se encuentra la norma del artículo 31.b) que remite al artículo 6.1 del anteproyecto que, en los términos que en él





CONSEJO DE ESTADO

se recogen, prevé la exclusión del ámbito de la Ley de los convenios entre Administraciones públicas y entre los organismos públicos que menciona. “La exclusión requerirá, establece su párrafo segundo, que las entidades públicas participantes en el convenio, en la medida en que gocen de la condición de poderes adjudicadores, realicen en el mercado abierto menos del 20 por ciento de las actividades objeto de la colaboración”.

Es esta una perspectiva, por así decir, totalmente interadministrativa. La preocupación que subyace a la misma está expresada en el considerando 31 de la Directiva 2014/24/UE: “Existe una considerable inseguridad jurídica en cuanto a la medida en que los contratos celebrados entre entidades del sector público deben estar regulados por las normas de contratación pública. La correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido objeto de diferentes interpretaciones por parte de los distintos Estados miembros e incluso por los distintos poderes adjudicadores. Por tanto, hace falta precisar en qué casos los contratos celebrados en el sector público no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública (...). 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”.

Este control se concreta en un porcentaje; en concreto, el establecido por el artículo 12.4.c) de la citada Directiva:

“Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;

9



CONSEJO DE ESTADO

- b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y
- c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación”.

En segundo lugar -y en otro orden de preocupaciones- se sitúa la llamada contratación *in house* propiamente dicha, que pasa a denominarse en el anteproyecto encargo a medios propios. “En la Ley –expresa la exposición de motivos-, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia”.

Las claves se enuncian así por el considerando 32 de la Directiva 2014/24/UE: “Los contratos públicos adjudicados a personas jurídicas controladas no deben estar sometidos a la aplicación de los procedimientos previstos en la presente Directiva si el poder adjudicador ejerce sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que la persona jurídica controlada dedique más del 80% de sus actividades al ejercicio de funciones que le hayan sido asignadas por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, independientemente de quién sea el beneficiario de la ejecución del contrato”.

Por su parte, el artículo 12 de la Directiva de contratación regula la cuestión en sus apartados 1, 2, 3 y 5 con el siguiente esquema: i) un contrato celebrado por un poder adjudicador con otra persona jurídica –de Derecho público o privado- queda *excluido* de la Directiva si ejerce sobre ella un control análogo al que tiene sobre sus propios servicios, si aquella persona desarrolla más del 80% de sus actividades en el ejercicio de cometidos confiados por el poder adjudicador y si no existe participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada; ii) también se puede excluir cuando la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, adjudica un contrato al poder que la controla; iii) aun cuando no exista un control con esas tres



CONSEJO DE ESTADO

características, también se puede adjudicar al margen de la Directiva si el poder adjudicador ejerce “conjuntamente con otros poderes adjudicadores” (fórmula de control conjunto que la Directiva describe detalladamente) un control análogo al que ostenta sobre sus propios servicios; y iv) para determinar el volumen de actividades controladas se siguen una serie de criterios –“promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado”.

Todo este esquema se reproduce por el anteproyecto en los artículos 32 (cuando el encargo se hace por poderes adjudicadores, en este caso en rigurosa transposición de la Directiva mencionada y del paralelo artículo 17 de la Directiva 2014/23/UE) y por el artículo 33 (para regular el encargo a medios propios por poderes no adjudicadores, y por tanto como materia propia de Derecho interno).

Cabe destacar que, en el primer caso, el encargo como tal no tiene la consideración de contrato, como se dijo, si bien deberá formalizarse en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación y también en ella el medio propio personificado deberá haber publicado su condición de tal (artículo 32.5 del anteproyecto). Ahora bien, los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en cumplimiento de este sí tienen consideración contractual y quedan sometidos a la Ley “en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre” (artículo 32.6 del anteproyecto).

Finalmente, en estos supuestos, el “importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 60% de la cuantía del encargo”, salvo que se establezca otro límite en la orden de encargo; aun cuando “no será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios” (artículo 32.6.b), párrafos primero y último).

En relación con esta regulación, cabe formular observación a tres extremos, que han suscitado algún reparo durante la elaboración del expediente:

Q



CONSEJO DE ESTADO

- Ante todo, debe cohonestarse este régimen con el establecido en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (“Medio propio y servicio técnico”), y en especial con lo previsto en su apartado 2 conforme al cual: “Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes: a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica. b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico”.

- En segundo lugar, la norma que prevé el supuesto de una contratación encargada a un medio propio personificado en la que, a su vez, este puede contratar en un determinado porcentaje “prestaciones parciales” con terceros (artículo 32.6, antes mencionado) debiera fijar tal porcentaje en uno inferior al 60%.

Asimismo, no debería exceptuarse de esta regla a los “contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios” (artículo 32.6.b), último párrafo). Aun cuando no es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión Europea, parece conveniente disminuir la posibilidad de contratación parcial por el medio propio para evitar el riesgo de excluir el acceso de terceros a la contratación mediante los procedimientos establecidos en el texto sometido a consulta.

- Artículo 35. Contenido mínimo del contrato

En la relación de documentos que integran el contenido mínimo del contrato debería incluirse, a continuación de la mención del “precio cierto o el modo de determinarlo” (apartado 1.f)), el de su valor estimado en razón de la importancia que esta noción adquiere en el anteproyecto (artículo 101) y que ha sido destacada tanto por la memoria como por la exposición de motivos al decir:





CONSEJO DE ESTADO

«se han revisado a efectos de su homogeneización las diversas expresiones que se utilizaban en el texto refundido anterior para referirse al valor de los contratos, por ejemplo “cuantía” o “importe del contrato”, reconduciéndose en la mayor parte de los casos al concepto de “valor estimado” del contrato, que resulta ser el correcto. Este concepto queda perfectamente delimitado en la nueva Ley, al igual que lo están el de “presupuesto base de licitación” y el de “precio del contrato”, evitándose, de esta forma, cualquier posible confusión entre ellos».

- Artículo 36. Perfección de los contratos

El párrafo primero del artículo dispone que “los contratos que celebren los poderes adjudicadores, a excepción de los contratos menores y de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición a los que se refiere el apartado 3 de este artículo, se perfeccionan con su formalización”.

Este precepto reproduce la previsión del artículo 27.1 del vigente texto refundido, que arranca de la modificación legislativa hecha en materia de contratos en 2010.

No existe en el expediente justificación de las razones que abonan el mantenimiento de este criterio formal de perfección de los contratos. Se trata de una previsión que no viene impuesta por la regulación comunitaria. Quiebra un principio general de nuestro ordenamiento jurídico -vigente desde la aprobación del Ordenamiento de Alcalá en 1348- que se concreta en que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento (artículo 1258 del Código Civil). Quizás la razón justificativa sea la de asegurar que el contrato no exista, bien hasta tanto no haya transcurrido el plazo para impugnarlo mediante el recurso especial, bien no haya sido resuelto este. Pero, sin necesidad de quebrar el señalado principio básico de nuestra contratación, tal objeción se puede obviar mediante la introducción de una previsión que establezca que, aun perfeccionado el contrato, su eficacia quedará condicionada al transcurso del mencionado término o a la resolución del recurso correspondiente.





CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado considera que debe ponderarse muy especialmente la conveniencia del mantenimiento de una regla como la proyectada que hace de la formalización (*forma ad solemnitatem*) el elemento de perfección de los contratos. Su vigencia hasta la fecha no ha dejado de crear dificultades en diversos ámbitos. Baste en tal sentido mencionar las derivadas de la falta de formalización del contrato en relación con los daños causados a la Administración cuando dicha omisión es imputable al contratista. Se ha suscitado –y el anteproyecto no lo resuelve- la cuestión atinente a la naturaleza de dicha responsabilidad y a la forma de hacerla efectiva, puesto que, de una parte, los daños irrogados no pueden calificarse como contractuales y solventarse con arreglo a las reglas aplicables a estos (artículo 1101 del Código Civil); de otro lado, en muchas ocasiones la garantía provisional exigida no es bastante para compensarlos, de manera que el instrumento ordinario articulado para resolver la cuestión no lo hace de manera satisfactoria y, en fin, no existe un sistema propio y específico de la responsabilidad *precontrahendo* en nuestro ordenamiento jurídico que resulte medio eficaz para su indemnización.

Por lo demás, si la regla de la formalización del contrato como elemento determinante de la perfección del contrato pudiera tener alguna justificación acaso en el ámbito de la contratación administrativa, no se alcanza la razón para extenderla al ámbito de la contratación privada. Por ello, se considera pertinente ponderar el restablecimiento de la regla de que los contratos se perfeccionan mediante el acto de adjudicación, como se preveía en el artículo 27 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

En todo caso, debe asegurarse la adecuada y efectiva publicidad del acto de adjudicación para permitir a los interesados la eventual interposición de los correspondientes recursos.

Libro Primero.- Título I: Capítulos IV y V: régimen de invalidez y recurso especial en materia de contratación

En esta materia, el anteproyecto lleva a cabo una profunda reordenación de la vigente hasta la fecha.





CONSEJO DE ESTADO

La modificación más saliente es la desaparición de la llamada cuestión de nulidad que, para ciertos “supuestos especiales de nulidad” y con plazos y requisitos tasados, se regula en el vigente artículo 39 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Cabe destacar que recientemente se ha aprobado el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que contiene una regulación del procedimiento común a los recursos o remedios procesales actualmente vigentes –esto es, la revisión de oficio, la cuestión de nulidad y el recurso (llamado reclamación en los sectores excluidos) en materia de contratación- y que en buena parte quedará derogada por el anteproyecto. Sería deseable: i) que en este se incluyese la derogación expresa que resulte procedente de aquellas normas; y ii) que se tramitase *pari passu* la correspondiente modificación reglamentaria.

En línea con lo anterior, se prevén otras dos modificaciones relevantes, a saber:

a) El régimen de invalidez se extiende a todos los “contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados” según el artículo 38 del anteproyecto (y no solo, como hasta ahora, a los contratos de las Administraciones públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados); y

b) El artículo 41.2 del anteproyecto considera a “los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados” como actos administrativos a los efectos de esta Ley.

Desde el punto de vista sustantivo o de los supuestos de invalidez, las causas de nulidad de derecho administrativo (artículo 39) se amplían



CONSEJO DE ESTADO

notablemente, incluyendo tanto los motivos generales como los antes llamados supuestos especiales de nulidad.

El recurso especial en materia de contratación sigue ceñido a los contratos sujetos a regulación armonizada y extiende su objeto a ciertas actuaciones irregulares además de a la adjudicación y la preparación contractuales (*cf.* artículo 44.2, apartados d) y e), del anteproyecto). Se sustituye su carácter potestativo por el de recurso que preceptivamente habrá de interponerse para agotar la vía administrativa y acceder al recurso contencioso-administrativo (artículos 44.6 y 59.1 del anteproyecto), lo que la exposición de motivos ha justificado diciendo que “constituye una garantía más frente a posibles actos irregulares. Junto a ello, debe considerarse la demostrada ágil resolución de los recursos especiales y que el nuevo sistema contribuirá a evitar estrategias procesales de impugnación de diferentes actos de una misma licitación unos ante el órgano que resuelva el recurso especial y otros ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en función de los intereses de parte”. Es excluyente respecto de cualquier otro recurso ordinario (artículo 44.5, suprimiéndose la posibilidad de que las Comunidades Autónomas creen otro recurso previo a este, prevista en los artículos 40.5 y 41.3, párrafo segundo, del vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) y contra su resolución no procede la revisión de oficio (artículo 59.3 del anteproyecto).

Al recurso contencioso-administrativo se accederá, pues, previa declaración de lesividad para los actos anulables (artículo 42.4) o bien tras la interposición del pertinente recurso especial en materia de contratación.

Se suprime en el anteproyecto la mención que existe en la legislación vigente a la posibilidad de que las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones públicas acudan al arbitraje para la solución de sus diferencias.

En conjunto, se introduce en el régimen de la invalidez y de los recursos una simplificación que se estima positiva. También es objeto de una cierta administrativización, en especial en el tratamiento de la revisión de oficio

9



CONSEJO DE ESTADO

cuyos motivos de nulidad de derecho administrativo se expanden de forma significativa y al establecerse el carácter preceptivo del recurso especial en materia de contratación (cuyo impacto económico, en términos de recursos públicos y de personal destinado al mismo, hubiera debido ponderarse más detalladamente por la memoria del análisis de impacto normativo). En los apartados que siguen se harán algunas observaciones de carácter particular a los preceptos comprendidos en estos capítulos.

Artículo 39. Causas de nulidad de derecho administrativo

Este artículo suscita varias observaciones relativas a los siguientes puntos: a) las remisiones que se hacen a la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común; b) la adición de ciertos supuestos de nulidad en los contratos celebrados por los poderes adjudicadores; c) en particular, la incorporación a este listado de la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 39.2.g), en transposición de normas de Derecho europeo; y d) los términos en que se añaden las causas de nulidad de los artículos 39.2.h) y 39.3.b) del anteproyecto.

a) La remisión a las normas de procedimiento administrativo común

Este es un problema general en todo el anteproyecto. En el artículo 39 se plantea respecto de la norma contenida en el apartado 1: "Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común". En los preceptos siguientes de los capítulos IV y V es muy frecuente la misma remisión: así, en el artículo 40.1 por lo que se refiere a las causas de anulabilidad de derecho administrativo, en el artículo 41, apartados 1 y 5, en lo relativo al procedimiento de revisión de oficio y a la suspensión dentro de él, en el artículo 44.6 respecto a los recursos ordinarios, etcétera.

Parece que la norma trata de evitar una referencia específica a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al no estar aprobada dicha ley durante la mayor





CONSEJO DE ESTADO

parte de la tramitación del anteproyecto remitido en consulta (aunque sí a la fecha de remisión de este al Consejo de Estado) y toda vez que aquella no se encuentra aún en vigor (entrada en vigor que se producirá el 2 de octubre de 2016).

En otros preceptos del anteproyecto la cuestión se plantea de forma similar en cuanto a las remisiones a la “legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público” (Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuya fecha de entrada en vigor general tendrá lugar también el 2 de octubre de 2016).

Sin embargo, se considera que es preferible hacer una remisión precisa a los diversos preceptos de la Ley 39/2015 (o en su caso de la Ley 40/2015) que regulan estas materias, más aún –en el caso del artículo 39 y conexos que ahora se analizan- tratándose de la delimitación de los supuestos y régimen de la nulidad de pleno derecho, de carácter tasado y estrictamente legal. No parece que sea óbice para ello el hecho de que la entrada en vigor de las mencionadas leyes todavía no se haya producido.

Una posible solución a este problema sería la de introducir una disposición transitoria en el anteproyecto con esta o similar redacción: “Hasta que se produzca la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, la remisión hecha en esta ley a esas normas deberá entenderse referida a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, según corresponda” (en términos idénticos a los que recoge hoy la disposición transitoria décima, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores; y cuyo apartado 2 enumera concretamente la correlación de artículos entre las citadas leyes).

b) Los supuestos de nulidad que se incorporan en el artículo 39.2, apartados c), d), e) y f)





CONSEJO DE ESTADO

Como antes se ha explicado, en el anteproyecto se suprime la cuestión de nulidad que regulaba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –que la limitaba solo a algunos supuestos especiales de nulidad y a su concurrencia en los contratos sujetos a regulación armonizada y en los subvencionados- y, en su lugar, estos supuestos se introducen como causas de nulidad de derecho administrativo, apreciables en la contratación celebrada por los poderes adjudicadores incluyendo los contratos subvencionados, en el artículo 39 del anteproyecto.

Se trata, en concreto, de cuatro supuestos de nulidad que recogen otros cinco previstos en la legislación vigente, uniéndose en su formulación los dos últimos. Son los siguientes: la falta de publicación del anuncio de licitación en los términos del artículo 39.2.c) del anteproyecto; la inobservancia por el órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que se cumplan los requisitos que exige el artículo 39.2.d); el haberse llevado a efecto tal formalización habiéndose interpuesto recurso especial y sin respetar la suspensión decretada en el mismo (artículo 39.2.e)) y el incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos derivados de un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios (artículo 39.2.f)).

Respecto a estos supuestos, “nuevos” en cuanto causas generales de nulidad de pleno derecho con todas las características propias de esta (acción indefinidamente abierta, efectos *ex tunc* de remoción del acto afectado, incluyendo la nulidad del propio contrato, la restitución de las prestaciones y la eventual indemnización si se trata de la nulidad de actos preparatorios o de la adjudicación del contrato según el artículo 42.1 del anteproyecto), cabe hacer ante todo una consideración general. En la teoría de los vicios invalidantes, la nulidad de pleno derecho ocupa el escalón más alto y por eso la interpretación de sus causas y la apreciación de su concurrencia a través de la revisión de oficio debe ser restrictiva, como es doctrina reiterada de este Consejo de Estado: la revisión de oficio “constituye un cauce de utilización ciertamente excepcional y de carácter limitado, ya que comporta que, sin mediar una decisión jurisdiccional, la Administración pueda volver sobre sus



CONSEJO DE ESTADO

propios actos, dejándolos sin efecto. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ella es sólo posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos" (dictamen del Consejo de Estado número 738/2005, de 30 de junio de 2005 y muchos otros). De ahí que deba ponderarse por el anteproyecto la oportunidad de incorporar en la legislación sobre contratos públicos estos cuatro supuestos que son sancionados con la consecuencia jurídica máxima de la nulidad de pleno derecho.

Por otra parte, en la redacción del anteproyecto desaparecen las excepciones que se contienen en el vigente artículo 37, apartados 2 y 3, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y que hacen referencia a la primera y la última de las causas citadas. A tenor de estos preceptos "no procederá la declaración de nulidad":

- En el supuesto de falta de publicación del anuncio de licitación, "si concurren conjuntamente las tres circunstancias siguientes:

a) Que de conformidad con el criterio del órgano de contratación el contrato esté incluido en alguno de los supuestos de exención de publicación del anuncio de licitación en el «Diario Oficial de la Unión Europea» previstos en esta Ley.

b) Que el órgano de contratación publique en el «Diario Oficial de la Unión Europea» un anuncio de transparencia previa voluntaria en el que se manifieste su intención de celebrar el contrato y que contenga los siguientes extremos:

- Identificación del órgano de contratación.
- Descripción de la finalidad del contrato.
- Justificación de la decisión de adjudicar el contrato sin el requisito de publicación del artículo 142.
- Identificación del adjudicatario del contrato.
- Cualquier otra información que el órgano de contratación considere relevante.



CONSEJO DE ESTADO

c) Que el contrato no se haya perfeccionado hasta transcurridos diez días hábiles desde el siguiente al de publicación del anuncio.

- En los supuestos de incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos derivados de un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, "si concurren conjuntamente las dos condiciones siguientes:

a) Que el órgano de contratación haya notificado a todos los licitadores afectados la adjudicación del contrato y, si lo solicitan, los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 153 en cuanto a los datos cuya comunicación no fuera procedente.

b) Que el contrato no se hubiera perfeccionado hasta transcurridos quince días hábiles desde el siguiente al de la remisión de la notificación a los licitadores afectados".

Estas excepciones a la apreciación de la nulidad, que en el sistema proyectado lo serían a su declaración por el procedimiento de revisión de oficio, parece que deben mantenerse por el anteproyecto, con las adaptaciones que resulten convenientes, habida cuenta de la excepcionalidad de los supuestos de nulidad de pleno derecho a que se acaba de hacer referencia.

c) *La causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 39.2.g) del anteproyecto*

El precepto reza así: "Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes: (...) g) El incumplimiento de normas de Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública por parte del órgano de



CONSEJO DE ESTADO

contratación, cuando así lo hubiera dictaminado el TJUE en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

La norma es transposición de lo previsto en el artículo 73.c) 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 y en el artículo 44.c) de la Directiva 2014/23/UE, a tenor del primero de los cuales: “Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad de rescindir un contrato público durante su período de vigencia, al menos en las circunstancias que se indican a continuación y con arreglo a las condiciones determinadas por el Derecho nacional aplicable, cuando: (...) el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista en vista de la existencia de un incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en los Tratados y en la presente Directiva, declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del TFUE”.

Ante todo, debe mejorarse la redacción para referirse al incumplimiento de normas de Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública por parte del órgano de contratación “cuando así lo hubiera *declarado* [o decidido o resuelto, en lugar de dictaminado] el TJUE en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

Por lo que hace al fondo de la regulación en proyecto, el considerando 112 de la Directiva 2014/24/UE expresa: “En algunas ocasiones los poderes adjudicadores se ven enfrentados a circunstancias que exigen la rescisión anticipada de contratos públicos a fin de cumplir con las obligaciones que se derivan del Derecho de la Unión en materia de contratación pública. Por consiguiente, los Estados miembros deben garantizar que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad, en las condiciones determinadas por el Derecho nacional, de rescindir un contrato público durante su período de vigencia, si así lo requiere el Derecho de la Unión”.





CONSEJO DE ESTADO

Parece, en primer lugar, que el sentido de las normas europeas sobre la cuestión y el de la regla prevista en el anteproyecto difieren notablemente. Aquellas se refieren a una posibilidad de rescisión que debe quedar abierta para los poderes adjudicadores en caso de incumplimientos tales como la existencia de una modificación sustancial del contrato que hubiese exigido nueva licitación, el estar incurso el contratista en prohibición de contratar o la que ahora se examina relativa a un “incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en los Tratados y en la Directiva 2014/24/UE” declarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (*cf.* artículo 74, apartados a), b) y c), respectivamente, de la Directiva 2014/24/UE).

Conforme a la Directiva las causas de rescisión son, pues, bien imputables al órgano de contratación (modificación sustancial de las prestaciones sin seguir el procedimiento establecido) bien al contratista (inobservancia de la prohibición de contratar), o bien a ambos (incumplimiento grave de las obligaciones declarado por sentencia del TJUE). Para la norma española en proyecto, sin embargo, esta última causa de nulidad se configura como imputable únicamente al órgano de contratación (“el incumplimiento de normas de Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública *por parte del órgano de contratación*”, dice el artículo 39.2.g) del anteproyecto).

Además, como ya se ha dicho, el anteproyecto configura esta situación como una causa de nulidad de pleno derecho, en tanto que la norma europea prevé la posibilidad de rescindir el contrato (lo que asemejaría más a esta figura con una de las causas de resolución por incumplimiento del artículo 209 del anteproyecto).

En definitiva, la cuestión no es aquí la de la revisión por la Administración de actos firmes –en este caso, contratos- contrarios al Derecho europeo (que ha sido estudiada por este Consejo en diversas ocasiones: *cf.* por todas lo dicho en el apartado V.2.1.b) del Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008) ni parece procedente, por tanto, el establecimiento de una nueva causa de nulidad de derecho administrativo con carácter general; sino que más bien se trata de ejecutar lo decidido por el TJUE respecto a la invalidez de un determinado



CONSEJO DE ESTADO

contrato y parecería más propio, por ello y para no desnaturalizar la teoría de las nulidades, establecer una nueva causa de resolución en el artículo 209.1 de la ley en proyecto que podrá ser acordada “de oficio o a instancia del contratista, en su caso” (artículo 210.1 del anteproyecto).

d) Las nuevas causas de nulidad previstas en los artículos 39.2.h) y 39.3.b) del anteproyecto

Finalmente, son también rigurosamente nuevas como causas de nulidad las previstas por el artículo 39 en sus apartados 2.h) y 3.b), que disponen de forma respectiva lo siguiente:

“2. Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes: (...) h) El incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 202 y 203”.

“3. Serán nulos de pleno derecho, asimismo: (...) b) Los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio”.

Ambos supuestos se han añadido también por el anteproyecto como nuevos actos que podrán ser objeto del recurso especial en materia de contratación, en los términos del artículo 44.2 del anteproyecto:

“Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones: (...)”

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 202 y 203 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que éstos no cumplan los requisitos legales”.





CONSEJO DE ESTADO

Nuevamente, tomando en cuenta lo excepcional de la nulidad de pleno derecho y la circunstancia de que este tipo de vicios podrán hacerse valer a través de la vía del recurso especial en materia de contratación, parece más aconsejable seguir únicamente este último cauce como el apropiado para impugnar las modificaciones *que no cumplan con lo establecido* en los artículos 202 y 203 de la Ley (sería mejor, por lo demás, usar la expresión remarcada que es la que emplea el artículo 44.2.a) del anteproyecto: modificaciones “basadas en el incumplimiento” de tales preceptos) y la formalización de encargos de forma ilegal, sin configurar a tales supuestos como de nulidad de pleno derecho.

Se sugiere, por tanto, la supresión del artículo 39, apartados 2.h) y 3.b), del anteproyecto.

- Artículo 42.4. Efectos de la declaración de nulidad

Este precepto regula, según su rúbrica, los “efectos de la declaración de nulidad”.

Su último apartado dispone: “4. Los efectos establecidos en los párrafos anteriores serán aplicables a aquellos casos en que pudiera declararse la nulidad o anulabilidad de tales actos por sentencia dictada en un recurso contencioso administrativo interpuesto previa declaración de lesividad”.

La norma es novedosa respecto del vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que no contiene ninguna similar. Aun cuando existían y se mantienen las referencias a la competencia para declarar la lesividad (artículo 41, apartados 2 y 3, del anteproyecto), no se establece por aquel ninguna regla sobre el contenido de la eventual sentencia recaída en el recurso contencioso-administrativo seguido tras dicha declaración.

El sentido de la norma parece ser el siguiente. Ante todo, se aplica únicamente a ese supuesto, el de la declaración de nulidad o la anulación de un acto decretados por sentencia recaída en un proceso iniciado por declaración de lesividad y demanda de la Administración firmante del contrato, esto es el



CONSEJO DE ESTADO

órgano de contratación. No se refiere, pues, al recurso contencioso planteado frente a la desestimación del recurso especial (el cual presenta una problemática distinta: artículos 59 y 60 del anteproyecto).

En tal sentido, lo primero que llama la atención es que se haga referencia a la “nulidad o anulabilidad” de los actos preparatorios o de adjudicación del contrato, pues lo normal será que, si se ha iniciado el proceso tras declaración de lesividad, los vicios concurrentes sean de mera anulabilidad (de otro modo, la Administración hubiera podido practicar la revisión de oficio que es la *sedes materiae* en la que se sitúa la regla: artículo 41, revisión de oficio; artículo 42 ahora analizado, efectos de la declaración *de nulidad*).

En todo caso, y sin que sea descartable que el tribunal aprecie la concurrencia de vicios de nulidad de pleno derecho, lo más relevante es la consecuencia jurídica que se establece relativa a que “los efectos establecidos en los párrafos anteriores *serán aplicables a aquellos casos en que pudiera declararse la nulidad o anulabilidad de tales actos por [la] sentencia*” que recaiga en dicho proceso. La consecuencia parece excesivamente simple y puede plantear diversos problemas:

- Ante todo, la formulación no es afortunada. No se trata de que los efectos puedan ser “aplicables” en tales casos, sino de que la sentencia los podrá declarar. Podría en esta línea disponerse que: “Los efectos establecidos en los apartados anteriores podrán ser acordados por la sentencia que declare la nulidad o anulabilidad de tales actos poniendo fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad” (lo que remite ampliamente la cuestión a los efectos de la sentencia regulados por los artículos 71 a 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

- En segundo lugar, y como se ha dicho, si el fallo de la sentencia fuese de anulación de los actos preparatorios o de la adjudicación, y no de nulidad de pleno derecho *stricto sensu*, aquella no comportará de forma automática los efectos radicales que se enumeran por el apartado 1, frase primera (“la [nulidad] del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación,



CONSEJO DE ESTADO

debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor”), sino que dará lugar a los efectos previstos por el artículo 71.1 de la citada Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, conforme a las pretensiones correspondientes: anulación, cese de la situación impugnada, reconocimiento y restablecimiento de la situación jurídica individualizada y en su caso estimación de la pretensión indemnizatoria ejercida.

- Solo cuando el fallo fuese de nulidad de pleno derecho se podría pues, establecer con automatismo que la sentencia podrá acordar los efectos previstos en los apartados anteriores del artículo 42. Y aun en este caso, parece problemática la previsión del apartado 3, a saber que: “Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio”. Tal declaración de continuación de los efectos del contrato declarado nulo bajo sus mismas cláusulas, con la previa ponderación de los efectos capaces de causar un grave trastorno al servicio público y hasta la adopción de las medidas urgentes que reparen el perjuicio, parece que deberá ser adoptada por la Administración (así se deduce del tenor literal de la norma, que hace referencia a la declaración “administrativa” de nulidad, al establecimiento de la continuación del contrato “en el mismo acuerdo”) o al menos concretada en ejecución de sentencia.

Por todas estas razones, debería suprimirse la regla del artículo 42.4 del anteproyecto o sustituirse por otra que más simplemente disponga: “Los efectos establecidos en los apartados anteriores podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”.



CONSEJO DE ESTADO

Artículo 44, apartados 1 y 6. Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles

Como antes se ha dicho, el anteproyecto introduce una gran novedad relativa al carácter obligatorio de la interposición del recurso especial en materia de contratación para acudir al recurso contencioso-administrativo (artículo 44.6), lo que la parte expositiva justifica por razones garantistas; si bien el ámbito objetivo del recurso sigue ceñido a los “actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran exclusivamente a contratos sujetos a regulación armonizada” (artículo 44.1 del anteproyecto).

Sobre estos extremos ya el dictamen número 514/2006, de 25 de mayo, del Pleno del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que se aprobaría después como Ley 30/2007, afirmó lo siguiente:

“La primera duda que plantea la regulación proyectada para el nuevo recurso especial y el nuevo sistema especial de medidas provisionales radica en su ámbito de aplicación. (...) Tales mecanismos son únicamente aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderán a los restantes contratos del sector público. A juicio del Consejo de Estado, esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos.

La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación



CONSEJO DE ESTADO

resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada.

Por estas razones, y aun cuando las exigencias de la Directiva de recursos [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] queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley.

Así se ha hecho en el Derecho francés, cuyo *référé précontractuel*, aunque creado en cumplimiento de la normativa comunitaria, se extiende al control de la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia de todos los contratos, estén o no en el ámbito de aplicación de las directivas. Frente al ejemplo francés, otros países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a la regulación comunitaria, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados”.

Posteriormente el citado dictamen subrayó que esta extensión del ámbito del recurso más allá de los contratos sujetos a regulación armonizada se entendía también conveniente en cuanto a la regulación de las medidas provisionales (hoy, cautelares: artículo 49 del anteproyecto), en orden a no producir una injustificada restricción de las garantías con que cuentan los interesados.

Por último y en otro orden de consideraciones, se señaló la conveniencia de configurar este recurso especial en materia de contratación como un recurso potestativo, tal y como en efecto sucede en el vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.



CONSEJO DE ESTADO

Pues bien, el Consejo de Estado reitera todos estos argumentos a la vista de que el anteproyecto sometido a consulta establece, de una parte, el carácter preceptivo del recurso y mantiene, de otra, su ámbito de aplicación referido a los actos y decisiones que se refieran exclusivamente a los contratos sujetos a regulación armonizada (sugiriéndose a este último respecto que se extienda a los contratos no sujetos a regulación armonizada, en todo caso y como mínimo cuando aquellos se celebren por poderes adjudicadores).

Artículo 44.7. Recursos contra actos de poderes adjudicadores que no sean Administración Pública

En el contexto normativo que se acaba de analizar, el último apartado del artículo 44 establece: "7. El Consejo de Ministros, mediante acuerdo, podrá ampliar los contratos en los que es susceptible de formularse el recurso especial cuando resulte aconsejable atendidas las razones de índole jurídica o económica concurrentes".

Se desconoce el origen de esta previsión, que no ha sido explicada por la memoria del análisis de impacto normativo ni se menciona por la parte expositiva del anteproyecto. De esta regla, inexistente en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en vigor, caben dos interpretaciones:

- Una, que el acuerdo del Consejo de Ministros al que se alude pueda autorizar que frente a ciertos contratos, por razones de índole jurídica o económica justificadas, quepa la interposición de recurso especial aun cuando aquellos no estén sometidos a regulación armonizada. Una opción de este tipo, al estilo de lo que p. ej. prevé el anteproyecto cuando regula la autorización excepcional del Consejo de Ministros para permitir la contratación de la Administración General del Estado con empresarios no clasificados (*cfr.* artículo 78.2 del anteproyecto y vigente artículo 66.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), sería manifiestamente inviable en materia de recursos -por discriminatoria- y no parece que esta haya sido la intención del legislador.



CONSEJO DE ESTADO

- Otra opción, a la que apunta más el tenor literal de la norma, sería que el Consejo de Ministros mediante acuerdo de efectos generales pudiese, no “ampliar los contratos” como se establece con redacción defectuosa, sino *extender el ámbito de los supuestos contractuales frente a los que cabe interponer recurso especial con carácter obligatorio* (bien disminuyendo las cuantías a que se refieren los artículos 19 y siguientes del anteproyecto para definir contrato sujeto a regulación armonizada, bien estableciendo de forma directa que ciertas categorías o tipos de contratos sean susceptibles de recurso), y ello por “razones de índole jurídica o económica”. Este segundo término de la alternativa consistiría, pues, en una determinación de carácter normativo, con vocación de generalidad, por parte del Gobierno para ampliar el ámbito del recurso especial.

Sin perjuicio de lo dicho antes sobre la conveniencia a juicio de este Consejo de extender el ámbito del recurso especial en materia de contratación sin hacer distinciones según que los contratos estén o no sujetos a regulación armonizada, parece claro que es el anteproyecto de Ley el que debe tomar una decisión normativa que resuelva de forma coherente y segura este punto. No cabe dejar la cuestión al ámbito reglamentario del real decreto ni la orden ministerial, ni menos deferirla a la decisión que se adopte mediante acuerdo del Consejo de Ministros.

En consecuencia, debe suprimirse el artículo 44.7 del anteproyecto. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo dispuesto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

- Artículo 45.4, apartado e). Órgano competente para la resolución del recurso en la Administración General del Estado

El precepto se refiere a las causas tasadas de remoción del presidente y los vocales del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y establece que aquellos “no podrán ser removidos de sus puestos sino por las causas siguientes: (...) e) Por condena a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito”.



CONSEJO DE ESTADO

Debería precisarse que tal condena debe ser declarada por sentencia firme.

- Artículo 50.1.b), último párrafo. Iniciación del procedimiento y plazo

Dispone este precepto lo siguiente: "En ningún caso se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente".

Nada se ha justificado en el expediente sobre la introducción de esta regla, que no encuentra paralelo en el vigente texto refundido.

Por lo demás, el sentido de la misma es claro y responde a la llamada condición de *contractus lex* -el contrato es ley para las partes- que tienen las cláusulas contractuales, incluidas las de los pliegos, cuando se ha producido la adjudicación del contrato. Según una antigua y reiterada jurisprudencia, la regla general es que el contrato, una vez perfeccionado, constituye la primera ley para las partes y resulta de inexcusable cumplimiento. De este modo, al haber sido aceptada -ante la ausencia de impugnación- la regla de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes, esta impediría a quien ha aceptado el pliego impugnar *a posteriori* sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presenta una propuesta para tomar parte en una licitación acepta e implícitamente da validez a lo actuado (*cf.*, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo y 20 de junio de 1972 y de 31 de marzo de 1975).

Una solución de este tipo encontraría apoyo, además, en lo dispuesto por el artículo 139.1 del anteproyecto, en términos similares a los establecidos hoy por el artículo 145 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: "Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la



CONSEJO DE ESTADO

aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna...”.

Frente a esta doctrina y la consecuente excepción del acto consentido juegan tres tipos de razones: i) que en todo caso lo anterior ha de dejar en pie la posibilidad de combatir los vicios que suponen la nulidad de pleno derecho; ii) alguna otra jurisprudencia que ha venido admitiendo la posibilidad de impugnación, incluso en casos de simple anulabilidad; y iii) la circunstancia de que el Derecho de la Unión Europea impone el efecto útil de la Directiva de recursos y es contrario a una regla de este tipo.

i) En primer término, la doctrina de la imposibilidad de impugnar los pliegos consentidos ha de dejar siempre a salvo lo dispuesto para los supuestos de cláusulas nulas de pleno derecho, toda vez que el acto nulo de pleno derecho no se puede consentir y puede impugnarse en cualquier momento.

ii) En segundo lugar, algunas sentencias han admitido la anulación de la adjudicación por vicios del pliego aun cuando este no había sido impugnado en tiempo oportuno (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1981 y 31 de octubre de 1982) y otra jurisprudencia ha dado lugar a la anulación de ciertas cláusulas contenidas en pliegos particulares conforme a los que se adjudicó un contrato, por concurrencia de vicios que suponen una grave infracción del ordenamiento jurídico o en casos en que el particular ha renunciado a derechos que la propia ley le reconoce (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1988).

También esta posibilidad de recurso parece venir abonada por lo dispuesto hoy con más claridad por el artículo 38.c) del anteproyecto, a saber: que “los contratos celebrados por los poderes adjudicadores (...) serán inválidos: (...) en aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado”.

iii) Finalmente, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13, *eVigilo Ltd.*, ha afirmado que “el



CONSEJO DE ESTADO

artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato” (apartado 58 y punto 1, segundo párrafo, del fallo).

En el expediente se ha alegado que una doctrina de este tipo obligaría -cuando se den las condiciones expuestas- a reabrir el plazo de recurso contra los pliegos y –esto es lo relevante- a permitir las pretensiones de impugnación de los mismos con ocasión del recurso que se interponga contra el acto de adjudicación.

A la vista de todo lo anterior, el Consejo de Estado sugiere que la regla sea suprimida dejando en cada caso la respuesta sobre la impugnabilidad al órgano competente para conocer del recurso, que deberá ponderar las circunstancias en juego.

En cualquier caso, de mantenerse la norma, debe formularse en términos de regla general que admite excepciones (no taxativos) y ha de incluir la salvedad –i. e. la posibilidad de recurso- frente a los pliegos o documentos contractuales en que concurren vicios de nulidad de pleno derecho. Podría establecerse en los siguientes o similares términos: “Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho”. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo dispuesto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.





CONSEJO DE ESTADO

- Artículo 51, apartado 3. Forma y lugar de interposición del recurso especial

El artículo 51.3 previene que el escrito de interposición se presentará en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. Reproduce el artículo 44.3 del actual texto refundido.

La regulación actual y proyectada difiere sustancialmente de la contenida en la legislación general de procedimiento administrativo -que facilita la presentación de escritos en los más variados registros-. Hasta la fecha, ha venido causando graves perjuicios y dificultades a los administrados al exigir la presentación del recurso especial en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para resolver. En especial, esos perjuicios se han producido cuando el recurrente, bien no tiene su sede en las localidades en que se ubican uno y otro, bien carece de medios para poder hacerlo. Esas dificultades no se han visto resueltas por la existencia de registros electrónicos. Las limitaciones de estos, sus cotidianos funcionamientos anormales y los obstáculos técnicos para su uso -derivados de las capacidades ordinarias de los medios informáticos de los usuarios que están muy alejadas de las presupuestas por la Administración- han originado hasta la fecha reiteradas situaciones indeseables y, en muchos casos, han situado a los administrados en palmaria indefensión ante la imposibilidad de accionar frente a la actuación de los poderes adjudicadores.

El anteproyecto -aunque no se justifica en la memoria y en el expediente que lo acompaña la razón- añade a la regulación vigente un párrafo segundo que reza: "los escritos presentados en otros registros contemplados a efectos de presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común, sólo se considerarán presentados ante el Tribunal en la que fecha en que se reciban en su registro, salvo que al mismo tiempo de la presentación en las oficinas mencionadas se remitiera al Tribunal copia del escrito en formato electrónico. En tal caso, se considerará como fecha de entrada la que corresponda a la recepción de la mencionada copia".





CONSEJO DE ESTADO

Trata esta previsión de neutralizar los dispersos pronunciamientos jurisprudenciales que, en aras de la justicia material, han venido declarando la aplicabilidad –más o menos directa- de las previsiones contenidas en el artículo 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

A juicio del Consejo de Estado, la nueva previsión introducida no viene a solventar el problema existente. No se alcanzan a este Cuerpo Consultivo las razones por la que se excluye la aplicación del sistema de presentación de escritos y registro general establecido en la legislación de procedimiento administrativo, instituido desde hace ya largos años en beneficio del administrado y menoscabado injustificadamente en materia de contratación pública. La eventual invocación de razones de celeridad no es bastante para comprometer el derecho de acceso al recurso de los interesados. Por ello, se considera que debía reconsiderarse el sistema diseñado, estableciendo la vigencia del sistema general de formas de presentación de escritos instituida en la legislación de procedimiento administrativo, sin perjuicio de prever que, en el caso de que el recurso se presentara en un registro distinto del aquel del órgano de contratación o competente para resolver, deberá comunicarse tal hecho a estos de manera inmediata y de la forma más rápida posible.

Esta observación tiene carácter esencial a los efectos del artículo 130 del Reglamento Orgánico de este Consejo.

- Artículo 55, apartado e). Inadmisión

Este artículo dispone lo siguiente: “El órgano encargado de resolver el recurso, tras la reclamación y examen del expediente administrativo, podrá declarar su inadmisión cuando constare de modo inequívoco y manifiesto cualquiera de los siguientes supuestos: (...) e) Haber presentado la oferta o solicitud de participación con carácter previo a la interposición del recurso contra los pliegos y documentos contractuales en el mismo procedimiento de adjudicación, en los términos previstos en el último párrafo del artículo 50.1.b)”. 



CONSEJO DE ESTADO

Por las razones que se acaban de exponer en la observación referida al artículo 50.1.b), no procede establecer como nueva causa de inadmisión la que se propugna por este precepto.

La inadmisión, por su carácter de cierre del acceso al recurso, ha de tener carácter excepcional en orden a asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución. Como se ha razonado, el hecho de haber participado en la licitación no debe valorarse -sin atención a las circunstancias que concurren en el caso y a la causa de invalidez que se esgrime- como un motivo de inadmisión, sino a lo sumo de desestimación del recurso.

Debe suprimirse, en consecuencia, el apartado e) del artículo 55 del anteproyecto. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo dispuesto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

- Artículo 55, último párrafo. Inadmisión

El artículo 55 finaliza estableciendo: "Si el órgano encargado de resolverlo [el recurso especial en materia de contratación] apreciara que concurre alguno de ellos [de los motivos de inadmisión], sin más trámite dictará resolución acordando la inadmisión del recurso".

Ha desaparecido del anteproyecto la regla prevista por el artículo 44.5 del vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, a tenor de la cual: "Para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso, se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo de tres días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente con los efectos previstos en el apartado 5 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [actual artículo 22.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas].



El Consejo de Estado estima que debe mantenerse en el anteproyecto esta posibilidad de subsanación por parte de los interesados, en especial por lo que se refiere a la acreditación de su legitimación o de la representación de la persona que interpone el recurso (apartado b) del artículo 55), para mejor garantía de su derecho de defensa.

- Artículo 57. Resolución del recurso especial. Plazo

El artículo 57.1 comienza estableciendo la siguiente regla: “1. Una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, y el de la prueba, en su caso, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose a continuación la resolución a todos los interesados”.

La regla reproduce la del artículo 47.1 del texto refundido vigente. A su vez, este sigue la redacción dada a esta norma por la Ley 34/2010, que omitió un inciso que se insertaba a continuación de la regla reproducida en el texto de la Ley 30/2007. Dicho inciso rezaba: “En todo caso, transcurridos veinte días hábiles contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver expresamente y del mantenimiento, hasta que ello se produzca, de la suspensión establecida en el apartado 7, en su caso”.

Es preciso establecer en el texto de la ley en proyecto un plazo claro de duración máxima del procedimiento, que es esencial a efectos de determinar la producción de los efectos del silencio desestimatorio (sentido que impone en este caso el artículo 24.1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).



- Artículo 58. Indemnizaciones y multas

Este precepto contiene tres normas: la relativa a la obligación de indemnizar que podrá imponerse a la entidad contratante por los daños y perjuicios causados al contratista con ocasión de la “infracción legal que haya dado lugar al recurso” y que cubrirán al menos los gastos de la oferta o de la participación de aquel en el procedimiento de adjudicación (artículo 58.1, primer párrafo); la posibilidad de indemnización a cargo del recurrente de los daños derivados de la interposición del recurso en caso de que este sea desestimado (artículo 58.1, segundo párrafo) y la regla sobre la imposición de multas por temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares “al responsable de la misma” [de la interposición o de la solicitud], sin perjuicio de la indemnización a que se ha hecho referencia en segundo lugar (artículo 58.2).

La primera indemnización, en favor del contratista e impuesta a la entidad contratante por los daños causados a aquel (por tanto, en casos de estimación del recurso), ya está prevista por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en sus artículos 47.3 y 48 en términos muy similares.

La última norma, sobre las multas por temeridad o mala fe al interponer el recurso o solicitar medidas cautelares, asimismo se prevé por el vigente texto refundido (artículo 47.5), aunque se eleva en el anteproyecto la cuantía máxima de la multa (de 15.000 a 30.000 euros), manteniendo siempre la posibilidad de actualización de estas cuantías por orden ministerial.

La novedad se encuentra, pues, en la regla del artículo 58.1, párrafo segundo, relativa a la indemnización en casos de desestimación del recurso. Dice así este párrafo: “Cuando el recurso interpuesto haya sido desestimado, el órgano que resuelva el recurso podrá apreciar a solicitud del órgano de contratación o de cualquiera de los interesados, la existencia de daños derivados de la interposición y acordar la indemnización de los mismos a cargo del recurrente”. Por su parte, el artículo 58.3 comienza estableciendo: “Sin perjuicio de la indemnización prevista en el último párrafo del apartado





CONSEJO DE ESTADO

anterior, en caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe...” y regula la imposición de la multa a que antes se ha hecho referencia.

De la regulación sometida a consulta resulta que el contratista, al interponer el recurso, deberá ponderar la posibilidad de que en caso de desestimación le sea exigida la obligación de indemnizar los daños causados (a modo de costas) y, de otra parte, una eventual imposición de multa en caso de que el órgano competente para la resolución del recurso aprecie temeridad o mala fe en la interposición.

La suma de ambas previsiones parece excesiva. En el ámbito del recurso administrativo –que, según la regulación del anteproyecto y de no aceptarse la observación formulada al respecto, pasa a ser *obligatorio o preceptivo* para agotar la vía administrativa, como es la regla general en los recursos administrativos en nuestro ordenamiento- no existe en el Derecho español una regla sobre los gastos derivados de su interposición, siendo con carácter general gratuito y sin intervención de letrado. De otra parte, la regulación de la posibilidad de imponer multas por temeridad o mala fe parece suficientemente disuasoria de la intención de interponer el recurso con finalidad puramente dilatoria o artificial.

En fin, el Derecho de la Unión Europea hace hincapié en la necesidad de que las empresas contratantes cuenten con un recurso ágil y eficaz de este tipo frente a las decisiones ilegales de los poderes adjudicadores, sin que se obstaculice su acceso al mismo. En este sentido pueden citarse los considerandos sexto y séptimo de la Directiva de recursos: “Considerando que es necesario garantizar en todos los Estados miembros procedimientos adecuados con miras a permitir la anulación de las decisiones ilegales y la indemnización de las personas perjudicadas por una infracción. Considerando que, si las empresas no interponen recurso, no podrían corregirse determinadas infracciones, a no ser que se establezca un mecanismo específico...”.

A la vista de las razones anteriores, se sugiere suprimir la norma contenida en el artículo 58.1, segundo párrafo, del anteproyecto.

9



Libro Primero. Título II. Capítulo II. Capacidad y solvencia del empresario

- Artículo 69. Uniones de empresarios

Este precepto se dedica a las uniones temporales de empresarios. Amplía de forma considerable la regulación vigente, atendiendo fundamentalmente a razones de política legislativa interna y no de Derecho de la Unión Europea (aun cuando las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE se refieren ambas a esta cuestión).

Sus apartados 7, 8 y 9 regulan los eventuales cambios que puedan sufrir este tipo de uniones y su eficacia sobre el contrato. Son susceptibles de mejora y deberían reordenarse de forma más adecuada atendiendo a los siguientes criterios:

- Ante todo, los apartados 7 y 8 se refieren a las modificaciones de la composición de las uniones temporales de empresas (incluidas las modificaciones en la participación interna de cada una de ellas), a la circunstancia de que queden incursas en prohibición de contratar y a los procesos de fusión, escisión, aportación o transmisión de rama de actividad *antes de la formalización del contrato, es decir durante el procedimiento de adjudicación*. Este supuesto de hecho debiera expresarse de forma más clara. Por otra parte, debe mejorarse la redacción del artículo 69.7 *in fine*: mejor que decir “cuando alguna o algunas de las empresas que la integren deviniese en prohibición de contratar”, debería establecer: “cuando alguna o algunas de las empresas que la integren *quedase incursa* en prohibición de contratar”.

- El apartado 9 se refiere a otra serie de modificaciones que pueden operarse en las uniones temporales de empresas y a sus efectos sobre el contrato *una vez formalizado este*. Parece que este es el sentido y debería por ello modificarse el inciso inicial del artículo 69.9. No debe hacer referencia a que: “Formalizado el contrato de una unión temporal de empresas...”, sino que más bien debe disponer: “Una vez formalizado el contrato *con* una unión



CONSEJO DE ESTADO

temporal de empresas [o del que resulte adjudicataria una unión temporal de empresas], se observarán las siguientes reglas...”. Por lo demás, tales reglas son en parte repetitivas en los diversos supuestos, así respecto a la cláusula que indica que las empresas restantes, o las que resulten de la nueva configuración de la unión, “será necesario que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en prohibición de contratar y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida” (con algunos cambios de redacción según los casos).

- En definitiva, habrían de reordenarse estos apartados según los criterios que se acaban de apuntar. Incluso podrían dar lugar a un artículo independiente relativo a las modificaciones en las uniones temporales de empresarios y a su incidencia sobre el procedimiento de adjudicación o sobre un contrato ya adjudicado y formalizado. En él deberían recogerse de forma más ordenada, cuando sea posible, los criterios transversales o comunes a los diversos supuestos (como el que, p. ej., se ha indicado antes relativo al mantenimiento de condiciones para las empresas restantes o resultantes de la nueva unión).

- Artículo 70.1. Condiciones especiales de compatibilidad

También este precepto puede mejorarse atendiendo a razones de sistemática interna.

El artículo 70 regula las llamadas condiciones especiales de compatibilidad y en el proyectado apartado 2 reproduce, con algún cambio, la regla del vigente texto refundido (artículo 56.2) sobre la no adjudicación de contratos de vigilancia, supervisión, control y dirección de contratos a las empresas que resultaron adjudicatarias del contrato supervisado o dirigido.

La observación se dirige a las normas del apartado 1. Este establece lo siguiente en sus tres párrafos:

“El órgano de contratación velará por que el candidato o licitador que hubiera participado en la elaboración de documentos preparatorios del



CONSEJO DE ESTADO

contrato sólo sea excluido del procedimiento cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato y la salvaguarda de la libre concurrencia. Con esta finalidad los servicios dependientes del órgano de contratación comunicarán a los demás candidatos o licitadores la misma información a la que tuvo acceso el candidato o licitador que participó en la fase preparatoria y establecerán plazos adecuados para la presentación de ofertas.

En todo caso, antes de proceder a la exclusión del candidato o licitador que participó en la preparación del contrato, deberá dársele audiencia para que justifique que su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

De esta forma, y sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la adjudicación de contratos a través de un procedimiento de diálogo competitivo o asociación para la innovación, no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, ni las empresas a éstas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras”.

La regla del último párrafo reitera la ya establecida en el vigente texto refundido (artículo 56.1) y se añaden los dos primeros párrafos. El conjunto normativo resulta mejorable por varias razones:

- Parece que la regla general sigue siendo la del párrafo tercero, a saber que *“no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, ni las empresas a éstas vinculadas, (...), siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras”*. (Y ello sin perjuicio de lo dispuesto para los



CONSEJO DE ESTADO

procedimientos de diálogo competitivo y de asociación para la innovación, en los que dicha participación es esencial a los mismos).

- Esta regla debiera, pues, situarse al comienzo del artículo. En todo caso ha de suprimirse, cualquiera que sea el orden que finalmente se siga, la locución adverbial “*De esta forma...*” con la que se inicia el tercer párrafo, más propia de un lenguaje explicativo que imperativo.

- Por otra parte, las reglas de los párrafos primero y segundo (las cuales disponen en esencia que el órgano de contratación “velará por que el candidato o licitador que hubiera participado en la elaboración de documentos preparatorios del contrato sólo sea excluido del procedimiento cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato y la salvaguarda de la libre concurrencia”, y que se le dará previamente audiencia) incurren en una antinomia respecto a lo dispuesto por la norma antes analizada. Si la regla es que las empresas o empresarios que hayan participado en la elaboración de documentos preparatorios no pueden licitar, resulta superfluo regular –salvo que se haya incumplido lo anterior- para el caso de que aquellos hayan licitado y de que sean ya, pues, “candidatos o licitadores” (como hacen los dos primeros párrafos). De fondo, hay también una contradicción pues estos párrafos ordenan al órgano de contratación velar para que el licitador no sea excluido salvo que se demuestre, previa audiencia, que tal participación supone un trato privilegiado y contrario a la libre concurrencia. Es decir, parece que la regla general pasa a ser la opuesta, la de la participación del licitador salvo prueba en contrario de lo anticompetitivo de su conducta. Los dos primeros párrafos deben quedar redactados de modo que se resuelva esta contradicción.

- Artículo 71.1.c). Prohibiciones de contratar

El artículo 71 del anteproyecto regula las prohibiciones de contratar y su apartado 1.c) dispone: “1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: (...) c) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse



CONSEJO DE ESTADO

declaradas en concurso, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso”.

La Directiva 2014/24/UE establece, por su parte, en el artículo 57.4, letra b) y último párrafo, respectivamente:

“4. Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones:

(...)

b) si el operador económico ha quebrado o está sometido a un procedimiento de insolvencia o liquidación, si sus activos están siendo administrados por un liquidador o por un tribunal, si ha celebrado un convenio con sus acreedores, si sus actividades empresariales han sido suspendidas o se encuentra en cualquier situación análoga resultante de un procedimiento de la misma naturaleza vigente en las disposiciones legales y reglamentarias nacionales;

(...)

No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, letra b), los Estados miembros podrán exigir o prever la posibilidad de que el poder adjudicador no excluya a un operador económico que se encuentre en una de las situaciones contempladas en dicha letra si ha comprobado que ese operador económico va a estar en condiciones de ejecutar el contrato, teniendo en cuenta las normas y medidas nacionales aplicables en materia de continuación de la actividad empresarial en caso de producirse una de las situaciones contempladas en la letra b)”.




CONSEJO DE ESTADO

El legislador nacional ya ha modulado, de forma correcta, la regla del artículo 71.1.c) del anteproyecto de acuerdo con lo que le permite la norma europea. Así, allí donde el artículo 57 de la Directiva contempla como motivo de exclusión el que el operador económico haya “celebrado un convenio con sus acreedores”, el precepto ahora analizado configura como causa de prohibición de contratar el hallarse la persona contratista declarada en concurso, “*salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio*”.

Además de este caso, se entiende que el anteproyecto podría tener en cuenta otros supuestos de exclusión a la vista de “las normas y medidas nacionales aplicables en materia de continuación de la actividad empresarial”. En efecto, la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, ha dado nueva redacción a los artículos 231 y siguientes de la Ley Concursal que regulan los acuerdos extrajudiciales de pagos. Esta solución está pensada para “el deudor persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, (...), siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros” (artículo 231.1, cuyo párrafo segundo equipara a estos efectos a los empresarios personas naturales con los que ejerzan actividades profesionales y con los trabajadores autónomos) y el artículo 235.1 de la Ley Concursal establece de forma expresa que, “una vez solicitada la apertura del expediente, *el deudor podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional*”.

Siendo así, este supuesto bien podría recogerse como excepción a la prohibición de contratar que regula el artículo 71.1.c) del anteproyecto, toda vez que cae dentro de las condiciones en las que, de acuerdo con la Directiva, se puede exigir o prever que los poderes adjudicadores no excluyan a un operador económico que esté en condiciones de ejecutar el contrato, teniendo en cuenta las normas y medidas nacionales aplicables en materia de continuación de la actividad empresarial.

Tal excepción podría recogerse a continuación del siguiente inciso en el artículo 71.1.c): “... hallarse declaradas en concurso, salvo que en éste





CONSEJO DE ESTADO

haya adquirido la eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos...”.

En otro orden de cosas, el Consejo de Estado no debe dejar de llamar la atención sobre la necesidad de ponderar la conveniencia:

A) De introducir en la regulación proyectada la obligación pública de iniciar, en todo caso, un expediente de prohibición para contratar en los supuestos de reiteración en el caso de incumplimientos o de resolución de contratos por causa imputable a la empresa. Este Cuerpo Consultivo ha apreciado en su labor que existen empresas reiteradamente incumplidoras con carácter culpable y que, no obstante esta circunstancia, siguen siendo adjudicatarias de contratos –que de ordinario tampoco cumplen con exactitud-. El perjuicio al interés público que se produce en estas circunstancias es patente, razón por la cual se considera que debía introducirse en el anteproyecto –además de la regulación contenida en el artículo 71.2.d) y 72.1- la obligación de iniciar un procedimiento formal de prohibición para contratar cuando concurren dos o más resoluciones culpables de contratos por parte del contratista y no simplemente dejar la apreciación de la prohibición al órgano de contratación –como se prevé en el artículo en el artículo 72.1-.

B) De articular algún mecanismo que, mediante la técnica del levantamiento del velo, impida a una empresa incumplidora de manera contumaz continuar su contratación con las Administraciones públicas tras una operación de reviviscencia. En efecto, no son infrecuentes los casos en que una empresa incumplidora se extingue y reaparece después bajo otra denominación, identidad o forma jurídica, entablando nuevas relaciones con la Administración que terminan por lo común de manera insatisfactoria para los intereses públicos.

- Artículo 73. Efectos de la declaración de la prohibición de contratar

Este precepto sigue, en el anteproyecto, la redacción del vigente artículo 61 *bis* del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público,





CONSEJO DE ESTADO

añadido por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En dicha ley se generalizan las expresiones “sector público estatal” (y, dentro de él, administrativo, empresarial y fundacional), “sector público autonómico” y “sector público local”. Desde otro punto de vista, junto al “sector público territorial” se encuentra el “sector público institucional”. Como explicó el dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto de dicha ley (dictamen número 274/2015, de 29 de abril), «el anteproyecto ha partido de las diversas delimitaciones del "sector público" realizadas en la legislación contractual (texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) y presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; y Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera) para definir lo que debe entenderse por "sector público" a los efectos de la regulación proyectada».

Sin embargo, el anteproyecto ahora sometido a consulta sigue un camino diferente y enumera en su artículo 3.1 qué entidades forman parte del sector público a sus propios efectos. En su apartado a) precisa que forman parte del mismo la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local. En el apartado c) se menciona a “los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad”. El apartado e) se refiere a las fundaciones de aportación mayoritaria proveniente de una entidad pública o con patrimonio fundacional formado en más del 50% por bienes o derechos de tales entidades, etcétera.

En definitiva, la delimitación del sector público en ambas normas, de manera visible en lo relativo al sector público institucional, no es coincidente ni tendría por qué serlo pues siguen sus propios criterios.



CONSEJO DE ESTADO

A pesar de ello, resultan chocantes algunas expresiones del artículo 73.1. Así, cuando en su segundo párrafo habla del “correspondiente sector público en el que se integre el órgano de contratación”: parece claro que se está haciendo referencia únicamente al sector público *territorial*, esto es a la Administración General del Estado, la de las Comunidades Autónomas o las Entidades que integran la Administración Local. Debería precisarse así.

Tampoco es clara la referencia del artículo 73.1, párrafo tercero al final, que establece: “En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del apartado tercero del artículo anterior respecto a la letra e) del apartado primero del artículo 71, la competencia para la declaración de la prohibición de contratar corresponda a los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas, *la citada prohibición de contratar afectará a todos los órganos de contratación del correspondiente sector público*”. Parece que se refiere a ese concreto ámbito territorial, el de las Comunidades Autónomas, pero comprendiendo tanto el llamado por la Ley 40/2015 sector público territorial como el institucional (de otro modo, carecería de sentido la referencia a “todos los órganos de contratación” en tal sector).

En definitiva, se estima conveniente que las menciones de este artículo a los diversos niveles del sector público se sustituyan, en cada caso, por una referencia expresa y precisa a la Administración pública -o entidad del sector público en sentido amplio- en cuyo ámbito resulte de aplicación la extensión de la prohibición de contratar en cuestión.

- Artículo 75.3. Integración de la solvencia con medios externos

Este precepto establece lo que sigue: “Cuando una empresa recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir que aquella entidad y las otras sean solidariamente responsables de la ejecución del contrato”.





CONSEJO DE ESTADO

El artículo trata de la integración de la solvencia con medios externos, lo que la Directiva 2014/24/UE llama “recurso a las capacidades de otras entidades” y la Directiva 2014/23/UE trata bajo el epígrafe “selección y evaluación cualitativa de los candidatos” (artículos 63 y 38, respectivamente).

La regla en una y otra Directiva es diferente: para la primera, “el poder adjudicador podrá exigir que el operador económico y dichas entidades sean solidariamente responsables de la ejecución del contrato” (artículo 63.1, tercer párrafo); para la Directiva de concesiones, “por lo que se refiere a la solvencia financiera, el poder o entidad adjudicador podrá exigir que el operador económico y aquellas entidades asuman una responsabilidad conjunta para la ejecución del contrato” (artículo 38.2 *in fine*).

A fin de coherencia ambas previsiones y de no endurecer más allá de lo exigido por la norma europea la integración con medios externos, el artículo 75 del anteproyecto podría disponer en su apartado 3 que el poder adjudicador podrá exigir formas de responsabilidad conjunta de las entidades, incluso con carácter solidario (con la redacción que se estime más adecuada).

- Artículo 77.1. Exigencia y efectos de la clasificación

La regla del artículo 77.1.c) y la de la penúltima frase del artículo 77.1 se encuentran repetidas en términos idénticos (“La clasificación no será exigible para los demás tipos de contratos. Para dichos contratos, los requisitos específicos de solvencia exigidos se indicarán en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallarán en los pliegos del contrato”). Debe suprimirse una de las dos.

- Artículo 80. Competencia para la clasificación

La rúbrica de este precepto se refiere simplemente a la “Competencia para la clasificación”. Su contenido, sin embargo, va más allá y hace referencia tanto a la competencia para adoptar los acuerdos de clasificación, como al alcance o eficacia de estos, la posibilidad de recurso ante



CONSEJO DE ESTADO

ellos y la revisión de clasificaciones divergentes o contradictorias –en distintas categorías- otorgadas por distintos órganos competentes.

Sería conveniente ampliar el título del precepto haciendo referencia a los acuerdos de clasificación: competencia, recurso y clasificaciones divergentes.

- Artículo 87.1, último párrafo. Solvencia económica y financiera

En materia de acreditación de la solvencia económica y financiera, el artículo 87 del anteproyecto lleva a cabo la transposición de lo previsto por el artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE y también, con gran detalle, de los medios de acreditación recogidos por su Anexo XII.

Al final de su apartado 1, que enumera los medios por los que deberá acreditarse tal solvencia a elección del órgano de contratación, introduce la siguiente regla que no está prevista en la normativa europea: “Como medio adicional a los previstos en las letras anteriores de este apartado, el órgano de contratación podrá exigir que el periodo medio de pago a proveedores del empresario, siempre que se trate de una sociedad que no pueda presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, no supere el límite que a estos efectos se establezca por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas teniendo en cuenta la normativa sobre morosidad”.

La memoria del análisis de impacto normativo ha subrayado esta novedad, entre otras “medidas de simplificación del procedimiento y reducción de cargas administrativas, introducidas con el objetivo de dar un decidido impulso a las empresas”. Explica que “se incluye de forma novedosa como criterio de solvencia que tendrá que justificar el adjudicatario del contrato el cumplir con los plazos establecidos por la normativa vigente sobre pago a proveedores, medida que pretende contribuir a que las PYMES con las que subcontrate el adjudicatario cobrarán sus servicios en plazo”.



CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado valora positivamente la introducción de esta regla y encarece que el desarrollo por orden ministerial, al que llama el precepto, se lleve a cabo cuanto antes por razones de seguridad jurídica.

- Artículo 87.3.b). Medios de acreditación de la solvencia económica

En esta misma materia, el artículo 87.3 regula uno de los medios de acreditación de la solvencia económica, el que toma como criterio el volumen anual de negocios del licitador o candidato (incorporando la previsión de la Parte I, apartado c), del citado Anexo XII de la Directiva de contratación pública).

El apartado b) del artículo 87.3 del anteproyecto dispone al respecto: "En los contratos cuyo objeto consista en servicios profesionales, *en lugar del volumen anual de negocio*, la solvencia económica y financiera se podrá acreditar mediante la disposición de un seguro de indemnización por riesgos profesionales...".

Debe mejorarse la redacción para precisar si la expresión remarcada ("en lugar del volumen anual de negocio") significa que para esta clase de contratos no se podrá tener en cuenta dicho criterio y sí sólo, en su lugar, el de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales; o bien, lo que parece más razonable, que, *además del volumen anual de negocio*, para tales contratos la solvencia podrá acreditarse tomando en consideración ese otro parámetro.

Libro Primero.- Título III. Objeto, presupuesto base de licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión

Artículo 99.3. Objeto del contrato. Fraccionamiento del contrato y su división en lotes

Los dos primeros párrafos de este precepto establecen:





CONSEJO DE ESTADO

“Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes.

Quando el órgano de contratación *decida no dividir en lotes* el objeto del contrato, *deberá justificarlo debidamente* en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios”.

La regla pasa a ser ahora, cuando el objeto del contrato admita ser fraccionado, su división en lotes. Es un cambio relevante respecto de la regulación vigente y obedece a la convicción expresada por los considerandos 77 y 78 de la Directiva 2014/24/UE:

“Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. (...) A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases posteriores de los proyectos.

(...)

Sin embargo, el objetivo de facilitar un mayor acceso a la contratación pública a las PYME podría verse mermado si se obligara a los poderes adjudicadores a adjudicar el contrato lote por lote, aunque ello supusiera tener que aceptar soluciones bastante menos ventajosas respecto de una adjudicación que reúna varios o todos los lotes. Por ello, cuando la posibilidad de aplicar este tipo de método se haya indicado claramente antes, los poderes adjudicadores deberían poder llevar a cabo una evaluación comparativa de las ofertas para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumplirían mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos de conformidad con la



CONSEJO DE ESTADO

presente Directiva con respecto a dichos lotes, que las ofertas para los lotes separados de que se trate consideradas aisladamente. En caso afirmativo, el poder adjudicador debería poder adjudicar un contrato que combine los lotes de que se trate al licitador afectado. Es preciso aclarar que los poderes adjudicadores deberían realizar dicha evaluación comparativa primero determinando qué ofertas cumplen mejor los criterios de adjudicación establecidos con respecto a cada lote separado y después comparar el resultado con las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación específica de lotes considerados en su conjunto”.

En consecuencia, el artículo 46 de la Directiva regula la división en lotes, incluyendo la regla que se sitúa al comienzo del párrafo segundo de su apartado 1: “Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes”.

En principio, nada hay, pues, que objetar a las normas generales sobre el objeto del contrato que se contienen en esta línea en el artículo 99 del anteproyecto (y cuyo apartado 2, segundo párrafo, continúa estableciendo como norma general la relativa a que: *«No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan»*).

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

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



CONSEJO DE ESTADO

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

Y es que no puede dejar de señalar este Consejo de Estado que la experiencia en el ámbito de la contratación pública –especialmente en el ámbito municipal- arroja una experiencia negativa en relación con el uso fraudulento de la posibilidad de fragmentar el objeto de los contratos y a ello responde el artículo 99.2 del anteproyecto. Para solventar eventuales dudas en lo tocante a la interpretación de este precepto, convendría aclarar si la expresión del artículo 99.3 “cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento” excluye el supuesto contemplado en el artículo 99.2 –que el fraccionamiento se haga para eludir los controles y garantías legales-. En tal sentido, se sugiere añadir al apartado 3 el inciso “a estos efectos se entenderá que no admite el fraccionamiento en el caso del número anterior...”

- Artículos 100, 101 y 102. Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio

En ellos se regula, por este orden, el presupuesto base de licitación, el valor estimado del contrato y su precio.

Siguiendo un orden conceptual y de importancia, debiera regularse primero el precio, después el valor estimado del contrato (con la transposición de las detalladas normas sobre el mismo de los artículos 5 de la Directiva de contratación y 8 de la Directiva de concesión) y finalmente el presupuesto base de licitación o límite máximo de gasto.



CONSEJO DE ESTADO

- Artículo 103. Procedencia y límites de la revisión de precios

Esta materia ha sido objeto de reforma mediante la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, que modificó ampliamente el artículo 89 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en una línea que se mantiene por la norma ahora sometida a consulta.

Como destaca la parte de la memoria dedicada al impacto económico del anteproyecto, en los contratos de obras y suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones públicas se sigue el sistema tradicional de nuestro Derecho de reconocerles el derecho a revisión de precios; en los restantes se admite siempre que no sea “revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios” (artículo 103.1, párrafo segundo, del anteproyecto sometido a consulta).

La revisión de precios, “cuando proceda, (...) tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia, el primer 20 por ciento ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión” (artículo 103.5 del anteproyecto).

Una novedad respecto de la citada Ley de desindexación es que se permite la revisión periódica y predeterminada de los contratos de suministro de combustible (artículo 103.2), “debido fundamentalmente a la volatilidad de los precios de estas materias”, dice la memoria, y para ellos no rige la limitación que se acaba de enunciar del artículo 103.5 del anteproyecto.

De todo ello se espera un “escenario resultante [en el] que el número de contratos susceptibles de revisión de precios se reducirá y se eliminará el automatismo derivado de la aplicación de índices oficiales a las revisiones”, afirma el órgano proponente.

Es de destacar, por último, que recientemente se ha dictaminado por este Consejo el proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley



CONSEJO DE ESTADO

2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (dictamen 1145/2015, de 10 de diciembre). En él se plantearon, entre otros, dos puntos clave -el establecimiento del período de recuperación de la inversión y la limitación de la repercusión de los incrementos en los costes de la mano de obra- que encuentran habilitación legal en la norma sometida a consulta (artículo 103.2 que reproduce en términos idénticos lo dispuesto por el artículo número 89.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su redacción por la Ley de desindexación). Dicho precepto establece:

“2. Previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015 de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de combustibles y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el real decreto anteriormente citado.

No se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. *Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el real decreto”.*

Estas previsiones por consiguiente conservan su plena vigencia.

Libro Primero. Título IV: Garantías exigibles en la contratación del sector público

El Título IV regula las garantías exigibles en la contratación del sector público. Se divide en dos capítulos; el primero de ellos se refiere a las



CONSEJO DE ESTADO

garantías “a prestar” en los contratos celebrados con las Administraciones públicas, mientras que el segundo –limitado a un solo artículo- tiene por objeto las garantías “a prestar” en otros contratos del sector público. En ambos casos, el Consejo de Estado sugiere prescindir del galicismo de sus rótulos –como propugna la RAE-, al tratarse de un uso superfluo (de forma que el epígrafe del Capítulo I podría ser “*Garantías en los contratos celebrados con las Administraciones públicas*”); alternativamente, podría sustituirse la expresión “a prestar” por el término “exigibles”.

- Capítulo I: Garantías en los contratos celebrados con las Administraciones públicas

Sección 1ª: Garantía provisional. Artículo 106

El artículo 106 regula la garantía provisional, en términos próximos al vigente artículo 103 de la LCSP, aunque con algunas diferencias relevantes. Una de sus novedades radica en el último párrafo del apartado 2, en el que se dice que, en los acuerdos marco y en los sistemas dinámicos de adquisición, el importe de la garantía provisional, en caso de exigirse, “*se fijará a tanto alzado por la Administración Pública*”. Aunque se comprende la razón de la regla especial para estos casos y aun el reconocimiento de un cierto margen de discrecionalidad a la Administración correspondiente, entiende el Consejo de Estado que la Ley debe recoger algún criterio que delimite el margen de discrecionalidad de la Administración. A tal efecto, puede tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 101 para la determinación del valor estimado de los contratos (y, más concretamente, lo previsto en su apartado 13 en relación con los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición, mediante el cual se incorpora el artículo 5.5 de la Directiva 2014/24].

Por otra parte, en el apartado 4 del mismo artículo 106 se ha suprimido la previsión del vigente artículo 103 de la LCSP de que la garantía será incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación (que es solo uno de los supuestos que contempla el artículo 62 del RCAP), lo que parece lógico, habida cuenta de que, en la regulación proyectada –como en el vigente TRLCSP-, la regla general es que





CONSEJO DE ESTADO

los contratos se perfeccionan con su formalización. No obstante, conviene que este artículo 106 señale con claridad en qué supuestos tendrá lugar la ejecución de la garantía provisional (como son los previstos en los artículos 148.2 –antes de la adjudicación- o 151.4 del anteproyecto –falta de formalización una vez adjudicado-, sobre los que después se volverá), de forma que se eviten las dudas que se pueden suscitar en otros casos, en particular al poner en conexión el nuevo texto con lo previsto en el vigente artículo 62 del RCAP (que contempla también otros supuestos de ejecución de la garantía provisional).

Sección 2ª: Garantía definitiva. Artículos 107 a 111

Los artículos 107 a 111 regulan la garantía definitiva, siguiendo los grandes trazos de la regulación actual. En la misma línea ya apuntada, cabe notar que el artículo 107.5 también dispone que, en los acuerdos marco y en los sistemas dinámicos de adquisición, la garantía definitiva se fijará “*estimativamente*” por la Administración. No obstante, en este caso sí se introducen matices, en función de la suma de los importes de los contratos basados en aquéllos, añadiendo, en el último párrafo, la potestad del órgano de contratación de exigir adicionalmente una garantía complementaria de un 5 por cien del precio final ofertado en los contratos basados en un acuerdo marco o en los contratos específicos de un sistema dinámico de adquisición. Nótese que, en este último caso, no se impone la constitución de esa garantía complementaria, sino que se trata de una potestad, también discrecional, que, acumulada a la ya indicada, puede dar lugar a muy diversas soluciones, siempre en el ámbito de los acuerdos marco y de los sistemas dinámicos de adquisición. Por tanto, también aquí sería conveniente introducir algún criterio que delimite el margen de discrecionalidad de la Administración.

Sección 3ª: Garantías prestadas por terceros y preferencia en la ejecución de garantías. Artículos 112 y 113

La Sección 3ª recoge, en los artículos 112 y 113, unas disposiciones comunes a las garantías provisional y definitiva. En el primero de ellos, su apartado 3.b) establece, en relación con el contrato de seguro de



CONSEJO DE ESTADO

caución, que la falta de pago de la prima (única, primera o siguientes), no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni extinguirá el seguro, ni suspenderá la cobertura, ni liberará al asegurador de su obligación, en el caso de que este deba hacer efectiva la garantía "*definitiva*". Aunque esta previsión sea hasta ahora aplicable a la garantía definitiva (al estar recogida en el artículo 97, en la sección correspondiente a esta última), parece que una vez incorporada a esta sección de normas comunes, y a la vista de su contenido, habría de resultar aplicable también a la garantía provisional, que también puede ser prestada mediante contrato de seguro de caución (artículo 106.2 en relación con 108.1.c) del anteproyecto). En consecuencia, el Consejo de Estado considera que debería suprimirse el término "*definitiva*" en el proyectado artículo 112.3.b).

Libro Segundo. De los contratos de las Administraciones públicas

Título I. Disposiciones generales

Capítulo I. De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones públicas

- Sección 1ª: De la preparación de los contratos de las Administraciones públicas. Artículos 115 a 130

En el marco de las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones públicas, la Sección 1ª regula la preparación de los contratos en los artículos 115 a 130. Esta Sección incluye dos subsecciones, relativas al expediente de contratación (1ª) y a los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas (2ª).





- Subsección 1ª: Expediente de contratación

- Artículo 115. Consultas preliminares del mercado

El artículo 115 del anteproyecto regula las consultas preliminares del mercado o requerimientos de información. Es la primera vez que se regula en nuestro ordenamiento jurídico.

La decisión y gestión de adquisiciones en el seno de las organizaciones públicas y privadas se articula en tres procesos sucesivos encaminados, el primero, a planificar las compras de bienes y servicios, analizando su necesidad; el segundo, a planificar la contratación; y, el tercero, a seleccionar los proveedores y a adjudicar y ejecutar el contrato.

El proceso de planificación de compras y adquisición de bienes y servicios requiere la existencia de una certeza sobre la necesidad de llevarlas a cabo. Esta certeza se alcanza tras un examen de sus pros y contras, de la imposibilidad de satisfacer las necesidades por los propios medios de la organización y de definir los requisitos de los bienes y servicios a adquirir.

El proceso de planificación de la contratación tiene dos ámbitos: uno, material, encaminado a determinar con exactitud las características del objeto del contrato -de manera que puedan ser satisfechas de la manera más adecuada para el comprador por los oferentes-, y a establecer los criterios de evaluación de las ofertas; otro, formal, para aprobar los instrumentos documentales en los que se especifican las condiciones jurídicas y técnicas de la prestación y para asegurar la existencia de fondos económicos con los que afrontar el pago de los servicios a contratar.

El primero de los ámbitos señalados tiene pues como finalidad definir las características del objeto del contrato que se pretende licitar, a fin de asegurar que, con base en estas, las finalidades perseguidas se satisfarán de la manera más adecuada y eficiente.





CONSEJO DE ESTADO

En ocasiones, el adquirente de los bienes y servicios tiene conocimiento exacto tanto de las características de estos como de las técnicas y modos de prestación ofrecidas en el mercado por las empresas que pueden suministrarlo. Pero, de ordinario, el comprador carece de ese conocimiento completo y cabal de las cosas. Esta situación se da también con frecuencia en el caso de las Administraciones públicas. Así, a los compradores, les resulta útil conocer la experiencia y los saberes de los eventuales oferentes para aprovecharlos a la hora de definir las características del bien o servicio a adquirir y así satisfacer mejor sus necesidades.

Los instrumentos empleados en el ámbito de la contratación para obtener información de los eventuales oferentes son varios, a saber: a) *Request for information* (RFI): solicitud de información o consultas preliminares; *Request for proposal* (RFP): solicitud de propuesta; c) *Request for quotation* (RFQ): solicitud de presupuesto; y d) *Invitation for Bid* (IFB): solicitud para ofertar.

El anteproyecto regula por primera vez, como se ha dicho, el primero de los instrumentos citados: las consultas preliminares o el requerimiento de información.

Las consultas preliminares son una figura contemplada por las normas jurídicas europeas, que preconizan su establecimiento con carácter general en el ámbito de las relaciones contractuales públicas y privadas como método adecuado para favorecer la eficiencia económica. Así, se contempla en el artículo 2.302 del Proyecto de Código Contractual Privado Europeo, en el Plan de Acción sobre un derecho europeo de contratos más coherentes, hecho por la Comisión Europea en enero de 2003, y en el *Draft Common Frame of Reference*, de 2008. Constituyen, por otra parte, un instrumento adecuado para satisfacer las necesidades perseguidas con los contratos y la idoneidad de sus objetos y contenidos deben determinarse con exactitud, velándose en todo caso por la eficiencia, valorando la innovación y la incorporación de la alta tecnología y promoviendo la participación de las empresas.

El proceso de solicitud de información suele venir definido en la práctica contractual por las dos siguientes características: de un lado, el



CONSEJO DE ESTADO

establecimiento de mecanismos que generen incentivos a las empresas para participar en las consultas previas –establecer un criterio de evaluación que otorgue puntos adicionales a los participantes en el proceso-, sin que esta participación comporte una barrera de entrada al proceso de licitación. Y, de otro, la amplia difusión del proceso, a fin de asegurar la celebración de intercambio de información –a través de reuniones de discusión y contacto- entre el futuro comprador y el eventual ofertante.

El Consejo de Estado se planteó la cuestión en su Memoria de 2012 de si era posible articular un proceso de requerimiento de información a empresas (consultas preliminares) en el proceso administrativo de gestión de adquisiciones o, en otros términos, en el procedimiento administrativo de contratación, concluyendo que lo era en el diseñado por la Ley de Contratos del Sector Público. Ahora se disciplina. Y, conforme con lo dicho en aquella ocasión, se sitúan las consultas preliminares en el proceso de planificación del contrato; esto es, en la fase administrativa interna de determinación de su objeto y de definición de las características de la prestación, previa al expediente de contratación mismo.

El Consejo considera adecuada la regulación proyectada. Prevé que las consultas preliminares se dirijan a una pluralidad de sujetos –no es admisible el requerimiento a uno único- y que se puede articular, bien mediante su difusión o publicación general –de tal suerte que cualquier empresa pueda participar-, bien mediante invitaciones concretas –a la manera de las invitaciones a ofertar propias del procedimiento restringido-.

La regulación proyectada es tan pormenorizada que resulta excesivamente prolija. Se hace aquí patente el exceso de reglamentismo que informa todo el anteproyecto y que ha sido objeto de consideración general. Por ello, considera este Consejo que algunas de las previsiones contempladas deberían ser deferidas a la disposición reglamentaria que desarrolle el anteproyecto.

Ahora bien, debe quedar claro que, a la hora de practicarse, la Administración debe proporcionar los mismos datos sobre las necesidades que hay que satisfacer a todos los invitados a participar. Deben ser también iguales





CONSEJO DE ESTADO

para todos los requeridos, asegurando su igualdad de trato. Pueden estar referidas a todos o sólo a algunos de los aspectos del contrato. El modo de recibir la información de los participantes en el proceso puede ser formal –por escrito por parte de los invitados a facilitarla- o informal –verbal o mediante reuniones-, conjunta –de todos o varios de los participantes- o individual.

Debería incluirse en el anteproyecto la previsión de que, durante el proceso –y aún después-, la Administración no puede revelar a los participantes en el proceso las soluciones propuestas por los otros intervinientes, de tal suerte que las soluciones aportadas solo serán conocidas íntegramente por aquélla quien las ponderará y las incorporará, en su caso, a la hora de definir el objeto del contrato.

Finalmente, las consultas preliminares no pueden comportar la generación de incentivos o ventajas para las empresas participantes a la hora de adjudicarse los contratos. En otros términos, no pueden reconocerse como criterio preferente de adjudicación o como valor ponderable favorable a la misma el hecho de haber participado en el proceso de requerimiento de información.

Tampoco cabe que, del proceso de consultas preliminares, resulte un objeto contractual tan concreto y delimitado que solo se ajuste a las características técnicas de uno de los requeridos, de tal suerte que, *de facto*, queden excluidos otros eventuales oferentes. El resultado del requerimiento de información debe concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos.

- Artículo 119. Tramitación urgente del expediente

Las principales dudas que suscita la regulación proyectada del expediente de contratación se centran en el artículo 119, relativo a la tramitación urgente del expediente. Su apartado 2 recoge las especialidades procedimentales de los expedientes urgentes y, entre ellas, dispone el subapartado b) que los plazos establecidos en la Ley para la licitación,



CONSEJO DE ESTADO

adjudicación y formalización del contrato “*se reducirán a la mitad, salvo los siguientes*”, que a continuación se especifican.

El punto 2º se refiere al plazo de presentación de proposiciones en el procedimiento abierto en los contratos sujetos a regulación armonizada que, dice, “*se reducirá de conformidad con lo indicado en la letra b) del apartado 3) del artículo 154*”. Sin embargo, la reducción no es automática, sino que tiene carácter potestativo, según se desprende del artículo 27.3 de la Directiva 2014/24 y de acuerdo con lo previsto en el propio artículo 154.3.b) del Anteproyecto. Por tanto, y por razones de coherencia entre ambos preceptos, entiende el Consejo de Estado que en lugar del imperativo “*se reducirá*”, el artículo 119.2.b), punto 2º, debe utilizar la expresión “*podrá reducirse*”; asimismo, ha de notarse que la previsión del artículo 154.3.b) es aplicable a los contratos de obras, suministros y servicios, pero no a los contratos de concesión de obras y de servicios (como confirma el artículo 154.4), lo que debería tener reflejo en el mismo punto 2º del proyectado artículo 119.2.b).

Análoga observación a la que se ha realizado sobre el carácter potestativo de la reducción del plazo ha de hacerse en relación con el punto 3º, con sustitución de “*se reducirán*” por “*podrán reducirse*” (en este caso, por concordancia con los artículos 28.6 y 29.1 de la Directiva 2014/24 y con los artículos 159.1 y 162.1.b) del anteproyecto).

Mayores dudas suscita la falta de referencia a los plazos de presentación de solicitudes en los procedimientos de diálogo competitivo y de asociación para la innovación a que se refieren los artículos 30 y 31 de la Directiva 2014/24 como plazos mínimos (de 30 días en ambos casos), incorporados en los artículos 172.2 (por remisión al 159) y 177, sin que en estos casos se contemple la posibilidad de reducción por razones de urgencia (a diferencia de lo previsto en los artículos 27, 28 y 29 de la Directiva). Incluso cabe notar que, cuando el artículo 172.2 se remite al artículo 159 excluye expresamente la previsión relativa a la situación de urgencia (“*excepto el segundo párrafo de su apartado primero*”), lo que –de acuerdo con lo expuesto– se acomoda a la Directiva. En suma, aunque según el texto remitido, el artículo 119.2 serviría a la incorporación de los artículos 47.1 y 27-31 de la Directiva,



CONSEJO DE ESTADO

entiende el Consejo de Estado que no se han recogido en él las salvedades que, respecto a la reducción de los plazos, exigen los artículos 30 y 31.

En consecuencia, los plazos aludidos (los plazos de presentación de solicitudes en los procedimientos de diálogo competitivo y de asociación para la innovación a que se refieren los artículos 30 y 31 de la Directiva 2014/24 como plazos mínimos) no pueden reducirse a la mitad, por lo que debe incluirse una referencia a ellos en el proyectado artículo 119.2.b) del anteproyecto. Nótese que, en este caso, la exclusión de la regla de la reducción del plazo a la mitad no se excluiría porque esté prevista otra regla distinta de reducción (como sucede en los puntos 2º, 3º y 4º), sino porque la reducción misma estaría excluida.

Por último, el punto 4º se refiere al *“plazo de 6 días para que los servicios dependientes del órgano de contratación facilite[n] información adicional al candidato licitador”* que, dice, se reducirá a 4 días. Aunque aquí no se incluye remisión a otro precepto, parece que se trata del supuesto contemplado en el artículo 138.3 del anteproyecto. Ha de llamarse la atención sobre la incorrecta formulación del plazo: el plazo de 6 días no es el que tiene el órgano de contratación para facilitar información adicional al candidato licitador, sino que esa información adicional ha de facilitarse *“a más tardar 6 días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas”*, según dice el artículo 138.3 (de forma que el plazo de que dispone el órgano de contratación puede ser superior a seis días –o a cuatro, en el procedimiento de urgencia-, en función de cuándo se haya solicitado aquella información). Así lo confirma también el tenor de los artículos 47.3 y 53.2 de la Directiva 2014/24 que el artículo 138.3 incorpora (aunque ciertamente, la traducción española de esos artículos de la Directiva no es muy afortunada). Por tanto, debe corregirse en el sentido expuesto el punto 4º del artículo 119.2.b).

Además, debe notarse que tanto el artículo 47.3 como el artículo 53.2 de la Directiva limitan la reducción del plazo de referencia a los procedimientos abierto y restringido, puesto que tanto el artículo 47.3 como el 53.2 se remiten a lo previsto en los artículos 27.3 –procedimiento abierto- y 28.6 –procedimiento restringido-, todos de la citada Directiva (a los que quizás podría



CONSEJO DE ESTADO

añadirse el procedimiento de licitación con negociación, en virtud de la remisión que el artículo 29.1, *in fine*, hace al 28.6, si bien la diferencia entre el 53.1 –que cita expresamente el 29.1- y el 53.2 de la Directiva –que no lo hace- aconseja no extenderlo a este último procedimiento). Por tanto, en los demás casos no debe reducirse el plazo de referencia.

A ello ha de añadirse que la reducción de aquel periodo de seis a cuatro días está contemplado en los repetidos artículos 47.3 y 53.2 de la Directiva 2014/24, pero no en el artículo 34.3 de la Directiva 2014/23, por lo que también deben excluirse del artículo 119.2.b), punto 4º, los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de esta última Directiva.

Por último, el apartado 2.b) del artículo 119 debería incluir también, como excepción a la reducción de plazos a la mitad que en él se prevé, el supuesto de utilización del procedimiento abierto simplificado regulado en el artículo 157 (que constituye también una excepción a la regla del 119.2.b), tal y como se desprende del artículo 157.5).

En suma, a juicio del Consejo de Estado, es necesaria una reconsideración del artículo 119.2.b), a la vista de los criterios que han quedado expuestos y de las normas comunitarias mencionadas. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos del artículo 130.3 del Reglamento del Consejo de Estado.

- Subsección 2ª: Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas. Artículos 121 a 130

La subsección 2ª regula los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, siguiendo de cerca la regulación vigente, aunque con algunas novedades, procedentes en gran medida de la Directiva 2014/24 (no solo de su articulado, sino también de sus considerandos y de sus anexos –como en el caso del artículo 125, en cuyo apartado 1.b) resulta necesario cerrar el paréntesis-).





CONSEJO DE ESTADO

No obstante, en el artículo 126 se echa en falta la incorporación del último párrafo del artículo 42.1 de la Directiva 2014/24 (que impone que cuando se adopten requisitos imperativos de accesibilidad mediante un acto jurídico de la Unión, las especificaciones técnicas deberán definirse, en lo que respecta a los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios, por referencia a las normas correspondientes). Para su incorporación, no debe procederse a una mera transcripción de la norma europea en su versión española, puesto que –como revela su lectura- no es correcta la traducción de esta versión (se sugiere, al efecto, tomar en consideración las traducciones portuguesa o francesa).

En fin, en el texto sometido a consulta parece indicar que el artículo 129 se orienta a incorporar el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24. A juicio del Consejo de Estado, lo dispuesto en el proyectado artículo 129 no es suficiente para *“garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones”* a que se refiere dicho artículo. Para tal fin, sería necesario, cuando menos, que se sustituya la expresión *“podrá señalar”* por *“señalará”* en el inciso inicial del apartado 1, aunque no se ignora que son diversas las medidas que España puede adoptar para cumplir el objetivo señalado en el citado artículo 18.2 de la Directiva.

- Artículo 130

El artículo 130 proyectado establece que:

“Cuando una norma legal o el correspondiente Convenio Colectivo imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberá [n] facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información



se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 190 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.

Así mismo, el pliego contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquéllos sean subrogados por el nuevo contratista. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, podrá proceder a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de estos”.

En la práctica administrativa, la subrogación del personal por parte de un contratista puede proceder de tres situaciones distintas: La subrogación *ex pliegos*, que comporta la obligación del nuevo contratista de asumir la titularidad de las relaciones de trabajo anteriores, debiendo ser dicha novación contractual aceptada por los trabajadores (Cód. Civil, artículo 1205 y Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2000); la subrogación *ex convenio colectivo*, en los términos y condiciones que fije el convenio y con los límites y formalidades señalados también en el mismo y, finalmente, la subrogación legal (sucesión de empresas prevista en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y sucesión en la plantilla), que comporta la obligación de subrogación por parte del nuevo contratista y la responsabilidad solidaria entre el cedente y el cesionario tanto en el ámbito laboral como en el de la seguridad social.



CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de apreciar en algunas ocasiones las dificultades suscitadas de la aplicación de las distintas modalidades de subrogación en el ámbito contractual. En la memoria de 2012-2013, este Consejo de Estado formuló algunas consideraciones sobre el extremo.

El artículo 130 del anteproyecto prevé por primera vez la adopción de medidas por parte de los órganos de contratación en los pliegos para asegurar la indemnidad del nuevo contratista o concesionario como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones informativas, laborales y de seguridad social. En concreto, el precepto establece la obligatoriedad de que los órganos de contratación establezcan en el pliego de cláusulas administrativas particulares penalidades para el empresario saliente que incumpla la obligación de entregar la información completa y veraz de los trabajadores en cuyas relaciones de trabajo deberá subrogarse el nuevo contratista y la obligación del saliente de abonar los salarios impagados de los trabajadores afectados por la subrogación, aun en el supuesto de que el contrato se resuelva y los trabajadores sean subrogados por el nuevo.

El anteproyecto desconoce que, en el supuesto de sucesión de empresa, el nuevo contratista o concesionario no solo responde de los salarios impagados sino de otras responsabilidades laborales y de seguridad social. En concreto, el artículo 44.1 y 3 del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 127 y 104.1 de la Ley General de Seguridad Social extienden dichas responsabilidades, con carácter solidario, a cualquier responsabilidad laboral anterior a la transmisión –tales como las indemnizaciones por despido pendientes de abono, cotizaciones pendientes, prestaciones causadas con anterioridad a la sucesión-. Por tanto, se considera que el precepto debe establecer que el contratista saliente deberá asumir los costes derivados de todas aquellas responsabilidades que imponga la legislación social y de seguridad social al nuevo a resultas de la subrogación.



CONSEJO DE ESTADO

- Sección 2ª: De la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas

- Subsección 1ª: Normas generales. Artículos 131 a 153

La regulación de la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas se introduce con unas normas de carácter general que se refieren, entre otras, a cuestiones tales como los procedimientos de adjudicación (a), confidencialidad (b), la publicación de anuncios de información previa y de licitación (c), los plazos de presentación de solicitudes y proposiciones y de información adicional (d), la documentación que ha de presentarse (e), la subasta electrónica (f), los criterios de adjudicación (g), la adjudicación del contrato (h) y el anuncio de formalización (i).

a) Los procedimientos de adjudicación

El artículo 131 hace una primera referencia general a los procedimientos de adjudicación, pero debe notarse que, en el segundo párrafo de su apartado 2 se dispone que *"en los casos previstos en el artículo 165 podrá recurrirse al diálogo competitivo o a la licitación con negociación"*; y el artículo 165 se refiere, en efecto, a los supuestos de aplicación del procedimiento de licitación con negociación; sin embargo, el artículo 170, referido al diálogo competitivo, señala que este procedimiento podrá utilizarse *"en los casos enumerados en los apartados a) a d) del artículo 165"* (lo que excluye, por tanto, el supuesto de su apartado e). Ello supone una discordancia interna que debe corregirse.

b) Confidencialidad

El artículo 133 regula el deber de confidencialidad que incumbe a los órganos de contratación y al contratista. Una lectura atenta del precepto plantea la duda de si la legislación vigente en materia de acceso a la información pública -la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno- define un mismo ámbito objetivo que el anteproyecto consultado. La utilización de expresiones distintas en una y otra





CONSEJO DE ESTADO

disposiciones aconseja acomodar las previsiones del anteproyecto a las de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, a fin de que quede asegurado que el ámbito objetivo de ambas normas es el mismo.

c) La publicación de anuncios de información previa y de licitación

Los artículos 134 y 135 se refieren a los anuncios de información previa y de licitación. De un lado, quiere advertirse que las referencias que las directivas europeas hacen a la publicación por la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea se traducen, en el anteproyecto, por la correspondiente publicación en el "Diario Oficial de la Unión Europea". Sin embargo, aquella Oficina de Publicaciones tiene a su cargo no solo la edición del citado Diario Oficial, sino también la "edición de otras publicaciones obligatorias" (artículo 3.1 de la Decisión 2009/496, de 26 de junio de 2009, relativa a la organización y al funcionamiento de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea), por lo que se sugiere valorar el mantenimiento de aquella correspondencia (observación que es también aplicable en relación con el anuncio de formalización de los contratos –artículo 152 del anteproyecto-).

Por otra parte, el Consejo de Estado advierte que en estos artículos no se recoge la previsión del artículo 51.5 de la Directiva 2014/24 de que los poderes adjudicadores deberán poder demostrar la fecha de envío de los anuncios. Asimismo, conviene que en el artículo 134.4 se recoja de forma expresa la exigencia del artículo 52.3 de la Directiva 2014/24 de que los anuncios de información previa no se deben publicar en el perfil de contratante antes de que se envíe a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea el anuncio correspondiente, y de que se ha de indicar la fecha del envío.

d) Los plazos de presentación de solicitudes y proposiciones y de información adicional

El artículo 136 se refiere a los plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las proposiciones, a partir de lo previsto en el artículo 47 de la Directiva 2014/24 (y 39 de la Directiva 2014/23). Sin embargo,



CONSEJO DE ESTADO

suscita algunas dudas la incorporación de lo previsto en el artículo 47.3, en el que se contempla la posibilidad de ampliar el plazo en dos supuestos.

De un lado, puede advertirse que no se recoge en el proyectado artículo 136 referencia alguna al segundo de los supuestos contemplados en el citado artículo 47.3 (apartado b: "*cuando se introduzcan modificaciones significativas en los pliegos de la contratación*"). Es cierto que los artículos 122.1 y 124 del anteproyecto indican que los pliegos sólo podrán modificarse por error material, de hecho o aritmético y que, en otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción (*rectius*, retrotracción) de las actuaciones. En la medida en que pueden existir errores materiales, de hecho o aritméticos cuya corrección pueda suponer una modificación "*significativa*", entiende el Consejo de Estado que debería recogerse en el artículo 136 el supuesto previsto en el artículo 47.3.b) de la Directiva 2014/24.

Por otra parte, el supuesto de ampliación del plazo previsto en el artículo 47.3.a) (para el caso de que no se haya facilitado, a más tardar seis días antes de que finalice el plazo fijado, la información adicional solicitada con antelación) sí tiene reflejo en el artículo 136.2 en relación con el 138.3 (sobre el que ya se hizo una observación al hilo del examen del artículo 119, en relación con la tramitación urgente).

En relación con el artículo 138 y, más concretamente, con el inciso final de su apartado 3 ("*El plazo de seis días se reducirá a cuatro días en el caso de tramitación de urgencia*") ha de recordarse cuanto se ha observado en las consideraciones al artículo 119.2.b), punto 4º. En este sentido, en cuanto transposición del artículo 53.2 de la Directiva 2014/24, debe limitarse a los procedimientos a que ese precepto se refiere mediante la remisión que en él se hace a los artículos 27.3 y 28.6 de la propia Directiva 2014/24 (referidos a los procedimientos abierto y restringido); y debe excluirse esa reducción del plazo en los casos de los contratos cubiertos por la Directiva 2014/23 (en la medida en que el artículo 34.3 de la Directiva 2014/23 menciona solo el periodo de seis días –"*a más tardar seis días antes del plazo de recepción de ofertas*"–, sin



CONSEJO DE ESTADO

contemplar su posible reducción por razones de urgencia). Esta observación tiene carácter esencial a los efectos del artículo 130.3 del Reglamento del Consejo de Estado.

e) Documentación que debe presentarse

El artículo 140 regula la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y, en este marco, dispone su apartado 3, segundo párrafo, que cuando el empresario esté inscrito “*en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en una lista oficial de operadores económicos de un Estado miembro*”, y esta última sea accesible de modo gratuito para el órgano o la mesa de contratación, no estará obligado a presentar los documentos justificativos u otra prueba documental de los datos inscritos en los referidos lugares. Sin embargo, el artículo 59.5 de la Directiva 2014/24 exime de presentar la documentación justificativa cuando el poder adjudicador pueda obtener los certificados o la información pertinente “*accediendo directamente a una base de datos nacional de cualquier Estado miembro de la Unión Europea que pueda consultarse de forma gratuita, como un registro nacional de contratación pública, un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación*”. Como puede apreciarse, el alcance de la norma europea es más amplio que el del anteproyecto, y por tanto también es mayor el ámbito de su exención, lo que debe corregirse.

Directamente relacionado con ello, cabe notar que el anteproyecto no hace referencia a algunos de los aspectos que han de incluirse en la declaración responsable según la Directiva (p. ej. –artículo 59.1-, la información necesaria para que el poder adjudicador pueda obtener los documentos justificativos directamente accediendo a una base de datos de las previstas en el artículo 59.5, como la dirección de internet de la base de datos y, en su caso, la declaración de consentimiento). A juicio del Consejo de Estado, el anteproyecto debe recoger todos los extremos que hayan de figurar en la declaración responsable, y ello con independencia de que (como prevé el artículo 141 del anteproyecto), la declaración responsable haya de ajustarse a



CONSEJO DE ESTADO

un modelo que deberá incluirse en el pliego y que seguirá el formulario de documento europeo único de contratación.

Asimismo, debería incluirse una previsión en el sentido de que, cuando la Mesa aprecie defectos subsanables en la declaración responsable, dará un plazo determinado –3 ó 5 días- para que los corrija.

f) La subasta electrónica

El artículo 143 del anteproyecto regula la subasta electrónica a partir de lo dispuesto en el artículo 35 de la Directiva 2014/24. Para evitar dudas interpretativas, se sugiere que en el artículo 143.3.a) se sustituya el inciso “cuando el contrato se adjudique a la oferta de coste más bajo” por el que utiliza el artículo 35.3.a) de la Directiva (“cuando el contrato se adjudique atendiendo exclusivamente al precio”); y ello no solo por el mayor paralelismo con lo previsto en el apartado b), sino, sobre todo, por el distinto sentido que tienen los términos “precio” y “coste” en la norma objeto de transposición (nótese que el mismo artículo 35.3, en su apartado b), se refiere a la “oferta de menor coste”, donde “coste” tiene un sentido distinto de “precio”). Asimismo, y también por razones de claridad, se sugiere sustituir, en el último párrafo del artículo 143.6, el inciso “se proporcionarán fórmulas distintas para cada una de ellas”, por “se proporcionará una fórmula para cada una de ellas” (para evitar la ambigüedad y en línea con lo que dice el último párrafo del artículo 37.6 de la Directiva 2014/24).

g) Los criterios de adjudicación

El artículo 145 regula los criterios de adjudicación sobre la base de lo previsto en los artículos 41 de la Directiva 2014/23 y 67 de la Directiva 2014/24, cuyo primer apartado dispone que “los poderes adjudicadores aplicarán, para adjudicar los contratos públicos, el criterio de la oferta económicamente más ventajosa”.

En su apartado 1 enumera los requisitos que han de cumplir los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato a la oferta





CONSEJO DE ESTADO

económicamente más ventajosa. En su letra a) establece que dichos criterios estarán en todo caso “vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado 2 de este artículo, y su inclusión debe estar justificada por que aporte valor al objeto, uso o finalidad del contrato”.

A juicio del Consejo de Estado, debe reconsiderarse la exigencia adicional, no prevista en la Directiva, de que la inclusión de los criterios de adjudicación *“debe estar justificada por que aporte valor al objeto, uso o finalidad del contrato”*. Nótese que hay criterios de adjudicación cuya vinculación al objeto del contrato es clara, sin que sea tan evidente que aporten valor al objeto del contrato, o a su uso o finalidad (salvo que esa “aportación de valor” se entienda en un sentido tan amplio que se identifique en la práctica con la simple vinculación al objeto del contrato). Así podría ocurrir con algunos de los criterios que mencionan a título de ejemplo los considerandos de la Directiva, cuya utilizabilidad bajo la norma proyectada podría ser cuestionada (como los referidos a aspectos sociales o medioambientales del proceso de producción, a los que se hace referencia más abajo).

En el marco de esa vinculación entre los criterios de adjudicación y el objeto del contrato, el Consejo de Estado llama la atención sobre la importancia de tomar en consideración la variable de género, como criterio relevante en condiciones de igualdad entre empresas. Se trata de introducir en los criterios de adjudicación y en las condiciones de ejecución la variable de género mediante el fomento de la contratación de empresas de mujeres, de empresas que favorezcan el emprendimiento, el empleo femenino y la igualdad en el mercado laboral. Se cohonesta esta previsión con una línea de actuación que cuenta con destacadas iniciativas en el ámbito internacional, como la *Women’s Small Business Ownership Act* en Estados Unidos (que, entre otras medidas, favorece la contratación pública con empresas de mujeres).

Ese aspecto debe fortalecerse en el anteproyecto mediante la introducción de alguna previsión adicional, en el ámbito de los criterios de adjudicación o de las condiciones de ejecución del contrato, orientada a potenciar la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral





CONSEJO DE ESTADO

o la conciliación del trabajo y la vida familiar, en línea con lo previsto en los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Estas previsiones deberían encajarse en el artículo 145 del anteproyecto, relativo a los criterios de adjudicación, y en el artículo 200, referido a las condiciones especiales de ejecución (aunque sin ignorar lo que el Considerando 97 de la Directiva 2014/24 indica acerca de la política general de responsabilidad corporativa).

En relación con el primero de ellos –el artículo 145-, se advierte que la variable de género está recogida de forma ciertamente limitada, en su apartado 9, letra e), sin que ese último lugar implique –conviene aclararlo- que el criterio de la letra e) haya de posponerse a los recogidos en las letras a), b), c) y d) que le preceden (si bien debe subrayarse su necesaria vinculación con el objeto del contrato, sobre lo que después se volverá).

También en el ámbito de las condiciones de ejecución debe reforzarse la perspectiva señalada, lo que podría hacerse dando mayor reflejo en el texto proyectado a lo apuntado en el segundo párrafo del Considerando 98 de la Directiva 2014/24, que indica que aquellas condiciones pueden tender también a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, entre otras.

De otra parte, se echa en falta la incorporación de la previsión (artículo 67.4 de la Directiva 2014/24/UE) relativa a que los criterios de adjudicación “irán acompañados de especificaciones que permitan verificar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen” tales criterios.

Otra observación se refiere al apartado 6 del precepto comentado, según el cual:



CONSEJO DE ESTADO

“Cuando se utilice una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos”.

Se considera que más que de determinación de los criterios de adjudicación, se está haciendo referencia a la ponderación de tales criterios. Por tanto, esta previsión estaría mejor ubicada a continuación del primer párrafo del apartado 8; y debiera señalar que en la ponderación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a los que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes. En fin, frente a la falta de concreción que supone la expresión “siempre y cuando sea posible”, sería conveniente emplear una formulación más restrictiva, que limite los supuestos en que es posible dar preponderancia a otros criterios, o bien exigir que la opción de no dar prioridad a los criterios indicados debe motivarse.

Por último, suscitan algunas dudas los criterios de desempate previstos en el apartado 9 del citado artículo 145. Aunque se denominan “*criterios de desempate*”, son criterios que el órgano de contratación puede establecer –o no- en los pliegos, y que atribuyen preferencia para la adjudicación. Por tanto, pueden considerarse criterios de adjudicación y deben cumplir las exigencias que, respecto de los mismos, establece la Directiva (en este sentido, *cfr.* SSTJUE de 27 de octubre de 2005, asuntos C-158/03, p. 85-89 y C-234/03, pp. 77-78).

Así, en el subapartado a) se atribuye preferencia en la adjudicación a las proposiciones de las empresas que, “*en el momento de acreditar su solvencia*” tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100 (con preferencia, en su caso, para el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad).

Los criterios de adjudicación pueden incluir aspectos medioambientales o sociales pero, en todo caso, han de estar vinculados al objeto del contrato según exige el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24 y recoge



CONSEJO DE ESTADO

el artículo 145.1 del anteproyecto. Esa vinculación con el objeto del contrato se define tanto en el artículo 67.3 de la norma europea como en el 145.2 de la aquí proyectada, incluyendo aquellos criterios que se refieren a las prestaciones del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en el proceso de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios.

Los considerandos de la Directiva 2014/24 hacen referencia a distintos factores que pueden tomarse en consideración al respecto, como aspectos sociales (p. ej., si se fomenta la integración social de personas desfavorecidas *"entre las personas asignadas a la ejecución del contrato"*: considerando 93), o criterios de adjudicación como la utilización de productos basados en un comercio equitativo *"durante la ejecución del contrato que vaya a ser adjudicado"* (considerando 97); se subraya que es fundamental que los aspectos sociales del proceso de producción *"se refieran a las obras, suministros o servicios que vayan a facilitarse"* (considerando 98) y que las medidas destinadas a favorecer la integración social de las personas desfavorecidas podrán también ser objeto de criterios de adjudicación *"siempre que se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato en cuestión"* (considerando 99); por ejemplo, añade el mismo considerando, dichos criterios podrán referirse, entre otras cosas, al empleo (para determinadas personas) o a la aplicación de determinadas medidas *"durante la ejecución del contrato que vaya a adjudicarse"*.

Así las cosas, entiende el Consejo de Estado que los criterios de desempate recogidos en el artículo 145.9 deben vincularse, de una u otra forma, al objeto del contrato; en particular, ha de notarse que los apartados a) y e) establecen criterios de preferencia referidos a la situación de la empresa *"en el momento de acreditar su solvencia"*, lo que parece estar claramente desvinculado del objeto del contrato.

También el apartado 10 establece unos criterios de desempate *"referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas"*. Sin embargo, en este caso no se trata ya de criterios de adjudicación seleccionados y establecidos por el órgano de contratación en los pliegos, sino de unas reglas





CONSEJO DE ESTADO

fijas y predeterminadas que se imponen al órgano de contratación en caso de que los criterios de adjudicación establecidos por aquel conforme a las normas europeas y nacionales hayan desembocado en un empate entre varias ofertas, acudiéndose, en última instancia, al sorteo. Se trata, en suma de unos criterios de desempate legalmente establecidos, cuya existencia es coherente con la prohibición del artículo 148.3 del anteproyecto (*"No podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego"*).

En fin, y ya desde la perspectiva de la Directiva 2014/23, ha de notarse que, aunque según el texto remitido, en este artículo 145 quedaría también incorporado el artículo 41.3 de esa Directiva, no se recoge en él la relevante previsión que recoge el párrafo segundo del citado artículo 41.3, relativo al supuesto de una oferta que proponga una solución innovadora con un nivel excepcional de rendimiento funcional que no pudiera haber previsto un poder adjudicador diligente (en cuyo caso el poder adjudicador podrá modificar, excepcionalmente, el orden de clasificación de los criterios de adjudicación para tener en cuenta dicha solución innovadora, en los términos que allí se prevén).

Directamente relacionado con los criterios de adjudicación, el artículo 146 del anteproyecto se refiere a la definición y cálculo del ciclo de la vida sobre la base de lo previsto en el artículo 68 de la Directiva 2014/24. No se recoge en aquel lo previsto en el artículo 68.3 de esta última (*"Cuando un acto legislativo de la Unión haga obligatorio un método común para calcular los costes del ciclo de vida, ese método común se aplicará a la evaluación de los costes del ciclo de vida"*, lo que se completa con una remisión a la lista de su anexo XIII); ello podría tener reflejo en el apartado 2 del proyectado artículo 146, siquiera fuera en términos generales y sin necesidad de citar los actos legislativos concretos a que la norma europea alude y solo en su anexo concreta (limitado, por ahora, a la Directiva 2009/33). Por lo demás, en el mismo artículo 146 se sugiere sustituir, en el primer párrafo del apartado 3, *"los mismos"* por *"aquellos"* (para dejar claro que se refiere a los órganos de contratación y no a los licitadores, antecedente inmediato); y en el último, *"Estado"* por *"España"*.

Q



h) Adjudicación del contrato

Con carácter previo a la adjudicación, el artículo 147 regula el procedimiento que ha de seguirse en relación con las ofertas anormalmente bajas. En líneas generales, se considera que el precepto comentado realiza una adecuada transposición del artículo 69 de la Directiva 2014/25/UE, sin perjuicio de lo cual se formulan las siguientes observaciones.

En primer lugar, habría que revisar la terminología empleada: se dice que “en los casos en que la entidad contratante presuma que una oferta es inviable...” (apartado 1); se habla de ofertas “incursas en presunción de anormalidad” (apartados 2, 3 y 4). No parece necesario construir una presunción, bastando con indicar simplemente que se trata de ofertas que podrían tener la consideración de anormalmente bajas.

En segundo lugar, cabe destacar la exigencia de que se establezcan en los pliegos de condiciones los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta puede ser considerada anormal. Ahora bien, esta exigencia no tiene carácter absoluto por cuanto el propio artículo 147 contempla expresamente el supuesto de que los pliegos no los fijen.

La previsión de la referida exigencia tiene como finalidad garantizar la eficacia de los principios esenciales de la contratación pública, evitar una aplicación arbitraria de los “umbrales de anormalidad” y posibilitar la correcta articulación del procedimiento.

El Consejo comparte los objetivos a los que pretende dar respuesta la previsión comentada. En particular, considera procedente articular una regulación que, de un lado, permita comprobar si una oferta es o no anormalmente baja tanto mediante la comparación con otras en la fase de recepción y análisis de todas las ofertas y, de otro lado, mediante la inclusión como exigencia en todos los pliegos, permita valorar objetivamente –sin

Qu



CONSEJO DE ESTADO

necesidad de dicha comparación- la suficiencia económica de la oferta para afrontar el coste de la obra o servicio a ejecutar. En efecto, de este modo se evitaría la situación producida en algunas ocasiones en las que la apreciación de ofertas anormalmente bajas no se puede determinar mediante su comparación con otras –porque estas también participan de dicho carácter, bien de manera accidental, bien a resultas de prácticas concertadas-, aunque resulta patente de sus términos que son económicamente insuficientes para afrontar la satisfacción de los costes directos de la obra o servicio. Esta circunstancia se concreta posteriormente en el incumplimiento de las previsiones contractuales por parte del adjudicatario y en el consiguiente perjuicio del interés público. Es deseable por consiguiente que, sin menoscabo de la observancia de las reglas de la competencia, la Administración cuente con algún instrumento que permita excluir las ofertas que, resultando objetivamente anormalmente bajas e insuficientes para asegurar el cumplimiento de la prestación sin embargo no puedan ser calificadas como tales a través del mecanismo ordinario de su comparación con otras. Así las cosas, se considera que la previsión que permite que los pliegos no fijen parámetros objetivos debería desaparecer, teniéndose siempre que establecerlos y a través de esto permitir la calificación independiente de las ofertas.

Por otra parte, en el apartado 4 debería recogerse la referencia que el artículo 69.2.e) de la Directiva hace al cumplimiento de las obligaciones en materia de subcontratación (lo que podría hacerse en el proyectado artículo 147.4.d), añadiendo al final “...y de subcontratación”).

También precede a la adjudicación del contrato la clasificación de las ofertas, regulada en el artículo 148 del anteproyecto. En su primer apartado (cuyo primer párrafo debe volver a redactarse), se introduce la posibilidad de que la mesa de contratación o el órgano de contratación (en defecto de aquella, dice el anteproyecto), puedan trasladar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (o, en su caso, a la autoridad autonómica correspondiente), con carácter previo a la adjudicación del contrato, su apreciación sobre indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, a efectos de que la Comisión se pronuncie sobre los mismos a través de un

Qu



CONSEJO DE ESTADO

procedimiento sumarísimo (que se habrá de regular reglamentariamente), con suspensión del procedimiento de contratación.

Aunque la finalidad de esta norma ha de valorarse positivamente, no se deben desconocer los problemas que su aplicación práctica puede plantear. En todo caso, es conveniente introducir alguna previsión de carácter transitorio e incluso establecer un plazo para regular el procedimiento sumarísimo de referencia, a la vista de los problemas que puede plantear esa aplicación práctica mientras no se haya aprobado la regulación reglamentaria a que se remite.

El mismo artículo 148 se refiere, en su apartado 2, al requerimiento que ha de hacerse al licitador cuya oferta se hubiera seleccionado; y añade el párrafo segundo: *“De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a incautar el importe correspondiente a la garantía provisional constituida, o en caso de no haberse constituido la misma, a exigir el importe del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad”*.

En relación con esta previsión, han de hacerse dos observaciones. De un lado, y en cuanto al supuesto de hecho, debe notarse que, a diferencia de lo que dispone el todavía vigente artículo 103 de la LCSP (que contempla una retirada injustificada), el texto proyectado no exige el carácter injustificado de la retirada de la oferta; retirada que, además, se presume *–iuris et de iure–* a partir de una inadecuada cumplimentación del requerimiento. El Consejo de Estado sugiere que se atempere o module el supuesto de hecho (lo que podría hacerse con la exigencia de un requerimiento de subsanación previo), que impida la aplicación directa y automática de la presunción y de la consecuencia jurídica que el artículo 148.2 prevé, y que el licitador siguiente se apresurará a invocar.

Por otra parte, y en cuanto a la consecuencia jurídica, ha de llamarse la atención sobre una cierta disonancia con lo previsto en el artículo 106 en relación con la garantía provisional (cuya exigencia puede acordar



CONSEJO DE ESTADO

-motivadamente- el órgano de contratación, y cuyo importe –fijado en los pliegos- no puede ser superior a un 3% del presupuesto base de licitación). Pues bien, el artículo 148.2 impone la incautación del importe de la garantía provisional constituida o, en su defecto, la exigencia del 3% del presupuesto base de licitación, en concepto de penalidad. Ello puede dar lugar al efecto -paradójico en algunos casos- de que la exigencia de garantía provisional determine una menor penalidad en caso de retirada injustificada de ofertas (puesto que la lógica de exigencia o no de garantía provisional puede responder a razones distintas de las que han de regir el alcance de la penalidad en caso de retirada injustificada). Por ello, se sugiere ponderar la posibilidad de que el 3% en concepto de penalidad rija como importe máximo y en defecto de otro inferior establecido en los pliegos; o bien fijar en el 3% la penalidad de referencia, con independencia del importe que se haya fijado en los pliegos para la garantía provisional. Análoga observación cabe hacer en relación con el artículo 151.4 del anteproyecto (en relación con la penalidad procedente en caso de falta de formalización en plazo por causas imputables al adjudicatario).

Se trata, en suma, de lograr una mejor coordinación entre los artículos 106 y 148.2 (como también con el 151.4) del anteproyecto.

j) Anuncio de formalización

El artículo 152 del anteproyecto regula el anuncio de formalización de los contratos y, aparte de lo ya indicado en las observaciones generales hechas en relación con los anuncios de información previa y de licitación, se advierte que no se refleja en él lo previsto en el artículo 50.2 de la Directiva 2014/24, sobre la indicación específica que el anuncio debe incluir en el supuesto allí contemplado (lo que quizás podría incorporarse en el Anexo III). También se advierte que no se utiliza la posibilidad de agrupar trimestralmente los anuncios correspondientes a los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV de la Directiva 2014/23 (Anexo IV del anteproyecto).

9



- Subsección 2ª: Procedimiento abierto. Artículos 154 a 157

El procedimiento abierto está regulado en los artículos 154 y siguientes del anteproyecto, sobre la base de lo previsto en el artículo 27 de la Directiva 2014/24. La principal novedad que se introduce radica en la regulación de un procedimiento abierto simplificado, en el proyectado artículo 157, previsto para contratos que cumplan determinados requisitos (y, entre ellos, que no se alcancen los umbrales de valor estimado correspondientes a los contratos sujetos a regulación armonizada).

La tramitación del nuevo procedimiento se desarrolla en un extenso apartado 4, cuya organización y estructura pueden ser mejoradas, por lo que se sugiere su revisión; además, se han de hacer tres observaciones en relación con su contenido.

De un lado, cabe notar que el apartado 4.c) (del artículo 157) dispone que la presentación de la oferta “conllevará” la declaración responsable del firmante respecto a una pluralidad de factores. A juicio del Consejo de Estado, debe quedar claro el carácter expreso –y consciente- de esa declaración responsable (que, como su propio nombre revela, no puede ser implícita, deducible de la presentación de la oferta). Para ello, se sugiere que en el inciso inicial del segundo párrafo (del apartado 4.c)) se sustituya el verbo conllevar por exigir, o incluir otro de análoga significación; y, que su inciso final disponga que, a tales efectos, en el modelo de oferta que figure como anexo al pliego recogerá esa declaración responsable. Igualmente, debe ser expreso el sometimiento al fuero español a que se refiere el párrafo tercero del mismo apartado 4.c).

Por otra parte, dispone el apartado 5 (del mismo artículo 157) que, aunque se haya declarado la urgencia del expediente, si el procedimiento utilizado es el simplificado, no se producirá la reducción de plazos a que se refiere el artículo 119.2.b). Puesto que este último artículo incorpora un listado de supuestos en que no se producirá la reducción de plazos allí prevista, se sugiere que se incorpore esta excepción (la del 157.5) a aquel listado (el del 119.2.b)).



- Subsección 3ª: Procedimiento restringido. Artículos 158 a 163

La Subsección 3ª regula, en los artículos 158 a 163, el procedimiento restringido, sobre el que han de hacerse algunas observaciones.

En relación con el contenido de las invitaciones, el apartado 1 del artículo 161 recoge los extremos contemplados en el Anexo IX.1 de la Directiva 2014/24, referido al contenido que deberá incluir, "*al menos*", la invitación a presentar una oferta (o a participar en el diálogo). Pues bien, el apartado 1.b) del citado Anexo exige que conste "*la lengua o lenguas en que deban estar redactadas*" las ofertas, lo que se traduce, en el artículo 161.1 del anteproyecto por la mención de "*la lengua en que deban estar redactadas, si se admite alguna otra además del castellano*". A juicio del Consejo de Estado ha de corregirse este inciso, puesto que, de acuerdo con los términos de la Directiva, la lengua en que han de estar redactadas las ofertas debe indicarse siempre (y no solo cuando se admita otra además del castellano); cuestión distinta es que la Ley pueda exigir que siempre se incluya el castellano a tales efectos (con independencia de que puedan admitirse, además, otras lenguas). Observaciones análogas han de realizarse en relación con los artículos 172.3 y 173 *in fine*. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos del artículo 130.3 del Reglamento Orgánico de este Consejo de Estado.

En segundo lugar, y en relación con el plazo de presentación de proposiciones, llama la atención el carácter no tasado que se atribuye al listado de supuestos en que puede reducirse el plazo general de 30 días, por la expresión "*entre otros*" que incluye el segundo párrafo del artículo 162.1 proyectado ("*El plazo general previsto en el párrafo anterior podrá reducirse, entre otros, en los siguientes casos:...*"). Puesto que el plazo de 30 días es el mínimo establecido con carácter general tanto en el artículo 28.2 de la Directiva 2014/24 como en el artículo 39.3 de la Directiva 2014/23, únicamente puede admitirse la reducción de ese plazo general (al menos, en el ámbito de aplicación de tales directivas), en los supuestos contemplados en ellas.



CONSEJO DE ESTADO

Tales supuestos incluyen, en el caso de la Directiva 2014/24, los recogidos en las letras a), b) y c) del artículo 162.1. Sin embargo, en el caso de la Directiva 2014/23, únicamente se recoge la excepción contemplada en la letra c) de ese artículo 162.1. Esa diversidad de tratamientos sí ha sido advertida en el artículo 154 (en relación con el procedimiento abierto), en el que tras recoger los tres supuestos análogos (letras a), b) y c) de su apartado 3), se precisa que, en las concesiones de obras y de servicios sólo se podrá reducir el plazo general cuando se dé la circunstancia establecida en la letra c) del apartado anterior (artículo 154.4).

En suma, a juicio del Consejo de Estado, en el artículo 162 del anteproyecto, debe suprimirse la expresión “*entre otros*” en el segundo párrafo de su apartado 1 y añadirse un apartado con una previsión análoga a la del artículo 154.4 del propio anteproyecto. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos del artículo 130.3 del Reglamento Orgánico de este Consejo de Estado.

Como observación menor, ha de advertirse que en el mismo artículo 162.1, letra b), debe corregirse el inciso final, puesto que el plazo no ha de computarse desde la fecha del envío del anuncio de licitación, sino desde la fecha del envío de la invitación escrita.

- Subsección 4ª: Procedimientos con negociación. Artículos 164 a 169

La Subsección 4ª integra en un mismo bloque la regulación del procedimiento de licitación con negociación (sobre la base de lo previsto en el artículo 29 de la Directiva 2014/24) y la del procedimiento negociado sin publicidad (a partir de lo que dispone el artículo 32 de la Directiva 2014/24), en ambos casos tomando en consideración también lo previsto en la Directiva 2014/23 (y, en particular, en sus artículos 30 y 31).

La subsección se abre con el artículo 164, referido a la materia objeto de negociación y, en su apartado 2 se concreta cuál ha de ser el contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares. En la concreción



CONSEJO DE ESTADO

de ese contenido, el artículo 29.1 -segundo párrafo- de la Directiva 2014/24 exige, entre otros extremos, que los poderes adjudicadores faciliten “*una descripción de sus necesidades y de las características exigidas*” y que especifiquen los criterios de adjudicación. La referencia a aquellas necesidades es significativa en función del procedimiento de que aquí se trata, por lo que conviene incluirla expresamente en el artículo 164, como también la mención expresa de los criterios de adjudicación, teniendo en cuenta que es uno de los dos aspectos (junto con los requisitos mínimos) expresa y taxativamente excluidos de la negociación tanto en la Directiva (artículo 29.3) como en el anteproyecto (artículo 167.5).

Los supuestos de aplicación del procedimiento de licitación con negociación se recogen en el artículo 165 del anteproyecto; supuestos que están tomados de la Directiva 2014/24 y, aunque no vienen especificados en la Directiva 2014/23, resultan, a juicio del Consejo de Estado, congruentes con sus exigencias. No obstante, cabe notar que el último párrafo del artículo 165 perfila lo que ha de entenderse por ofertas “*irregulares o inaceptables*” conjuntamente, mientras que el artículo 26.4.b) de la Directiva 2014/24 distingue entre unas y otras (en ambos casos, en términos muy próximos). Aunque tal distinción parece irrelevante a efectos de cumplir la Directiva que ahora se incorpora, sería conveniente distinguir donde la norma europea distingue de forma expresa, en razón de posibles referencias que a unas u otras puedan efectuar otras normas o incluso la jurisprudencia.

Por su parte, los supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad están relacionados en el artículo 166 (cuyo último párrafo debe configurarse como apartado d)). El apartado a) se refiere a los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, lo que exige tener en cuenta no solo lo previsto en la Directiva 2014/24 sino también lo dispuesto en la Directiva 2014/23. Sin embargo, el texto remitido sólo hace referencia a la base que ofrece esta última Directiva en el caso de los ordinales 1º y 2º; también el 5º puede encontrar apoyo en ella (en cuanto se refiere al ámbito de la seguridad); pero ofrecen muchas más dudas los casos de los ordinales 3º y 4º que no deberían extenderse a los contratos de concesión cubiertos por la Directiva 2014/23, a la vista de la regla general



CONSEJO DE ESTADO

establecida en su artículo 31.1 (exigencia de anuncio de concesión) y de las excepciones recogidas en el propio artículo 31.

La tramitación del procedimiento de licitación con negociación está recogida en el artículo 167. A juicio del Consejo de Estado, la remisión que su apartado 2 hace a los artículos 158.1, 159, 160 y 161 debería extenderse también el artículo 162 (al menos, a su apartado 1), al que reenvía el artículo 160.4, y cuya aplicación también resulta de lo previsto en el artículo 29.1, último párrafo, de la Directiva 2014/24 (tanto en cuanto al plazo de 30 días para la presentación de proposiciones, como en cuanto a la remisión que se hace al artículo 28, apartados 3 a 6 de la misma Directiva, que se incorporan –en parte– en ese artículo 162). Por lo demás, se sugiere incorporar una referencia a la adjudicación, que podría incluirse en el apartado 8 del artículo 167 (en paralelo al contenido del artículo 29.7 de la Directiva 2014/24).

- Subsección 5ª: Diálogo competitivo. Artículos 170 a 174

La Subsección 5ª regula el diálogo competitivo, procedimiento que está contemplado en el artículo 30 de la Directiva 2014/24. La apertura del procedimiento y las solicitudes de participación se regulan en el artículo 172, con apoyo en diversas remisiones a otros preceptos del anteproyecto, en términos que no siempre son claros y que suscitan algunas dudas.

Así, el proyectado artículo 172.2 dispone que serán de aplicación en este procedimiento las normas del artículo 158.2; sin embargo, parece que la remisión quiere limitarse a su párrafo primero, dados los términos de su párrafo segundo y el limitado ámbito a que en él se restringen las primas o compensaciones por gastos (frente a la ausencia de una restricción tal en el artículo 171, directamente aplicable al diálogo competitivo). También suscita dudas la remisión que el mismo artículo 172.2 hace al artículo 160.4, en “*lo relativo a selección de los solicitantes*”; con ello, parece dejarse fuera lo relativo a la invitación a presentar proposiciones (en el plazo que proceda de acuerdo con el artículo 162), invitación que debe producirse “*simultáneamente y por escrito*”; exigencia esta última que queda, así, excluida de la remisión que el artículo 172.2 hace al artículo 160.4, pero que sí es aplicable al diálogo

Q



CONSEJO DE ESTADO

competitivo según el artículo 54 de la Directiva 2014/24. Se trata, en suma, de una muestra más de las disfunciones y dudas que generan las múltiples remisiones y reenvíos que el anteproyecto contiene (como también las directivas que aquel trata de incorporar).

Por otra parte, ha de llamarse la atención sobre la necesidad de una completa incorporación del artículo 55 de la Directiva 2014/24, lo que no afecta sólo a la regulación del diálogo competitivo, si bien el artículo 173.4 es el único en el que se llevaría a cabo la transposición de ese artículo 55, según la memoria y la tabla de correspondencias incluidas en el expediente. La simple lectura comparada del proyectado artículo 173.4 y del artículo 55 de la Directiva 2014/24 evidencia que aquel recoge solo una de las previsiones de éste. Es cierto que algún otro precepto del anteproyecto incorpora alguna otra previsión concreta del repetido artículo 55 (como el artículo 169, en relación con los procedimientos con negociación), pero a juicio del Consejo de Estado es necesario completar la incorporación de ese precepto europeo, lo que en buena técnica habría de hacerse en el anteproyecto.

- Subsección 6ª: Procedimiento de asociación para la innovación

La Subsección 6ª regula un nuevo procedimiento, de asociación para la innovación, a partir de lo previsto en el artículo 31 de la Directiva 2014/24. En relación con su preparación, llama la atención la mención de unos "*pliegos de especificaciones funcionales*" que no menciona ningún otro precepto del anteproyecto y que parecen referirse a los pliegos de prescripciones técnicas. En todo caso, debe incluirse en los pliegos la determinación de la necesidad que quiere cubrirse así como los requisitos mínimos que se deben cumplir (artículo 31.1, segundo párrafo, de la Directiva).

Ciertamente, el diseño que del procedimiento hace la Directiva dista de ser nítido, pero sus perfiles se desdibujan más en el Anteproyecto, que parece partir de un diseño diferente, lo que aconseja reconsiderar su configuración e introducir algunos cambios en su articulado. La novedad del procedimiento, unido a la falta de claridad del proceso diseñado en la Directiva,





CONSEJO DE ESTADO

obliga a hacer la presente observación con todas las cautelas; pero sí se quiere llamar la atención sobre la diferente configuración que ofrece este procedimiento en la norma europea y en la ahora proyectada, lo que exige una reconsideración de su regulación.

Así, la Directiva parece perfilar un procedimiento en el que, tras una convocatoria o anuncio de licitación, cualquier empresario puede formular una solicitud de participación (apartado 1); los candidatos que resulten seleccionados pueden formular ofertas (apartado 3); convirtiéndose así en licitadores, en el marco de un proceso de negociación (apartado 4); que puede desarrollarse en fases sucesivas (apartado 5); y que culmina con la creación de la asociación para la innovación. Esta asociación para la innovación se estructurará en fases sucesivas, pero ya no es entre el poder adjudicador y los licitadores, sino entre aquel y uno o más socios; y culmina con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes (apartados 2, 6 y 7). Podrían distinguirse así cuatro momentos diferenciados: selección de candidatos, negociación con los licitadores, la asociación con los socios, y la adquisición del producto resultante.

El diseño del anteproyecto no responde a este esquema, sino que parece fundir el proceso de negociación (entre poder adjudicador y licitadores) con el proceso de asociación (entre poder adjudicador y socios).

Ello se pone de manifiesto especialmente en el artículo 179, cuyo contenido y estructura deberían ser revisados, a fin de separar el proceso de negociación de la ulterior asociación para la innovación. Así, y en relación con su inciso inicial, la formalización del Acuerdo de Colaboración para la innovación debe producirse una vez concluida la selección entre los distintos licitadores que hayan presentado ofertas (*i.e.*, tras el periodo de negociación); además, al final de ese primer párrafo, debe reflejarse la exigencia de que el consentimiento no puede tener carácter general (que se recoge en la Directiva tanto para la fase de negociación con los licitadores –artículo 31.4, segundo párrafo- como para la de asociación, con los socios –artículo 31.6, tercer párrafo-). El apartado 2 del mismo artículo 179 aparece referido a la fase de negociación (como se desprende tanto de su primer inciso -“negociarán”-, como



CONSEJO DE ESTADO

del primer inciso de su segundo párrafo –“*negociación*”-), por lo que en el primer párrafo no se debe hacer mención de las fases en que se estructura el “*proceso de investigación y desarrollo*” sino el “*proceso de negociación*”. El apartado 3, en cambio, ha de entenderse referido a las fases del proceso de investigación e innovación (artículo 31.2 de la Directiva), lo que debería decirse expresamente; además, en este apartado 3 del artículo 179 debe añadirse un inciso al final, puesto que no basta que el órgano de contratación se hubiese reservado, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la facultad allí contemplada, sino que es necesario también que haya indicado en él las condiciones en que puede ejercerla: así resulta del inciso final del artículo 31.2, tercer párrafo, de la Directiva. No basta, a tal efecto, lo que se prevé en el apartado 4 del mismo artículo 179 (“*no darán lugar a indemnización, sin perjuicio del pago de los trabajos realizados*”), sino que aquellas condiciones han de quedar concretadas en los pliegos, tal y como exige la Directiva.

En suma, a juicio del Consejo de Estado, es necesaria una reorganización y reconsideración del artículo 179 del anteproyecto, a fin de que en él quede adecuadamente reflejado el procedimiento esbozado en el artículo 31 de la Directiva 2014/24 (con el *iter* antes apuntado: anuncio de licitación, selección de candidatos, negociación con los distintos licitadores -que puede desarrollarse en fases-, acuerdo de colaboración con uno o varios empresarios, proceso de investigación e innovación por los socios –estructurado en fases-, decisión sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros resultantes). Esta observación tiene carácter esencial a los efectos del artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

- Subsección 7ª: Normas especiales aplicables a los concursos de proyectos. Artículos 181 a 185

Cierra la sección de normas sobre preparación de los contratos la Subsección 7ª, referida a los concursos de proyectos, que sigue lo dispuesto en los artículos 78 a 82 de la Directiva 2014/24, si bien pueden hacerse algunas observaciones menores sobre el texto proyectado.



CONSEJO DE ESTADO

Por una parte, y en relación con el artículo 181.3, se sugiere que la referencia a los umbrales fijados en el artículo 22 se remita a los apartados a) y b) de dicho artículo, que son los que se corresponden con los apartados b) y c) del artículo 4 de la Directiva 2014/24 (*i.e.*, los que mencionan los concursos de proyectos). Incluso cabe preguntarse si esta norma (la del 181.3) no encontraría mejor acomodo en aquel artículo (el 22 del anteproyecto).

En segundo término, ha de llamarse la atención sobre lo que parece ser una errata en el artículo 184.3; errata relevante, puesto que donde se menciona el *"interés de empresas públicas o privadas"* debería hacerse referencia al interés público y al perjuicio de los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas, de forma que la frase entrecomillada que se acaba de transcribir debe sustituirse por *"interés público, perjudique los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas"* (de conformidad con lo previsto en el artículo 79.2, segundo párrafo, de la Directiva 2014/24).

En tercer lugar, cabe observar que la exigencia de que los miembros del jurado a que se refiere el artículo 185.3 deban ser personalidades notorias *"siempre y cuando sea posible"*, puede generar una litigiosidad innecesaria, por lo que se sugiere reconsiderar el mantenimiento de esa expresión.

En fin, en el artículo 185.4, *in fine*, la referencia al *"anuncio sobre los resultados del concurso"* ha de hacerse al *"anuncio de licitación del concurso"*.

- Sección 3ª: "Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de las Administraciones Públicas". Artículos 186 a 215

La Sección 3ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo está dedicada a los efectos, el cumplimiento y la extinción de los contratos de las Administraciones públicas. Se trata, pues, de la regulación de la vida contractual, la que se inicia con su perfeccionamiento y concluye con su extinción, sin perjuicio del régimen de responsabilidad del contratista una vez

9



CONSEJO DE ESTADO

finalizado el vínculo convencional, que se establece para cada concreto tipo de contrato.

Desde la plasmación normativa de la teoría de los actos separables, surgida en el Derecho francés y aceptada por la jurisprudencia contencioso-administrativa (asunto del hotel Andalucía Palace de Sevilla, Auto del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1961 y Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1965), que tuvo lugar ya en la Ley de Contratos del Estado, cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, la regulación en sede de la legislación de contratación pública de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de las Administraciones públicas ha quedado reservada a los contratos administrativos, al regirse la vida contractual de los contratos privados de la Administración por el derecho civil.

Sobre esta distinción nítida incidió la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que, al establecer –en cumplimiento del derecho europeo- unas condiciones mucho más restrictivas que las entonces vigentes para la alteración de los contratos, extendió este régimen de modificación a los contratos privados (actualmente, artículo 20.2 del TRLCSP). Y en esta línea profundiza el anteproyecto, que somete a la regulación administrativa de la vida contractual varios aspectos de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas, cuando estén sujetos a regulación armonizada, pese a su carácter privado. Esta extensión está plenamente justificada cuando tales aspectos, por su incidencia en la previa licitación que se halle en la génesis de los contratos, han sido abordados en las directivas europeas, como ocurre con la modificación o la subcontratación. Pero no resulta razonable cuando afecta a otras materias, particularmente la resolución contractual, pues ni engarzan con el Derecho europeo, ni tienen impacto en la adjudicación ni, en definitiva, se parte en ellas de unas premisas extrapolables a los contratos privados.

Esta cuestión es tratada en el presente dictamen con mayor detenimiento al hilo del examen de los artículos 26 y 316 del anteproyecto.



CONSEJO DE ESTADO

En cualquier caso, sí interesa recalcar ahora que los preceptos analizados en este apartado contienen una regulación llamada a regir, con carácter general, la vida de los contratos administrativos, sin menoscabo de la remisión que a ellos realizan los artículos 26 y 316 citados, en el caso de los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por poderes adjudicadores sin el carácter de Administración pública (o de los contratos privados de Administraciones públicas dedicados a servicios financieros, a la creación e interpretación artística y literaria o los espectáculos, así como a la suscripción a revistas, publicaciones periódicas o bases de datos).

Tal circunstancia obliga a realizar una primera observación al texto consultado, referida al título de la Sección 3ª que se analiza (“De los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de las Administraciones Públicas”), que se sugiere sustituir por el siguiente: “De los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos *administrativos*”. Como resulta del artículo 26.2, los contratos privados que celebren las Administraciones públicas no se regirán por lo dispuesto en dicha Sección 3ª, sino por el Derecho civil, por lo que la generalidad con la que está redactado aquel título no resulta acorde al ámbito de aplicación de su contenido. La rúbrica propuesta, por lo demás, coincide con la del Libro IV del TRLCSP, con el que existe correlación.

Dicho esto, debe constatarse que sobre esta regulación no inciden las Directivas 2014/23/UE o 2014/24/UE, salvo en cuatro aspectos (obligaciones en materia medioambiental, social o laboral, condiciones especiales de ejecución del contrato, modificación –que se conecta a su vez con la cesión, como alteración subjetiva- y subcontratación), por lo que en buena medida las previsiones del anteproyecto reiteran lo prescrito por el actual TRLCSP. Ello no es óbice para que, además de examinarse la adecuación del anteproyecto a dichas directivas en los cuatro aspectos mencionados, se analicen a continuación cuestiones que, aun guardando una correlación exacta con la normativa en vigor, la experiencia de este Consejo de Estado en su labor consultiva en materia contractual aconseje reevaluar. Asimismo, se dejará constancia de cualquier otro cambio relevante que el anteproyecto entrañe, al margen de los derivados de la transposición del Derecho de la Unión Europea, para expresar una valoración al respecto.



CONSEJO DE ESTADO

Antes de iniciar este análisis, en el que se seguirá el orden en que cada materia es regulada en el texto sometido a consulta, merece un excurso una cuestión concreta relacionada con la competencia del Consejo de Estado en el ámbito de las relaciones contractuales. Se trata de las reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, puedan deducir los contratistas con fundamento en el vínculo convencional.

De acuerdo con la redacción original de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, tenía carácter preceptivo la intervención de la Comisión Permanente en los expedientes relativos a *“reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado”* (artículo 22.13). Como dejó sentado este Consejo de Estado en el dictamen nº 1.699/96, de 7 de noviembre, emitido en relación con una consulta donde se planteaba por la Abogacía del Estado la preceptividad del dictamen en los expedientes de responsabilidad contractual de la Administración, el artículo 22.13 transcrito no explicitaba *“el título jurídico que sirve de amparo a la pretensión de resarcimiento deducida frente a la Administración Pública. Así pues, la intervención preceptiva de este Consejo de Estado se exige en todos aquellos casos en que se formula una reclamación indemnizatoria ante la Administración, abstracción hecha del título jurídico en que objetivamente pudiera fundarse, ya fuere éste de naturaleza contractual o extracontractual”*.

Sobre esta cuestión no tuvo impacto la reforma operada por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, que se limitó a fijar un umbral económico (de 6.000 euros o cuantía superior prevista legalmente) a partir del cual sería preceptivo el dictamen en el caso de reclamaciones dirigidas a la Administración, pero sí la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible. Esta última disposición otorgó al artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado su redacción actual, conforme a la que la Comisión Permanente *“deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) Trece. Reclamaciones que, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, se formulen a la Administración General del Estado en los supuestos establecidos por las leyes”*.



CONSEJO DE ESTADO

Ninguna duda suscita la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual, en la medida en que, al regular el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, el artículo 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone: *“En el procedimiento general será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica”*. Igual situación pervivirá cuando esta norma sea reemplazada el 2 de octubre de 2016 por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, toda vez que su artículo 81, relativo a la solicitud de informes y dictámenes en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, así lo contempla: *“Cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma”*.

Sin embargo, en el ámbito de la contratación pública, dada la redacción vigente del artículo 22.13 de su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, puede cuestionarse el carácter preceptivo de la intervención del Consejo de Estado. La intervención tradicional de este Alto Cuerpo Consultivo en los expedientes de responsabilidad contractual ha permitido sentar una aquilatada doctrina, que ha coadyuvado a resolver las dudas interpretativas que, por ejemplo, han ido surgiendo al valorar la indemnización de daños y perjuicios a que los contratistas tienen derecho en los supuestos de suspensión contractual.

Por ello, resulta de todo punto conveniente que, en la regulación de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos y en relación con ellos, se afirme con claridad –para evitar las dudas actuales– el carácter preceptivo al dictamen del Consejo de Estado en la tramitación de cualquier reclamación dirigida a la Administración del Estado con fundamento



CONSEJO DE ESTADO

en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, a partir de cierta cuantía (que podría fijarse también en 50.000 euros, en consonancia con la responsabilidad extracontractual).

- Artículos 188 y 189. Prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos

El artículo 188 del anteproyecto, heredero de los artículos 210 del TRLCSP, 194 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 59 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y 60 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, es un precepto capital para comprender los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos.

El ordenamiento jurídico sitúa a la Administración en una posición jurídica peculiar “en más” y “en menos”: “en más”, cuando la Administración se encuentra en una posición de superioridad, dotada de potestades o prerrogativas; y “en menos”, cuando es colocada en una situación de inferioridad respecto a la que tendría un particular, como sucede en materia de responsabilidad contractual en caso de fuerza mayor. El artículo 188 del anteproyecto es aquel que sintetiza la posición “en más” de la Administración en los contratos administrativos, al reconocer a esta, como parte en una relación convencional, una serie de prerrogativas que son ajenas a cualquiera de los intervinientes en un contrato entre particulares. De ahí que cualquier prolongación de las previsiones contenidas en la Sección 3ª estudiada a los contratos privados, aun cuando estén sujetos a regulación armonizada, carece de sustento si tal prolongación no descansa en exigencias del Derecho europeo o en garantías específicas para la licitación en su día celebrada.

En relación con esta cuestión, se realizan dos observaciones:



- Artículo 188. Enumeración

De acuerdo con la enumeración tradicional de potestades de la Administración en el devenir de los contratos administrativos, esta categoría comprende las prerrogativas de: interpretarlos, resolviendo las dudas que ofrezca su cumplimiento; modificarlos por razones de interés público; y resolverlos, determinando los efectos de la extinción. Se sugiere añadir a estas prerrogativas las de suspender la ejecución de los contratos administrativos (artículo 206 del anteproyecto) y la de depurar las responsabilidades en que pueda haber incurrido el contratista con ocasión del contrato.

Respecto de esta última potestad, que no se incardina en ninguna de las anteriores, está implícita en varios preceptos, como la responsabilidad por vicios ocultos en el contrato de obras (242 del anteproyecto) o la responsabilidad por vicios o defectos de la cosa suministrada en el plazo de garantía (artículo 303 del texto en tramitación). También debe sustentar el ejercicio por la Administración de la acción de repetición contra el contratista en los supuestos en que aquella indemnice a terceros por daños y perjuicios derivados de la ejecución contractual que no sean imputables a la esfera administrativa, cuestión sobre la que se volverá más adelante.

No cabe duda de que la tramitación de un procedimiento encaminado a la depuración de la responsabilidad contractual en que haya podido incurrir la contratista es manifestación de la posición "en más" de la Administración, en la medida en que no es una prerrogativa propia de las partes en un contrato privado, sino la expresión de la autotutela en los contratos administrativos, que permite a la Administración declarar dicha responsabilidad y ejecutarla exigiendo al contratista el abono de la cuantía en que se concrete.

La ausencia del reconocimiento explícito de esta potestad ha dado lugar a confusión en algunos supuestos. Así, en el dictamen n° 1.445/2013, de 27 de febrero de 2014, la Administración contratante conceptuó como interpretación contractual lo que, en realidad, era un supuesto de responsabilidad por vicios ocultos. Dicho objeto, sin embargo, no se

Q



CONSEJO DE ESTADO

correspondía “con la única finalidad que razonablemente cabe atribuir al expediente. Las prerrogativas que ostenta la Administración en los contratos administrativos se desenvuelven durante la vida contractual (la interpretación o modificación de dichos contratos) o están encaminadas a poner fin a la misma (la resolución como forma de extinción). Ninguna disputa hermenéutica entre las partes acerca del alcance de las obligaciones previstas en el contrato o sus pliegos (...) subyace bajo el presente procedimiento. El contrato de obras para la rehabilitación y acondicionamiento para parador de turismo del Palacio Ducal de Lerma se extinguió por cumplimiento el 15 de diciembre de 2002, fecha del acta de recepción, lo que no impide (...) la responsabilidad del contratista, incluida la de quince años por ruina debida a vicios ocultos. Ésta ha de ser la finalidad a la que se dirija el procedimiento, a la vista de las circunstancias concurrentes”. De acuerdo con el dictamen citado, la inadecuada calificación del objeto del expediente de referencia exigió reiniciarlo identificando correctamente su fin (la eventual depuración de la responsabilidad de la empresa contratista por vicios ocultos), previo archivo del procedimiento de interpretación contractual.

En suma, para completar la enunciación de las prerrogativas de las que ya dispone la Administración, se recomienda incluir en el artículo 188 del anteproyecto la mención a la prerrogativa de la Administración de declarar la responsabilidad imputable a la contratista a raíz de la ejecución de los contratos administrativos, así como la de suspender la ejecución de tales contratos.

- Artículo 189. Procedimiento de ejercicio

Este precepto regula el procedimiento para el ejercicio de las prerrogativas de la Administración, sin expresar el plazo para resolverlo y notificar la resolución, lo que conduce a sostener que tal plazo es de tres meses conforme a la regla general del artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en el mismo sentido, artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).





CONSEJO DE ESTADO

Debe tenerse presente la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual, superado el plazo máximo de tres meses para resolver en los procedimientos de resolución de contratos por causas imputables al contratista, ha de declararse caducado el procedimiento, lo que ha llevado al Tribunal a anular diversos actos de resolución de contratos por haberse dictado más allá del plazo legalmente establecido. En este sentido, cabe citar las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007, de 13 de marzo de 2008 y de 9 de septiembre 2009, esta última dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina, a la vista de los criterios contradictorios que resultaban de algunas resoluciones procedentes de distintos Tribunales Superiores de Justicia. Pese a discrepar de este criterio en la Memoria de 2008, el Consejo de Estado viene aplicándolo ininterrumpidamente desde el dictamen nº 479/2010, de 13 de mayo.

Como señalara el dictamen nº 215/2010, de 18 de marzo, al informar el anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, "la experiencia demuestra que el plazo de tres meses es insuficiente para tramitar los procedimientos de resolución contractual por incumplimiento imputable al contratista, en los que las propias garantías reconocidas a favor de éste exigen en muchos casos complejas comprobaciones y la solicitud de numerosos informes".

Procede reiterar ahora la sugerencia que entonces fue formulada y todavía no ha sido atendida: es preciso fijar un plazo suficiente (por ejemplo, de un año) para la instrucción de los procedimientos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista y, en general, para los dirigidos al ejercicio de las prerrogativas de la Administración.

A este respecto, es importante tener en cuenta que la caducidad del expediente de resolución contractual no opera como una verdadera garantía para el contratista, a diferencia de lo que sucede en los procedimientos sancionadores. Y ello por cuanto en estos últimos rige la regla general conforme a la cual los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción, por lo que cabe la posibilidad cierta de que la Administración, tras declarar la

Qu



CONSEJO DE ESTADO

caducidad del expediente sancionador, no pueda castigar la presunta conducta tipificada por haber prescrito la infracción. En cambio, en el ámbito contractual, el dictamen n° 668/2012, de 12 de julio, descartó la prescripción del “derecho” de la Administración a resolver el contrato, no ya solo por la imprescriptibilidad de las potestades administrativas (incluida la prerrogativa del órgano de contratación de resolver el contrato administrativo), sino sobre todo por “la circunstancia de que, (...) ante la pervivencia de la relación convencional, ha de considerarse que su extinción solo puede producirse por cumplimiento o por resolución. A falta de la ejecución de la totalidad del objeto del contrato a satisfacción de la Administración, ésta ostenta la prerrogativa de acordar la resolución contractual y determinar sus efectos” (lo que sucedió, en dicho asunto, respecto de un contrato suscrito en 1989).

En estas circunstancias, la situación que se reproduce en la mayoría de expedientes de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista (desde luego, en los más complejos), en los que, antes de la solicitud del dictamen del Consejo de Estado, el procedimiento ha tenido que ser archivado por caducidad y reiniciado, no ya una, sino varias veces, lejos de ofrecer beneficio alguno al contratista, simplemente redundando en una mayor duración global de las actuaciones, con la consiguiente prolongación de la incertidumbre acerca de la extinción del vínculo convencional. Por tal motivo, aunque parezca paradójico, la fijación de un plazo más amplio que el general de tres meses para la tramitación de estos expedientes, está llamada a acortar el tiempo en el que la Administración, especialmente si existe oposición del adjudicatario, decide si este ha incurrido o no en una conducta susceptible de fundar la resolución por inobservancia de sus compromisos.

- Artículos 190 a 200. Ejecución de los contratos

- Artículo 191. Demora en la ejecución

En él se regulan las facultades de la Administración en el caso de demora en la ejecución del contratista. El apartado 5, copiado a la letra, dice: *“La Administración tendrá la misma facultad a que se refiere el apartado anterior respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales,*





CONSEJO DE ESTADO

cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total". Con ello se pretende equiparar el incumplimiento de los plazos parciales al del total en dos supuestos: si así se ha contemplado en el pliego de cláusulas administrativas particulares; o si la demora en la observancia de tales plazos parciales hace presumir de forma razonable la imposibilidad de atender el plazo total. Para el caso de que concurriera cualquiera de estas dos opciones, el artículo 191.5 debería señalar que la Administración ostentará "las mismas facultades a que se refieren los apartados anteriores", para no circunscribir la equiparación al caso previsto en el apartado 4 del mismo precepto, en el que ya se han impuesto penalidades.

- Artículo 192. Daños y perjuicios e imposición de penalidades

Señala el apartado 1 de este artículo que *"en los supuestos en que no esté prevista penalidad o en que estándolo la misma no cubriera los daños causados a la Administración, ésta exigirá al contratista la indemnización por daños y perjuicios".* Se trata, pues, de un supuesto en el que está expresamente prevista la prerrogativa de la Administración de depurar la responsabilidad contractual del contratista, lo que respalda, de nuevo, la conveniencia de dotar a esta prerrogativa de un reflejo adecuado en el artículo 188 del anteproyecto.

Aun cuando una interpretación sistemática de esta previsión con las que la preceden permite inferir su significado y alcance, es preciso completar la dicción del artículo 192.1 del siguiente modo: ***"En los supuestos de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso o de demora en la ejecución en que no esté prevista penalidad o en que estándolo la misma no cubriera los daños causados a la Administración, ésta exigirá al contratista la indemnización por daños y perjuicios".***

9



CONSEJO DE ESTADO

- Artículo 193. Resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución de los contratos

Sucede en este artículo algo parecido. Establece una regla competencial, al atribuir al órgano de contratación la resolución del contrato cuando la Administración opte por ella, *“en el supuesto a que se refiere el artículo 191”*, esto es, en los casos de demora en la ejecución.

Hay que tener en cuenta que la Administración también está habilitada para escoger la resolución contractual cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato (artículo 190.2), sin que se aprecie motivo alguno para que no deba regir también en este caso igual regla competencial. Por ello, se sugiere iniciar el artículo 193.1 del siguiente modo: *“En los supuestos a que se refieren los artículos 190.2 y 191,…”* (el resto igual).

- Artículo 194. Indemnización de daños y perjuicios causados a terceros

Este precepto aborda la trascendente cuestión de la responsabilidad del contratista y del concesionario ante los terceros. Para abordarla, es necesario partir de los distintos tratamientos que ha recibido a nivel normativo, del análisis de la posición del Consejo de Estado (cuya doctrina fue resumida en las Memorias de 2008 y 2009, de las que ahora se parte), así como de la interpretación jurisprudencial.

El artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa estableció que *“en los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento de éste”* y el artículo 123 del mismo cuerpo legal previno que *“cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión en la forma prevista en el párrafo 2 del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quien deba pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 121.*



CONSEJO DE ESTADO

Esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa que podrá utilizar el particular o el concesionario en su caso”.

En concordancia con estos preceptos, el artículo 134 del Reglamento General de Contratación, aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, dispuso:

“Será de cuenta del contratista indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras. Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto. Las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de un año, ante el órgano de contratación, que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable”.

Este último precepto enlazaba directamente con las previsiones contenidas en la cláusula 19 del Pliego de Condiciones Generales de la Contratación Administrativa de 13 de marzo de 1903, que establecía análoga regulación.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, reguló la responsabilidad extracontractual de los contratistas en su artículo 98, que pasó a ser el 97 en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y que ha sido recogida, en casi idénticos términos, en el artículo 198 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en el artículo 214 del actual TRLCSP y en el artículo 194 del anteproyecto.

9



CONSEJO DE ESTADO

El artículo 194 del texto consulado previene:

“1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto en el contrato de obras, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 314, o en el contrato de suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.

Al interpretar la legislación antes mencionada –y ya desde los albores de la pasada centuria-, el Consejo de Estado ha sostenido siempre el mismo criterio. Los daños causados por el contratista a los terceros deben ser reclamados ante la Administración, quien deberá satisfacer, en su caso, la correspondiente indemnización, sin perjuicio de ejercer la acción de repetición contra el contratista. En efecto, pese a lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa y en el artículo 134 del Reglamento General de Contratación, el Consejo de Estado ha considerado de manera reiterada que la indemnización debía ser abonada por la Administración, sin perjuicio de la citada acción de repetición. Esta doctrina no ha variado tras la promulgación de las sucesivas





CONSEJO DE ESTADO

legislaciones de contratación pública desde 1995. Y es que este Cuerpo Consultivo siempre ha sentado el criterio de que la Administración responde frente al tercero que ejercita contra ella un derecho indemnizatorio si prueba el perjuicio efectivamente sufrido y la relación causa a efecto entre las operaciones propias de la ejecución de la obra pública y el daño producido por aplicación del principio general establecido en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa primero, en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado después y, finalmente, en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (por todos, *dictamen de 18 de junio de 1970, expediente núm. 36.913*). El Consejo de Estado siempre ha afirmado que, si este criterio es válido para el supuesto de servicios concedidos, en los que hay una transferencia de la titularidad del servicio, con mayor razón debe valer en el supuesto de un simple contrato de ejecución de obras, en que su titularidad no se transfiere, pues se mantiene plenamente por la Administración (*dictamen de 12 de julio de 1973, expediente núm. 38.603*) y, en fin, siempre ha sostenido que el título de responsabilidad patrimonial objetiva de nuestro ordenamiento jurídico no se ve alterado por el hecho de que exista un contratista interpuesto para la ejecución de la obra o para la prestación del servicio (entre otros muchos, *dictámenes números 3.433/2001, de 21 de febrero de 2002, 837/2009, de 10 de septiembre, o 86/2010, de 25 de febrero*).

El Consejo de Estado ha interpretado siempre el ordenamiento aplicable de manera materialmente garantista para los ciudadanos, facilitando el ejercicio de las acciones frente a la Administración, tanto en lo tocante a la legitimación pasiva –sin poner al lesionado en la tesitura de tener que determinar quién es el responsable del daño, si el contratista o la Administración–, como en lo referente al bloque normativo aplicable –Ley 30/1992 o Código Civil– y, en fin, en lo atinente a los requisitos –aplicando la doctrina de la responsabilidad objetiva frente a la necesidad de probar la culpa del contratista en el caso de que este sea el causante del daño–. Lo hizo en relación con la cláusula 19 del Pliego de Condiciones Generales de 13 de marzo de 1903 (*dictamen de 30 de diciembre de 1906*) y lo sigue haciendo desde entonces (*dictamen nº 4.007/96, de 16 de enero de 1997*).





CONSEJO DE ESTADO

En suma, el Consejo de Estado viene estableciendo que -fuera de los casos del mutualismo administrativo- las reclamaciones formuladas por los particulares ante las Administraciones por hechos que traen causa de actuaciones de sus contratistas deben ser resueltas por estas.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 30 de marzo de 2009, 11 de febrero de 2013 o 14 de octubre de 2013) no ha seguido la misma línea interpretativa. Esta jurisprudencia parte de la regla general conforme a la cual la responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato de obras, debido a que su intervención rompe el nexo causal, exonerando a la Administración. Ahora bien, por excepción, teniendo en cuenta la titularidad administrativa de la actividad u obra y el fin público que se trata de satisfacer, responde la Administración contratante cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de sus órdenes o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma. Por esto mismo, cabe que los perjudicados, conforme les autoriza la legislación de contratación pública, se dirijan al órgano de contratación para que, previa audiencia del contratista, se pronuncie sobre a quién (este último o la Administración misma) le toca responder de los daños, decisión susceptible de las impugnaciones administrativas y jurisdiccionales que procedan.

En este planteamiento jurisprudencial, si la Administración resuelve que la responsabilidad es del contratista, el órgano de contratación dejará expedita la vía para que los perjudicados se dirijan contra él; en otro caso, seguirá el cauce establecido en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Por otra parte, dada la facultad de los terceros perjudicados de dirigirse al órgano de contratación para que se pronuncie sobre el sujeto responsable, cabe también que reclamen directamente a la Administración contratante al amparo de los artículos 106.2 de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En esta tesitura, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada, dicha Administración puede optar entre dos alternativas: considerar que concurren los requisitos para declarar la existencia de

9



CONSEJO DE ESTADO

responsabilidad o estimar que están ausentes y que, por lo tanto, no procede esa declaración; en la primera hipótesis pueden ofrecerse, a su vez, dos salidas posibles; a saber: entender que la responsabilidad corresponde al contratista o que, por darse los supuestos previstos legalmente (que los daños deriven de manera inmediata y directa de sus órdenes o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma), sea la Administración quien tenga que hacer frente a la reparación. En este último caso así lo acordará y en el otro deberá reconducir a los interesados hacia el cauce adecuado, abriéndoles el camino para que hagan efectivo su derecho ante el adjudicatario responsable.

Ahora bien, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2013, "lo que no puede hacer es limitarse a declarar su irresponsabilidad, cerrando a los perjudicados las puertas para actuar contra la empresa obligada a resarcirles". Así se lo impiden, no solo el espíritu de las sucesivas leyes de contratación pública desde 1995, que quieren un previo pronunciamiento administrativo sobre la imputación del daño, cualquiera que sea el modo en que se suscite la cuestión, sino principios básicos de nuestro sistema administrativo en general, como los de buena fe y confianza legítima. Estas exigencias "resultan aún más intensas cuando, incumpliendo su deber de resolver, la Administración da la llamada por respuesta". En estos casos "el debate procesal ha de centrarse en la posible responsabilidad de la Administración, sin que sea admisible que ante los tribunales cambie de estrategia y defienda que el daño debe imputarse a la empresa adjudicataria del contrato de obras en cuya ejecución se causó, pues iría contra su anterior voluntad, tácitamente expresada".

Por consiguiente, en estos pronunciamientos judiciales la inactividad de la Administración frente a la que se dirige una reclamación de responsabilidad patrimonial por razón de ser titular de la obra o servicio en cuyo desarrollo se han producido los daños y perjuicios, acaba operando como fundamento de dicha responsabilidad, al margen de si tal resultado dañoso se vincula o no a una orden de la Administración o a un vicio del proyecto elaborado por esta, y sin menoscabo de la acción de repetición que pueda corresponderle en caso de que no concurra la mencionada vinculación (acción cuyo ejercicio contempla, por ejemplo, la Sentencia dictada el 17 de diciembre





CONSEJO DE ESTADO

de 2010 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, confirmada en casación por el Tribunal Supremo en la Sentencia citada de 14 de octubre de 2013).

La exposición de esta jurisprudencia pone de relieve el complejo panorama que se presenta ante quien ha sufrido una lesión a raíz de las obras o servicios contratados por la Administración. Ante la incertidumbre acerca del responsable de tal lesión (contratista o Administración), se faculta al perjudicado para dirigirse al órgano de contratación para que se pronuncie al respecto, de modo que, si este atiende de forma temporánea dicha solicitud, identificando al contratista, se abre para el perjudicado una nueva fase procesal, aquella en la que debe reconducir la petición indemnizatoria por la vía civil frente al contratista identificado; ello si no discrepa del criterio de la Administración en la delimitación de la responsabilidad y renuncia a acudir a la vía contencioso-administrativa para rebatirlo. Lo cual, a su vez, no empece para que, en el caso de inactividad administrativa en la referida delimitación, pueda insistir en vía judicial en la responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que es susceptible de producir un resultado equiparable al que deriva de la doctrina del Consejo de Estado, de acuerdo con la cual (aunque sin necesidad de la inactividad) la Administración debe responder de los daños y perjuicios ocasionados a terceros durante la ejecución de las obras o la prestación del servicio, sin menoscabo de la acción de repetición que corresponda.

No es difícil colegir de este panorama el largo *iter* procesal al que ha de hacer frente la parte potencialmente más débil, el particular lesionado.

A juicio del Consejo de Estado, el anteproyecto en curso brinda la ocasión idónea para plantearse y resolver las cuestiones mencionadas, para lo que se van a sentar unas premisas coherentes con la posición largamente mantenida por este Alto Cuerpo Consultivo:

a) *En lo tocante a la delimitación de la responsabilidad:* procede acoger la regla que ha regido de forma invariada en nuestro Derecho, en virtud de la cual es de cuenta del contratista la indemnización de todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, salvo cuando tales daños y perjuicios sean

9



CONSEJO DE ESTADO

imputables a la Administración, lo que sucede, en todo caso, cuando deriven de forma directa e inmediata de una orden administrativa o de vicios en un proyecto por ella elaborado.

b) *En lo atinente a la fijación del cauce procesal:* este es el punto donde se ha centrado la polémica. El Consejo considera que, en coherencia con la doctrina expuesta y sin perjuicio de a quién corresponda, en última instancia, asumir el importe indemnizatorio de acuerdo con la regla anterior, debe permitirse al perjudicado dirigirse frente a la Administración, que responderá si el interesado prueba el perjuicio efectivamente sufrido y la relación de causalidad entre las operaciones propias de la ejecución del contrato y la lesión resarcible, lo que habrá de dirimirse en un procedimiento con audiencia del contratista. Este criterio general ha de encontrar las excepciones que se juzguen pertinentes (y que convendría relacionar), particularmente en el caso de los mutualismos administrativos o, de forma más general, en las concesiones de servicios o en los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos (cuyas especialidades regula el anteproyecto en el artículo 310, una vez suprimida la categoría del contrato de gestión de servicios públicos), supuestos en los que quedaría vedada la posibilidad de obtener de la Administración el resarcimiento por una lesión que no le sea imputable.

c) *En lo relativo al ejercicio de la acción de repetición:* como corolario de la prerrogativa administrativa de depurar la responsabilidad en que incurra la adjudicataria, la Administración ha de verse legalmente compelida (no meramente facultada) a repetir contra el contratista las cantidades satisfechas en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a terceros de los que tal entidad sea responsable. De cara a facilitar la recuperación por la Administración de las sumas abonadas en este supuesto, sería útil contemplar la posibilidad de que sean compensadas con las que, por cualquier concepto, se adeuden a la contratista; incluso cabría sujetar la garantía definitiva al pago de tales sumas, siempre que así se estableciera en el artículo 110 del anteproyecto.



CONSEJO DE ESTADO

En definitiva, procede reconsiderar la redacción del artículo 194 del anteproyecto, con vistas a su adecuación a las premisas expuestas en los párrafos inmediatamente anteriores.

- Artículo 196. Pago del precio

En el apartado 4 de este precepto se indica: *“Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá de haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio”*.

Contiene esta previsión un error lingüístico que ha de ser subsanado. De acuerdo con la Real Academia Española, “deber + infinitivo” denota obligación, en tanto que “deber de + infinitivo” denota probabilidad o suposición. Por lo tanto, procede indicar en el artículo 196.4 del anteproyecto: *“..., el contratista deberá haber cumplido la obligación...”*.

- Artículo 199. Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral

En virtud de este artículo:

“Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión Europea, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado”.

La previsión transcrita está directamente conectada con el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE, que, al enunciar los principios de la





CONSEJO DE ESTADO

contratación, impone a los Estados miembros la adopción de *“las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”*.

Este precepto ha de ser objeto de dos observaciones.

En primer lugar, respecto de su ámbito de aplicación, por su ubicación, el artículo 199 del anteproyecto queda circunscrito a los contratos administrativos, sin que esté prevista su aplicación a los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por otros poderes adjudicadores (de naturaleza privada) ni en el artículo 26 ni en el 316. Esta restricción contraviene la Directiva, conforme a la cual, como principio informador del Derecho europeo de contratación pública, cuyo ámbito –en la terminología del anteproyecto, al igual que en la del TRLCSP- es el de los contratos sujetos a regulación armonizada, deben tomarse las medidas oportunas para asegurar la observancia por los operadores económicos de las obligaciones en las materias enunciadas.

Por ende, deben modificarse los artículos 26 y 316 del anteproyecto para que extiendan a todos los contratos sujetos a regulación armonizada la obligación prevista en el artículo 199. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo establecido en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

En segundo lugar, la comparación del artículo 199 del texto consultado y el artículo 18.2 de la Directiva de referencia pone de manifiesto que el primero atribuye al órgano de contratación la adopción de las medidas tendentes a asegurar el cumplimiento por los contratistas de, entre otras, *“las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado”*, mientras que el segundo tiene una cláusula de cierre referida a *“las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”*.



CONSEJO DE ESTADO

Esta diferencia no resulta objetable en términos jurídicos, al ser más ambicioso el texto consultado, que comprende todas las disposiciones convencionales o de otra índole de Derecho internacional que obliguen al Reino de España en materia medioambiental, social y laboral, que el ordenamiento europeo, el cual delimita los concretos tratados (muchos de ellos de la Organización Internacional del Trabajo; en especial, el Convenio sobre cláusulas de trabajo –contratos celebrados por autoridades públicas-, 1949, número 94) a los que se constriñe esta obligación. Con todo, cabría reevaluar esta decisión y trasladar al anteproyecto similar delimitación (enumerando los tratados del anexo X de la Directiva 2014/24/UE en el artículo 199 del anteproyecto o en un anexo específico) para focalizar las comprobaciones que deban realizar los órganos de contratación.

- Artículos 201 a 205. *Modificación de los contratos*

El examen del tratamiento de la modificación contractual en los artículos 201 y siguientes del texto sometido a consulta ha de ir precedido de un somero análisis de la evolución del Derecho español en la materia, así como de la regulación que esta cuestión ha merecido en el ordenamiento de la Unión Europea. Estos dos elementos permitirán emitir un juicio global sobre el criterio reflejado en el anteproyecto y formular observaciones a su contenido.

Como recordara el Consejo de Estado en su Memoria de 2011, la modificación de los contratos administrativos ha evolucionado notablemente en nuestra legislación reguladora de los contratos administrativos.

La posibilidad de modificar los contratos administrativos por parte de la Administración estaba reconocida en los artículos 18 y 48 de la Ley de Contratos del Estado, cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, dentro de los límites establecidos en la propia ley y su reglamento. La ley no señalaba límite alguno en cuanto al alcance objetivo de la modificación; no la circunscribía a reformas menores o de poca monta. Lo único que requería era que se hiciera por razones de interés público y que mediara la

Q



CONSEJO DE ESTADO

anuencia del contratista cuando se rebasara, en más o en menos, determinado porcentaje del precio inicial, que se fijaba en el 20%.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, contempló con carácter general la posibilidad de modificar los contratos administrativos. En tal sentido, el artículo 102.1 preveía que, *“una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación podrá introducir modificaciones por razón del interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”*. También el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, -de aplicación a los contratos adjudicados con posterioridad a su entrada en vigor el 22 de junio de 2000-, reconoció entre las prerrogativas de la Administración la de modificar los contratos, por razón de interés público, siempre que la modificación viniera precisada por necesidades nuevas o causas imprevistas (artículos 59 y 101). Con arreglo a estas normas citadas, la modificación de los contratos podía imponerse unilateralmente por la Administración siempre que no comportara una variación, en más o en menos, del 20% de la cuantía del contrato.

Con ocasión de la interpretación de los preceptos de las disposiciones legales citadas, se conformó una perfilada doctrina que reconocía a la Administración la facultad de modificación contractual como una prerrogativa singular y privilegiada (dictamen del Consejo de Estado nº 1.598/2002, de 31 de octubre). Exigía primordialmente la concurrencia de un interés público (dictamen nº 55.586, de 10 de enero de 1991), en cuya apreciación la Administración tenía un amplio margen de discrecionalidad. La potestad de modificación de los contratos tenía ciertos límites: unos, formales, requerían el consentimiento del contratista cuando superaba el 20% de la cuantía del contrato y, eventualmente, la intervención del órgano consultivo correspondiente y, otros, materiales. Estos fueron establecidos por la doctrina administrativa, que afirmó que el límite del *ius variandi* estaba en aquellos casos en los que la modificación era de tal magnitud que implicaba un nuevo contrato (dictamen del Consejo de Estado nº 50.461, de 12 de noviembre de 1987) o comportaba en realidad un contrato distinto o un proyecto nuevo (dictámenes



CONSEJO DE ESTADO

del Consejo de Estado nº 51.698, de 25 de febrero de 1998 y 4.350/97, de 6 de noviembre). La concurrencia de "*necesidades nuevas o causas imprevistas*" no precisaba que estas fueran inherentes al contrato, sino que podían ser externas a él, debidas a acontecimientos extraños a la relación contractual. Y, respecto del interés público, se consideró que cabía apreciarlo cuando la modificación comportaba alguna ventaja o concurría alguna necesidad para la Administración pública.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su artículo 202, dispuso que, "*una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato*".

Esta regulación supuso una acotación de los supuestos en los que podía hacerse uso del *ius variandi*, toda vez que:

- Primero, en el plano de las exigencias materiales que habilitaban la modificación, además de la concurrencia del interés público, era necesaria la atención de causas imprevistas, cuya necesidad debía estar justificada en el expediente. La aparición de "*necesidades nuevas*" ya no ofrecía sustento a la reforma por la Administración de los términos pactados.

- Segundo, quedaba vedado que la modificación contractual afectase a las condiciones esenciales del contrato. Aun cuando, en aras del principio de igualdad y concurrencia entre licitadores, este límite material al ejercicio del *ius variandi* ya estaba presente en la doctrina del Consejo de Estado, su plasmación legal estaba llamada a contribuir a la observancia de tales principios.

- Y, tercero, en el plano formal, se exigía que la posibilidad de que el contrato fuera modificado se recogiera en los pliegos y en el documento contractual.



CONSEJO DE ESTADO

Sobre este régimen tuvo un impacto decisivo la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que estableció una regulación mucho más rigurosa y estricta que la anterior. Como se ponía de manifiesto en el dictamen nº 215/2010, de 18 de marzo, sobre el anteproyecto de dicha ley, tal cambio de enfoque guardaba “conexión con el dictamen motivado que la Comisión Europea remitió al Reino de España (en el seno de la fase precontenciosa del procedimiento por incumplimiento del Derecho comunitario), al considerar que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, tal y como está regulado en la Ley de Contratos del Sector Público, infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de 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”. Conforme a esta regulación, son dos los supuestos en los que se admite la modificación contractual (cuyo régimen se aplica a todos los contratos del sector público y no solamente a los contratos administrativos, como en la normativa anterior):

Por una parte, cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación. Para la operatividad de esta modificación, no basta con que se haya advertido expresamente en alguno de tales documentos, sino que es preciso, además, que se hayan detallado, de forma clara, precisa e inequívoca, las condiciones en que puede hacerse uso de dicha posibilidad, así como el alcance y límites de los cambios contractuales, con indicación expresa del porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueden afectar y los aspectos procedimentales.

Por otra parte, cuando, no estando la modificación prevista en los pliegos o en el anuncio de licitación, esté justificada por una serie de causas tasadas, no altere las condiciones esenciales de la licitación y no exceda el 10% del precio de adjudicación.

La regulación recogida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, en su redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se incorporó posteriormente, de manera íntegra, al vigente TRLCSP.





CONSEJO DE ESTADO

Con la Directiva 2014/24/UE el Derecho europeo se adentra por primera vez en el ámbito de la modificación de los contratos públicos, en orden a preservar las condiciones en que se llevó a cabo la licitación.

Ello no significa que el ordenamiento comunitario haya permanecido ajeno a esta cuestión hasta la nueva directiva, habida cuenta de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), con la finalidad expresada, ya había impuesto límites a la modificación de los contratos. De esta jurisprudencia es representativa la Sentencia de 19 de junio de 2008 (asunto *Presstext Nachrichtenagentur*), con arreglo a la cual, a fin de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de este constituyen una nueva adjudicación “cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato”. En este sentido, la modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial, entre otros supuestos, “cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada”; “cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos”; o “cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial”.

No hay que olvidar, por lo demás, que, antes de la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, reformó el régimen de modificación de los contratos administrativos, ante un procedimiento en ciernes por incumplimiento del Reino de España, por no ajustarse, al entender de la Comisión Europea, la entonces Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a los principios comunitarios de la contratación pública.



CONSEJO DE ESTADO

A partir de la jurisprudencia del TJUE, que, como señala el considerando centésimo séptimo, inspira la nueva regulación, el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE disciplina la modificación de los contratos durante su vigencia.

De acuerdo con este precepto, los contratos y los acuerdos marco sujetos a la directiva podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación en cinco supuestos:

i) Previsión en los pliegos: con independencia de su valor pecuniario, las modificaciones contractuales son admisibles cuando estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. Dichas cláusulas han de fijar el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. Como límite, no caben modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco.

ii) Obras, servicios o suministros adicionales: tales prestaciones, cuando resulten necesarias y no estuviesen incluidas en la contratación original, podrán encargarse al contratista primitivo, en el supuesto de que su sustitución no sea factible por razones económicas o técnicas y genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador. Ahora bien, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no puede exceder del 50% del valor del contrato inicial; en caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de ellas, sin que tales modificaciones consecutivas puedan tener por objeto eludir las disposiciones de la directiva.

iii) Circunstancias imprevistas: ante la necesidad de una modificación que se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever, siempre que no se altere la naturaleza global del contrato, dicha modificación es factible hasta un incremento del precio igual o inferior al 50% del valor del contrato o acuerdo marco inicial. En caso de modificaciones sucesivas, se aplicará la misma regla que en el caso anterior.

Q



CONSEJO DE ESTADO

iv) Sustitución del adjudicatario: la alteración subjetiva del contrato se permite cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de cualquiera de las siguientes tres circunstancias:

- una opción o cláusula de revisión inequívoca contenida en los pliegos;

- la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por fin eludir la aplicación de la directiva, o

- la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional.

v) Modificaciones no sustanciales

En todo caso, se entiende que son modificaciones no sustanciales aquellas cuyo valor es inferior a las dos cifras siguientes: los umbrales económicos de los contratos sujetos a regulación armonizada y el 10% del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros o el 15% en el caso de los contratos de obras. Por encima de estos umbrales, será preciso evaluar si la modificación es sustancial, lo que sucederá siempre que tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. A estos efectos, una modificación es considerada, en cualquier caso, sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes: 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; que la modificación

Q



CONSEJO DE ESTADO

altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial; que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco; o que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las anteriormente expresadas.

Fuera de los cinco supuestos enumerados, de conformidad con el artículo 72.5 de la Directiva 2014/24/UE, es prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación para introducir modificaciones en las disposiciones de un contrato público o un acuerdo marco durante su vigencia.

El anteproyecto se refiere a la modificación de los contratos en la Subsección 4ª de la sección examinada (artículos 201 a 205). Ahora bien, dicha regulación es parcial pues solo contempla las alteraciones objetivas del vínculo convencional. La cuestión relativa a la sustitución del adjudicatario no está contemplada en los citados artículos 201 y siguientes del texto y debe introducirse la correspondiente regulación.

Respecto de su ámbito de aplicación, esta regulación afecta, en primer término, a los contratos administrativos, que son los destinatarios primigenios de las previsiones contenidas en la sección relativa a los efectos, cumplimiento y extinción. Ahora bien, en virtud del artículo 26 del anteproyecto, también se someterán a tales previsiones tanto los contratos privados de la Administración dedicados a servicios financieros, a la creación e interpretación artística y literaria o los espectáculos, y a la suscripción a revistas, publicaciones periódicas o bases de datos, como los contratos privados celebrados por los poderes adjudicadores distintos de las Administraciones públicas, en todos estos casos siempre que se trate de contratos sujetos a regulación armonizada. Por lo tanto, en comparación con el TRLCSP en vigor, la aplicación de este régimen de modificación contractual está más acotada. En efecto, ya no afecta a todos los contratos del sector público, sino solamente a aquellos sujetos a las directivas europeas. Esta solución resulta razonable y plenamente acorde al origen comunitario de dicho régimen.

9



CONSEJO DE ESTADO

En cuanto a su contenido, el texto consultado mantiene la dicotomía entre modificaciones previstas (artículo 202) y no previstas (artículo 203) en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En este segundo caso, a su vez, encuentran cobertura tres de los supuestos recogidos en el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE: las obras, suministros o servicios adicionales; la reforma contractual por circunstancias imprevistas; y las modificaciones no sustanciales. En definitiva, dejando al margen las alteraciones subjetivas, los artículos 202 y 203 del anteproyecto reproducen el abanico de opciones que el Derecho europeo ofrece para modificar los contratos públicos sin necesidad de acudir a una nueva licitación, coincidiendo, en líneas generales, las condiciones requeridas para la operatividad de cada una de ellas con las enumeradas en el artículo 72 de la Directiva de referencia.

Como excepción, se advierte el endurecimiento de las condiciones para la modificación de los contratos, particularmente en dos aspectos.

Por una parte, el artículo 72.1.b) y c) de la Directiva 2014/24/UE fija en el 50% del valor del contrato el límite tanto para las modificaciones consistentes en obras, servicios o suministros adicionales como para las fundadas en circunstancias imprevistas, señalando que, de tratarse de modificaciones sucesivas, dicho límite se aplicará al valor de cada una de ellas, siempre que con ello no se pretenda eludir las disposiciones europeas. En cambio, en ambos supuestos el artículo 203.2.a) y b) impide que la modificación contractual implique una alteración en su cuantía que exceda, *“aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo”*, del 50% del precio inicial. Es fácil apreciar la restricción que entraña la norma en tramitación respecto de la directiva comunitaria, en la medida en que, por ejemplo, ante una primera modificación por circunstancias imprevistas del 45% del precio inicial, a la que siguiera la aparición de otro hecho completamente distinto que no se hubiera podido prever por una Administración diligente y que exigiera una segunda modificación del 10%, la disposición europea la admitiría, pero quedaría frustrada por la nacional, al superarse, conjuntamente, el límite del 50%.

9



CONSEJO DE ESTADO

Por otra parte, también en lo que se refiere a las modificaciones no sustanciales las posibilidades de reforma son más reducidas en el anteproyecto. La directiva de referencia distingue dos etapas: en una primera, por el valor limitado de la modificación (inferior a dos umbrales, los generales de la contratación sujeta a armonización y los porcentuales en función del tipo de contrato -10% del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros o el 15% en el caso de los contratos de obras-) la modificación es factible sin necesidad de una evaluación de los demás criterios; en una segunda, superado cualquiera de los umbrales indicados, sí es precisa dicha evaluación, con vistas a emitir un juicio acerca de si la modificación es o no sustancial, siendo posible la reforma únicamente en caso negativo.

Así se explica en el considerando centésimo séptimo: "En todo momento debe ser posible introducir modificaciones en el contrato que representen un cambio menor de su valor hasta un determinado valor sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación. Para ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la presente Directiva debe disponer umbrales *de minimis*, por debajo de los cuales no sea necesario un nuevo procedimiento de contratación. Las modificaciones del contrato por encima de dichos umbrales deberían ser posibles sin la necesidad de seguir un nuevo procedimiento de contratación, en la medida en que cumplan las correspondientes condiciones establecidas en la presente Directiva".

Al abordar esta cuestión, el artículo 203.2.c) del anteproyecto prescinde del juicio inicial para señalar que la modificación será sustancial y, por ende, inviable sin nueva licitación cuando concorra alguna de las circunstancias que enumera, entre ellas: *"Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso, se considerará que se amplía de modo importante el ámbito del contrato cuando las modificaciones supongan una alteración en su cuantía 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"*.

Qu



CONSEJO DE ESTADO

Así, lo que en la directiva es un umbral *de minimis*, por debajo del cual se acepta la introducción de cambios en los contratos durante su vigencia sin otra consideración, en el anteproyecto se transforma en un límite porcentual máximo, pues por encima la reforma sí será sustancial e inadmisibles por este concreto cauce (sin perjuicio de que pueda prosperar de concurrir alguno de los demás supuestos, esto es, que esté previsto en los pliegos o que, sin estarlo, se trate de obras, servicios o suministros adicionales u obedezca a circunstancias imprevisibles, en las condiciones y con los límites aplicables en cada caso).

En la ponderación global del régimen anteproyectado, lo primero que cabe constatar es la reversión de la tendencia que siempre había manifestado la evolución legislativa, toda vez que, por primera vez, una regulación de la modificación de los contratos públicos es más laxa que la anterior. En efecto, siguiendo las pautas europeas, la reforma de los contratos públicos es admisible en más supuestos y con unos límites porcentuales mayores en el anteproyecto que en el vigente TRLCSP.

Como señala el informe de valoración de las alegaciones, “en materia de modificaciones resulta ciertamente complicado encontrar un equilibrio entre la necesidad de controlar que las modificaciones que se produzcan no sean más de las estrictamente indispensables, evitando de esta forma abusos derivados de la voluntad de no resolver un contrato y acudir a un nuevo procedimiento de licitación. Pues bien, decíamos que resulta difícil encontrar el pretendido equilibrio entre lo anterior y la certeza de que, en ocasiones por distintas circunstancias resulta verdaderamente necesario modificar un contrato, no pudiendo regularse un sistema tan excesivamente rígido que no permita hacerlo en favor de la correcta ejecución de un contrato que, no debe olvidársenos, está llamado a satisfacer intereses públicos”.

La dificultad de encontrar dicho equilibrio resulta indudable. No debe obviarse que, ante modificaciones que no quepa incardinar en alguno de los supuestos habilitantes, tanto el TRLCSP como el anteproyecto prevén la resolución del contrato por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados. Ello no solamente supone un retraso en la

91



CONSEJO DE ESTADO

satisfacción del interés público a que responde el contrato firmado, dada la procedencia de extinguir el pacto primigenio y tramitar una nueva licitación, sino también un coste económico, al ganar el adjudicatario original el derecho a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar (artículo 225.5 del TRLCSP; artículo 211.4 del anteproyecto).

Por este motivo, una vez decidida por el legislador europeo la positivización del régimen de modificación de los contratos públicos (que hasta la Directiva 2014/24/UE era simplemente objeto de interpretación jurisprudencial), cualquier endurecimiento de este régimen ha de articularse con la máxima cautela, en la medida en que supone limitar las posibilidades de reformas contractuales de que en otros países miembros sí dispondrán sus poderes adjudicadores. Con todo, este juicio será siempre de oportunidad, toda vez que dicho endurecimiento no plantea duda alguna respecto a su viabilidad jurídica. En otras palabras, siendo la Directiva un instrumento que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), tiene cabida dentro del margen de discrecionalidad del que disfruta el legislador la incorporación de condiciones más estrictas para la modificación de los contratos públicos, habida cuenta de que no encierran riesgo alguno para el principio de igualdad de trato de los licitadores que, en última instancia, se intenta preservar con esta regulación. En cambio, la relajación de las condiciones de la Directiva 2014/24/UE sí debe entenderse prohibida por el Derecho europeo.

Hecha esta aclaración, la valoración de la regulación estudiada ha sido dispar en el procedimiento. Así, algunos participantes en audiencia (como la Confederación Nacional de la Construcción) han solicitado que se ajustara estrictamente a la Directiva, mientras que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha expresado un juicio favorable a la acotación de la opción de reforma contractual, planteando incluso una disminución del límite porcentual del 50 en los casos de prestaciones adicionales y circunstancias imprevistas.

Q



CONSEJO DE ESTADO

A juicio del Consejo de Estado, no resulta reprochable, en términos de oportunidad, el endurecimiento que el anteproyecto supone en los dos aspectos antes diseccionados. De un lado, porque la fijación de límites porcentuales que operen de forma tanto aislada como conjunta es tradicional en nuestro Derecho y evita un difícil juicio acerca de si las modificaciones sucesivas obedecen o no a una misma circunstancia o necesidad. De otro lado, porque la conversión de uno de los umbrales *de minimis* (el porcentual) en un límite máximo impide modificaciones contractuales por encima del mismo que no estén previstas en los pliegos ni respondan a necesidades adicionales o circunstancias imprevistas, a partir de una siempre comprometida valoración de si tales modificaciones tienen o no como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio.

En suma, habida cuenta de que el anteproyecto ofrece un marco en el que prima la seguridad jurídica, es posible emitir un juicio global favorable. Con todo, se echa en falta en la memoria del análisis de impacto normativo una explicación más detenida de las cuestiones que acaban de ser estudiadas, con identificación de los ajustes respecto de la normativa europea y su justificación.

Sin perjuicio de esta valoración global, se formulan varias observaciones particulares al régimen de modificación contractual:

- Artículo 201. Potestad de modificación de los contratos

Según su apartado 1, los contratos administrativos podrán ser modificados por razones de interés público en los casos previstos en dicha subsección, *“de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 189”*.

Lo cierto es que, además de resultar aplicables las previsiones procedimentales que rigen, en general, para el ejercicio de las prerrogativas de la Administración, en el caso de la modificación contractual también habrán de ser consideradas las particularidades que en el orden formal enuncia el artículo 205.



CONSEJO DE ESTADO

Por ello, el artículo 201.1 *in fine* debe someter el ejercicio del *ius variandi* al “*procedimiento regulado en el artículo 189, con las particularidades previstas en el artículo 205*”.

En este plano procedimental, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el dictamen del Consejo de Estado, en virtud del artículo 189 citado, sea preceptivo en los casos de modificación del contrato, “*cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido*”. Ello supone, en cierta medida, el retorno al régimen tradicional en nuestro Derecho (en línea con la redacción original de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y la legislación anterior), en el que el límite del 20% tiene una doble virtualidad: marca el umbral a partir del cual la reforma es potestativa para el contratista y deviene preceptiva la intervención de la Comisión Permanente del Consejo de Estado.

- Artículo 203. Modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales

El apartado 2.a) de este precepto regula el supuesto de modificación por obras, suministros o servicios adicionales.

Es importante subrayar que este supuesto sustituye al más conocido en nuestro ordenamiento de las obras, suministros y servicios complementarios (artículos 171.b), 173.c) y 174.b) del TRLCSP, respectivamente), que se caracteriza por permitir su adjudicación por el procedimiento negociado sin publicidad a favor del contratista original, siempre que concurren determinadas circunstancias (que no pudiera haberse previsto su necesidad por un poder adjudicador diligente, que la ejecución se confíe al empresario al que se adjudicó el contrato principal de acuerdo con los precios que rijan para este o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, y que la prestación no pueda separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación).



CONSEJO DE ESTADO

Por consiguiente, el anteproyecto aspira a eliminar la posible contratación separada de estas prestaciones distintas pero conectadas al contrato original a través del procedimiento negociado sin publicidad, para que sean, en su caso, articuladas a través de la modificación de este. El límite al que quedan sujetos en la normativa en vigor tanto los proyectos de obras complementarios como los servicios complementarios es del 50% del importe primitivo del contrato, lo que coincide con el tope porcentual para añadir obras, suministros o servicios adicionales, con arreglo al artículo 72.1.b) de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 203.2.a).2º del texto remitido en consulta.

Ahora bien, respecto del supuesto habilitante para este tipo de reforma contractual, el artículo 72.1.b) de la Directiva exige que cambiar de contratista no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial, y genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador. De acuerdo con la literalidad de la Directiva, ambas condiciones han de concurrir de forma acumulativa, es decir, para que pueda prosperar la modificación, la sustitución del contratista ha de suponer el reemplazo de las prestaciones originales –por no ser factible su continuación por un operador económico distinto del adjudicatario primigenio- y ello entrañar a su vez graves inconvenientes o elevados costes para el poder adjudicador.

Por su parte, el artículo 203.2.a) 1º del anteproyecto configura el supuesto habilitante en los siguientes términos: *“Que el cambio de contratista o bien obligaría 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; o bien generaría inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación; o que por alguna otra razón de tipo económico o técnico no fuera posible el cambio de contratista”*. Se aprecia que las condiciones en las que, según el anteproyecto, sería factible la modificación contractual para la incorporación de prestaciones adicionales, en lugar de ser acumulativas, son



CONSEJO DE ESTADO

alternativas, toda vez que basta con que se produzcan, bien dificultades de tipo económico o técnico como consecuencia de la sustitución del contratista, bien inconvenientes significativos o incremento sustancial de costes, para que la reforma pueda seguir adelante.

La utilización de una formulación disyuntiva, en vez de un nexo copulativo, introduce en el anteproyecto una laxitud contraria al artículo 72.1.b) de la Directiva 2014/24/UE. Como se ha dicho, la relajación de las condiciones exigibles por el Derecho europeo para la modificación contractual no es admisible. En consecuencia, procede reformular el artículo 203.2.a).1º del anteproyecto para que la incorporación de prestaciones adicionales a los contratos administrativos exija simultáneamente los dos presupuestos contemplados en el precepto citado de la directiva comunitaria.

- Artículo 204. Obligatoriedad de las modificaciones del contrato

En virtud de su apartado 1, *“en los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo anterior, 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”*. De esta forma, son conceptuadas como obligatorias para el contratista las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares que no superen el 20% del precio inicial.

Nada se dice en este apartado acerca de si revisten o no igual carácter las reformas que tengan su fundamento en dicho pliego, a que se refiere el artículo 202. Considera el Consejo de Estado que esta cuestión ha de ser aclarada. La solución que parece más acertada es dotar también de carácter obligatorio a tales reformas, considerando, primero, que así se prevé en el ordenamiento vigente (artículo 219.1 del TRLCSP) y, segundo, que, al estar contempladas en el pliego, las modificaciones fundadas en él no son desconocidas para el adjudicatario.



CONSEJO DE ESTADO

- Artículo 205. Procedimiento

Como precisa el apartado 4 de este precepto, lo dispuesto en él “*se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 189*”. Por ello mismo, la rúbrica del artículo 205 (“Procedimiento”) no resulta acertada, ya que su objetivo no es, en puridad, disciplinar el cauce procedimental para el ejercicio del *ius variandi*, sino introducir especialidades procedimentales dentro del cauce previsto con carácter general en el artículo 189 para el uso por la Administración de sus prerrogativas contractuales. Desde esta perspectiva, sería preferible hablar de “especialidades procedimentales” o emplear una expresión similar.

- Artículos 206 a 211. Suspensión y extinción de los contratos

En los artículos 206 y siguientes se abordan las cuestiones relativas a la suspensión y la extinción de los contratos administrativos.

En lo que se refiere a la desaparición del vínculo contractual, precisamente porque se trata de un régimen concebido para los contratos administrativos, el hecho de que se quiera extrapolar dicho régimen a los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por los poderes adjudicadores carentes de la condición de Administración pública, es fuente de distorsiones. Y ello por cuanto, pese a que la prerrogativa de resolver los contratos no sea predicable de tales poderes adjudicadores (pues está reconocida en el artículo 188, únicamente aplicable a la Administración), las previsiones de los artículos 209 y siguientes, referentes a las causas de resolución, su aplicación y efectos, parten de la concepción de que el órgano de contratación, situado en una posición “en más” propia de la esfera administrativa, dirime la concurrencia o no de una causa extintiva de las enumeradas y fija las consecuencias asociadas a ello en caso afirmativo. Teniendo en cuenta este punto de partida, es difícil casar dichas previsiones con la naturaleza privada de los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por entidades que no son Administraciones públicas (y que, en muchos casos, adoptan forma societaria u otras formas de personificación jurídico-privada).



CONSEJO DE ESTADO

Debe, no obstante, señalarse una excepción. Teniendo en cuenta que el régimen de modificación estudiado se aplica, no solamente a los contratos administrativos, sino también a los contratos sujetos a regulación armonizada de otros poderes adjudicadores, es importante que la resolución del vínculo convencional por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o por proyectos modificados no previstos en los pliegos de más del 20% del precio inicial (artículo 209.1.g) del anteproyecto) rija igualmente en estos últimos contratos, por lo que la extensión que en este aspecto concreto operan los artículos 26 y 316 sí está soportada.

Además, de lo expuesto, procede formular las siguientes consideraciones a los preceptos proyectados.

- Artículo 206. Suspensión de los contratos

Este precepto recoge el deber de la Administración de indemnizar al contratista por los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este a consecuencia de una suspensión del contrato a ella imputable. Tres son las novedades que el artículo 206 del anteproyecto representa respecto del artículo 220 del TRLCSP (el cual reitera una regla de larga usanza en nuestra legislación de contratación administrativa). Se analizará cada una de ellas.

El alcance y contenido del derecho del contratista a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la suspensión contractual ha sido el germen de no pocas controversias jurídicas.

El Consejo de Estado ha reiterado que las consecuencias indemnizatorias que puede llevar eventualmente aparejada la suspensión temporal de una obra tiene unos efectos onerosos que no pueden recaer sobre el contratista si no es imputable a él la causa directa o indirecta de la suspensión (entre otros muchos, dictamen nº 1.847/2007, de 17 de octubre).

Ahora bien, como reconoce la Memoria de este Alto Cuerpo Consultivo de 2007, el problema surge en el momento de evaluar la extensión

Qu



CONSEJO DE ESTADO

de los daños que pueden integrar la indemnización procedente. Normalmente no suele haber duda, ni suscitarse dificultades, en cuanto a la evaluación de los costes directos e indirectos que para el contratista pueda haber comportado la suspensión contractual.

Sin embargo, sí existen habitualmente discrepancias entre los órganos administrativos a la hora de efectuar el cómputo de los denominados "gastos generales". A este respecto, la doctrina del Consejo de Estado viene manteniendo de modo constante (véase el reciente dictamen 894/2014, de 30 de octubre), que tales gastos "pueden y deber ser indemnizados si se producen, pero ha de acreditarse su realidad, efectividad e importe, sin que sea dable ni presumir su existencia ni determinar su cuantía mediante un porcentaje del presupuesto de ejecución material, puesto que la ley es tajante al exigir que se trate de daños efectivamente sufridos". Por el contrario, la doctrina del Consejo de Obras Públicas, conforme a las justificaciones expuestas en el anexo a su sesión 18/2003, de 12 de junio de 2003, del Pleno, viene considerando conveniente efectuar una valoración aproximada de la cuantía que pueda suponer ese concepto de gastos generales, aplicando un coeficiente corrector sensiblemente inferior al general utilizado para la contratación (el 3% frente a coeficientes del 13% o 17% u otros).

Todas estas dificultades interpretativas se verán superadas en virtud del artículo 206 del texto remitido en consulta, que enumera los conceptos por los que, en su caso, el contratista será indemnizado, salvo que el pliego establezca otra cosa.

Esta enumeración comprende los conceptos indemnizatorios que están presentes con asiduidad en los casos de suspensión contractual (entre otros, gastos de mantenimiento de la garantía definitiva, gastos salariales de personal necesariamente adscrito al contrato durante la suspensión, alquiler de maquinaria e instalaciones,...) y concluye con una cláusula de cierre del 3% del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el periodo de suspensión, conforme a lo previsto en el programa de trabajo o en el propio contrato. Esta cláusula de cierre no está conceptualmente ligada a los llamados "gastos generales", pero zanja la polémica existente sobre la



CONSEJO DE ESTADO

procedencia de su abono -al no mencionarlos-, fijando una indemnización determinada por un porcentaje del montante de los trabajos suspendidos.

Esta mayor seguridad jurídica es merecedora de una valoración positiva. Con todo, al margen de esta cláusula de cierre, para todos los demás conceptos indemnizatorios es importante que prevalezca sobre su enumeración (que se entiende cerrada) la efectividad en la producción de los daños y perjuicios. Por ello, la genérica fórmula “*en su caso*” debe reemplazarse en el artículo 206.2.a) por otra más concreta, de manera que se inicie con esta dicción u otra similar: “*Salvo que el pliego que rija el contrato establezca otra cosa, dicho abono sólo comprenderá, siempre que en los puntos 1º a 4º se acredite fehacientemente su realidad, efectividad e importe, los siguientes conceptos: ...*” (el resto igual).

Dispone el artículo 206.2.b) que “*sólo se indemnizarán los períodos de suspensión que estuvieran documentados en la correspondiente acta. El contratista podrá pedir que se extienda dicha acta. Si la Administración no responde a esta solicitud se entenderá, salvo prueba en contrario, que se ha iniciado la suspensión en la fecha señalada por el contratista en su solicitud*”.

En este precepto se condiciona el reconocimiento del derecho a la indemnización por suspensión a favor del contratista a la documentación mediante acta del hecho suspensivo. Ahora bien, para que la inactividad de la Administración no pueda impedir el acceso al ejercicio de la acción resarcitoria se habilita al contratista para pedir la expedición del acta y, en el caso de que la Administración no atienda tal petición, se establece la presunción *iuris tantum* de que la suspensión ha comenzado en la fecha indicada por el contratista en su solicitud.

Dicha regla resulta acorde a la reiterada doctrina del Consejo de Estado conforme a la cual “la falta de declaración oficial de la suspensión de las obras no constituye obstáculo para que por la Administración contratante se eludan las responsabilidades, en su caso, a ella imputables” (dictamen nº 952/2011, de 22 de septiembre). Dicho de otro modo, el incumplimiento por la Administración de su obligación de documentar la suspensión contractual a ella

91



CONSEJO DE ESTADO

imputable no puede redundar en su propio beneficio, imposibilitando el ejercicio de la acción indemnizatoria que genera tal suspensión.

Se considera, por ende, positiva la introducción en el artículo 206.2.b) del anteproyecto de la regla transcrita.

Distinta valoración merece, en cambio, la previsión del artículo 206.2.c). Esta letra fija en un año el plazo de prescripción del derecho a reclamar por los daños y perjuicios derivados de la suspensión contractual, contado desde la orden de reanudación de la ejecución del contrato.

Tal y como ha repetido este Consejo de Estado (entre otros, dictamen nº 990/2009, de 16 de julio), la acción de indemnización de daños y perjuicios deducida por la paralización de la ejecución de la prestación se funda en el contrato administrativo suspendido, por lo que "debe configurarse como un supuesto de responsabilidad contractual". Por lo que hace al plazo de ejercicio de la acción, dado que se trata de una reclamación de indemnización de carácter contractual, "debe estarse al plazo de prescripción de cuatro años previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (artículo 25.1), término en el que puede instarse el reconocimiento de obligaciones por la Hacienda Pública" (dictamen nº 1.208/2012, de 13 de diciembre).

Aun cuando, obviamente, la anterior regla puede ser alterada por el legislador, la naturaleza contractual de la acción desaconseja establecer en un año el plazo de prescripción, que claramente la conectaría con la acción de responsabilidad extracontractual, de cuya configuración no participa. Se sugiere, en suma, elevar el aludido plazo a cuatro años, en consonancia con el citado artículo 25.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o a cinco años, si se quiere enlazar con el nuevo plazo general de prescripción de las acciones personales (artículo 1964.2 del Código Civil, en la redacción procedente de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), descartando, en todo caso, una duración anual.

Q



CONSEJO DE ESTADO

Sí resulta aconsejable, por el contrario, tomar como *dies a quo* la fecha de la orden de reanudación de la ejecución del contrato, la cual había sido deducida por vía interpretativa por el Consejo de Estado. En este sentido, señala el dictamen nº 2.368/2010, de 10 de marzo de 2011, que “el *dies a quo* lo constituye el día de levantamiento de la suspensión, es decir, cuando se reanuda la ejecución del contrato”.

- Artículo 207. Extinción de los contratos

Con arreglo a este precepto, pósito del régimen de extinción contractual, “*los contratos se extinguirán por su cumplimiento, por declaración de nulidad en los términos señalados en el artículo 42 o por resolución, acordada de acuerdo con lo regulado en esta Subsección 5ª*”.

La formulación tradicional de la regla extintiva de los contratos administrativos (artículo 221 del TRLCSP; artículo 204 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; artículo 109 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; 110 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas), de acuerdo con la cual “*los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución*”, se ve alterada en el anteproyecto por la introducción de la mención a la declaración de nulidad.

Este añadido, sin precedentes en nuestro ordenamiento, desvirtúa la propia noción de la extinción de los contratos, que se refiere a la terminación de una relación contractual existente, bien de forma natural, como consecuencia de la satisfacción de la finalidad perseguida (cumplimiento), bien de manera anormal, por la aparición de circunstancias sobrevenidas que impidan la continuidad del vínculo (resolución). En ambos casos, se parte del válido nacimiento del contrato, lo que no sucede en los casos de declaración de nulidad, como negación de la entidad de un negocio jurídico por defectos en sus elementos constitutivos o ilicitud de su contenido.

Q



CONSEJO DE ESTADO

En mérito de lo señalado, debe concluirse que la conceptualización de la declaración de nulidad como un supuesto de la extinción de los contratos administrativos no se compadece con esta categoría jurídica.

Es probable que, mediante la introducción de la nulidad entre las causas de extinción, se haya pretendido dar cumplimiento al artículo 73 de la Directiva 2014/24/UE, que requiere a los Estados miembros velar por que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad de rescindir un contrato público durante su período de vigencia en una serie de supuestos que, en el esquema del anteproyecto (artículo 39), están configurados como causas de nulidad de Derecho administrativo. Sin embargo, no es necesario forzar las instituciones jurídicas para observar el Derecho de la Unión Europea, dado que el artículo 42 del anteproyecto, al regular los efectos de la declaración de nulidad, ya permite alcanzar un resultado equiparable al previsto en la Directiva, o sea, la restitución recíproca entre las partes de las cosas que se hubiesen recibido en virtud del contrato nulo (o, de no ser factible, la devolución de su valor). Así, por ejemplo, si el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista en vista de la existencia de un incumplimiento grave de las obligaciones del ordenamiento de la Unión Europea, estará incurso en causa de nulidad de Derecho administrativo y la declaración de la misma privará al acuerdo de toda eficacia jurídica (sin necesidad de que ello sea calificado como un proceso de extinción del contrato).

En definitiva, no viniendo exigido por el Derecho comunitario ni adecuándose a las categorías jurídicas referidas, procede suprimir la mención a la declaración de nulidad entre los supuestos de extinción contractual. De acuerdo con la formulación tradicional de la regla extintiva de los contratos administrativos, el artículo 207 ha de prescribir que tal extinción se produce *“por cumplimiento o por resolución”*.

- Artículo 209. Causas de resolución

Interesa detallar los cambios que, en la enunciación de las causas de resolución contractual, el artículo 209 del anteproyecto implica:



CONSEJO DE ESTADO

a) Se tipifica como causa de resolución el incumplimiento de la obligación principal del contrato. Tal tipificación viene a resolver la dificultad interpretativa que se ha suscitado cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares califica de esenciales varias de las obligaciones accesorias impuestas al contratista, pero omite esta calificación en lo que atañe al objeto mismo del contrato (la realización de la obra, la entrega del suministro o la prestación del servicio) por su obviedad.

Así, en casos de renuncia del adjudicatario a completar la prestación convenida, resulta claro que la conducta del contratista puede incardinarse en el ámbito del artículo 223.f) del TRLCSP, en tanto que incumplimiento de una obligación esencial, incluso aun cuando no estuviera así calificada expresamente en el pliego (dictámenes números 602/2013, de 26 de junio, y 352/2015, de 29 de abril).

b) En el caso de las restantes obligaciones esenciales la calificación sí es imprescindible en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, exigiéndose, como novedad, que se respeten los límites a la libertad de pactos (interés público, ordenamiento jurídico y principio de buena administración) y que esta calificación esté expresada de manera precisa, clara e inequívoca, descartándose "cláusulas de tipo general". En otras palabras, se trata de impedir que el pliego configure como obligaciones esenciales cuyo incumplimiento determine la resolución contractual todas las obligaciones asumidas por el contratista. Procede recalcar que el listado de causas de resolución contractual no concluye en el artículo 209 con una remisión a las que se establezcan expresamente en el propio contrato. Por consiguiente, para que este efecto extintivo pueda modularse en función de las características propias de cada contrato, la única opción remanente será la identificación en el pliego de dichas obligaciones esenciales, lo que habrá de tenerse en cuenta al confeccionarse el mismo.

c) Se recupera como causa de resolución la modificación del contrato –en los casos del artículo 203, es decir, cuando no esté prevista en los pliegos- por encima del 20% del precio inicial (como sucedía antes de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible), en coherencia con el nuevo



CONSEJO DE ESTADO

régimen de modificación contractual, que atribuye a la misma carácter potestativo una vez superado el aludido límite porcentual.

Todas estas reformas resultan acertadas, como también lo es la plasmación en el apartado 2 del artículo 209 de la siguiente regla: *"Cuando en una misma relación contractual concurrieran varias causas de las enumeradas en el apartado anterior, el órgano de contratación deberá estar a lo que resulte de la prioridad cronológica en su aparición"*. Así se resuelven las dudas que puede suscitar el concurso de varias causas de resolución, con arreglo al criterio de prioridad temporal que viene siendo reiterado por el Consejo de Estado (véanse el dictamen nº 408/2013, de 6 de junio, y los que en él se citan).

Con todo, sería más clara la siguiente redacción –mediante la que se concreta la aludida doctrina del Consejo de Estado–: *"Cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo"*.

- Artículo 210. Aplicación de las causas de resolución

La principal novedad que se introduce en la aplicación de las causas de resolución versa sobre la derivada del concurso de la entidad contratista. A este respecto, el apartado 5 del precepto mencionado señala que, *"en caso de concurso, aun cuando ya se hubiere producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si razones de interés público así lo aconsejan, y siempre y cuando el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución"*.

Con esta previsión se consuma la evolución legislativa tendente a privar de automatismo a la resolución de los contratos administrativos a raíz del concurso de acreedores. De acuerdo con los artículos 113.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y 112.2 del texto refundido que la reemplazó, *"la declaración de quiebra, de concurso de acreedores, de insolvente o de fallido en cualquier procedimiento originará siempre la resolución del contrato"*. Únicamente en la quita y espera y en la



CONSEJO DE ESTADO

suspensión de pagos, la Administración podía continuar el contrato si el contratista prestaba las garantías suficientes para la ejecución del mismo.

Por su parte, tanto la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (artículo 207.5), como su texto refundido posterior (artículo 224.5), dictados tras la transformación de la terminología y régimen jurídico de las situaciones de insolvencia patrimonial que supuso la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, modularon el carácter automático de la resolución de los contratos administrativos a raíz de la declaración del concurso, distinguiendo dos supuestos: mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquella para su ejecución; en cambio, la apertura de la fase de liquidación dará lugar en todo caso a la resolución del contrato.

El anteproyecto pretende culminar esta evolución descartando que la apertura de la fase de liquidación se asocie necesariamente con la extinción del contrato por causas sobrevenidas o, dicho a la inversa, permitiendo que la Administración renuncie a resolver el contrato, a lo que está facultada, cuando cuente con garantías suficientes de la ejecución y concorra un segundo requisito –hasta ahora, no mencionado expresamente-, que se aprecien razones de interés público para justificar la continuidad.

No se opone el Consejo de Estado a este planteamiento. La privación de carácter automático a la extinción contractual en caso de apertura de la fase concursal de liquidación no empece la prerrogativa de la Administración para declarar la resolución; es más, la falta de ejercicio de esta prerrogativa tendrá que estar fundada en razones de interés público y respaldada por garantías suficientes de la ejecución. Por lo tanto, el cambio analizado tendrá como virtualidad dotar a la Administración de un margen de discrecionalidad para decidir si opta por la continuidad del contrato en las circunstancias expuestas. Se huye así “del estigma que pesa todavía sobre el concurso, como consecuencia de una concepción histórica y cultural, y sin que se haya conseguido aumentar el grado de satisfacción de los acreedores

Qh



CONSEJO DE ESTADO

ordinarios" (exposición de motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

Lo anterior no oculta las condiciones extraordinarias que han de concurrir para que sea factible la pervivencia del vínculo contractual que une a la Administración con una sociedad en liquidación, por lo pronto por la dificultad que esta habrá de afrontar para aportar garantías de ejecución de las prestaciones pactadas. Pero no es imposible imaginar un supuesto en el que la apertura de la fase de liquidación tenga lugar cuando el contrato esté próximo a su cumplimiento, supuesto en el que genera para la Administración mayores inconvenientes la resolución y posterior licitación del trabajo remanente que su finalización por la entidad en concurso. Incluso, la pervivencia del vínculo contractual en la fase de liquidación puede favorecer la continuación de la actividad empresarial, facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas. A esta finalidad está orientado el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, después tramitado como proyecto legislativo aprobado como Ley 9/2015, de 25 de mayo, de igual título, que, con el fin de fomentar la adquisición de unidades productivas de empresas en concurso de acreedores, introdujo la subrogación *ipso iure* del adquirente en los contratos y licencias administrativas de que fuera titular el cedente (artículo 146 *bis* de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

Atendiendo a este conjunto de factores, puede permitirse la continuidad del contrato con una entidad en liquidación, pero siempre adoptando las máximas cautelas para que no se resienta el interés público.

- Artículo 211. Efectos de la resolución

Se trata de un precepto de enorme relevancia, en la medida en que determina los efectos anudados a la resolución contractual, en función de la causa que la origine.

Son tres los asuntos derivados de este precepto que, a juicio del Consejo de Estado, merecen un comentario específico: los efectos de la



CONSEJO DE ESTADO

resolución por incumplimiento culpable del contratista, los efectos de la resolución fundada en la modificación contractual; y las consecuencias de la extinción por concurso culpable del adjudicatario.

Prevé el artículo 211.3 del texto remitido en consulta que, *“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”*. Esta redacción supone el retorno a lo dispuesto en el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y en el artículo 113.4 del texto refundido posterior.

Frente a esta solución, el artículo 208.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y el vigente artículo 225.3 del TRLCSP señalan: *“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”*. Como constatará el dictamen nº 318/2012, de 19 de abril (cuya doctrina reitera el dictamen nº 352/2015, de 29 de abril), la dicción actual no prevé la incautación de la garantía definitiva como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento del contratista. Las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista se circunscriben a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, la cual ha de hacerse efectiva sobre la garantía constituida, si bien la responsabilidad contractual subsiste en lo que exceda de su importe. Ello supone que, de ser superior el importe de la fianza al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma remanente tras hacerse efectiva la correspondiente indemnización.

Lo anterior no es óbice para que la incautación automática de la garantía definitiva se produzca en el caso de que así esté previsto en el propio contrato. En efecto, el artículo 100.c) del TRLCSP (relativo a las



CONSEJO DE ESTADO

"Responsabilidades a que están afectas las garantías"), dispone que la garantía responderá de los siguientes conceptos: *"c) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido"*, lo que ha llevado al Consejo de Estado (entre otros, dictamen nº 418/2012, de 7 de junio) a admitir la incautación de la garantía, sin necesidad de que la Administración justificara los daños y perjuicios sufridos, en los casos en que tal incautación estuviera expresamente prevista en la documentación contractual.

Ahora bien, fuera de estos casos, el artículo 225.3 del TRLCSP sitúa a la Administración ante la difícil tarea de justificar unos daños y perjuicios que el incumplimiento culpable del contratista siempre produce (como mínimo, los derivados de las actuaciones tendentes a resolver el contrato y licitar uno nuevo, con el consiguiente retraso en la satisfacción de la finalidad pública a la que el pacto se destina), pero cuya cuantificación resulta, en muchos casos, compleja.

Como prueba de ello, pese a que este Consejo avaló en su dictamen nº 100/2007, de 3 de mayo, la aplicación analógica de los criterios establecidos para la imposición de penalidades por demora en la ejecución, a la hora de valorar los daños y perjuicios vinculados al retraso en la ejecución del contrato que su incumplimiento culpable por el contratista ocasiona, el dictamen nº 602/2013, de 26 de junio, tuvo que revertir este criterio ante su cuestionamiento por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así lo explicaba el dictamen nº 602/2013 citado:

"..., no cabe desconocer que parece haberse abierto en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa una línea tendente a rechazar la aplicación por analogía de las penalidades que actualmente prevé el artículo 214.4 TRLCSP como criterio para cuantificar las indemnizaciones de daños y perjuicios en los casos de resolución por demora en la ejecución de obras.





CONSEJO DE ESTADO

De este modo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en sentencia de 9 de mayo de 2012 afirmaba que "se está utilizando un baremo por analogía no admisible, sin justificación por la distinta naturaleza jurídica de las instituciones y sin precedentes jurisprudenciales que lo avale. Es cierto que en ocasiones la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible (...). Pero un supuesto como en el que nos ocupa, de daños y perjuicios de naturaleza contractual, cuyo evento dañoso resulta tangible, debe acreditarse la realidad y la cuantía del mismo" (FJ 5º). También la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en supuestos de resolución por incumplimiento de los plazos de ejecución de obras en los que la cuantía indemnizatoria se ha fijado acudiendo al mencionado criterio analógico, ha señalado que "si bien la aplicación y el pago de las penalidades no excluye la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por los daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable al contratista (...), no se autoriza una indemnización alzada cual la prevista, que constituiría una nueva penalidad al margen de las previsiones legales, y que no respondería del montante real de los daños y perjuicios que efectivamente se hubieren irrogado a la Administración contratante con el retraso; correspondencia que deviene esencial al concepto de indemnización..." (STSJ de La Rioja de 11 de febrero de 2000, FJ 4º). Por tanto, "no se cuestiona que no pueda exigirse al contratista una indemnización por los daños y perjuicios causados por el retraso; ahora bien, esta indemnización debe responder del montante real de los daños y perjuicios que efectivamente se hubieren irrogado a la Administración contratante con el retraso, lo que no se aprecia en este supuesto que se exija por la Administración. En consecuencia, resulta acreditado que se está aplicando una penalidad por demora, pero no se está concretando ningún daño y perjuicio ocasionado con motivo del retraso imputable al contratista" (STSJ de La Rioja de 29 de noviembre de 2012, FJ 3º)".

A ello se suma otra dificultad, en este caso de índole procedimental. Como subrayara el dictamen nº 604/2013, de 20 de junio, en la propuesta de resolución se ha de contener un "*pronunciamiento expreso acerca*



CONSEJO DE ESTADO

de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía", en la medida en que se exige dirimir esta cuestión al tiempo de resolver el contrato (artículo 225.4 del TRLCSP, cuyo tenor repite el artículo 211.5 del anteproyecto).

Por consiguiente, en el reducido plazo de tres meses –para evitar la caducidad del expediente- la Administración viene obligada, no ya a dilucidar si concurre una causa de resolución y cuál, sino también a precisar sus efectos, incluida la eventual cuantificación de los daños y perjuicios padecidos por un incumplimiento culpable del contratista para hacerlos efectivos sobre la garantía definitiva. Ante la ausencia de datos acerca de esta última cuestión en el momento de extinguir el contrato, el Consejo de Estado ha admitido en diversas ocasiones la posibilidad de que su cuantificación se posponga a la extinción del contrato, mediante la tramitación de un procedimiento contradictorio, reteniendo hasta su terminación la garantía (véanse, en este sentido, los dictámenes números 646/2012, de 5 de julio, y 1.131/2013, de 31 de octubre). Ahora bien, “ha de considerarse siempre preferible que la propuesta de resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista emita un juicio acerca de la existencia o no de daños y perjuicios cuya reparación deba hacerse efectiva sobre la garantía, lo que no es óbice para demorar este pronunciamiento a un momento posterior a la extinción del contrato –con la consiguiente retención hasta entonces de la garantía- cuando, por circunstancias explicitadas en el procedimiento y considerando el breve plazo del que se dispone para su instrucción, no sea posible cuantificar tales daños y perjuicios al tiempo de acordar la resolución” (dictamen nº 864/2015, de 8 de octubre).

La problemática expuesta corrobora el pleno acierto de retornar a la solución previa a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con arreglo a la cual la resolución del contrato por dicha causa conllevaba la incautación de la fianza, sin perjuicio de la obligación de la contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios en lo que excediera del importe de la garantía. De esta forma, el incumplimiento culpable determinará para el contratista la pérdida de su fianza, que desarrollará por sí misma una función punitiva, desincentivando la

Q



CONSEJO DE ESTADO

inobservancia de lo pactado, y permitirá a la Administración verse resarcida de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento ocasiona, sin necesidad de demostrar su cuantificación, como ahora sucede. Solamente si se estima que tales daños y perjuicios sobrepasan el importe de la garantía definitiva incautada, la Administración tendrá que afrontar la justificación de su importe, para poder ejercer su prerrogativa de depurar la responsabilidad contractual del adjudicatario, con la consiguiente exigencia de la suma excedentaria.

Debe realizarse una última reflexión. El automatismo en la incautación de la garantía definitiva ha sido matizado en la doctrina del Consejo de Estado, al entenderse que, dada la función punitiva a la que atiende, tal incautación debía modularse a la vista del comportamiento de las partes en la vida contractual -dictamen 40/2011, de 24 de febrero, donde se estimaba acreditado que el incumplimiento del contrato por el adjudicatario al haberse excedido su plazo venía motivado fundamentalmente por la demora del órgano administrativo medioambiental en la emisión de su preceptivo informe, necesario para la elaboración del proyecto objeto del contrato-.

Se sugiere dar reflejo a esta posibilidad, siempre excepcional, en los siguientes términos u otros parecidos: *“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. **Excepcionalmente, la incautación de la garantía podrá ser modulada en el caso de que al incumplimiento culpable hubiere concurrido la actuación de la Administración**”.*

La letra g) del artículo 209.1 del anteproyecto atribuye efecto extintivo del vínculo contractual a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible la modificación, así como a las modificaciones no previstas en el pliego que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio en cuantía superior al 20%. Respecto de esta segunda posibilidad, el artículo 210.2 precisa que la resolución basada en tales modificaciones será potestativa para la Administración y para el contratista. Dicho de otro modo, para el caso de modificaciones que puedan

Qu



CONSEJO DE ESTADO

descansar en alguno de los supuestos del artículo 203 (en concreto, las obras, suministros o servicios adicionales o la aparición de circunstancias imprevistas, pues nunca podrá hablarse de una modificación no sustancial si supera el 20%, de acuerdo con el anteproyecto), cuando se exceda el aludido umbral pero no se alcance el límite del 50%, la reforma no será obligatoria para el contratista ni la Administración vendrá constreñida a acordarla, por lo que podrá ser procedente la resolución.

Las diferentes circunstancias que pueden conducir a la resolución en virtud del artículo 209.1.g) reciben un mismo tratamiento en cuanto a sus efectos en el artículo 211.4:

“Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 209, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista”.

La valoración del reconocimiento del referido derecho difiere en función del supuesto:

a) Para el caso de imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible la modificación, el artículo 225.6 del TRLCSP ya atribuye el derecho a dicha indemnización al contratista, lo que resulta comprensible siempre que no sea imputable a este la circunstancia que obligue a la modificación, dado que esta no es jurídicamente viable para preservar la licitación en su día realizada.

b) Tiene sentido la extensión de igual indemnización al supuesto en el que, pudiendo la Administración modificar el contrato dentro de los límites legales, opta por no hacerlo, toda vez que ambos supuestos guardan gran similitud (se dan las circunstancias para una reforma del vínculo contractual, pero no prospera, bien por no concurrir las condiciones habilitantes, bien por decisión unilateral de la Administración).



CONSEJO DE ESTADO

c) Sin embargo, no debe surgir el derecho del contratista a cobrar el 3% de la prestación dejada de realizar cuando, planteada la modificación por la Administración y estando la misma amparada por el artículo 203, el contratista decline firmar el proyecto modificado. Y ello por cuanto una cosa es dotar de carácter potestativo a la reforma contractual por encima del 20% del precio inicial y otra distinta incentivar al contratista para que la rechace abonándole una indemnización en tal coyuntura. Podrá o no prestar su conformidad a la modificación, pero no es procedente resarcir al contratista con el 3% de la prestación dejada de realizar en el supuesto en el que se niegue a aceptarla.

Por lo expuesto, ha de redactarse el artículo 211.4 en el siguiente sentido:

"Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 209, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista o este rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 203".

El artículo 225, apartado 4, del TRLCSP (en línea con la modificación introducida en el artículo 208, apartado 5, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo), tras señalar que en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida, añade que *"sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable"*.

Ninguna precisión a este respecto incluye el artículo 211 del texto remitido en consulta, generando la duda del tratamiento que ha de recibir la resolución contractual en caso de concurso del contratista. A falta de cualquier



CONSEJO DE ESTADO

explicación en la memoria del análisis de impacto normativo acerca de la supresión de la anterior regla (que hace depender la pérdida de la garantía en caso de concurso de que sea calificado como culpable), debe reevaluarse la conveniencia de mantenerla.

- Artículos 212 a 215. Cesión de los contratos y subcontratación

La cesión del contrato implica la sustitución de la persona del contratista a todos los efectos, es decir, el cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente. Por el contrario, en la subcontratación los subcontratistas quedan obligados solamente frente al contratista principal, que sigue siendo plenamente responsable frente a la Administración de la ejecución del contrato.

Al hilo de su regulación, se examinarán a continuación ambas figuras, haciendo especial hincapié en su adecuación al ordenamiento de la Unión Europea, sobre todo en lo que se refiere a la figura de la cesión contractual.

- Artículo 212. Cesión de los contratos

El análisis de este precepto ha de ir precedido de la explicación del tratamiento que la cesión del contrato ha recibido en el Derecho español de contratación pública para, a continuación, dilucidar su conexión con el tratamiento en el ordenamiento europeo de la modificación de los contratos.

Como señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 39/1978, de 22 de noviembre, "la cesión de los contratos opera en el marco de la legislación administrativa como excepción al principio de ejecución personal por el contratista de la obra que le ha sido adjudicada. (...) Quiere ello decir que la cesión está concebida como un instrumento técnico para dotar a la contratación administrativa de la flexibilidad adecuada que permita, en casos excepcionales y siempre que las características del



CONSEJO DE ESTADO

contratista no hayan sido determinantes de la adjudicación, la sustitución del elemento subjetivo del contrato”. Ahora bien, añadía la Junta Consultiva, es lógico que las posibilidades que esta figura “abre no pueden ser utilizadas de forma tal que la autorización de la cesión comporte una defraudación de los principios que regulan la selección del contratista”.

Con estas premisas, además de los requisitos específicos recogidos en el apartado 2 del artículo 226 del TRLCSP, el apartado 1 del citado artículo establece varios principios a los que debe someterse la cesión y que deben ser considerados por el órgano de contratación a la hora de autorizar o no la cesión de conformidad con el artículo 226.2.a). Dicho artículo establece que *“los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato”*. Entre los requisitos a los que tradicionalmente ha quedado sujeta la cesión contractual en la esfera administrativa para evitar su utilización fraudulenta, destacan dos: la imposición de un límite cuantitativo (que el cedente tenga ejecutado al menos un 20% del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato) y la exigencia de la intervención de la Administración contratante (que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión).

En definitiva, la cesión del contrato no es sino la transmisión subjetiva de la relación contractual sin modificación de los pactos constitutivos del contrato que se transmite, figura cuyo tratamiento viene estando sujeto en nuestra legislación de contratación pública a determinados requisitos, estela que sigue fielmente el anteproyecto.

Ahora bien, la sustitución subjetiva sin alteración de la dimensión objetiva del contrato ha sido abordada en el Derecho de la Unión Europea, a



CONSEJO DE ESTADO

propósito de la modificación contractual. Tal y como se indicó, uno de los supuestos en los que el artículo 72.1 de la Directiva 2014/24/UE admite dicha modificación sin necesidad de una nueva licitación es el de la sustitución del adjudicatario, cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio por el poder adjudicador como consecuencia de cualquiera de las siguientes tres circunstancias: una opción o cláusula de revisión inequívoca contenida en los pliegos; la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por fin eludir la aplicación de la directiva, o la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional.

Esta normativa se ha inspirado, según fue explicado, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en cuya Sentencia de 19 de junio de 2008 (asunto *Presstext Nachrichtenagentur* citado), se afirma que, “en general, debe considerarse que la introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial”.

Ninguna relevancia tiene a estos efectos la diferencia terminológica entre el Derecho nacional y el europeo. El hecho de que la transmisión de la posición jurídica del contratista se articule en nuestro ordenamiento como cesión contractual, en lugar de hablar de modificación, no obsta para que se advierta la identidad conceptual con la sustitución del adjudicatario a la que se refiere el artículo 72.1.d) de la Directiva 2014/24/UE.

De los tres supuestos en que se acepta en la Directiva el reemplazo del adjudicatario durante la vigencia de la relación convencional, la segunda es tratada en el artículo 98 del anteproyecto, referido a la sucesión del contratista, mientras que la tercera no tiene cabida en el anteproyecto, en la



CONSEJO DE ESTADO

medida en que se descarta en el artículo 213.9 una relación directa entre el poder adjudicador y los subcontratistas, que, al igual que en el TRLCSP en vigor (artículo 227.8), carecen de acción directa frente a la Administración por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos. El único supuesto adicional en el que el Derecho europeo hace posible la introducción de una nueva parte contratante en sustitución del adjudicatario es aquel en el que obedece a una opción o cláusula de revisión inequívoca contenida en los pliegos. En la medida en que, al margen de estos, el artículo 212 del anteproyecto permite la referida sustitución, carece de cobertura en la directiva que se transpone y no se compadece adecuadamente con ella, por lo que es necesario cambiar el enfoque con el que está tratada la cesión contractual. Dicho de otra forma, el precepto analizado otorga vía a una alteración subjetiva del contrato, por subrogación de un tercero en la posición jurídica del contratista, sin sujetarse a las condiciones que, para tal alteración (que afecta a uno de los términos esenciales del contrato público), prevé el artículo 72.1.d) de la Directiva 2014/24/UE.

Ello hace imprescindible revisar el contenido del artículo 212 del texto sometido a consulta, con vistas a adecuarlo a dicha disposición europea. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo establecido en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

En la búsqueda de una redacción que respete el ordenamiento europeo al tiempo que sea tributaria de la regulación tradicional en esta materia, se recomienda que el artículo 212 comience señalando que, al margen de los supuestos de sucesión del contratista del artículo 98 y sin perjuicio de la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario conforme al artículo 272.2 o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 273, la modificación subjetiva de los contratos solamente es posible por cesión contractual (terminología que procede mantener por coherencia con nuestras categorías jurídicas), cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos. A continuación procede señalar los límites y requisitos que, como mínimo, deben prever los pliegos para el ejercicio de dicha

9



CONSEJO DE ESTADO

opción, todo ello en línea con lo dispuesto en el artículo 212 del texto consultado.

Por otra parte –y en consonancia con la regulación contenida en el artículo 92.4 del texto refundido de la Ley de Puertos y Marina Mercante y en el artículo 141.6 del Reglamento General de Costas, aprobado por Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre-, debería introducirse alguna previsión en el anteproyecto que regule los casos de transmisión de la totalidad o parte de las acciones o participaciones de la contratista o concesionaria, con efectos de cambio de su control, su calificación y efectos. Es claro que, en estos casos, no se produce una modificación formal del contratista o concesionario, pero sí se da materialmente. Así lo dijo el Consejo de Estado en el dictamen nº 998/94, de 23 de junio, en el que señaló que “la transferencia de la titularidad de todas las acciones de una entidad concesionaria comporta la transmisión de la concesión”. Por ello, no resultaría ocioso que el anteproyecto incorporase alguna previsión al respecto.

- Artículo 213. Subcontratación

Con este precepto se inicia la regulación de la subcontratación en el anteproyecto. Esta regulación se ajusta a lo previsto en el artículo 71 de la Directiva 2014/24/UE, que se caracteriza por el amplio margen de apreciación reconocido a los Estados miembros a la hora de configurar esta categoría.

La nueva regulación de la subcontratación en el anteproyecto remitido introduce la novedad (apartado 2.e) del precepto comentado) de que, una vez establecido que “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 precio del contrato”, prevé que “cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares establezca un límite de subcontratación superior al 60 por cien, se deberán justificar suficientemente las razones que lo amparan. El adjudicatario no podrá, en ningún caso, subcontratar con terceros la totalidad de la prestación objeto del contrato”.



CONSEJO DE ESTADO

En otras palabras, al igual que en el régimen vigente, el anteproyecto encomienda a los pliegos la fijación del porcentaje máximo de subcontratación, fijando como regla supletoria el 60% del precio del contrato, a lo que el texto en tramitación añade dos matices: i) cuando se quiera superar en el pliego la aludida regla supletoria, esto es, establecerse un límite de subcontratación superior al 60%, ello tendrá que estar suficientemente justificado; y ii) se prohíbe expresamente la subcontratación de la totalidad del contrato.

Sin perjuicio de la valoración positiva que merecen estas dos cautelas, considera el Consejo de Estado que resulta excesivo el margen que se otorga a los pliegos para fijar cualquier tope máximo, pues, aunque ello tendría que contar con alguna justificación, en su literalidad el precepto permite situar dicho tope en el 99%. Por ello, se recomienda que el propio legislador, además de la regla supletoria y de la prohibición de subcontratar la totalidad de la prestación, fije un límite máximo que en todo caso haya de ser respetado por los pliegos (por ejemplo, del 75%).

Por otra parte, de acuerdo con el último párrafo del apartado 7, *“las obligaciones impuestas conforme a lo previsto en el párrafo anterior se considerarán obligaciones esenciales a los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 190 y en la letra f) del apartado 1 del artículo 209”*. En coherencia con las remisiones contenidas en esta previsión, su redacción debe ser la que sigue: *“Las obligaciones impuestas conforme a lo previsto en el párrafo anterior tendrán simultáneamente la consideración de condiciones especiales de ejecución a los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 190 y la de obligaciones esenciales a los efectos prevenidos en la letra f) del apartado 1 del artículo 209”*.

- Artículo 215. Comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores

Regula este precepto la comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores, en línea con el artículo 228 *bis* del TRLCSP, introducido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los

Qu



CONSEJO DE ESTADO

emprendedores y su internacionalización, con el fin de luchar contra la morosidad, permitiendo un mayor control por parte de las Administraciones públicas de los pagos que los adjudicatarios deben hacer a los subcontratistas.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 71.3 de la Directiva 2014/24/UE, habilita a los Estados miembros a prever que, *“a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el operador económico al que se haya adjudicado el contrato público (el contratista principal)”*. El anteproyecto ha renunciado a incorporar esta posibilidad, lo que no merece reproche jurídico alguno, considerando que la Directiva habilita a los Estados miembros para disponer los pagos directos del poder adjudicador a los subcontratistas, pero no los impone. La posición del anteproyecto es, además, coherente con la configuración de la subcontratación en nuestra legislación administrativa, que descarta, como se ha visto, la acción directa de los subcontratistas frente a la Administración. Ahora bien, el Consejo de Estado llama la atención sobre la conveniencia de ponderar la introducción de alguna fórmula que contemple dicho pago directo a los subcontratistas en casos especiales a determinar reglamentariamente.

Ahora bien, la redacción del artículo 215.1 del anteproyecto, en comparación con la del artículo 228 *bis* del TRLCSP de la que procede, pone de relieve la siguiente diferencia: mientras la norma en vigor faculta al órgano de contratación para comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos, el texto consultado condiciona la atribución de esta facultad a que *“así lo hubieran previsto los pliegos o el documento descriptivo”*.

No parece oportuno restringir o condicionar la facultad del órgano de contratación de comprobar los pagos a subcontratistas y suministradores, la cual ha sido introducida para luchar contra la morosidad. Por ello, el artículo 215.1 debe reconocer la referida facultad a favor del órgano de contratación *“en*





CONSEJO DE ESTADO

todo caso", y no solamente cuando así esté contemplado en la documentación contractual.

Libro Segundo. Título Primero. Capítulo II. Racionalización técnica de la contratación. Artículos 216 a 228

El Capítulo II del Título I del Libro Segundo está dedicado a los sistemas para la racionalización de la contratación de las Administraciones públicas. Los sistemas para la racionalización técnica son figuras en materia de adjudicación que responden a las exigencias de simplificación en la contratación procedentes del Derecho europeo. Para alcanzar este objetivo simplificador se permite concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos o centralizar la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados.

En lo que se concierne a la primera de estas técnicas, cabe citar el dictamen nº 1397/2012, de 14 de febrero de 2013, conforme al cual "el acuerdo marco es una figura que persigue la racionalización técnica de la contratación en cuanto pretende hacer posible la celebración y adjudicación de contratos públicos en las condiciones fijadas por un acuerdo anterior dirigido a ello (sobre todo, en lo relativo a los precios). El acuerdo marco, inspirado en la categoría del contrato normativo, apareció en el Derecho europeo de la contratación pública en la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 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, que se incorporó al Derecho español por medio de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en dichos sectores (hoy derogada y sustituida por 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). La extensión de esta figura, más allá de los sectores especiales, se produjo en virtud de 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, cuya regulación se plasmó en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. En la actualidad el





CONSEJO DE ESTADO

acuerdo marco está regulado en el ámbito de la contratación pública en los artículos 196 y siguientes del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre”.

En general, procede emitir un juicio favorable a la regulación contenida en dicho capítulo, que mantiene en buena medida el régimen previsto en los artículos 194 y siguientes del TRLCSP, incorporando las novedades procedentes de la Directiva 2014/24/UE.

Esta valoración no es obstáculo para realizar dos reflexiones generales acerca de los sistemas para la racionalización técnica de la contratación, relacionadas –la primera- con la naturaleza y ámbito de estas previsiones y –la segunda- con los efectos de los instrumentos formalizados sobre la base de dichos sistemas.

La regulación de la racionalización técnica de la contratación está vinculada a la fase de preparación y adjudicación de los negocios jurídicos en la esfera pública. En efecto, la celebración de los acuerdos marco tiene como fin fijar las condiciones a que habrán de ajustarse una o varias empresas con las que se suscriba a la hora de contratar determinadas prestaciones durante un periodo determinado, en particular, por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas. El sistema dinámico de contratación es un proceso de adquisición que se caracteriza por tres notas: ser enteramente electrónico, estar destinado a las compras de uso corriente cuyas características están generalmente disponibles en el mercado, y permanecer abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones. Y, finalmente, la técnica de la centralización de compras responde a la marcada tendencia a la agregación de la demanda por los compradores públicos con el fin de obtener economías de escala, incluida la reducción de los precios y de los costes de transacción, y de mejorar y profesionalizar la gestión de la contratación.

Sobre la base de estas premisas, el régimen legal para la racionalización técnica de la contratación está orientado a detallar las



CONSEJO DE ESTADO

condiciones en las que pueden celebrarse acuerdos marco, implantarse sistemas dinámicos de adquisición o encomendarse la actividad contractual a las centrales de compras.

A la vista de estas finalidades, la ubicación de dicho régimen en el Capítulo II del Título I del Libro Segundo, a continuación de los efectos, extinción y cumplimiento de los contratos, resulta discutible. Mayor sentido tendría que esta regulación se incardinara en el Capítulo I del mismo título, referido a las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones públicas, tal vez como una sección específica –insertada antes de la relativa a los efectos, extinción y cumplimiento de los contratos- o como una subsección de la Sección 2ª, en el marco de la adjudicación contractual.

En cualquier caso, es importante que el texto deje claro que la racionalización técnica de la contratación –tal y como se regula en el anteproyecto y sin perjuicio de la observación que se realizará seguidamente- forma parte de la fase preparativa y de adjudicación, a los efectos del régimen jurídico de los contratos del sector público. Hay que tener en cuenta que, dada su procedencia europea, las figuras enumeradas no se restringen al ámbito de los contratos administrativos, sino que también son aplicables a los contratos sujetos a regulación armonizada, de naturaleza privada, celebrados por poderes adjudicadores sin el carácter de Administración pública. En este sentido, para estos últimos contratos, el artículo 26.3 del anteproyecto se remite, en cuanto a la preparación y adjudicación, a lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero, en el que el artículo 316 prevé la aplicación, entre otros, de los artículos 216 a 226, sobre la racionalización técnica de la contratación.

Ligado con lo anterior, se echa en falta en la regulación en tramitación un mayor desarrollo de los aspectos relativos al devenir de las figuras de racionalización técnica de la contratación, una vez formalizados, particularmente, los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de contratación. Dado que la regulación del anteproyecto es transposición de la Directiva de referencia, cuyo alcance se centra en la suscripción de tales figuras, no son abordadas las múltiples cuestiones a que puede dar lugar un acuerdo marco, a



CONSEJO DE ESTADO

continuación de su firma, o un sistema dinámico de adquisición, tras su implantación.

La experiencia del Consejo de Estado en asuntos relacionados con la interpretación o resolución de acuerdos marco celebrados por la Administración pone de manifiesto que la aplicación a ellos del régimen de efectos, extinción y cumplimiento de los contratos administrativos no siempre ofrece respuesta a las dudas surgidas, básicamente por la convivencia de tales acuerdos y los contratos basados en ellos.

Así, en el dictamen nº 363/2015, de 18 de junio, pese a que se concluyó la procedencia de liquidar los contratos derivados del acuerdo marco al que se refería la consulta, pues quedó extinguido por el transcurso del plazo de ejecución, se enumeraban una serie de cuestiones cuya respuesta habría sido necesario abordar de no haberse producido tal extinción, “tales como el impacto de los cumplimientos defectuosos, demoras e inejecución de determinadas prestaciones en el conjunto de las relaciones contractuales entabladas con base en el acuerdo marco”, o “la virtualidad de tales inobservancias para sustentar la resolución, bien del acuerdo marco, bien de los concretos contratos derivados afectados”. Es decir, en el caso de un acuerdo marco suscrito con un solo empresario, no resulta sencillo esclarecer si el incumplimiento culpable de un contrato derivado determina únicamente la resolución de este o también la del acuerdo marco de cobertura (incluso la de los demás contratos derivados amparados en el mismo). Incertidumbres similares pueden plantearse en los acuerdos marco con varios empresarios, a falta de aclaración sobre si la inobservancia por uno de ellos de un contrato derivado, además de la resolución de este, supone la extinción del acuerdo marco respecto del empresario incumplidor, con la consiguiente imposibilidad de suscribir con él nuevos contratos derivados con base en el referido acuerdo marco. También surgen dudas parecidas en lo que atañe a los sistemas dinámicos de adquisición, al no contener el anteproyecto –ni el TRLCSP en vigor- precisión alguna acerca de si la eventual resolución de un contrato específico adjudicado en el marco de un sistema dinámico de adquisición puede suponer la expulsión del mismo de la empresa a la que fuera imputable dicha resolución.



CONSEJO DE ESTADO

Los expuestos son solamente algunos ejemplos de las dificultades interpretativas a cuya solución puede verse abocado el operador jurídico en la utilización de estas figuras. No puede confiarse en exclusiva a los pliegos que rijan cada proceso de contratación la fijación de criterios dirimientes de los problemas hermenéuticos meramente apuntados, por lo que debe hacerse un esfuerzo en el anteproyecto para, en sede regulatoria de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos, establecer pautas sobre el devenir de los pactos celebrados por la Administración en uso de las técnicas de racionalización técnica.

Por otra parte, el anteproyecto no resuelve algunas otras cuestiones suscitadas en relación con los acuerdos marco. En concreto, son de señalar:

a) La jurisprudencia ha señalado que el importe máximo señalado en los acuerdos marco puede ser superado, en su conjunto, por los contratos derivados sin que ello vicie a estos. Considera el Consejo de Estado que el anteproyecto debería establecer un límite a esos casos de superación del umbral máximo por parte del conjunto de los contratos derivados.

b) Por otra parte, no se contempla previsión alguna en el texto que regule el caso en el que, suscrito un acuerdo marco, sin embargo no se concierte ningún contrato derivado, provocando ello eventuales perjuicios al contratista. Debiera ponderarse el establecimiento de algún mecanismo específico de compensación, objetivamente determinado, habida cuenta de las dificultades que presenta luego la cuantificación de los daños.

c) El anteproyecto no incluye tampoco ninguna regulación que aborde la cuestión de la obsolescencia de las condiciones y características técnicas señaladas en un acuerdo marco para determinados productos. La experiencia ha acreditado que, en ocasiones, se suscriben acuerdos marco de duración prolongada –tres o cuatro años- que versan sobre productos técnicos que, a consecuencia de la evolución, devienen anticuados u obsoletos en antes de que termine su plazo, de manera que es preciso modificar el objeto. Aunque

Qu



CONSEJO DE ESTADO

se ha intentado en ocasiones superar las dificultades mediante una aplicación generosa de la cláusula de progreso, es claro que esta tiene sus límites pues no puede comportar la variación del objeto del acuerdo marco. Por ello, el Consejo de Estado considera que procedería ponderar la introducción de alguna fórmula que ayuda a solventar las dificultades apreciadas.

d) Finalmente, se considera que debe introducirse una previsión en el anteproyecto que establezca que, a falta de una precisa regulación aplicable a los contratos derivados contenida en los pliegos del acuerdo marco, dichos contratos marco deberán incorporar en los suyos propios la regulación correspondiente. En efecto, no han sido pocos los casos en los que este Cuerpo Consultivo se ha tropezado con situaciones en las que el pliego del acuerdo marco establece las condiciones aplicables solo a este, sin disciplinar mínimamente los contratos derivados; estos, por su parte, carecen de previsiones que los regulen. Se produce así una situación de falta de regulación de los contratos derivados que en ocasiones presenta dificultades a la hora de colmarla mediante la aplicación de las normas generales de la ley.

Se somete, por último, a V. E. una observación particular:

- Artículo 220. Modificación de los acuerdos marco y de los contratos basados en un acuerdo marco

Este precepto, a propósito de la modificación de los acuerdos marco y de los contratos basados en ellos, concluye afirmando que *“las empresas parte del acuerdo marco estarán obligadas a aplicar en el mismo los precios con que concurren en el mercado si éstos mejoran los de la adjudicación de dicho acuerdo marco, siempre que las condiciones aplicables a la prestación fueran similares”*.

Con independencia de que el ámbito de esta previsión se circunscriba a los proyectos modificados a partir de una interpretación sistemática, pese a que de la literalidad parezca inferirse su generalidad, ni siquiera en el marco de la reforma de los acuerdos marco puede aceptarse una regla como la transcrita. Como se ha visto, el fin primordial del acuerdo marco

Qu



CONSEJO DE ESTADO

estriba en la fijación de las condiciones a las que habrán de ajustarse los contratos que se pretendan adjudicar a favor de uno o varios empresarios, prestando especial atención a los precios. Dada esta atención específica, de la misma forma en que el empresario no puede aspirar a incrementar los precios plasmados en el acuerdo marco con fundamento en los que oferta a los demás clientes, quedando a su riesgo y ventura la ejecución de las prestaciones en las condiciones económicas que sirven de cobertura a los contratos basados en tal acuerdo marco, tampoco la Administración puede exigir que los reduzca si una determinada coyuntura hace posible que el empresario mejore los precios con los que concurre en el mercado.

Por este motivo, debe valorarse la supresión de la regla transcrita, cuya conformidad con el principio de *pacta sunt servanda*, esto es, el de obligatoriedad de lo concertado para todas las partes del contrato, resulta muy cuestionable.

Libro Segundo. Título II. De los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas

Capítulo I: Del contrato de obras. Artículos 229 a 244

El Capítulo I del Título II del Libro Segundo (artículos 229 a 244) se refiere al contrato de obra pública. Como señala la memoria de análisis de impacto normativo, en relación con este contrato no se han incluido reformas significativas. Se efectúa la siguiente consideración:

- Artículo 229. Proyecto de obras

A la vista de la experiencia, este Consejo de Estado viene llamando la atención sobre la necesidad de extremar el rigor y el celo respecto a la fase de preparación de este tipo de contratos y, muy en especial, en lo que se refiere al estudio y redacción de los proyectos que sirven de base a la ejecución de las obras públicas, reforzando su debida supervisión. Efectivamente, son incontables las reclamaciones de responsabilidad que se han despachado relativas a daños irrogados a los contratistas por defectos en

Qh



CONSEJO DE ESTADO

la redacción de los proyectos de construcción, en particular, los atinentes a reclamaciones de sobrecostos derivados de suspensiones y modificaciones del contrato y reclamaciones por ejecución de obras adicionales.

Por otra parte y en el mismo orden de consideraciones, debe ponderarse la conveniencia de establecer, con carácter general, una limitación subjetiva que impida a un licitador formular una oferta cuando el proyecto de la obra ha sido realizado por un proyectista sobre el que ejerce control o con el que tiene vinculaciones de dirección.

- Artículo 231, 232 y 233. Contenido de los proyectos y responsabilidad derivada de su elaboración, presentación del proyecto por el empresario y supervisión de proyectos

En relación con las previsiones contenidas en los preceptos citados, a la vista de la experiencia adquirida en el despacho de los expedientes sometidos a su dictamen y conforme con lo dicho en la consideración hecha al artículo 229, el Consejo de Estado llama la atención sobre la necesidad de establecer un riguroso y eficaz sistema de responsabilidades para los autores de los proyectos y sus supervisores cuando no reúnan las condiciones requeridas. La realidad cotidiana evidencia que los proyectos no se elaboran adecuadamente en gran número de casos y que ello es fuente inagotable de perturbaciones y perjuicios para el interés público. Es preciso –y el anteproyecto es el instrumento adecuado- articular mecanismos concretos que aseguren que los proyectos son viables y que las labores de supervisión se ejercen de manera efectiva. En tal sentido, se considera que, en el artículo 231, deberían concretarse los mecanismos de exigencia de responsabilidad y aún establecerse algún tipo de sanción que castigue la deficiente elaboración de los proyectos o su supervisión.

Finalmente, el Consejo valora positivamente que la norma consultada contemple los contratos en los que el contratista elabora el proyecto y ejecuta la obra como casos excepcionales. La experiencia ha puesto de manifiesto que, en muchas ocasiones, tal sistema ha generado graves



CONSEJO DE ESTADO

problemas, ha perjudicado los intereses públicos y no ha satisfecho las necesidades generales. Por ello, su excepcionalidad debe ser mantenida.

- Artículo 236. Ejecución de las obras y responsabilidad del contratista

El apartado 1 previene que "las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste diere al contratista la Dirección facultativa de las obras".

Nada tiene que objetar el Consejo de Estado a la regulación proyectada. Convendría en todo caso aclarar en el texto que las instrucciones dadas por la Dirección de obras tienen la consideración de órdenes dadas por la Administración.

Por otra parte, con ocasión del despacho de los asuntos sometidos a su consulta, este Cuerpo Consultivo ha apreciado que, en numerosas ocasiones, la actuación de las direcciones facultativas no es adecuada. En múltiples casos, las órdenes dadas por estas, bien no se acomodan al interés público, bien se adoptan sin la previa autorización y conformidad de la Administración, lo que luego es origen de perjuicios para ésta. En efecto, un claro ejemplo de lo expuesto son los supuestos en que las direcciones facultativas autorizan la ejecución de trabajos que carecen de cobertura contractual absolutamente o en tanto se aprueban modificados –que luego no llegan a serlo-. Por ello, se considera conveniente, de una parte, reforzar el régimen de responsabilidades de quienes desempeñan las labores de dirección de obra y, de otro lado, establecer en la regulación una previsión que defiera expresamente al reglamento los supuestos concretos en que la Dirección facultativa deberá contar con la previa autorización de la Administración titular de la obra para dar determinadas instrucciones.



CONSEJO DE ESTADO

- Artículos 241 y 242. Recepción y plazo de garantía. Responsabilidad por vicios ocultos

Estos preceptos se ajustan a la regulación vigente.

El Consejo de Estado debe llamar la atención sobre el hecho de que las recepciones se llevan a cabo en muchas ocasiones con ligereza, sin verificar con detalle las condiciones de la obra recibida. Ello trae como consecuencia posterior la existencia de situaciones indeseables en las que los intereses públicos se ven menoscabados. Esta situación es especialmente grave, habida cuenta de que, recibida la obra –y al no existir la clásica y útil distinción entre recepción provisional y definitiva-, la Administración ya no puede mostrar su disconformidad con lo ejecutado –salvo que se trate de vicios ocultos-. Por ello, se considera que debiera articularse algún mecanismo legal que prevea, bien la rigurosidad del acto de recepción, bien la posibilidad de que, después de este, la Administración pudiera reclamar al contratista por los defectos graves apreciados en la obra.

Capítulo II. Contrato de concesión de obras. Artículos 245 a 281

El Capítulo II del Título II del Libro Segundo se refiere al contrato de concesión de obra pública. Como señala la memoria del análisis de impacto normativo, en relación con este contrato, tampoco se han incluido significativas reformas.

- Artículo 245. Estudio de viabilidad

El artículo 245 del anteproyecto contiene la regulación del estudio de viabilidad, que constituye una de las principales actuaciones preparatorias de este tipo de contratos. Como novedades, se incluye dentro del contenido mínimo de este estudio la inclusión del *“valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario, a efectos de la evaluación del riesgo operacional”* y *“la existencia de una posible ayuda de Estado y compatibilidad de la misma con el Tratado de Funcionamiento de la Unión*



CONSEJO DE ESTADO

Europea, en los casos en que para la viabilidad de la concesión se contemplen ayudas a la construcción o explotación de la misma”.

La inclusión de la referencia al riesgo operacional en el estudio de viabilidad viene obligada por la Directiva 2014/23/UE que, poniendo fin a la oscuridad tradicionalmente existente al respecto, otorga ya una seguridad respecto al juego de este riesgo respecto a la concesionaria, pues se indica que no son concesiones aquellos contratos en los cuales el sector público elimine el riesgo operacional *“estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y los costes sufragados para la ejecución del contrato”* (Considerandos 11 y 17 a 20 de la Directiva 2014/23/UE). Esta referencia a la asunción del riesgo concesional se efectúa también en la propia definición de la concesión de obra pública del artículo 14 del anteproyecto y se reitera a lo largo del articulado.

Por lo demás, se sugiere que se pondere la conveniencia de incluir algún mecanismo de control de la adecuación a la realidad de los estudios de viabilidad, provengan de la propia Administración o de la iniciativa privada, pues la experiencia ha demostrado que, si los mismos se hubiesen realizado con el rigor necesario, se habría evitado uno de los grandes problemas con los que se enfrenta la contratación pública en nuestros días, esto es, la inviabilidad de una serie de obras públicas (en especial vías públicas), con las subsiguientes aperturas de procedimientos de liquidación concursal de concesionarias y resoluciones anticipadas de este tipo de contratos. En efecto, de la experiencia acumulada de este Consejo de Estado y del Tribunal Supremo se concluye que son numerosos los casos de contratistas concesionarios de obras públicas que han solicitado un reequilibrio patrimonial por no ajustarse las previsiones que obraban en los estudios de viabilidad realizados con carácter previo a la licitación (por ejemplo, en relación con la demanda de tráfico) a la realidad. Pueden citarse en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011 (que originó el dictamen nº 1.465/2012, de 28 de febrero de 2013), 25 de enero de 2013, 4 de febrero de 2014, 28 de abril de 2015 y 8 de julio de 2015, todas ellas relativas a supuestos de solicitud de reequilibrio concesional por no haberse ajustado las estimaciones iniciales a la realidad subsiguiente.





CONSEJO DE ESTADO

- Artículo 248. Pliegos de cláusulas administrativas particulares

Se introduce en la nueva redacción del apartado segundo de este artículo la posibilidad de que el órgano de contratación incluya en el pliego un plazo para que los licitadores soliciten aclaraciones sobre su contenido. Esta posibilidad de abrir un periodo de aclaración es independiente del derecho que se reconoce por la normativa de la Unión Europea (artículo 34.3 de la Directiva 2014/23/UE) a todos los licitadores a solicitar información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria, cuyo estudio se ha examinado ya en el estudio del artículo 138 del anteproyecto.

Sería también recomendable que se incluyese en el apartado 1.j) (“Régimen de penalidades y supuestos que puedan dar lugar al secuestro de la concesión”) junto al secuestro, el caso de intervención de la concesión.

- Artículo 269. Emisión de obligaciones y otros títulos

La remisión que se efectúa a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en este precepto debe efectuarse al texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

- Artículo 276. Prórroga del plazo de las concesiones y extinción de la concesión por transcurso del plazo

La remisión a las causas del apartado tercero del artículo 268 del anteproyecto lo es en realidad al apartado segundo.

- Artículo 277. Causas de resolución

Entre las causas de resolución de la concesión no se incluye “*el secuestro de la concesión por un plazo superior al establecido como máximo*”



CONSEJO DE ESTADO

sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones” que preveía la redacción del artículo 269 del TRLCSP. En la medida en que el artículo 261.3 del anteproyecto sí que prevé este supuesto, debe incluirse entre las causas de resolución la anteriormente señalada.

- Capítulo III. Contrato de concesión de servicios. Artículos 282 a 295

El Capítulo III del Título II del Libro Segundo se refiere al contrato de concesión de servicios. La nueva regulación propuesta ha suprimido el contrato de gestión de servicios públicos, diferenciando entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios, a partir de la existencia o no de transferencia de riesgo operacional. Como ya se ha señalado, debe reconsiderarse esta opción que no se aviene con la doctrina tradicional del servicio público y sus caracteres.

En el contrato de concesión de servicios se han mantenido las reglas propias del contrato de gestión de servicios públicos, pese a que aquel contrato pueda tener por objeto servicios no públicos. Sin embargo, existen una serie de prescripciones que deben observarse respecto a la contratación de servicios públicos, independientemente del riesgo operacional, es decir, al margen de si la contratación reviste la forma de concesión de servicio o contrato de servicio -v.gr. la inembargabilidad de los bienes afectos al servicio público (artículo 289.3), el secuestro o la intervención, en relación con el incumplimiento del contratista, atendida su vinculación con el servicio y el interés públicos (artículo 291) o la inclusión entre las causas de resolución del contrato del rescate y la supresión del servicio por razones de interés público (artículo 292.c) y d)) y, consecuentemente, los efectos a ellas vinculados (artículo 293). La opción escogida por el legislador, en cambio, no se aviene con este planteamiento, puesto que en la concesión de servicios, independientemente de si este servicio es público o no, se contienen las referidas prescripciones propias de los servicios públicos. Tal planteamiento, indudablemente, va a conducir a distorsiones en la práctica, puesto que no es posible extender a todo tipo de servicios, por más que se transfiera el riesgo operacional, la regulación

Qu



CONSEJO DE ESTADO

del servicio público, por lo que se sugiere la reconsideración de esta opción legislativa.

- Artículo 283. Pliegos y anteproyecto de obra y explotación

Contiene el artículo 283 del anteproyecto la regulación de ciertas especialidades de la preparación del contrato de concesión de servicios. En concreto, como novedad, se incluye la de que la tramitación del expediente ha de ser precedida *“de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad de las mismas o en su caso, de un estudio de viabilidad económico-financiera, que no tendrán carácter vinculante”*. Este Consejo de Estado valora positivamente tal inclusión, si bien entiende que debería reconsiderarse el hecho de que dicho estudio no tenga carácter vinculante, por lo menos en los supuestos en que el mismo concluya en la inviabilidad del proyecto.

Deben, además, darse por reproducidas en este punto las reflexiones anteriormente realizadas acerca de la conveniencia de establecer algún tipo de mecanismo de control de la adecuación a la realidad de los estudios de viabilidad, provengan de la propia Administración o de la iniciativa privada.

- Artículo 287. Prestaciones económicas

El Consejo de Estado debe señalar que no es infrecuente que los pliegos de cláusulas administrativas particulares impongan al concesionario el pago de un canon a favor de la Administración titular del servicio. Esta posibilidad no está contemplada en el anteproyecto. Por otra parte, la regulación de la materia es manifiestamente insuficiente. Solo está prevenida en el artículo 115.8ª del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto de 17 de junio de 1955. Por ello, se considera que debiera introducirse una sucinta regulación de la cuestión.



CONSEJO DE ESTADO

- Capítulo IV. Del contrato de suministro. Artículos 296 a 305

La configuración de este contrato como aquel que tiene por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles, es común al anteproyecto (artículo 16), el texto vigente (artículo 9) y las normas que lo precedieron.

Las particularidades de su régimen jurídico, contenidas en el Capítulo IV del Título II del Libro Segundo, coinciden sustancialmente con las previstas en la legislación actual, sin que se aprecien necesidades de mejora ni aspectos particularmente controvertidos sobre los que sea conveniente incidir.

La principal novedad radica en el acortamiento de los plazos de suspensión por la Administración del suministro que habilitan al contratista para instar la resolución contractual (plazos que pasan de seis meses a cuatro en el caso de suspensión de la iniciación del suministro y de un año a ocho meses en la suspensión del suministro una vez iniciado). Dicho acortamiento, operado en el artículo 304 del anteproyecto, merece una valoración positiva, pues limita el alcance temporal de la situación de incertidumbre que la suspensión contractual acarrea, fijando un periodo suficiente para que la Administración resuelva la incidencia que causó la interrupción de la prestación.

- Capítulo V: Contrato de servicios. Artículos 306 a 314

Como se ha señalado al glosar los artículos 15 y 17 del anteproyecto, la principal novedad del anteproyecto en la tipificación de los contratos administrativos es la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos. El contrato de servicios es una categoría que, prestada por un poder adjudicador y por un importe superior a los umbrales fijados, está sujeta a regulación armonizada, a diferencia del contrato de gestión de servicios públicos, que queda al margen de esta armonización. No se trata de una cuestión, por ende, meramente dogmática, sino que, como se ha señalado, tiene importantes consecuencias prácticas, no ya solamente por las derivadas de la inclusión de la prestación en una u otra modalidad de contrato típico, sino también por la aplicación o no de las exigencias del Derecho europeo. Estas se



CONSEJO DE ESTADO

han puesto de manifiesto al abordar los artículos 15 y 17 del anteproyecto y a ellas procede remitirse.

Además, se formulan las siguientes observaciones particulares:

- Artículo 309. Ejecución y responsabilidad del contratista

Este precepto regula la ejecución y responsabilidad del contratista, de forma sustancialmente coincidente con el artículo 305 del texto refundido vigente.

Sin embargo, no tiene reflejo en este precepto –ni en ningún otro de este capítulo- el contenido del artículo 307 del texto vigente, que se reproduce:

“Artículo 307. Cumplimiento de los contratos.

1. La Administración determinará si la prestación realizada por el contratista se ajusta a las prescripciones establecidas para su ejecución y cumplimiento, requiriendo, en su caso, la realización de las prestaciones contratadas y la subsanación de los defectos observados con ocasión de su recepción. Si los trabajos efectuados no se adecuan a la prestación contratada, como consecuencia de vicios o defectos imputables al contratista, podrá rechazar la misma quedando exento de la obligación de pago o teniendo derecho, en su caso, a la recuperación del precio satisfecho.

2. Si durante el plazo de garantía se acreditase la existencia de vicios o defectos en los trabajos efectuados el órgano de contratación tendrá derecho a reclamar al contratista la subsanación de los mismos.

3. Terminado el plazo de garantía sin que la Administración haya formalizado alguno de los reparos o la denuncia a que se refieren los apartados anteriores, el contratista quedará exento de responsabilidad por razón de la prestación efectuada, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 310, 311 y 312 sobre subsanación de errores y responsabilidad en los contratos que tengan por objeto la elaboración de proyectos de obras.



CONSEJO DE ESTADO

4. El contratista tendrá derecho a conocer y ser oído sobre las observaciones que se formulen en relación con el cumplimiento de la prestación contratada”.

La omisión de estas previsiones, que permiten depurar la responsabilidad del contratista por el cumplimiento defectuoso de la prestación, tanto en el momento de su recepción como durante el periodo de garantía, y que son equivalentes a las contenidas para el contrato de suministro (artículo 303, relativo a los vicios o defectos durante el plazo de garantía), no resulta aceptable. A falta de un régimen específico, se generaría una laguna difícil de integrar por analogía, con el consiguiente quebranto de la posición jurídica de la Administración a la hora de recuperar el precio satisfecho a cambio de trabajos defectuosos.

Resulta, por ende, imprescindible incluir las previsiones del artículo 307 del texto vigente, ya sea en el artículo 309 del anteproyecto, ya en un precepto específico, para apuntalar la posición jurídica de la Administración ante servicios que no están en condiciones de ser recibidos o que, tras la entrega, presentan defectos durante el periodo de garantía.

- Artículo 311. Causas y efectos de la resolución

Se refiere este precepto a las causas de resolución específicas de los contratos de servicios.

Antes de formularse una observación a su contenido, ha de incorporarse una reflexión preliminar.

En el contrato de servicios no se introduce especialidad alguna respecto de su cumplimiento, como forma natural de extinción contractual. Se echa en falta una aclaración acerca de las consecuencias del transcurso del plazo previsto en los contratos de mera actividad. Que el transcurso del plazo puede identificarse con la extinción por cumplimiento está previsto en el anteproyecto para el contrato de concesión de obras (artículo 276.3: “La

Qu



CONSEJO DE ESTADO

concesión se entenderá extinguida por cumplimiento cuando transcurra el plazo inicialmente establecido...”) y se infiere del régimen del contrato de concesión de servicios (en el que se prevé la reversión “finalizado el plazo de la concesión”, ex artículo 289.1). En un sentido análogo, sería oportuno especificar que el servicio se entenderá extinguido por cumplimiento cuando, tratándose de un contrato de mera actividad, transcurra el plazo inicialmente previsto o las prórrogas acordadas, sin perjuicio de la prerrogativa de la Administración de depurar la responsabilidad del contratista por cualquier eventual incumplimiento detectado con posterioridad y dentro del periodo de garantía.

Así se solventarían con mayor facilidad supuestos como el que subyace bajo el dictamen n° 363/2015, de 18 de junio, en el que se pretendía la resolución de un contrato ya extinguido. Como en él se afirma, el Consejo de Estado ha venido entendiendo (dictámenes números 448/2013, de 20 de junio, 1.887/2011, de 9 de febrero de 2012, o 596/2011, de 19 de mayo) que no resulta procedente acordar la resolución del contrato en aquellos supuestos en los que éste ha quedado extinguido por el transcurso del plazo.

Ciertamente, esta doctrina resulta aplicable a los contratos de actividad o de medios, esto es, aquellos en los que el comportamiento exigible al contratista consiste en el despliegue de una actividad diligente dirigida a satisfacer el resultado esperado por la Administración (como un contrato de servicio de asesoramiento, intermediación y búsqueda de posibles clientes para la explotación del centro de formación –dictamen n°448/2013-, un contrato de servicios cuyo objeto es la custodia, archivo y gestión administrativa de las piezas de convicción pertenecientes a la Audiencia Nacional –dictamen n° 1.887/2011- o un servicio de mantenimiento integral de infraestructura en el Acuartelamiento “Capitán Mayoral” –dictamen n° 596/2011-).

En cambio, tratándose de contratos de resultado, en los que el contratista debe obtener el resultado esperado por la Administración, no siendo suficiente con que haga todo lo posible para conseguirlo, en la medida en que aquel garantiza y compromete la realización de dicho resultado, el transcurso del plazo de ejecución sin la satisfacción del objeto contractual no constituye



CONSEJO DE ESTADO

impedimento para su resolución, al revés, puede ser demostrativo de una demora en la ejecución que la justifique. Así lo entendió el Consejo de Estado en su dictamen nº 1.382/2008, de 9 de octubre, en el que, frente al argumento esgrimido por la entidad contratista para oponerse a la resolución contractual consistente en afirmar la extinción del contrato (dirigido al transporte, ordenación e inventario de los expedientes de la Dirección General de Ferrocarriles) por el transcurso del plazo de ejecución de los trabajos, negó que dicho razonamiento pudiera ser acogido, toda vez que, no pudiendo entenderse cumplido el contrato por la adjudicataria, que no había ejecutado la totalidad de su objeto a satisfacción de la Administración, quedaba expedita la vía de la resolución contractual.

En suma, procede incorporar un precepto sobre el cumplimiento del contrato de servicios que prescriba la extinción por cumplimiento, siempre que se trate de contratos de medios, como consecuencia del transcurso del plazo.

Al regularse las causas específicas de resolución contractual, el artículo 311.1.c) previene que *“los contratos complementarios quedarán resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal”*.

Para la adecuada comprensión de esta regla, es necesaria alguna aclaración acerca de la noción de contrato complementario.

El contrato complementario –que debe distinguirse de las obras o servicios complementarios, distinción a la que contribuirá el anteproyecto, al omitir esta última categoría y reemplazarla por la modificación contractual para la realización de obras, suministros o servicios adicionales- se caracteriza por su relación de dependencia respecto de otro contrato, llamado principal. Así, el contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y complementario (o accesorio, terminología más extendida en el Derecho civil) cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.



CONSEJO DE ESTADO

De acuerdo con la máxima *accessorium non ducit, sed sequitur suum principali* (lo accesorio sigue la suerte de lo principal), el artículo 311.1.c) del anteproyecto asocia a la resolución del contrato principal la de los complementarios. Sirven de ejemplo los dictámenes números 170/2015 y 171/2015, de 12 de marzo, en los que se expresó un juicio favorable a la extinción de sendos contratos de consultoría y asistencia técnica para la ejecución de unas obras, ya declaradas resueltas.

Lo que no fija el anteproyecto es cómo deben indemnizarse los daños y perjuicios a los titulares de los contratos complementarios resueltos al extinguirse su principal –por incumplimiento-. Las dificultades apreciadas por este Consejo (por todos, dictamen nº 498/2015) y la existencia de una jurisprudencia vacilante sobre la cuestión aconsejan establecer un criterio fijo, claro y objetivo al respecto.

Dado que esta categoría solamente se utiliza en el precepto citado, para fijar la aludida regla resolutoria sería conveniente precisar, en línea con lo expresado, qué se entiende por contrato complementario. Asimismo, debería valorarse la oportunidad de mantener la previsión relativa a la duración de los contratos complementarios contenida en el artículo 303.2 del texto vigente, con arreglo al cual los contratos de servicios que sean complementarios de contratos de obras o de suministro podrán tener una duración coincidente con la del contrato principal, previsión que no ha sido trasladada al texto consultado.

Libro Tercero.- De los contratos de otros entes del sector público. Artículos 315 a 319

La regulación contenida en los artículos 315 a 318 (Libro tercero) del anteproyecto de Ley sometido a consulta engloba, con arreglo a la nueva sistemática del texto, todas aquellas previsiones que afectan a los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no posean la consideración de Administraciones públicas (título I) y a los contratos celebrados por las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores (título II), si bien una regla específica en materia de recursos se



CONSEJO DE ESTADO

contiene en la disposición adicional trigésima quinta. En el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público tal regulación se encuentra recogida en el artículo 41.5 (órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación), en el artículo 137 (establecimiento de prescripciones técnicas y preparación de pliegos) y en los artículos 189 a 193 (adjudicación).

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la regulación prevista para los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones públicas –en la que se distingue, al igual que en el texto refundido vigente, entre contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 316) y contratos no sujetos a regulación armonizada (artículo 317)-, se formulan las siguientes observaciones:

a) En cuanto a la terminología empleada en la rúbrica del título I, parece más correcto hacer referencia a los poderes adjudicadores que no tengan el carácter o la condición de Administraciones públicas (en lugar de a los poderes adjudicadores “que no posean la consideración de Administraciones Públicas”). De hecho, la fórmula propuesta se emplea en el artículo 315.

b) La principal cuestión que se suscita en el proyectado artículo 316 (y que también resulta de lo dispuesto en el artículo 26.3 del anteproyecto) es la relativa al régimen jurídico aplicable a los contratos sujetos a regulación armonizada, pues no solo está integrado por las normas relativas a preparación y adjudicación de los contratos celebrados por las Administraciones públicas (secciones 1ª y 2ª del capítulo I del título I del Libro II), perfilada en términos más amplios que en la Ley vigente, sino también por diversas previsiones que se enmarcan en el régimen aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de las Administraciones públicas (sección 3ª): condiciones especiales de ejecución del contrato (artículo 118); modificación (artículos 201 a 205); causas de resolución, procedimiento y efectos (artículos 209 a 211); cesión de los contratos y subcontratación (artículos 212 a 215); y racionalización técnica de la contratación (artículos 216 a 226 –se incluyen acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición y centrales de contratación-). A ello hay que añadir que, con arreglo al artículo 318, resulta de aplicación (también a los contratos no sujetos a regulación armonizada) el



CONSEJO DE ESTADO

régimen de condiciones de pago previsto en los artículos 196.4, 208.4 y 241.1 del texto sometido a consulta. Por tanto, la regulación proyectada no acoge el mismo esquema recogido en el vigente texto refundido, con arreglo al cual las normas sobre eficacia, cumplimiento y extinción de los contratos de las Administraciones públicas no son aplicables a los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones públicas (con la excepción de las normas relativas a su modificación, que expresamente se declaran aplicables a los contratos privados –artículo 20.2-).

En el dictamen nº 514/2006, de 25 de mayo, relativo precisamente al anteproyecto de la que posteriormente sería la Ley 30/2007, de 15 de octubre, de Contratos del Sector Público, se destaca:

“El anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público parte de una concepción novedosa a la hora de incorporar el Derecho comunitario de la contratación pública a nuestro ordenamiento interno.

Tal concepción puede apreciarse en dos tipos de cuestiones entrelazadas entre sí. De un lado, la ampliación y redefinición del ámbito subjetivo, que ya no se basa en un proceso de sucesiva ampliación de los sujetos contratantes partiendo de su asimilación mayor o menor a la Administración Pública *stricto sensu*, sino que parte desde el comienzo de una delimitación de tipo funcional o según la actividad y no según la forma de personificación jurídica. De otro, el influjo que dicha ampliación produce sobre el que podría llamarse ámbito objetivo: es decir, la nueva delimitación del régimen contractual concretamente aplicable por esos sujetos está en función, en primer lugar, del tipo de contrato que celebren, si es o no uno de los contratos típicos contemplados por las directivas (la relevancia del contrato mixto se encuentra ahora en esta sede), en segundo lugar depende de la cuantía del contrato en cuestión y, en fin, también juega el criterio relativo a que el sujeto contratante sea una Administración Pública, o un "organismo de Derecho público" -en sentido comunitario- no considerado Administración Pública, o un ente del sector público que no se considere 'organismo de Derecho público'. Sin embargo, este último criterio ya no tiene la trascendencia que tenía en la regulación anterior, en el que servía para definir el régimen completo del



CONSEJO DE ESTADO

contrato -administrativo o privado-, sino que pesa ahora fundamentalmente en lo relativo a efectos y extinción (por ejemplo, a efectos de preparación y adjudicación el anteproyecto pretende que un contrato administrativo de un Ministerio, otro privado de una entidad pública o privada dirigida a satisfacer necesidades de interés general u otro contrato privado de una sociedad mercantil gestionada públicamente encuentren sus concretas reglas jurídico-públicas de actuación, pero, sin embargo, otorga menos importancia a que sus efectos se desarrollen también bajo las prerrogativas clásicas del Derecho administrativo de contratación -en el primer caso- o caigan bajo el dominio del Derecho privado -en los dos últimos-”.

En esta misma línea, señala la exposición de motivos que la incorporación del Derecho europeo que se llevó a efecto con la Ley 30/2007 “dio lugar a un cambio de planteamiento, que ahora se mantiene en la nueva Ley, y que permitía distinguir los regímenes jurídicos de los contratos públicos según la entidad contratante fuera o no un poder adjudicador. No obstante, este cambio de planteamiento no impide que la regulación de los contratos de las Administraciones públicas, tanto en sus disposiciones generales, como respecto de cada tipo de contrato, siga siendo la parte troncal de esta Ley y la referencia de cualquier contrato que se haga por una entidad del sector público”.

Supuesto lo anterior, es claro que la aplicación de las reglas sobre preparación y adjudicación a este tipo de contratos viene justificada por la necesidad de articular una regulación unitaria y común en todos los procesos contractuales en los que interviene un ente público, que garantice de modo adecuado y suficiente el respeto a los principios que han de presidir la contratación pública y que se detallan en el artículo 1 del anteproyecto (entre ellos, principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores). En este sentido, hay que destacar que el anteproyecto sometido a consulta no contempla las especialidades, respecto al régimen de adjudicación aplicable a los contratos de las Administraciones públicas, que en algunas materias concretas establece el artículo 190 del texto refundido (entre otras, intervención del comité de expertos, apreciación del carácter normal o desproporcionado de las ofertas, formalización y publicidad); además, prevé la



CONSEJO DE ESTADO

aplicación generalizada de las normas sobre actuaciones preparatorias de los contratos celebrados por las Administraciones públicas (frente al texto refundido vigente, que únicamente contempla algunas previsiones sobre prescripciones técnicas y preparación de pliegos).

c) Mayores dudas suscita, sin embargo, la opción del anteproyecto de aplicar, a los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas, determinadas previsiones sobre eficacia, cumplimiento y extinción de los contratos celebrados por Administraciones públicas (en aspectos tan relevantes como la resolución de estos contratos). Se trata de una opción que no viene impuesta por las Directivas que se transponen y que, a juicio de este Consejo, no se compadece bien con la naturaleza de esos poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administraciones públicas. Baste pensar que se trata, entre otros entes, de "fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades" o de "entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia" (artículo 3.3, b) y d), del anteproyecto).

Por tanto, debiera reconsiderarse la opción acogida en el anteproyecto de aplicar, a los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas, determinadas normas sobre el régimen de eficacia, cumplimiento y extinción aplicable a los contratos celebrados por Administraciones públicas, pues suscita dudas la aplicación generalizada y sin matiz alguno a los contratos celebrados por dichos poderes adjudicadores de aquellas normas que incluyen las prerrogativas que tradicionalmente vienen correspondiendo a las Administraciones públicas en el



CONSEJO DE ESTADO

ámbito de la contratación del sector público, especialmente en cuanto a la resolución de los contratos), sin perjuicio de que tales prerrogativas puedan incorporarse al régimen jurídico del contrato en virtud del principio de libertad de pactos.

d) De otra parte y como ya se ha señalado anteriormente, el artículo 199 del anteproyecto (garantía del cumplimiento de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral) no ha de quedar circunscrito a los contratos administrativos, sino que ha de preverse su aplicación para los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por otros poderes adjudicadores.

En todo caso, si se opta por mantener la aplicación de algunas normas sobre eficacia, cumplimiento y extinción de los contratos de las Administraciones públicas, esta circunstancia debe tener reflejo, en tanto constituye una novedad importante respecto a la legislación vigente, en la exposición de motivos, que se limita a señalar que “en el Libro III se mantiene la regulación de los contratos de poderes adjudicadores, no Administración pública, así como del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, respecto de los cuales se suprime la obligación de aprobar Instrucciones de Contratación”.

e) Por lo que se refiere a los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas y que no estén sujetos a regulación armonizada, la regulación proyectada (artículo 317) concreta los procedimientos que pueden utilizarse para su adjudicación.

Es decir, frente al artículo 191 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que no concreta los procedimientos de adjudicación aplicables, pero sí exige la aprobación de instrucciones que regulen tales procedimientos de forma que garanticen la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como la adjudicación del contrato a quien presente la oferta económicamente más ventajosa, la regulación proyectada se limita a determinar los procedimientos de adjudicación aplicables, según se trate de contratos menores (letra a), adjudicación directa) o de otros contratos (letra b),



CONSEJO DE ESTADO

procedimiento abierto simplificado y procedimientos de adjudicación previstos en la sección 2ª del capítulo I del Título I del Libro Segundo, excepto el procedimiento negociado sin publicidad).

La primera cuestión que se plantea es la relativa a cuáles sean los distintos procedimientos de adjudicación que pueden utilizarse para estos contratos. El artículo 317 del anteproyecto emplea, en ambos apartados, una fórmula potestativa: “podrán adjudicarse directamente”, “se podrá utilizar”; sin embargo, no establece previsión alguna en cuanto a qué otros procedimientos pudieran establecerse si no se acude a uno de los previstos en la futura Ley.

Considera el Consejo de Estado que en los términos expuestos la redacción proyectada debe ser revisada. Una primera opción sería entender que el recurso a los procedimientos mencionados expresamente ha de verificarse en términos imperativos (especialmente, en los supuestos contemplados en la letra b)), máxime si se tiene en cuenta que ya no se prevé la obligación de contar con unas instrucciones que regulen los procedimientos de contratación. Sin embargo, con esta solución se aproximarían notablemente, en materia de adjudicación, las regulaciones correspondientes a contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 316) y a contratos no sujetos a regulación armonizada.

La otra opción sería considerar que la aplicación de tales procedimientos tiene carácter potestativo y que los órganos competentes de las respectivas entidades pueden aprobar normas internas que regulen los procedimientos de contratación. Incluso cabe una tercera interpretación (Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento), que consiste en entender que los procedimientos de adjudicación han de ser los previstos en la Ley, pero que se pueden utilizar en supuestos distintos a los fijados legalmente.

Las dos opciones que se acaban de apuntar son más acordes con el carácter de no sujetos a regulación armonizada de estos contratos. Pero en todo caso exigen que la regulación proyectada se complete con la previsión de instrucciones internas: ya sea, en el caso de la primera opción, para establecer las reglas mínimas que han de respetar los procedimientos de adjudicación no previstos en la Ley (en línea con lo que dispone el artículo 191 del texto



CONSEJO DE ESTADO

refundido); ya sea, en el caso de la segunda opción, para determinar en qué supuestos procede acudir a uno u otro procedimiento. En cualquier caso, no parece que las referidas instrucciones deban tener, como indica la memoria, carácter potestativo; y aunque así se considere, debe establecerse expresamente en el precepto comentado y concretar alguna indicación sobre su contenido. Es cierto que el artículo 63.2 del anteproyecto establece que en el perfil de contratante podrán figurar "en su caso, las instrucciones internas de contratación"; pero se considera procedente reiterar y ampliar tal previsión en el proyectado artículo 317.

En segundo lugar, merecen alguna consideración adicional los concretos términos en que en la letra b) se formula la remisión a los procedimientos de adjudicación previstos en la Ley.

Por un lado, resultan confusos los términos en que la letra b) determina los procedimientos aplicables, cuando se dice que "se podrá (*sic*) utilizar, además del procedimiento abierto simplificado, los procedimientos de adjudicación previstos en la Sección 2ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad...". El procedimiento abierto simplificado está también incluido en la mencionada sección 2ª (artículo 157 del anteproyecto), por lo que resulta innecesaria su mención expresa. Si lo que se pretende es considerar dicho procedimiento de aplicación preferente, debe señalarse así; y si no, basta la referencia genérica a la sección 2ª.

Tampoco resulta clara la excepción que a la regla anterior se establece en relación con el procedimiento negociado sin publicidad. Se dice que "únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 166". Este precepto regula precisamente los supuestos en que cabe acudir al procedimiento negociado sin publicidad. Por tanto, si lo que se pretende es excluir la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, debe eliminarse la mención al artículo 166; y si se prevé su aplicación conforme a las reglas generales, es innecesario incluir una mención expresa al mismo. Únicamente tendría sentido esta previsión si en el anteproyecto se acogiera (o se formulara con mayor precisión y claridad) la opción antes apuntada de considerar que los procedimientos de adjudicación

Qu



CONSEJO DE ESTADO

han de ser los previstos en la Ley, pero que se pueden utilizar en supuestos distintos a los fijados legalmente. La excepción sería entonces el procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente podría ser utilizado en los casos previstos legalmente.

f) El anteproyecto extiende la obligatoriedad de la modificación para el contratista a los contratos que no son administrativos (artículo 204). A juicio del Consejo de Estado dicha extensión en relación con la modificación de los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por un poder adjudicador que no tenga la consideración de Administración pública cuando está prevista en los pliegos no suscita dificultad alguna, toda vez que los pliegos tienen condición de ley entre las partes (Código Civil, artículo 1091). Ahora bien, no existiendo previsión en los referidos pliegos, tal imposición de la modificación no tiene fundamento. Y no parece razonable que una entidad –en especial, las que revisten forma mercantil- que es poder adjudicador pueda imponer a un contratista una modificación por un importe inferior al 20% que este no quiere asumir sin que esté previsto en el contrato. En efecto, el derecho europeo no regula la obligatoriedad de la modificación para el contratista sino que se centra en la posibilidad del poder adjudicador de evitar una nueva licitación. Por ello, se considera que debe excluirse expresamente esta posibilidad.

Esta observación tiene carácter esencial a los efectos del artículo 130 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

g) Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la regulación prevista para los contratos celebrados por entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores (artículo 319), cabe formular las siguientes observaciones:

1. Al establecer el procedimiento que habrá de seguirse para la adjudicación de los contratos o acuerdos que superen el valor estimado que se fija en el apartado 1 (para los que se prevé la posibilidad de adjudicación directa) o que tengan por objeto la selección de proveedores (apartado 2 del precepto



CONSEJO DE ESTADO

comentado), se indica, entre otros aspectos, que “la adjudicación de los contratos se basará en criterios objetivos ligados al objeto del contrato establecido en los documentos contractuales”.

Debe hacerse notar que el anteproyecto se aparta en este punto de lo dispuesto en el artículo 192.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (que establece que “la adjudicación de los contratos deberá efectuarse de forma que recaiga en la oferta económicamente más ventajosa”) y del principio general de selección de la oferta económicamente más ventajosa consagrado en su artículo 1. A juicio de este Consejo, debe mantenerse este último criterio como el prevalente, también en la adjudicación de los contratos por entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, sin perjuicio de que excepcionalmente pueda admitirse la toma en consideración de otros criterios objetivos consignados en la documentación contractual.

2. De otra parte, resultaría conveniente mantener, siquiera con carácter potestativo, la referencia a las instrucciones internas en materia de contratación que pudieran aprobar estas entidades (en línea con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 192 del texto refundido y con la observación formulada anteriormente al artículo 317 del anteproyecto). No hay que olvidar que las reglas que recoge el apartado 2 tienen el carácter de reglas mínimas.

Libro Cuarto. Título I. Organización administrativa para la gestión de la contratación.

Este título contiene la regulación sobre órganos de contratación, órganos de asistencia, órganos de contratación en las entidades locales y órganos consultivos, así como el régimen relativo a la elaboración y remisión de información a dichos órganos.



CONSEJO DE ESTADO

- Capítulo I. Órganos de contratación. Artículos 320 a 322

- Artículo 320. Órganos de contratación estatales

El artículo 320 del anteproyecto regula los órganos de contratación estatales, siguiendo de cerca lo dispuesto en el artículo 316 del vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La regulación propuesta no suscita objeción alguna, debiendo destacarse, como novedades, la inclusión de una mención expresa, dentro de los órganos de contratación, a los organismos públicos de investigación, la supresión (apartado 5) del carácter excepcional de la posibilidad de que el contrato sea tramitado por un único órgano de contratación cuando resulte de interés para varias entidades o departamentos ministeriales (sin exigirse tampoco que hayan de concurrir necesariamente razones de economía y eficacia) o la previsión de un quórum de constitución específico para la válida constitución de la Junta de Contratación en el caso del procedimiento abierto simplificado (último párrafo del apartado 4).

En relación con esta última previsión, se considera que no debe ir precedida de la locución adverbial “No obstante lo establecido en el párrafo anterior...” pues en dicho párrafo se remite al desarrollo reglamentario la composición de las Juntas; y es claro que son cuestiones distintas las relativas al régimen de composición y al régimen de constitución.

En fin, como observación de mera corrección gramatical, el apartado 3 estaría mejor redactado si comenzara diciendo “Corresponden al Ministerio...”.

- Artículo 321. Autorización para contratar

Por lo que se refiere al artículo 321 (“autorización para contratar”), que incluye como novedades la sujeción de los acuerdos marco cuyo valor estimado sea igual o superior a doce millones de euros a la autorización del Consejo de Ministros, la determinación de la documentación que debe remitirse a dicho Consejo para obtener la correspondiente autorización o la exigencia de



CONSEJO DE ESTADO

informe del Comité Técnico de Cuentas Nacionales, cabe formular diversas observaciones.

En primer lugar, parece conveniente mantener la posibilidad, prevista en el segundo inciso del apartado 3 del artículo 317 del texto refundido, de que el órgano de contratación pueda elevar al Consejo de Ministros la consideración de los contratos para los que legalmente no se exige su autorización.

Una segunda observación se refiere al apartado 4, que establece que “en los casos en que el Consejo de Ministros autorice la celebración de un contrato deberá autorizar igualmente sus modificaciones, siempre que, no encontrándose las mismas previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, representen un porcentaje, aislada o conjuntamente, superior al 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido”.

Esta previsión reproduce parcialmente lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 317 del texto refundido vigente, según el cual “cuando el Consejo de Ministros autorice la celebración del contrato deberá autorizar igualmente su modificación, cuando sea causa de resolución, y la resolución misma, en su caso”, pues, con arreglo al artículo 209.1.g) del anteproyecto, una modificación con tal alcance es causa de resolución del contrato.

Sin embargo, sería preferible que el anteproyecto mantuviese los términos de la redacción vigente, que se refiere simplemente a las modificaciones cuando sean causa de resolución, pues los términos del artículo 209.1.g) y del precepto comentado no son plenamente coincidentes. En efecto, el artículo 209.1.g) del anteproyecto delimita la causa de resolución por referencia a las circunstancias previstas en el artículo 203, que no solo alude a las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (único caso contemplado en el proyectado artículo 317.4), sino también a las que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el precedente artículo 202.

De otra parte, parece razonable, como hace el texto refundido vigente, extender la autorización a la resolución.



CONSEJO DE ESTADO

En tercer lugar, debe mejorarse la sistemática del apartado 6. A tal efecto se propone la siguiente:

a) En el ámbito del Sector Público Estatal, antes de celebrar un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a doce millones de euros, será preceptivo recabar un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que se pronuncie sobre las repercusiones presupuestarias y compromisos financieros que implique, así como sobre su incidencia en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, según lo establecido en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Asimismo, los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios deberán ser informados con carácter preceptivo por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas cuando, con independencia de su cuantía, se prevea en su financiación cualquier forma de ayuda o aportación estatal, o el otorgamiento de préstamos o anticipos.

En los casos en que se trate de contratos de concesión de obras o de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a doce millones de euros y en los que en su financiación se prevea cualquier forma de ayuda o aportación estatal o el otorgamiento de préstamos o anticipos, el informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas al que hacen referencia en los párrafos anteriores será único.

Ambos informes tienen carácter vinculante y se solicitarán por el órgano de contratación con carácter previo a la tramitación de la autorización del Consejo de Ministros a la que se refiere el apartado 1 del presente artículo en los supuestos en que la misma sea preceptiva, y en todo caso, con carácter previo a la aprobación del expediente de contratación y a la aprobación del gasto.

Para su emisión el órgano de contratación deberá proporcionar información completa acerca de los aspectos financieros y presupuestarios del



CONSEJO DE ESTADO

contrato, incluyendo los mecanismos de captación de financiación y garantías que se prevea utilizar durante toda la vigencia del mismo.

En la elaboración de dichos informes se deberá tener en cuenta el informe que al respecto emita el Comité Técnico de Cuentas Nacionales, creado por la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 6/2013 de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

De otra parte, la previsión sobre el informe del Comité Técnico de Cuentas Nacionales debe completarse con una previsión similar a la que se contiene en el último párrafo del apartado 7, que se refiere al citado informe en el ámbito de los sectores públicos autonómico y local, relativa a su contenido (efectos de la celebración del contrato en las cuentas económicas de la Administración contratante) y a su carácter no vinculante.

b) Finalmente, como observaciones de carácter formal se formulan las siguientes: 1) la documentación exigida en el apartado 2 estaría mejor ordenada en un listado; 2) en el apartado 5 debe decir “a que se hallen adscritas las entidades...”; 3) en el primer párrafo del apartado 6 resulta preferible sustituir el verbo “conlleve” por “implique”; y 4) el apartado 7 quedaría mejor redactado si dijera “cuyo valor estimado sea igual o superior a doce millones de euros o en cuya financiación...”.

- Capítulo II. Órganos de asistencia. Artículos 323 y 324

En este capítulo se regulan las mesas de contratación y la mesa especial del diálogo competitivo o del procedimiento de asociación para la innovación.

Cabe destacar, como novedades relativas a las mesas de contratación, su configuración expresa como órganos de asistencia técnica y la

Qu



CONSEJO DE ESTADO

determinación de sus funciones (apartado 2 del artículo 323), la exigencia de que su composición se publique en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente (apartado 3 del mismo artículo) o la previsión de un quórum específico de constitución en el caso del procedimiento abierto simplificado (apartado 6).

Se formula una única observación relativa a la conveniencia de incorporar una previsión similar a la contenida en el artículo 325.7 del anteproyecto en relación con las entidades locales, por virtud de la cual el personal eventual no debe formar parte de las mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas y el personal interino sólo podrá formar parte de ellas únicamente cuando no existan funcionarios de carrera y así se acredite en el expediente. La relación de confianza –y el régimen absoluto de discrecionalidad a la hora de su nombramiento- que informa el estatuto del personal eventual hace especialmente aconsejable su exclusión, ya que los principios de objetividad e interés público pueden verse menocabados.

- Capítulo III. Órganos de contratación de las Entidades Locales.

Artículo 325

Este capítulo, integrado por un único artículo, tiene por objeto establecer las reglas relativas a los órganos de contratación de las entidades locales. La regulación proyectada incorpora muchas de las previsiones contenidas en la disposición adicional segunda del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aunque introduce algunas novedades, como son las relativas al personal que podrá formar parte de las mesas de contratación (excluyéndose al personal eventual y admitiendo, únicamente con carácter y previa acreditación en el expediente, el recurso al personal interino), la exigencia de que la composición de la mesa se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente, la posibilidad de constituir mesas de contratación permanentes y la composición del comité de expertos previsto para la valoración de los criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor (artículo 145.6.a) del anteproyecto).



CONSEJO DE ESTADO

No se realizan objeciones en cuanto al contenido sustantivo de la regulación prevista, si bien podría reconsiderarse, teniendo en cuenta la calificación expresa de las mesas de contratación como órganos de asistencia técnica especializada, la inclusión en su composición de miembros electos de la corporación. Cuando menos, podría limitarse el número de los integrantes de la mesa que pueden tener tal condición.

Además, debe corregirse la redacción del apartado 2. Podrían incorporarse los términos del apartado 2 de la disposición adicional segunda del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; pero si se decide mantener la redacción propuesta, ha de hacerse referencia a “los contratos mencionados [en lugar de “no mencionados”] en el apartado anterior que celebre la Entidad Local, cuando por su valor o duración no correspondan a su Alcalde o Presidente”.

De otra parte, cabe formular una observación de técnica normativa a la ordenación sistemática de las disposiciones sobre contratación de las entidades locales. Tal regulación no solo se contiene en el comentado artículo 325, sino que también aparece recogida en las disposiciones adicionales segunda (normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales) y tercera (otras normas de contratación en las Entidades Locales) del anteproyecto.

Considera este Consejo que los preceptos sobre contratación de entidades locales debieran tener una misma ubicación en la futura Ley. O bien podrían integrar un libro específico (lo que permitiría una mejor estructuración de su contenido), o bien formar parte todos ellos de las disposiciones adicionales.

- Capítulo IV. Órganos consultivos. Artículos 326 y 327

Se contienen en este capítulo las disposiciones relativas a la que pasa a denominarse Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (artículo 326) y a los órganos consultivos autonómicos en materia de contratación pública (artículo 327).



CONSEJO DE ESTADO

Por lo que se refiere al primero de los artículos mencionados, cabe destacar un desarrollo más detallado de las funciones de la Junta y la creación del Comité de cooperación en materia de contratación pública. En particular, las funciones previstas en las letras c) (atender las relaciones de cooperación e intercambio de información con la Comisión Europea en lo que se refiere a la legislación de contratación pública en general e informar a la Comisión, previo requerimiento de esta, sobre la aplicación práctica de las políticas estratégicas de contratación nacionales) y d) de su apartado 2 (elaboración, cada tres años, de un informe de supervisión sobre determinados aspectos de la contratación, y su remisión a la Comisión Europea) traen causa de lo dispuesto en los artículos 83 y 85 de la Directiva 2014/24/UE y en el artículo 45 de la Directiva 2014/23/UE.

En primer lugar, se considera oportuno introducir ciertos ajustes en la sistemática empleada, fácilmente incorporables al anteproyecto que ahora se informa, habida cuenta de la opción de elaborar una ley de nueva planta:

a) De un lado, el contenido del apartado 2 debería desglosarse en dos apartados, el primero relativo a las funciones de la Junta y el segundo relativo al desarrollo de la concreta función prevista en la letra c), consistente en atender las relaciones de cooperación e intercambio de información con la Comisión Europea, que comprendería la actual letra d) del apartado 2.

b) De otro lado, se estima que la regulación del Comité debe contar con un artículo específico. Ello permitiría una mejor estructuración, en distintos apartados, del contenido del que aparece numerado como segundo apartado 2 (pues hay un error en la numeración de los distintos apartados del artículo 326).

En segundo lugar y por lo que se refiere, en particular, a la regulación del Comité, cabe realizar las siguientes observaciones:

a) El anteproyecto no solo incluye la composición del Comité y su régimen de funcionamiento (en Pleno y en Secciones), sino que regula en detalle estas últimas, estableciendo su número y objeto (dos secciones, relativas a la supervisión del funcionamiento de la Plataforma de Contratación del Sector Público y a la supervisión del funcionamiento del Registro Oficial de Licitadores y



CONSEJO DE ESTADO

Empresas Clasificadas del Sector Público), así como su composición. No parece que todas estas cuestiones sean propias de una norma legal y, por tanto, debiera ser el desarrollo reglamentario de la futura Ley el que concretara estos extremos. Esta opción permitiría, además, una más ágil modificación de tales previsiones en caso de que fuera necesario introducir ajustes en el número, objeto, organización, composición y competencias de las secciones.

b) Por el contrario, sorprende que no se haya establecido previsión alguna sobre las funciones que han de corresponder necesariamente al Pleno, más allá de la genérica referencia al objeto del Comité; ni sobre las reglas de funcionamiento; ni sobre los actos en que concluirán las actuaciones del Comité; ni sobre el procedimiento para su remisión, en su caso, a la Junta; ni sobre la eventual publicidad de tales actos. Se trata de cuestiones que, a juicio de este Consejo, deben concretarse mínimamente en sede legal y cuya ausencia puede hacer inoperante la creación de este órgano.

c) En el ámbito de competencias, debe señalarse además que el establecimiento de únicamente dos secciones relativas a supervisión de plataforma y registro parece conducir a la conclusión de que los otros aspectos que integran el objeto del Comité –homogeneización de criterios de interpretación normativa entre las Administraciones públicas y análisis de cuestiones relativas a la contratación pública que resulten de interés común- son competencia, necesariamente, del Pleno.

d) En cuanto a la composición del Pleno de Comité, llama la atención el desequilibrio existente entre el número de representantes de la Administración General del Estado (además del Presidente, que es el Director General del Patrimonio del Estado, y del Secretario, que es el Secretario de la Junta Consultiva, hay cuatro vocales: dos en representación de los departamentos ministeriales, uno en representación de la Intervención General de la Administración del Estado y otro en representación de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Economía y Hacienda) y el número de representantes de las Comunidades Autónomas, uno por cada una de ellas.



CONSEJO DE ESTADO

e) Este esquema se reproduce, con las adaptaciones oportunas, para las respectivas Secciones (materia, como ya se ha dicho, más propia de norma reglamentaria). En este caso, la representación autonómica también es más amplia que la correspondiente a la Administración General del Estado y se atribuye a todas aquellas Comunidades que hayan firmado el correspondiente convenio para la utilización de los servicios que ofrecen la Plataforma de Contratación del Sector Público y el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas. Se trata de un número indeterminado, pero en cualquier caso no parece tener mucho sentido prever una composición excesivamente amplia que sin duda puede dificultar en la práctica el funcionamiento de las secciones.

f) Al enumerar los vocales del Pleno, no se entiende por qué en el caso de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, se alude al representante designado "a propuesta de la misma" y en los demás casos no se incluye esta precisión. Parece que en todos los casos el vocal debería ser designado a propuesta y en representación del órgano correspondiente; y así señalarse expresamente.

g) Finalmente, como observaciones de carácter formal se formulan las siguientes: 1) en muchas ocasiones se utiliza indebidamente el futuro del indicativo (la Junta "estará adscrita" (apartado 1) y "será el órgano competente" (apartado 2.d), primer párrafo); le corresponde suministrar información "sobre cuáles serán los órganos que darán cumplimiento a las obligaciones asumidas en virtud del Derecho de la Unión Europea (apartado 2.d).5º); el Comité "tendrá por objeto" (primer párrafo del segundo apartado 2) y "será el encargado" (segundo párrafo de dicho apartado)) cuando lo correcto es emplear el presente; 2) en el tercer párrafo del segundo apartado 2 es innecesario precisar que el Comité es "al que se refiere el apartado anterior"; y 3) por último, podría mejorarse la redacción del quinto párrafo de este apartado (que dice "por parte de las Comunidades Autónomas, integrará el Pleno un representante designado por cada una de ellas, del ámbito de sus órganos consultivos en materia de contratación pública u órganos equivalentes, correspondiendo a uno de ellos la Vicepresidencia del Pleno, elegido entre ellos").



CONSEJO DE ESTADO

Finalmente, se sugiere la siguiente redacción para el apartado 2 del artículo 327 (obviamente, si se incorporan las observaciones realizadas con anterioridad, sería necesario ajustar las remisiones):

“En el marco del principio de lealtad institucional que rige las relaciones entre las Administraciones Públicas contemplado en la vigente legislación básica de régimen jurídico de las mismas y con la finalidad de que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado pueda cumplir con las obligaciones establecidas en el artículo anterior respecto a la Comisión Europea, las Comunidades Autónomas remitirán en formato electrónico al Comité de Cooperación en materia de contratación pública de la Junta, a través de sus órganos competentes y respecto de sus respectivos ámbitos territoriales, la siguiente documentación:

- a) Un informe comprensivo de todas aquellas cuestiones mencionadas en los números 1º a 4º de la letra d) del apartado 2 del artículo anterior, con una periodicidad de al menos cada tres años.
- b) La información que, en su caso, fuera necesaria en relación con la obligación establecida en la letra c) del mismo apartado 2 del artículo anterior.

La documentación remitida incluirá información referida a las Entidades Locales sitas en sus respectivos ámbitos territoriales de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior”.

- Capítulo V. Elaboración y remisión de información. Artículos 328 y 329

Ninguna observación suscita la regulación de la remisión de información al Tribunal de Cuentas que se contiene en el artículo 328 del anteproyecto, habiéndose incorporado las propuestas efectuadas en cuanto a la inclusión, dentro de esta obligación, de la información relativa a los contratos basados en un acuerdo marco y a los contratos específicos celebrados en el



CONSEJO DE ESTADO

marco de un sistema dinámico de adquisición (segundo párrafo del apartado 1) y la posibilidad de que el Tribunal de Cuentas o los correspondientes órganos externos de fiscalización de las Comunidades Autónomas puedan dictar instrucciones con el objeto de regular la forma y el procedimiento para hacer efectivas las remisiones (apartado 5).

Únicamente se sugiere que en el segundo párrafo del apartado 1 la referencia se haga a contratos específicos “celebrados” en el marco de un sistema de adquisición dinámica.

De otra parte, el artículo 329 introduce, en virtud de lo dispuesto en el artículo 84 de la Directiva 2014/24/UE, la obligación para los órganos de contratación de elaborar un informe sobre los contratos celebrados, incluidos los acuerdos marco y el establecimiento de sistemas dinámicos de adquisición, y detalla su contenido.

El apartado 2 de este artículo reproduce literalmente lo dispuesto en el apartado 3 del precepto europeo, si bien se considera preferible otra formulación. Por un lado, es más correcto hacer referencia a la remisión del informe que a su transmisión; y, por otro lado, sería conveniente una mayor precisión si se opta por mantener la referencia a los elementos principales del informe.

Libro Cuarto. Título II. Registros oficiales

- Capítulo I. Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas. Artículos 330 a 338

La regulación de este registro, que se contiene en los artículos 330 a 338 del anteproyecto (a través de los que se incorporan parcialmente los artículos 60 y 64 de la Directiva 2014/24/UE), suscita las siguientes observaciones.



CONSEJO DE ESTADO

- Artículo 330. Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público

En primer lugar, las previsiones relativas a la interconexión de este registro con el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado y a la consulta de los registros de apoderamientos de las Administraciones públicas (a los que se refiere el artículo 6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), que se introducen en el apartado 1, párrafos segundo a cuarto, del artículo 330, estarían mejor ubicadas en un apartado independiente al final del artículo.

Además, en el apartado 2 del artículo 330 debe suprimirse el inciso “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 333.2 relativo a las Comunidades Autónomas que no lleven su propio registro de licitadores y empresas clasificadas”, pues tal opción nada tiene que ver con la previsión a la que se vincula, relativa a la adscripción y llevanza del Registro.

Sería más acertado incluir un nuevo apartado que señale que los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán optar por no llevar su propio registro de licitadores y empresas clasificadas en los términos que establece el artículo 333.2.

- Artículo 331. Inscripciones y publicaciones de oficio

El contenido del apartado 2 del artículo 331 del anteproyecto estaría mejor ubicado sistemáticamente en el artículo 334, precepto dedicado a los registros autonómicos, en la medida en que se refiere a la publicación de las prohibiciones de contratar inscritas en los citados registros.

De otra parte, para coordinar las previsiones aplicables y si bien se trata de un precepto no ubicado en este título, en el artículo 81, segundo párrafo, la referencia debiera ser a la publicación, y no a la inscripción, de los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas adoptados por los órganos



CONSEJO DE ESTADO

competentes de las Comunidades Autónomas inscritos de oficio en el correspondiente registro autonómico.

Además, las inscripciones de oficio que contempla el artículo 331.1 incluyen “los datos relativos a la capacidad para contratar de los empresarios que hayan sido clasificados por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado”, pero no la clasificación misma. Por su parte, entre los datos que pueden figurar en el registro a solicitud del interesado, se incluye “la clasificación obtenida conforme a lo dispuesto en los artículos 77 a 83, así como cuantas incidencias se produzcan durante su vigencia”.

En primer lugar, tal regulación no se ajusta a lo dispuesto en el primer párrafo 1 del proyectado artículo 81, según el cual “los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas adoptados por las Comisiones Clasificadoras de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se inscribirán de oficio en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público”.

En segundo lugar, tampoco equivale a la prevista para los registros autonómicos (que establece –artículo 334.1, primer párrafo- la inscripción de oficio de la clasificación) ni para las Comunidades Autónomas que opten por no llevarlos (para las que –artículo 333.2- se declaran de aplicación las mismas reglas que en el caso anterior).

Han de coordinarse, pues, tales preceptos, pareciendo a este Consejo que la clasificación, por su relevancia, ha de ser un dato inscribible de oficio.

- Artículo 336. Actualización de información registral

En el artículo 336.1 debe suprimirse la expresión “en base a” por incorrecta desde el punto de vista gramatical.



CONSEJO DE ESTADO

Artículo 337. Publicidad

La redacción propuesta para el primer párrafo del artículo 337 del anteproyecto ("Publicidad") sigue la línea de lo dispuesto en el artículo 331 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, según el cual el Registro será público para todos los que tengan interés legítimo en conocer su contenido y el acceso al mismo se regirá por lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en las normas que desarrollen o complementen este precepto.

La exigencia de un interés legítimo tenía sentido en la medida en que el apartado 3 del artículo 37 de la Ley 30/1992, al regular el derecho de acceso a archivos y registros, establecía en su redacción inicial que "el acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo".

El mencionado artículo 37, sin embargo, fue reformado por la Ley 19/2013 y, en la redacción vigente hasta la aprobación de la Ley 39/2015, se limitaba a señalar que "los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación". Por su parte, el artículo 13 de la Ley 39/2015 incluye en su letra d) el derecho "al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico".

La Ley 19/2013 dedica el capítulo III de su título I a regular el derecho de acceso a la información pública; y lo hace en términos muy amplios y sin exigir que los terceros acrediten un interés legítimo y directo. En particular, su artículo 17.3 establece que "el solicitante no está obligado a motivar su



CONSEJO DE ESTADO

solicitud de acceso a la información” y que “la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud”.

En este marco normativo, el texto proyectado opta por mantener la exigencia de un interés legítimo, introduce la remisión a la Ley 19/2013 y, posiblemente para adecuar su contenido a las previsiones de esta última ley, añade en su segundo párrafo que “el interés se presumirá de quienes soliciten la información inscrita relativa a un empresario en particular”.

A juicio de este Consejo, el precepto comentado debe formularse en otros términos. En lugar de exigir un interés legítimo, lo que no parece conforme a la Ley 19/2013, para luego desvirtuar tal exigencia con una presunción tan amplia, debería indicarse que en la solicitud correspondiente debe constar necesariamente el o los concretos empresarios respecto de los cuales se solicita la información inscrita.

Por tanto, se sugiere la siguiente redacción: “El Registro será público. El acceso al mismo se proporcionará por medios electrónicos y se regirá por lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y en las normas que desarrollen o complementen este precepto. En la solicitud de acceso debe designarse a los empresarios respecto de los cuales se solicita la información inscrita”.

Por último y como observación puramente formal, el contenido del artículo 337 debiera estructurarse en dos apartados, el primero relativo al acceso y el segundo al desarrollo reglamentario (en la redacción propuesta sólo aparece un apartado 1).

- Capítulo II. Registro de Contratos del Sector Público.

Artículo 339

El artículo 339 del anteproyecto, cuyo contenido es similar al artículo 333 del texto refundido, suscita únicamente observaciones de técnica normativa o de carácter formal.



CONSEJO DE ESTADO

En el apartado 2 sería más correcto referirse a “las comunicaciones legalmente previstas a los órganos de las Administraciones Públicas de los datos sobre contratos”.

En el segundo párrafo del apartado 5, que regula el acceso a los datos de este Registro, debe introducirse una remisión a la Ley 19/2013.

Libro Cuarto.- Título III. Plataforma de Contratación del Sector Público. Artículo 340

El artículo 340 del anteproyecto regula la Plataforma de Contratación del Sector Público. La principal novedad que contiene la regulación proyectada, frente al artículo 334 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, es la relativa a la posibilidad de que las Comunidades y Ciudades Autónomas puedan establecer servicios de información similares a la Plataforma en los que de manera obligatoria deberán alojar sus perfiles de contratante.

Con arreglo al tercer párrafo del apartado 3, dicha opción, frente a la de alojar sus perfiles directamente en la Plataforma de Contratación del Sector Público, debe justificarse en términos de eficiencia conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Según dicho precepto (que desarrolla el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos):

“1. Las políticas de gasto público deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

2. La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público.



CONSEJO DE ESTADO

3. Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

Se trata, pues, de un principio que ha de inspirar las políticas de gasto y la gestión de los recursos públicos, al que la Ley Orgánica 2/2012 no vincula una eficacia concreta. Las Comunidades y Ciudades Autónomas ya tienen la obligación, por virtud de la citada Ley Orgánica, de tomarlo en consideración; y, por tanto, no se alcanza a ver qué efectos concretos pretenden anudarse a la previsión comentada o qué consecuencias cabría vincular a su incumplimiento.

Por su parte, el cuarto párrafo del artículo 340.3 establece:

“En cualquier caso, e independientemente de la opción elegida por las Comunidades Autónomas o las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, de entre las señaladas en los dos primeros párrafos del presente apartado, éstas deberán publicar, bien directamente o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información en el caso de que contaran con sus propios servicios de información, la convocatoria de todas las licitaciones y sus resultados en la Plataforma de Contratación del Sector Público”.

Es decir, ya se opte por acudir a la Plataforma de Contratación del Sector Público o al equivalente servicio autonómico, se establece una obligación adicional de publicación de la convocatoria de todas las licitaciones y sus resultados en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

El apartado 3 del artículo 63 del anteproyecto, al determinar el contenido del perfil, incluye, entre otros muchos aspectos, las convocatorias de



CONSEJO DE ESTADO

licitaciones y “la identidad del adjudicatario” (que equivaldría al resultado de las licitaciones). Por tanto, se aprecia una duplicidad de contenidos.

Se justifica en el expediente dicha publicidad sobre la base de la distinción entre el alojamiento y difusión en Internet del perfil de contratante de un órgano de contratación en la PCSP o en un servicio similar, y la publicación de la convocatoria de todas las licitaciones y sus resultados en la Plataforma de Contratación del Sector Público. En el primer caso, se trata de un elemento que agrupa la información y documentos relativos a la totalidad de la actividad contractual del órgano de contratación para asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos. En el segundo, se trata de dar publicidad a dos fases concretas de un procedimiento de licitación en concreto, su convocatoria y su resolución, para que sean conocidas por el mayor número de licitadores y candidatos posibles de la totalidad del Estado, evitando que éstos se vean obligados a consultar una multiplicidad de plataformas de contratación o sistemas de información similares.

En primer lugar, no tiene sentido, sobre la base de la justificación invocada (que es la de evitar la consulta de una multiplicidad de plataformas de contratación), exigir la publicación de las convocatorias y sus resultados a las Comunidades y Ciudades Autónomas que hubieran optado por alojar sus perfiles de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Y suscita dudas el mantenimiento de la previsión comentada para las Comunidades y Ciudades Autónomas que hubieran optado por establecer sus propios servicios de información.

Parecen mayores los inconvenientes vinculados a la anterior opción pues, aunque se comparte la finalidad de reducir en lo posible la carga de consultar varias plataformas, no es impensable que puedan surgir conflictos por razón de la discrepancia entre el contenido del perfil (publicado en la plataforma autonómica) y los datos publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público. En tal caso, parece claro que debería prevalecer la información contenida en el perfil de contratante publicado en el servicio autonómico (según resulta del apartado 5 del artículo 340), por lo que, en última instancia, la certeza en la

Q



CONSEJO DE ESTADO

corrección de los datos solo se obtendría al consultar la plataforma autonómica. Como se indica en el expediente, “la publicación con plenos efectos jurídicos es la realizada en el perfil de contratante correspondiente”, pues “la publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público de las convocatorias de las licitaciones y sus resultados (...) no deja de ser una publicación derivada de la realizada en el perfil correspondiente”.

En cualquier caso, si se opta por mantener la anterior exigencia, debería señalarse expresamente que, en caso de discrepancia, los datos que prevalecen son los recogidos en el perfil de contratante; y también introducir una previsión específica en el mismo sentido para los órganos de contratación de las entidades locales, pues en el último párrafo del apartado 3 (que debería figurar como apartado independiente) solo se alude al perfil de contratante.

Finalmente, como observación de carácter formal, podría mejorarse la redacción del primer párrafo del apartado 3. A tal efecto se sugiere la siguiente:

“Las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla podrán establecer servicios de información similares a la Plataforma de Contratación del Sector Público en los que tanto sus propios órganos de contratación como los de sus entes, organismos y entidades vinculados o dependientes deberán alojar de manera obligatoria sus perfiles de contratante.

Los perfiles se gestionarán y difundirán exclusivamente a través de tales servicios, que constituirán un punto de acceso único a los perfiles de contratante de los entes, organismos y entidades adscritos a la Comunidad Autónoma correspondiente”.

Tampoco parece necesario reiterar en cada párrafo del apartado 3 la referencia completa a “las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla”. En los párrafos sucesivos podría emplearse una formulación más simple.



CONSEJO DE ESTADO

- Disposiciones adicionales

Las disposiciones adicionales reproducen en su mayor parte las del texto actualmente vigente; es el caso de la 1ª, 2ª, 4ª, 6ª, 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 12ª, 13ª, 14ª, 15ª, 16ª, 17ª, 19ª, 20ª, 21ª, 25ª, 26ª, 27ª, 28ª, 29ª, 30ª, 31ª y 33ª. Lo mismo sucede respecto de las transitorias (en concreto, la 1ª y 2ª) y las finales (1ª, 2ª, 4ª, 5ª y 6ª).

Respecto de todas ellas no procede formular observación alguna respecto de su contenido.

- Disposiciones adicionales segunda y tercera. Normas específicas de contratación pública en las Entidades locales y otras normas de contratación en las Entidades Locales.

La regulación proyectada en estas dos disposiciones recoge la actualmente contenida en la disposición adicional segunda del texto refundido actualmente vigente. Como se ha señalado, sus previsiones no suscitan reparo alguno en lo tocante a su contenido. Desde el punto de vista sistemático, procede, sin embargo, hacer dos consideraciones:

a) La primera está referida a la conveniencia de ponderar si el contenido de estas disposiciones no debería integrar un título nuevo, relativo a las Entidades Locales, en el anteproyecto.

La norma elaborada tiene vocación de regular la contratación del sector público, integrado en los términos señalados en su título preliminar y en el que se comprenden las Entidades Locales. Estas, pues, quedan sujetas a sus previsiones. Las especialidades contenidas en las disposiciones adicionales segunda y tercera versan sobre la materia propia del anteproyecto, de suerte que nada impide su incorporación al cuerpo de la norma. Antes al contrario, facilitaría el manejo de la norma por el operador jurídico.

b) En todo caso –y para el supuesto de que no se incorpore el contenido de las disposiciones en un nuevo título–, el Consejo de Estado



CONSEJO DE ESTADO

considera, por razones de orden y sistemática, que el contenido de la disposición adicional tercera –que versa sobre normas de competencia- debería pasar a ser la segunda y el contenido de esta la tercera.

- Disposición adicional vigésima

La disposición proyectada reproduce la disposición vigésima del texto actualmente vigente. Califica los conciertos para la asistencia sanitaria y farmacéutica celebrados por la Mutualidad de Funcionarios del Estado (MUFACE), Mutualidad General Judicial (MUGEJU) y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) como contratos de gestión de servicio público, si bien establece que se regulan por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto, por la legislación de contratos del sector público.

El Consejo de Estado no formula objeción al mantenimiento de la calificación de los conciertos sanitarios del mutualismo administrativo como contratos de gestión de servicios públicos –en adelante contratos de concesión de servicios- y a la restante regulación proyectada.

Ahora bien, sobre lo que sí debe llamarse la atención es sobre una cuestión íntimamente ligada a ello –en realidad fue lo que motivó que la Ley 30/2007 calificara así a los conciertos-. Se trata de la relativa a la naturaleza y cauce a emplear por parte de los beneficiarios de dichos conciertos en caso de reclamaciones a formular frente a los establecimientos hospitalarios y profesionales médicos por eventuales daños sufridos con ocasión de la asistencia recibida.

MUFACE, MUGEJU e ISFAS gestionan el régimen especial de seguridad social de los funcionarios públicos conforme previene el texto refundido de la Ley de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio. Dicho régimen incluye en su acción protectora la asistencia sanitaria que, conforme al artículo 17.1 de la norma citada, puede prestarse, bien directamente -lo que nunca ha ocurrido-, bien mediante concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados, estando facultado el mutualista para elegir



CONSEJO DE ESTADO

la entidad concreta a cuyo servicio se acoge. Como ha señalado el Consejo de Estado reiteradamente (por todos, dictámenes números 1.637/2008/1.983/2007, de 27 de noviembre de 2008 y 306/2011, de 3 de marzo), mediante la técnica del concierto se facilita la asistencia sanitaria a los mutualistas y demás beneficiarios a través de entidades vinculadas, que son las que llevan a cabo las prestaciones sanitarias. Las mutualidades públicas no realizan ningún tipo de actuación médica y no imparten instrucciones en cuanto a la naturaleza, forma o alcance de la asistencia prestada. Mediante el concierto, las citadas mutualidades aprovechan la circunstancia de la existencia de servicios enderezados a la misma finalidad pero en manos de otras entidades públicas o de particulares. El servicio no se presta por las mutualidades sino por entidades distintas. La actividad desarrollada por estas es de mera gestión asistencial o, en los términos legales, es "acción protectora", pues se limita a articular la cobertura económica de las prestaciones sanitarias, sin integrarse, en consecuencia, ni la entidad ni su actividad en el Sistema Nacional de Salud, según se deduce, de un lado, de la disposición final tercera, número 2, de la Ley 14/1986, de 26 de abril, General de Sanidad, y, de otra parte, de la disposición adicional 4ª de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. En este esquema, cobran sentido las cláusulas de los distintos conciertos tipo suscritos entre MUFACE, MUGEJU e ISFAS y las entidades aseguradoras que establecen la ajenidad respecto de ellas de las relaciones existentes entre los beneficiarios y los facultativos o centros que prestan la asistencia sanitaria y entre los beneficiarios y las entidades concertadas.

La utilización de la técnica del concierto a la hora de instrumentar las relaciones entre las mutualidades y las entidades prestadoras de la asistencia sanitaria tiene consecuencias en lo relativo a la articulación de eventuales reclamaciones formuladas por los usuarios de los servicios concertados. En efecto, el abandono de la concepción del concierto como realidad sustantiva distinta de las figuras contractuales -primitivamente vigente en nuestra legislación administrativa y que subyacía en el artículo 143 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales-, su incardinación entre las formas contractuales de gestión de los servicios públicos y su progresivo acercamiento al régimen legal de la concesión han justificado que, ante daños

Q



CONSEJO DE ESTADO

producidos por los prestadores del servicio concertado, el lesionado pueda accionar frente a las mutualidades públicas, titulares del concierto, bien porque le haya sido abierta la vía por decisión jurisdiccional, bien porque el régimen legal general aplicable al concierto, en cuanto figura que participa del carácter contractual, le habilita para ello. Culminación de este proceso que vino a reconocer legitimación pasiva a las mutualidades públicas en los casos de reclamación deducidos por los beneficiarios fue la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que calificó los conciertos para la asistencia sanitaria y farmacéutica celebrados por MUFACE, MUGEJU y el ISFAS como contratos de gestión de servicio público, regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto, por la legislación de contratos del sector público.

Al aproximarse los conciertos suscritos por las mutualidades públicas con las entidades aseguradoras -ya antes de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre- al régimen aplicable a los contratos de gestión de los servicios públicos, las reclamaciones por daños de los beneficiarios pudieron formularse y sustanciarse en la forma prevista en el entonces artículo 97 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Ahora bien, la interpretación dada al referido artículo 97 -y su sucesor en el texto refundido de 2011- en relación con las reclamaciones por daños médicos causados por facultativos vinculados profesionalmente a las entidades médicas suscriptoras del concierto con las entidades públicas ha sido muy diversa. Así, no faltaron algunos pronunciamientos jurisdiccionales que declararon la responsabilidad de las Mutualidades públicas por las actuaciones de los facultativos vinculados profesionalmente a las entidades concertadas (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de julio de 2008 y de 25 de marzo de 2009). El Tribunal Supremo, por su parte, afirmó que, a la vista de la regulación contenida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, en concreto en su disposición adicional vigésima tercera, la responsabilidad de la Administración solo procedía declararla cuando los daños derivaban de manera inmediata y directa de una orden de la Administración, modulando así dicha responsabilidad en razón de la intervención del contratista, que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando

Qu



CONSEJO DE ESTADO

a la Administración, “por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato bajo su responsabilidad, afectando con ello a la relación de causalidad, que sin embargo se mantiene en lo demás, en cuanto la Administración es la titular del servicio y del fin público que se trata de satisfacer, así como en los casos indicados de las operaciones de ejecución del contrato que responden a órdenes de la Administración” (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 20 de febrero y 24 de mayo de 2007 y de 4 de diciembre de 2012, entre otras). En consecuencia, si no existía dicha orden, la reclamación debía dirigirse, en vía civil, contra el facultativo o establecimiento hospitalario.

Por su parte, este Alto Cuerpo Consultivo ha venido señalando en reiterada doctrina -de la que es exponente el dictamen nº 999/2014, de 4 de diciembre- que “la utilización de la técnica del concierto a la hora de instrumentar las relaciones entre los organismos públicos citados y las entidades prestadoras de la asistencia sanitaria tiene consecuencias en lo tocante a la articulación de eventuales reclamaciones formuladas por los usuarios de los servicios concertados. (...) Ante daños producidos por los prestadores del servicio concertado, el lesionado pueda accionar frente a los organismos públicos titulares de los conciertos, porque el régimen legal general aplicable al concierto, en cuanto figura que participa del carácter contractual, le habilita para ello. Ahora bien, los lesionados deben reclamar en la forma prevista en el artículo 198.3 de la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público (hoy artículo 214.3 del TRLCSP), con la concreta modulación de que el servicio no es prestado por los citados organismos. En consecuencia, los reclamantes pueden accionar, bien exclusivamente frente a las entidades aseguradoras o los centros hospitalarios en vía civil –y sometiéndose en cuanto al fondo también al Derecho privado-, bien ante los tan mencionados organismos públicos. Pero, si lo hacen ante éstos, lo es a los específicos efectos de pronunciarse sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños”.

Además, no puede ignorarse el criterio sentado por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 13 de octubre de 2015, en



CONSEJO DE ESTADO

la que ha declarado que la relación entre el beneficiario del concierto y del servicio médico y el facultativo o entidad hospitalaria no tiene carácter contractual, de suerte que el plazo para reclamar los daños sufridos frente a estos es de un año.

El Consejo de Estado considera que la situación descrita está provocando situaciones indeseables. En la mayor parte de las ocasiones, se aboca al interesado a un deambular primero ante las mutualidades públicas y, luego, ante los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y civil que difícilmente se acomoda a su derecho a una tutela judicial efectiva. Más cuando, al final del camino, en la vía civil, se declara que su reclamación está prescrita por no haber sido dirigida desde un primer momento contra el efectivo prestador del servicio sanitario.

Por ello, debe aprovecharse la ocasión para fijar un criterio claro y cierto sobre la materia, de manera que el usuario de los servicios sanitarios concertados sepa cuál es la naturaleza de su derecho y la vía a través de la cual debe encauzar su reclamación. Las opciones son muy variadas. Para la elección de la adecuada han de ponderarse múltiples elementos y circunstancias de distinta índole respecto de los cuales el Consejo carece de datos suficientes para manifestarse a favor de alguna de ellas. Corresponde al Gobierno ponderarlas y proponer la correspondiente iniciativa legislativa.

- Disposición adicional trigésimo quinta

El contenido de esta disposición debería ser incorporado al cuerpo de la disposición legal tanto por razón de su contenido como a fin de facilitar el manejo de la disposición por el operador jurídico.

- Disposición final 7ª ("Entrada en vigor")

Conforme a la misma, la legislación en tramitación entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el "BOE", con una excepción que se señala.



CONSEJO DE ESTADO

Sin duda, la previsión de un apropiado periodo de *vacatio legis* es primordial para permitir a las entidades contratantes la adecuación de su régimen de contratación a las novedades introducidas respecto de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, que en su día contempló un periodo similar. Con todo, considerando que el plazo de transposición de las nuevas directivas finaliza el 18 de abril de 2016, debe ponderarse la opción de acortar el plazo de *vacatio legis* para, otorgando un margen suficiente a las entidades contratantes para tal adaptación, evitar posponer más allá de lo estrictamente necesario el cumplimiento de la obligación del Reino de España de poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en las normas europeas antes de la referida fecha.

En todo caso, la referencia a la entrada en vigor de la prohibición de contratar establecida en el artículo 71.1.d) debería ser objeto de un apartado independiente.

V

En síntesis, el anteproyecto sometido a consulta tiene por objeto sustituir la regulación general de los contratos públicos, actualmente contenida en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto-legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, al socaire de la incorporación de las Directivas 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y 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. La ocasión, además, se aprovecha para introducir diversas modificaciones en el actual régimen a fin de solventar diversas dificultades y disfunciones apreciadas desde 2007 –fecha en que se dio nueva planta a la materia- al aplicar la legislación vigente.



CONSEJO DE ESTADO

El Consejo ha formulado a lo largo del presente dictamen diversas observaciones de distinto alcance, entidad y naturaleza. A los efectos del artículo 130.3 de su Reglamento Orgánico, tienen carácter esencial las formuladas a los artículos 6.1, 15 y 17, 44.7, 50.1.b) último párrafo, 51.3, 55.e), 119.2.b), 138.3, 161.1, 172,3 y 173, 162, 179, 26 y 316 en relación con la obligación establecida en el artículo 199, 212 y 315. Con independencia de ello, se considera que puede resultar de utilidad extractar algunas conclusiones de todo lo expuesto. Se formulan las siguientes:

a) El anteproyecto se ha ajustado a las exigencias legales en lo tocante a su procedimiento de elaboración. Presenta diversas deficiencias menores desde el punto de vista de la técnica normativa. Tiene una estructura compleja que hace su manejo arduo y muy difícil para el operador jurídico.

b) El anteproyecto se acomoda, en términos generales, a las directivas que incorpora, sin perjuicio de las observaciones esenciales formuladas a lo largo del cuerpo del este dictamen.

c) No obstante, resulta pertinente ponderar la pertinencia de introducir en la regulación proyectada determinadas modificaciones en los términos señalados en el dictamen. En concreto:

1º.- La disciplina de los convenios interadministrativos resulta excesivamente rígida e imposibilita su utilización como instrumento ordinario de colaboración entre las Administraciones públicas.

2º.- La configuración de los contratos de servicios y de concesión de servicios y la supresión del contrato de gestión de servicios públicos –quedando embebido en el segundo de los citados- no asegura un régimen adecuado para garantizar los principios de igualdad, universalidad y continuidad de los servicios públicos o de interés general.



CONSEJO DE ESTADO

3º.- El mantenimiento –y extensión en algunos casos- de la regla de que los contratos se perfeccionan por su formalización y no por el mero consentimiento no está justificado en el expediente y suscita dificultades que el anteproyecto no resuelve de manera satisfactoria.

4º.- El sistema de reparto de competencias jurisdiccionales previsto en el artículo 27 del anteproyecto no solventa las dificultades apreciadas en la práctica desde 2007, siendo aconsejable la vuelta al tradicional que encomienda a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los actos sujetos al derecho administrativo y a la jurisdicción civil el enjuiciamiento de los sujetos al derecho privado.

5º.- El recurso especial en materia de contratación debería tener carácter potestativo y extenderse a los contratos no sujetos a regulación armonizada en todo caso y como mínimo cuando aquellos se celebren por poderes adjudicadores, determinándose legalmente los contratos cuyos actos son impugnables a través de este instrumento.

6º.- El régimen singular de presentación del recurso especial –derogando el sistema ordinario establecido en la legislación de procedimiento administrativo- constituye un obstáculo injustificado y gravoso para los administrados.

7º.- Es preciso perfilar determinados aspectos de la regulación de las consultas preliminares a la contratación a fin de evitar situaciones que distorsionen la igualdad y competencia de los licitadores en el proceso de selección del contratista.

8º.- Es preciso reforzar el sistema de garantías que aseguren el efectivo cumplimiento de las responsabilidades del contratista saliente en los casos de subrogación legal de trabajadores.



CONSEJO DE ESTADO

9°.- Resulta necesario completar la regulación atinente al denominado diálogo competitivo.

10°.- La extensión de las prerrogativas reconocidas a favor de la Administración en relación con los contratos administrativos a los contratos privados, aun cuando estén sujetos a regulación armonizada, carece de fundamento jurídico.

11°.- Se considera conveniente introducir en el anteproyecto una previsión que fije el plazo máximo de tramitación de los procedimientos de resolución de los contratos en un año.

12°.- Resulta conveniente reconsiderar el sistema legal previsto de indemnización de daños causados a terceros por los contratistas en los términos indicados en el cuerpo del dictamen.

13°.- La regulación proyectada de los acuerdos marco debería ser completada.

14°.- Deberían introducirse en el anteproyecto los mecanismos precisos para asegurar la corrección de los proyectos de obras elaborados y la efectividad de las labores de supervisión y articular un sistema de exigencia de responsabilidades y sancionador adecuado.

15°.- Es preciso articular una solución cierta en relación con el procedimiento a seguir en el caso de las reclamaciones por daños causados por los establecimientos y facultativos médicos formuladas por los beneficiarios de



CONSEJO DE ESTADO

los conciertos sanitarios del mutualismo administrativo, evitando su deambular por las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa como hasta la fecha.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno, por mayoría, es de dictamen:

“Que, una vez tenidas en cuenta las observaciones esenciales formuladas en el cuerpo de este dictamen, consideradas las restantes y tras constituirse el Gobierno después de las elecciones generales celebradas, podrá elevarse al Consejo de Ministros el anteproyecto de Ley sometido a consulta para su aprobación y su posterior remisión, como proyecto de ley, a las Cortes Generales.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 10 de marzo de 2016
LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. MINISTRO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.