



CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 11 de junio de 2015, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 27 de abril de 2015, procedente de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto en el artículo 561.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.
2. La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión de 7 de mayo, designó Ponentes de este informe a los Vocales D. Enrique Lucas Murillo de la Cueva y D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ

3. La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a "*[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*" (apartado 6 del art. 561.1 LOPJ).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

4. Atendiendo a este dictado, en aras a una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Anteproyecto remitido, el informe que se emite se centrará en el examen y alcance de las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente.
5. Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.
6. De manera más específica, debe mencionarse que el Consejo está llamado a expresar su opinión en los aspectos del Anteproyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón a la posición prevalente y por la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. Para ello, deben tomarse como punto de partida los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC), en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ y el artículo 88.1 de la LOTC.
7. El Anteproyecto sometido a informe tiene por objeto, como señala su art. 1, *"regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”, asimismo, añade el segundo párrafo de este precepto, también comprende “la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar.”

8. Descrito así el contenido del texto que se informa resulta evidente que gran parte de la materia que constituye su objeto excede de las que el art. 561.1 LOPJ contempla como atributivas de la competencia consultiva de este órgano constitucional. De ahí que el oficio remitido por el Ministerio de Justicia a este Consejo, aunque no ciña el objeto de informe a los preceptos determinados del Anteproyecto que sean susceptibles de integrar alguna de los ámbitos materiales sobre los que el art. 561.1 atribuye competencia consultiva a este órgano constitucional, invoque el apartado 6 del citado art. 561 para recabar informe de este órgano, circunscribiendo así el ámbito de dicho informe al que se corresponde con el contenido del Anteproyecto que afecta a las “[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales” (apartado 6 del art. 561.1 LOPJ).
9. En atención a lo dicho, como cuestión previa, parece necesario realizar algunas consideraciones sobre el alcance del informe sobre el Anteproyecto de Ley que se ha sometido a la consideración de este Consejo.
10. Este Consejo ha de expresar su parecer en los aspectos del proyecto normativo que se refieran a tales materias, y ha de hacerlo con independencia de la extensión con que el órgano remitente haya solicitado el informe.
11. Esta determinación del objeto y alcance del informe es, por lo demás, coherente con el que han tenido los dos informes anteriores emitidos por este Consejo General del Poder Judicial sobre los anteproyectos de ley que modificaron la normativa sobre los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

los transportes y los servicios postales, el último de los cuales tuvo por objeto el Anteproyecto de la que sería la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que modificó las Leyes 30/2007, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre los procedimientos de contratación en los indicados sectores, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el cual se contrajo a las disposiciones que afectaban a la atribución de competencias en materia de recursos contenciosos-administrativos contra las resoluciones dictadas en materia de contratación.

12. Con estos parámetros y en atención al deber de colaboración que cumple a este órgano, y dado el sentido con que este Consejo entiende que debe ejercer su competencia consultiva, el informe requerido analizará aquellas cuestiones que versen sobre las citadas normas procesales o las que afecten a la tutela de los derechos ante los Tribunales, sin perjuicio de constatar, ya de principio que, este Consejo, como órgano constitucional, está expresamente incluido en el ámbito subjetivo de aplicación del Anteproyecto, como prevé su art. 3.1.k), primer apartado.
13. A estos efectos, se examinarán los aspectos relativos al objeto y ámbito de aplicación del Anteproyecto, singularmente por cuanto se refiere a la delimitación de su ámbito subjetivo, los principios generales de la contratación, la libertad de pactos y el contenido mínimo del contrato, las prohibiciones de contratar, el régimen de invalidez y el recurso especial en materia de contratación.

III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

14. El Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público objeto del presente informe viene precedido de una Exposición de Motivos, en la que se explica la finalidad, el objeto y el alcance de la norma, y consta de 340 artículos, distribuidos en un Título Preliminar con tres Capítulos y cuatro Libros, articulados, respectivamente, en cuatro, dos, dos y tres Títulos, cuarenta y una disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, seis disposiciones finales y cuatro Anexos.



15. El **Título Preliminar**, dedicado a **Disposiciones Generales**, se estructura en dos Capítulos que recogen, sucesivamente, el objeto y ámbito de aplicación, con delimitación de su ámbito subjetivo y el régimen de negocios y contratos excluidos, y, en el segundo Capítulo, los contratos del sector público, delimitando los tipos contractuales, y distinguiendo en secciones diferentes los contratos sujetos a una regulación armonizada, y los contratos administrativos y contratos privados.

16. El **Libro Primero**, que regula la **Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos**, se divide en cuatro Títulos relativos a:

1º.- Las disposiciones generales sobre la contratación del sector público, que incluye las disposiciones en materia de racionalidad y consistencia de la contratación del sector público, la libertad de pactos y contenido mínimo del contrato, la perfección y forma del mismo, el régimen de invalidez y el recurso especial.

2º.- Las partes en el contrato, con la regulación, en Capítulos distintos, del órgano de contratación, la capacidad y solvencia del empresario, y la sucesión en la persona del contratista.

3º.- El objeto, presupuesto base de licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión, que comprende las normas generales y el régimen de revisión de precios en los contratos de las entidades del sector público.

4º.- Las garantías exigibles en la contratación del sector público, distinguiendo las garantías a prestar en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas, y las garantías a prestar en otros contratos del sector público.

17. El **Libro Segundo**, destinado a los **contratos de las Administraciones Públicas**, consta de dos Títulos muy extensos que se refieren a:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

1º.- Las disposiciones generales, que contempla las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas, la preparación de los contratos, el expediente de contratación, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, la adjudicación de los contratos, incluyendo el régimen general, el procedimiento abierto, el procedimiento restringido, los procedimientos con negociación, el diálogo competitivo, el procedimiento de asociación para la innovación, las normas especiales aplicables a los concursos de proyectos, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de las Administraciones Públicas, con referencia a las prerrogativas de la Administración, la ejecución, la modificación de los contratos, el régimen de suspensión y extinción de los mismos, así como la cesión de los contratos y la subcontratación. También se incluye en este Título, el Capítulo, el segundo, dedicado a la racionalización técnica de la contratación.

2º.- Los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas, con la regulación relativa, en Capítulos diferenciados, a los contratos de obras, contrato de concesión de obras, contratos de concesión de servicios, contratos de suministros, y contratos de servicios.

18. El **Libro Tercero**, rotulado **De los contratos de otros entes del sector público**, se divide en dos Títulos dedicados sucesivamente a los contratos de los poderes adjudicadores que no posean la naturaleza de Administraciones Públicas, y los contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.
19. El **Libro Cuarto**, recoge la **Organización administrativa para la gestión de la contratación**, con la determinación de los órganos competentes en materia de contratación (Título I), los Registros Oficiales (Título II), y la gestión de la publicidad contractual por medios electrónicos, informáticos y telemáticos (Título III).
20. Las Disposiciones adicionales se dedican a la contratación en el extranjero, las normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales, otras normas aplicables a dichas entidades, los contratos reservados, la publicación de anuncios, las disposiciones



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

aplicables a las Universidades Públicas, los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, los contratos celebrados en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, las normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones, las modificaciones de cuantías, plazos y otras derivadas de los Anexos de Directivas europeas, la actualización de cifras fijadas por la Unión Europea, el cómputo de plazos, las referencias al Impuesto sobre el Valor Añadido, la sustitución de letrados en las Mesas de contratación, las normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley, el uso de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley, los requisitos específicos relativos a las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de documentos, la contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad, la garantía de accesibilidad para personas con discapacidad, los 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, las reglas especiales sobre competencia para adquirir equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de las comunicaciones, los contratos de suministro con empresas extranjeras, las prácticas contrarias a la libre competencia, la coordinación entre los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación, el régimen jurídico de la "Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima" (TRAGSA), y de sus filiales, la protección de datos de carácter personal, las agrupaciones europeas de cooperación territorial, la Adquisición Centralizada de medicamentos y productos sanitarios con miras al Sistema Nacional de Salud, la responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas, el régimen de los órganos competentes para resolver los recursos de la Administración General del Estado y Entidades Contratantes adscritas a ella, la autorización del Consejo de Ministros en concesiones de autopistas de competencia estatal, la formalización conjunta de acuerdos marco para la contratación de servicios que faciliten la intermediación laboral, la obligación de presentación de facturas en un registro administrativo e identificación de órganos, los contratos de suministros y servicios en función de las necesidades, los recursos en materia de contratación, las referencias a contratos de gestión de servicios públicos, la publicación de datos en e-Certis e informe sobre la dirección del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, la convocatoria de la licitación de contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, los contratos declarados secretos o reservados, los contratos de las autoridades portuarias y la previsión de no incremento de gastos.

21. En cuanto a las Disposiciones transitorias, la primera se refiere a los expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, la segunda a la determinación de cuantías por los departamentos ministeriales respecto de las entidades que tengan la consideración de poder adjudicador y estén adscritos a los primeros, y la tercera a la inscripción en el Registro de Licitadores en el procedimiento abierto simplificado del artículo 157.
22. El Anteproyecto deroga el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se oponga a lo dispuesto en el mismo.
23. Por lo que se refiere a las Disposiciones finales, la primera se dedica a los títulos competencias que habilitan la adopción del Anteproyecto, distinguiendo los preceptos (art. 27) que se dictan al amparo del art. 149.1.6º CE, que atribuye al Estado la competencia en materia de legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas, de los dictados (arts. 269.1, 270.1 y 2, 271.1, 272, 273 y 274) en virtud de los títulos comprendidos en los apartados 6º y 8º del art. 149.1 CE, referidos a la legislación civil y mercantil, constituyendo el resto legislación básica al amparo del art. 149.1.18 CE que atribuye al Estado competencia en materia de legislación básica sobre contratos administrativos, siendo en consecuencia de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos dependientes de ellas.
24. No obstante, a continuación esta misma Disposición enumera los preceptos o partes de los mismos que no tendrán tal carácter básico, cumpliendo así, consecuentemente, con la exigencia derivada de la doctrina constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

69/1988), de recoger en normas con rango de ley las bases, dada la garantía de certidumbre en la articulación de competencias estatales y autonómicas que deriva de este componente formal, y de identificar los preceptos que poseen tal carácter de básico.

25. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 141/1993, afirmó que *"la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones públicas. Objetivo éste que refuerzan y extienden subjetivamente las directivas de la CEE. sobre la materia, a las que es preciso adaptar nuestro Derecho interno"*, de modo que aquellos preceptos de la regulación de esta materia que *"tiendan directamente, en complemento necesario de la Ley de Contratos, a dotar de efectividad práctica a aquellos principios básicos de la contratación administrativa deben ser razonablemente considerados como normas básicas. Mientras que no lo serán aquellas otras prescripciones de detalle o de procedimiento que, sin merma de la eficacia de tales principios básicos, pudieran ser sustituídas por otras regulaciones asimismo complementarias o de detalle, elaboradas por las Comunidades Autónomas con competencia para ello."*

26. Lo cierto es que consecuencia o no de esta interpretación del Tribunal Constitucional, la legislación autonómica específica en la materia no es muy abundante, destacando el caso navarro que recientemente ha aprobado, por Ley 1/2015, de 22 de enero, una nueva modificación de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos, reformada antes en varias ocasiones, para introducir las cláusulas sociales en los pliegos de cláusulas administrativas, o la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Aragón, de medidas en materia de contratos del sector público (pendiente de resolución de un recurso de inconstitucionalidad). Frente a estos ejemplos abundan los casos en que la materia de contratación en la legislación autonómica, singularmente referida a aspectos de naturaleza organizativa, se encuentra en sus respectivas leyes de regulación del sector público propio, como es el caso de Galicia con la Ley 16/2010 de 17 de diciembre, de Organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico, o en las leyes de presupuestos (valga como ejemplo el caso de la Ley 1/2012, de 24 de enero de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

Presupuestos Generales para el 2012, que dedica los arts. 33 a 38 a esta materia, en especial a la regulación de la concesión, el contrato de obras, y el encargo de realización de determinadas prestaciones a entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico), o en la legislación de Medidas Fiscales y de contenido financiero (así la Ley 11/2010, de 23 de diciembre de Cantabria). Debe destacarse también la Ley 4/2014 de 20 de junio de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, de Transportes terrestres y movilidad sostenible, que regula de forma específica las cuestiones relativas a la adjudicación del servicio, modalidad de contrato y adjudicación, y los contratos para la construcción y la explotación conjunta de un servicio ferroviario. Así mismo, la legislación del Suelo y Urbanismo suele recoger disposiciones relativas a los contratos, como la Ley 2/2006, de 30 de Junio del País Vasco, que se refiere a la aplicabilidad de la legislación en materia de contratación administrativa.

27. La Disposición final segunda se refiere a las normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley a los medios propios personificados, que serán, en primer término, los preceptos contenidos en la misma Ley y normas de desarrollo y, subsidiariamente, por lo establecido en la legislación vigente en materia de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, y en sus normas complementarias; remisión que hoy se concreta en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y su desarrollo reglamentario, si bien, se ha de recordar que se encuentra en tramitación dos Anteproyectos de Ley relativos al Régimen Jurídico del Sector Público, y al Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sobre los que ya informé oportunamente este Consejo.
28. La Disposición final tercera identifica el Derecho europeo que se incorpora con este Anteproyecto, a saber, i) 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 ii) 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, sin perjuicio de lo incorporado respecto a esta última Directiva a través de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

los servicios postales, que actualmente se encuentra en fase de Anteproyecto y que ha sido remitido a informe de este Consejo al mismo tiempo que el que ahora se informa.

29. La Disposición final cuarta contiene la habilitación normativa en materia de uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y uso de factura electrónica, la quinta habilita al Gobierno para dictar, en el ámbito de sus competencias, cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación de lo establecido en esta Ley, y la sexta prevé la entrada en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE.
30. El Anteproyecto se completa con cuatro Anexos, relativos a los trabajos contemplados en el art. 13; la lista de productos contemplados en el art. 21.1.a) en lo que se refiere a los contratos de suministros adjudicados por los órganos de contratación del sector de la defensa; la información que debe figurar en los anuncios, y los servicios especiales a que se refieren los arts. 22.1.c), 135.5 y la Disposición adicional trigésima octava.
31. El Anteproyecto se acompaña de la correspondiente MAIN, exigida por el art. 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que incluye la memoria, los estudios e informes necesarios sobre la necesidad y oportunidad del Anteproyecto, el informe sobre impacto de género de las medidas previstas, así como la memoria económica relativa a la estimación de los costes a que dará lugar.
32. Debe destacarse que, junto a la MAIN, en la documentación remitida a este Consejo, se incluye una tabla de correspondencia entre los preceptos del Anteproyecto y los respectivos del texto vigente, y los artículos de las Directivas europeas que se pretende trasponer. Esta misma concordancia se recoge en el articulado, identificando, en los nuevos preceptos, aquellos con los que se corresponden en el TRLCSP, y las disposiciones, incluso en algún caso los Considerandos de las Directivas que se incorporan en el Anteproyecto; documentación y esfuerzo que se ha de agradecer al prelegislador por cuanto reduce la dificultad de enfrentarse a un texto largo y complejo como el sometido a informe.



IV. CONSIDERACIONES GENERALES

I

33. Los contratos del sector público constituyen, sin duda, cuestión de máxima y permanente actualidad, no sólo por razones de naturaleza jurídica y por ser objeto de una compleja regulación en permanente proceso de reforma, sino también por su notable incidencia en el diseño y efectividad de las políticas públicas de los Estados, es por demás un ámbito en el que la reflexión sobre la función y el efecto de la transparencia y el principio de igualdad de trato adquieren singular importancia, máxime a la vista del volumen e impacto económico de los mismos.
34. A ello no ha sido ajena la Unión Europea que ha desarrollado un completo paquete legislativo en la materia, con el fin primordial de construir un mercado interior y un modelo de relaciones contractuales orientadas a la máxima eficiencia de los fondos públicos, sobre las premisas que de los principios de igualdad de trato y no discriminación como principios rectores de la contratación pública. Para lograr estos objetivos, debe procurarse un modelo de transparencia que permita una concurrencia efectiva de ofertas, una publicidad adecuada que fomente la competencia en el mercado de servicios y sirva para controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2000, ARGE, ECLI:EU:C:2000:669).
35. En este ámbito, este principio de transparencia fue definido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, apartado 91, ECLI:EU:C:2002:746, y de 12 de marzo de 2008, *Evropaïki Dynamili*, T-345/03, apartado 142 y siguientes, ECLI:EU:T:2015:168), en relación con el principio de igualdad de trato, afirmando que el principio de transparencia era una consecuencia necesaria, un corolario, del principio de igualdad de trato de los licitadores, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia real y efectiva entre las empresas que participan en los procesos de contratación pública, obligando a que todos los licitadores dispongan de las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

mismas oportunidades al formular sus ofertas, e implicando que dichas ofertas se encuentren sometidas a las mismas condiciones, limitándose así el riesgo de arbitrariedad o favoritismos por las entidades adjudicadores.

36. Así en la Sentencia de 15 de octubre de 2009, Acoset (ECLI:EU:C:2009:628), el Tribunal de Justicia sostiene que *"los principio de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados"*; obligación que recae en cualquier ente contratante consistente en garantizar una publicidad adecuada y efectiva para permitir la competencia en el contrato licitado mediante la imparcialidad en los procedimientos de adjudicación (así expresamente en la Sentencia del mismo Tribunal de 6 de abril de 2006, ANAV, apartado 21, ECLI:EU:C:2006:237).
37. En el mismo sentido, en las Sentencias de 16 de septiembre de 2013 (todas dictadas en procedimientos de la Comisión contra España, ECLI:EU:T:2013:473; ECLI:EU:T:2013:448; y ECLI:EU:T:2013:445), el Tribunal declara que el principio de igualdad de trato entre licitadores no es sino expresión específica del principio de igualdad de trato, y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que toman parte en una licitación, e impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular sus ofertas y que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los licitadores.
38. Además, sigue el Tribunal, este principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para garantizar su respeto a la entidad adjudicadora; lo que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, para que todos los licitadores, razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma, pero también para que la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata.



39. Pues bien, como dijera el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 16 de diciembre de 2008 (Michaniki, C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731), y reitera en las antes citadas de 2013, en el deber que cumple a las entidades adjudicadoras para garantizar la observancia de estos principios reside la esencia de las sucesivas Directivas en materia de contratación pública, que tienen su fundamento en los Tratados, como recuerda el considerando primero de la Directiva 24/2014, al afirmar expresivamente que *"[l]a adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Ahora bien, para los contratos públicos por encima de determinado valor, deben elaborarse disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia."*
40. Por su parte, el 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 C 81E, de 15 de marzo de 2011), sostiene rotundamente en su apartado 27 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"*, e insta a los Estados a que establezcan como prioridad la lucha contra la corrupción en la contratación mediante la adecuada aplicación de las Directivas sobre la materia. Planteamiento en el que insisten también la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2011, sobre modernización de la contratación pública, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, sobre el Libro Verde de la Comisión (DOUE C 318, de 29 de octubre de 2011) y el Informe Anticorrupción de la UE 2014[*EU Anti-Corruption Report*, COM (2014), de 3 de febrero de 2014], que propone la adopción de normas de integridad más rigurosas en el ámbito de la contratación pública, incorporadas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

algunas a las nuevas Directivas, en cuestiones como las consultas preliminares del mercado, los motivos de exclusión obligatorios y voluntarios, las disposiciones sobre modificación de los contratos, las obligaciones de seguimiento en la aplicación de las normas de adjudicación de concesiones y el establecimiento de unas normas mínimas relativas a los conflictos de intereses.

41. Con estos antecedentes, la Unión Europea ha culminado un nuevo proceso de adaptación de la normativa de contratación pública, DOUE de 28 de marzo de 2014, adoptado un paquete de Directivas que pretenden un escenario más competitivo y vinculado a concretas políticas públicas, en el marco de los objetivos de la Estrategia Europa 2020, para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM (2010) 2020], y en las iniciativas de Europa 2020 "Una Agenda Digital para Europa" [COM (2010) 245], "Unión para la innovación" [COM (2010) 546], "Una política industrial integrada para la era de la globalización" [COM (2010) 614], "Energía 2020" [COM (2010) 639], y "Una Europa que utiliza eficazmente sus recursos" [COM (2010) 21].
42. Al mismo tiempo, estas nuevas Directivas aplican el Acta del Mercado Único [COM (2011) 206], y singularmente su clave 12 relativa a la "Revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos".
43. La revisión de las Directivas sobre contratación pública se inscribe así en un programa cuyo objetivo principal es la modernización en profundidad del sistema de contratación en la Unión Europea para potenciar su eficiencia y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de liberalización económica. Este ha sido un objetivo constantemente perseguido por la regulación europea en la materia. Como sostiene el *Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación pública*, las Directivas en la materia han fomentado la transparencia y apertura, intensificando la competencia, lo que se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública, y en las medidas de recortar, agilizar y flexibilizar los trámites burocráticos; aspecto fundamental para las PYMES que hasta el momento sufren la obligación de completar la cantidad de exigencias administrativas que imponen los procesos de licitación.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

44. Este análisis constituye el punto de partida de la reforma, guiada por el objetivo de mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y que garanticen un acceso más fácil a las empresas, especialmente a las PYME.
45. Para iniciar la reforma, la Comisión publicó en enero de 2011 el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública en la UE*, poniendo en marcha un proceso de amplia consulta pública sobre los cambios legislativos que debían introducirse para facilitar y flexibilizar la adjudicación de los contratos, que finalizó en abril de 2011.
46. El Parlamento Europeo dictó la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre modernización de la contratación pública [2011/2048 (INI)], en el que solicita a la Comisión que:
 - i) aclare el marco reglamentario en la materia, particularmente en lo que se refiere a la fase de ejecución de los contratos, las modificaciones sustanciales de los mismos durante su vigencia, y los cambios relacionados con el contratista y la terminación de los contratos;
 - ii) critica que los licitadores sólo cuenten con posibilidades limitadas de rectificar omisiones en sus ofertas, solicitando a la Comisión que detalle qué omisiones podrían rectificar los licitadores, qué ajustes adicionales están permitidos y cómo garantizar la transparencia y la igualdad de trato;
 - iii) incremente la sensibilización sobre la importancia de dividir los contratos en lotes, y considere la aplicación del principio "cumplir o explicar", de forma que las normas sobre la división de lotes deben respetarse o, en caso contrario, justificares las razones, explicar los motivos, en definitiva motivar la decisión; y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

- iv) destaca como objetivo de las Directivas la lucha contra la corrupción y el favoritismo, el clientelismo, abogando por la potenciación de los principios de transparencia y competencia como claves para la lucha contra la corrupción, y solicitando un enfoque común sobre medidas de "autocorrección" con la finalidad de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes.

47. Tras los trabajos previos y redacción de borradores, el DOUE de 5 de abril de 2012 publicaba los proyectos de Directivas e iniciaba su tramitación. Son las Directivas 23, 24, y 25 de 2014, que ahora se trasponen a nuestro ordenamiento mediante el Anteproyecto que es objeto de este informe que persigue como objetivo primario y determinante incorporar las Directivas 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, y el Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (remitido a informe de este Consejo al mismo tiempo que el que ahora se informa), dirigido a incorporar la Directiva 2014/25/UE, sobre la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, así como la Directiva 2014/23/UE en lo que resulte de aplicación a tales sectores.

48. La nueva Directiva 2014/24, relativa a la contratación pública, una directiva extensa que comprende 94 artículos, se ocupa de aspectos relativos a la ejecución del contrato vinculados con la adjudicación como las cuestiones relativas a su modificación y resolución, destacando entre sus novedades, el art. 12, relativo a encargos y convenios, el 24 referido a los conflictos de interés, el 29 al procedimiento de licitación con negociación, generalizando esta forma de contratación, el 31 sobre asociaciones para la innovación como nueva forma para contratar, el 34 en materia de catálogos electrónicos como forma para presentar ofertas, el 46 relativo a la división del objeto en lotes, el 57 sobre declaraciones responsables para acreditar la solvencia, el 59 relativo al documento europeo de contratación para acreditar las condiciones de capacidad y solvencia, el 68, referido al criterio de adjudicación de coste del ciclo de vida, el 72 acerca de la modificación de los contratos, el 73 sobre su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

resolución, los arts. 74, 75 y 76, sobre el régimen de contratación particular para los servicios sociales que permite que los Estados miembros puedan tomar en consideración la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad del servicios, y los arts. 83, 84 y 85, sobre el régimen de gobernanza y supervisión.

II

49. Tanto la Exposición de Motivos como la MAIN del Anteproyecto asumen como punto de partida del mismo la exigencia de adaptación de nuestro Derecho nacional en materia de contratación pública a la normativa europea; adaptación a dicha normativa que precisamente en los últimos años ha sido la causa de la mayor parte de las reformas en la legislación española en la materia (de hecho, la última Ley de Contratos del Sector Público vino motivada por la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios).
50. El panorama legislativo europeo se encuentra, en este momento, determinado por la "*Estrategia Europa 2020*", establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010, titulada "*Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*", en la que la contratación pública juega un papel protagónico, en la medida en que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben utilizarse para conseguir ese crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso de los fondos públicos caracterizado por una mayor racionalidad económica.
51. Con este fin, sostiene el considerando segundo de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y de la Comisión de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, "*deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

comunes. Asimismo, es preciso aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad pública e incorporar determinados aspectos de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública.”

52. La regulación de la contratación pública de la Directiva tiene como objetivo estructural garantizar, mediante la coordinación de las disposiciones nacionales de los Estados miembros, el sometimiento de la adjudicación de los contratos públicos a los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, singularmente, la libertad de establecimiento, la libre circulación de las mercancías y servicios y los principios instrumentales para garantizar dichas libertades, esto es, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.
53. En este contexto la aplicación coordinada de estos principios en el ámbito del mercado único, contribuirá a configurar un ámbito de transacciones a escala europea cuya dimensión económica, según datos de la Comisión referidos a 2011, alcanzaba el 19% del PIB de los Estados miembros.
54. Con estos objetivos, se aprueban tres nuevas Directivas europeas, la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la Directiva 2014/23/UE, referida a la adjudicación de contratos de concesión, que culminan el proceso legislativo iniciado en la Unión Europea en 2010, y que sustituyen a las actualmente vigentes 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y la Directiva 2004/17/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
55. Estas Directivas fueron incorporadas a nuestro ordenamiento mediante la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, posteriormente derogada y sustituida por el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y mediante 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.



56. En este contexto, el Anteproyecto persigue como objetivo primario y determinante incorporar las Directivas 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (Directiva novedosa y que carece de antecedentes normativos en el Derecho europeo), y la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública. Por su parte la Directiva 2014/25/UE, sobre la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se incorporará a nuestro ordenamiento en el Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que también traspondrá la Directiva 2014/23/UE que resulte de aplicación a tales sectores; Anteproyecto que ha sido remitido a informe de este Consejo al mismo tiempo que el que ahora se informa.

57. Junto a este objetivo principal, el Anteproyecto, según afirma su Exposición de Motivos, *"[t]rata de diseñar y ejecutar un nuevo sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, ya señalados, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de los operadores económicos, así como un mejor servicio para los usuarios de los servicios públicos."*

58. De forma más concreta la MAIN del Anteproyecto identifica como principales objetivos del Anteproyecto:

- i) La **trasposición de las nuevas Directivas de Contratación Pública** antes citadas.
- ii) La **mejora de la eficiencia en la contratación pública**, mediante la utilización de nuevas tecnologías y sistemas electrónicos, potenciando la contratación electrónica con la intención de convertirla en la regla general en los procesos de adquisición bienes y servicios, manteniendo la contratación no electrónica como residual y excepcional.
- iii) La **mejora de la integridad y la transparencia en la contratación pública**, adoptando, en la línea marcada por



las nuevas Directivas, medidas en este orden para garantizar la transparencia y evitar los posibles actos de corrupción mediante la inclusión en el ámbito subjetivo de la Ley a los partidos políticos, organizaciones sindicales y asociaciones empresariales, estableciendo un nuevo perfil del contratante, una nueva regulación de los procedimientos de selección de contratistas y una nueva regulación de las prohibiciones de contratar.

Estas medidas siguen las pautas europeas previstas en las nuevas Directivas, que, a su vez, en este ámbito tienen su origen en la Resolución del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 2010 (DOUE C81 E, de 15 de marzo de 2011), sobre protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, que señalaba 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"*. Por su parte, el *Informe Anticorrupción de la Unión Europea 2014* insta a los Estados miembros a mantener una actitud proactiva contra las prácticas corruptas dado que pueden poner en riesgo la competitividad en la Unión Europea.

En respuesta a lo anterior, el art. 64 del Anteproyecto contiene la misma declaración que se incluye en los artículos 35 de la Directiva 2014/23/UE, y 24 de la Directiva 2014/24/UE, respecto a que las entidades contratantes que sean poderes adjudicadores adoptarán las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación, con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia para garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores, y añade que, a estos efectos, el concepto conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en



el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete a su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

- iv) La **simplificación y abaratamiento de la gestión de los procedimientos de contratación pública**, estableciendo procedimientos administrativos más ágiles y eficientes mediante la regulación de nuevos medios de acreditación que confirmen que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos cumplen determinados requisitos, incorporando nuevas etiquetas, informes de prueba, certificaciones. Entre otros medios, se mantiene el uso de la declaración responsable, si bien se amplían los casos en los que se puede utilizar, a la espera del desarrollo del "*Documento Europeo Único de Contratación*" por parte de la Unión Europea, fomentando la contratación pública, y reduciendo los plazos en los procedimientos.
- v) La **obtención de objetivos de tipo social y medioambiental**.

III

59. El esquema general del Anteproyecto sigue el creado por la regulación anterior de 2007, establecido en torno a dos pilares, a saber, la aplicación del concepto de poder adjudicador, impuesto como consecuencia de la incorporación a nuestro derecho de la anterior Directiva de 2004, y la distinción, proveniente de 2007 y que se mantiene en la actualidad, entre contratos sujetos a regulación armonizada y aquéllos que no lo están, a partir de la superación de ciertas cuantías económicas (los llamados "umbrales comunitarios"), que permite, consecuentemente, diferenciar el régimen jurídico aplicable a cada grupo.

60. Las novedades que se introducen con el Anteproyecto se han incorporado a lo largo del articulado, si bien en lo referente al régimen jurídico específico correspondiente al contrato de obras, al de suministro y al contrato de concesión de obra pública, sólo se han realizado mejoras técnicas.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

61. Las principales novedades en lo relativo a la delimitación de los diferentes contratados se encuentran en el contrato de concesión, en el contrato mixto y en el contrato de colaboración público privada, que se suprime como consecuencia, según la MAIN y la Exposición de Motivos, de la escasa utilidad de la figura en la práctica.
62. En cuanto a la configuración de la contratación del sector público que contiene el Libro I, aparece una nueva regulación del llamado "medio propio" de la Administración, encomiendas de gestión o aplicación práctica de la llamada "*in house providing*", que pasa a llamarse "encargos a medios propios", donde se enmarcan los casos de contratos entre entidades del sector público, como supuestos de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados. A tal efecto se distingue entre el encargo realizado por un poder adjudicador, del hecho por otra entidad que no tenga tal carácter, manteniéndose los casos de ejecución directa por la Administración pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados.
63. En este ámbito, siguiendo la nueva Directiva de contratación, el Anteproyecto ha aumentado las exigencias (así, que la empresa tenga el carácter de "medio propio", disponga de medios suficientes para cumplir el encargo, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que tenga participación de una empresa privada, y no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad), que deben cumplir dichas entidades para evitar adjudicaciones directas que puedan afectar al principio de libre competencia.
64. En este mismo Libro I:
- i) se suprime la cuestión de nulidad, aunque sus causas pueden fundamentar el recurso especial en materia de contratación, manteniéndose la regulación del régimen de invalidez de los contratos del sector público y del recurso especial en materia de contratación;
 - ii) se introduce una norma especial relativa a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

imponiendo a los órganos de contratación la obligación de adoptar las medidas adecuadas al efecto, así como una nueva regulación de las prohibiciones de contratar, aumentando, de acuerdo a la Directiva europea de contratación, los casos, y modificando la competencia, el procedimiento y los efectos de una declaración de esta naturaleza;

- iii) se incluyen las últimas novedades en materia de clasificación empresarial, se ha revisado la homogenización de diversas expresiones utilizadas en el vigente Texto Refundido para referirse al valor de los contratos como "cuantía", o "importe del contrato", optando en la mayor parte de los supuestos por el concepto de "valor estimado" del contrato, que queda delimitado en el texto, al igual que el de "presupuesto base de licitación", y el de "precio del contrato", a fin de evitar cualquier posible confusión entre ellos, y
- iv) se acomodan las normas relativas a la revisión de precios a lo dispuesto en la nueva Ley de Desindexación (Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española), de modo que esta revisión no se conecte con índices generales, sino en atención a cada contrato, salvo los contratos de obra y de suministro de fabricación, que siguen rigiéndose en este aspecto por su propia normativa.

65. En cuanto al Libro II, las principales se pueden sistematizar del modo siguiente:

- i) en el ámbito de la preparación de los contratos, se introduce la regulación de las consultas preliminares del mercado;
- ii) se extiende la regulación de nuevos medios de acreditación, incorporando nuevas etiquetas, informes de pruebas, o certificaciones;



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

- iii) se han introducido reformas en los procedimientos de adjudicación con el objeto de reducir los plazos de duración; así, en el procedimiento abierto se crea la figura del procedimiento abierto simplificado, aplicable a determinados umbrales, y en el procedimiento negociado se suprime la posibilidad del uso de este procedimiento con y sin publicidad en razón de la cuantía, y se suprime también la aplicación de este procedimiento respecto a las obras y servicios complementarios, se crea una nueva regulación de las primas y compensaciones que cabe entregar a los licitadores en el diálogo competitivo, y se crea el procedimiento de asociación para la innovaciones, y
- iv) en lo que se refiere a la ejecución de los contratos la principal novedad radica en el régimen de modificación del contrato, más estricto que el establecido en las Directivas europeas, en el régimen de subcontratación y en las medidas de racionalidad técnica de la contratación que se estructuran en torno a los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición, y en el nuevo régimen de contratación centralizada.

66. Por lo que se refiere al Libro III se introducen novedades en la regulación de la Mesa de contratación, de los órganos de contratación de las Entidades Locales, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que pasa a denominarse Junta Consultiva de la Contratación Pública del Estado, y de la obligación de remitir información a efectos estadísticos y de fiscalización al Tribunal de Cuentas u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma, y a la Comisión Europea.

67. De otra parte, y en beneficio de las PYMES, se incluyen de forma específica en el Anteproyecto medidas presentes en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, como es el caso de la posibilidad de que, previa previsión en los pliegos, el poder adjudicador compruebe el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal deba abonar al subcontratista, o el régimen más riguroso respecto a los pagos que debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, para evitar la morosidad que pesa sobre la Administración, dando así



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

cumplimiento a lo previsto en la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

68. Así mismo, según la Exposición de Motivos, las medidas de simplificación del procedimiento y reducción de cargas administrativas darán un impulso a estas empresas, así como la previsión de una regulación de la división en lotes de los contratos, invirtiendo la regla general utilizada hasta el momento, de modo que, sólo si el contrato no se divide, hay que proceder a su justificación.

69. Por último debe constatarse que estas medidas de apoyo y beneficio a las PYMES responden también a las finalidades de las Directivas europeas que se trasponen, como muestran sus considerandos, en concreto el segundo considerando de la Directiva 2014/24/UE, que menciona como uno de sus objetivos facilitar la participación de las PYMES en la contratación pública, de acuerdo con el papel que la contratación pública desempeña en la *"Estrategia Europa 2020"*, fijada en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010, titulada *"Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador"*.

IV

70. Desde la perspectiva de la técnica y de la opción legislativa adoptada, cabe cuestionar la necesidad de una nueva Ley que sustituya al vigente Texto Refundido, sobre la base, comúnmente aceptada, de mantener una norma completa y general y normativa diferenciada para los llamados sectores especiales, excluidos de la norma general. El prelegislador presenta y explica en la MAIN las alternativas posibles para la incorporación de las Directivas, y la oportunidad del proyecto normativo presentado, descartando la elaboración de una ley por cada una de las Directivas de contratación pública que han de ser objeto de transposición, la incorporación directa de las nuevas Directivas al ordenamiento jurídico español sin elaborar textos articulados, y la integración de las novedades y principales modificaciones introducidas por las nuevas Directivas en la legislación actualmente existente a modo de



modificaciones legislativas sin tramitación de un nuevo proyecto de texto articulado.

71. Ciertamente, no parece adecuado, en buena técnica legislativa, incorporar separadamente las Directivas 2014/23 y 2014/24, cuando ambas se han de proyectar sobre los contratos del sector público en su globalidad, siendo más conveniente una transposición de ambas Directivas a través de un único instrumento normativo que recoja la regulación de la contratación pública, incluyendo los contratos de concesión referidos a las actividades que constituyen su objeto.
72. No obstante, es discutible que el objetivo de incorporar las previsiones de las normas europeas al ordenamiento interno e incluso introducir las mejoras técnicas consideradas adecuadas por el prelegislador no pueda cumplirse mediante las modificaciones que fueren precisas en el texto vigente, sin necesidad de elaborar de nuevo uno completo, como ya se hizo en el pasado. Debe tenerse en cuenta que, aunque las novedades introducidas por las Directivas europeas son numerosas, no por ello se hace preciso recogerlas mediante la elaboración de un nuevo texto normativo, tanto más cuanto el texto proyectado responde al esquema general de la Ley vigente, prescindiendo de la estructura de la Directiva, lo que exige un mayor rigor en la transposición de las normas europeas, habida cuenta de la especial vigilancia que la Comisión Europea despliega para controlar la incorporación del ordenamiento europeo sobre contratación pública; de ahí que, como pone de relieve el Consejo de Estado en su Dictamen nº 499/2010, la opción por la transcripción literal pueda en ocasiones encontrar su justificación para evitar conflictos y la eventual imputación de infracción del Derecho de la Unión.
73. Conectado con lo anterior, desde esta perspectiva de técnica legislativa, el texto presentado a informe es largo, complejo, con preceptos demasiado extensos y continuas remisiones bien a otros preceptos del mismo Anteproyecto, bien a legislación general o específica complementaria, que, de otra parte, habría que actualizar, bien a otras normas europeas. Pues bien, aun reconociendo que la extensión y complejidad de la materia, dificulta, cuando no impide, una redacción más estructurada y con artículos más cortos por tener el mismo objeto (como disponen las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

julio de 2005, *RESOLUCIÓN de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al citado acuerdo*), sería recomendable, para facilitar la interpretación y aplicación de la norma, que se incluyese, bien en el texto articulado, bien en un Anexo, un glosario de términos, que definiesen el alcance y significado de algunos conceptos, sin tener, por ello, que incorporarlo en los preceptos correspondientes, y que recogiesen los conceptos de las normas europeas a que se remite el Anteproyecto en diferentes ocasiones [así, por ejemplo, la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas a que se refiere el art.3.2.b), o la remisión a la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, para definir los conceptos de "servicio de comunicación audiovisual", "proveedor del servicio de comunicación", o "programa", que se recoge en el art. 19.2.a) del Anteproyecto].

74. Dicho lo anterior, y respetando la opción del prelegislador, sin perjuicio de las consideraciones posteriores que haremos al analizar el contenido del articulado en las materias sobre las que se extiende la competencia consultiva de este Consejo, el Anteproyecto que se informa lleva a cabo una adecuada incorporación de las normas europeas y permite, por tanto, la consecución de sus objetivos y finalidades. Debe destacarse el esfuerzo del prelegislador por trasladar de forma fiel los principios y normas de las Directivas, y de integrar en un solo texto normativo sus disposiciones, diferenciando aquellas relativas a los contratos de concesión que vienen referidas a las actividades de los sectores excluidos que se incorporan en el Anteproyecto que de forma paralela se ha enviado a informe de este órgano y al que antes se ha aludido, y dejando las restantes para su incorporación en el texto que se examina de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

V. EXAMEN SOBRE EL CONTENIDO

1. Ámbito subjetivo de aplicación



75. Como ha sostenido la doctrina, la primera cuestión compleja y controvertida que plantea el vigente Texto Refundido (Real Decreto Legislativo 3/2011), por el que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), y que se mantiene en el Anteproyecto que se informa atañe a su ámbito de aplicación. Como señalan tanto su Exposición de Motivos como su MAIN, el Anteproyecto *"mantiene la existencia de tres niveles de aplicabilidad de la Ley respecto de las entidades del sector público que configuran su ámbito, así como se mantiene la tradicional configuración negativa o de exclusión de los contratos y negocios regulados en la misma."*
76. Uno de los objetivos que guiaron el texto vigente, siguiendo la legislación europea, fue ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, con la vocación clara de evitar que el recurso a entes instrumentales del sector público, como las sociedades y las fundaciones, permitiese escapar del régimen público de contratación y de sus exigencias. Esta finalidad se mantiene en el actual Anteproyecto, que sigue la misma tónica, con escasas modificaciones respecto al art. 3 del TRLCSP, sistemáticas o vinculadas con la nueva regulación y configuración para los entes del sector público que prevé el Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, en tramitación y que fue objeto de informe de este Consejo. La mayor novedad se encuentra en la inclusión dentro del ámbito subjetivo de la Ley de los partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos que se recoge en el art. 3.4 del Anteproyecto, así como en la también sujeción a esta Ley que recoge el párrafo siguiente del mismo precepto, en relación con las Corporaciones de Derecho Público cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con lo establecido en el art. 3.3.d), es decir, 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 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.
77. Por tanto, el art. 3 del Anteproyecto, siguiendo el mismo precepto del texto vigente, contempla tres círculos para determinar el ámbito subjetivo de aplicación de la norma. El más amplio, el recogido en el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

apartado 1, enuncia las entidades que conforman, a efectos de esta Ley, el sector público, incluyendo no sólo las Administraciones y otros entes y organismos de Derecho Público, como los organismos autónomos, las entidades gestoras de la Seguridad Social, las entidades públicas empresariales, agencias y otras entidades semejantes, sino también las sociedades mercantiles con participación mayoritaria, directa o indirecta, de otras entidades públicas y del sector público, los consorcios, las fundaciones del sector público, las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, los órganos competentes de los órganos constitucionales, Cortes Generales, Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas e instituciones análogas de las Comunidades Autónomas, y como cláusula de cierre, cualquier entidad con personalidad jurídica propia que puedan ser calificados como poderes adjudicadores de acuerdo con la normativa europea y con el propio Anteproyecto, y las asociaciones constituidas por cualquier ente del sector público.

78. El segundo círculo viene constituido por aquellas entidades del sector público que, a efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas y que engloba las Administraciones territoriales, los organismos autónomos, las Universidades públicas, las Agencias estatales y otras 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. Así mismo, tienen condición de Administraciones Públicas a estos efectos, los órganos competentes de las Cortes Generales, Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas e instituciones análogas de las Comunidades Autónomas, a los que es aplicable el régimen de contratación y gestión patrimonial de las Administraciones públicas (como se deduce del art. 1.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), como expresamente señala el art. 639 LOPJ, para el Consejo General del Poder Judicial, señalando a la Comisión Permanente como órgano de contratación [que recientemente, por *Acuerdo de 21 de mayo de 2015, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, (BOE de 23 de mayo de 2015, ha delegado, de acuerdo con lo establecido en el citado art. 639 LOPJ, y del art. 51.2 del TRLCSP, en el Secretario General del Consejo General del Poder Judicial las funciones de órgano de contratación]*. Se incluyen también las Diputaciones



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

79. También integran este concepto de Administraciones Públicas, los consorcios y otras entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o poderes adjudicadores, o dependientes de los mismos que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado, esto es, a *sensu contrario*, que no tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas, que considera a una unidad institucional como productor de mercado cuando su producción es, por definición, producción de mercado, lo que exige, entre otros condicionantes, pero fundamentalmente que las ventas de ese producto de mercado deben cubrir, como mínimo, el 50% de los costes de producción [Reglamento (CE) No 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad].
80. El tercer círculo o nivel de aplicabilidad del Anteproyecto es el constituido por los poderes adjudicadores, denominación que se toma del Derecho europeo y que engloba a las Administraciones públicas no territoriales, las 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 carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por tales entidades, las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, y todas aquellas entidades del sector público que reúnan las siguientes condiciones:
- i) tener personalidad jurídica propia, sea pública o privada;
 - ii) haber sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y
 - iii) que otro poder adjudicador, bien financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión o nombre a más de la mitad los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
81. También tienen consideración de poderes adjudicadores las asociaciones constituidas por entidades que a su vez sean poderes adjudicadores.



82. Por su parte, el TJUE [por todas, Sentencias de 15 de enero de 1998, Mannesmann (ECLI:EU:C:1998:4), de 20 de septiembre de 1988, Beentjes (ECLI:EU:C:1988:422), de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding (ECLI:EU:C:1998:525), de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley (ECLI:EU:C:2003:110), y las Sentencias contra España, de 15 de mayo de 2003 (asunto C-241/00, ECLI:EU:C:2003:282, y de 13 de enero de 2005 (asunto C-84/03, ECLI:EU:C:2005:14)], ha interpretado estos requisitos de forma extensiva para evitar la huida del Derecho europeo de la contratación, considerando que son necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil las que no se satisfacen mediante la oferta de bienes y servicios en el mercado o aquellas en las que el Estado desea conservar una influencia determinante (Sentencia de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, ECLI:EU:C:2003:300), y que una entidad del sector público está financiada mayoritariamente por el Estado u otro ente público no sólo cuando se nutre de transferencias presupuestarias, sino también cuando la mayoría de sus recursos proceden de algún canon o exacción pública establecida por la ley (Sentencia de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer Rundfunk y otros, ECLI:EU:C:2007:786), dado que el TJUE sostiene que el concepto de financiación a cargo del Estado es un concepto funcional (Sentencia de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge, ECLI:EU:C:2000:529).

83. En este sentido, el Considerando 10 de la Directiva 2014/24/UE, sostiene que, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el ámbito de aplicación subjetiva de la Directiva no debe modificarse, procediendo mantener la definición del Tribunal e incorporar algunas aclaraciones derivadas de su jurisprudencia pero sin afectar a la misma. A tal efecto, afirman este Considerando que *"ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un "organismo de Derecho público", ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le han encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil. De modo similar, la condición relativa a la financiación del organismo considerado también ha sido examinada en la jurisprudencia, que ha precisado, entre otros aspectos, que la financiación "en su mayor parte" significa "en más de la mitad" y que dicha financiación puede*



incluir pagos procedentes de usuarios que son impuestos, calculados y recaudados conforme a las normas de Derecho público.”

84. Sólo a las Administraciones Públicas en el sentido de la Ley se les aplica el conjunto de la regulación del Anteproyecto, ámbito de aplicabilidad en el que está incluido este Consejo, a los poderes adjudicadores que no son Administración Pública se les aplica también íntegramente la Ley, como establece el art. 315 del Anteproyecto que recupera lo previsto en el art. 189 TRLCSP, con algunas diferencias en cuanto a los contratos sujetos a regulación armonizada, la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada y las condiciones de pago de los contratos, y por lo que se refiere a las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores solo se aplican determinadas disposiciones generales de la Ley sobre el régimen de contratación y normas más específicas y flexibles sobre preparación y adjudicación (art. 319 del Anteproyecto que recoge el sentido del art. 192 TRLCSP), dirigidas a garantizar la observancia de los principios de igualdad, libre concurrencia y transparencia.
85. Como se ha dicho, la mayor novedad que introduce el Anteproyecto en este punto radica en el apartado 4 del mismo art. 3 al que nos estamos refiriendo, por cuando incluye en el ámbito subjetivo de la ley a los partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales, y fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de los anteriores, cuando cualquiera de ellas cumpla con los requisitos para ser poder adjudicador, es decir, tengan personalidad jurídica propia, hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y otro poder adjudicador, bien financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión o nombre a más de la mitad los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. Indudablemente, en este caso, la condición que justifica esta aplicación de la norma de contratos del sector público es la existencia de financiación pública para estas entidades, puesto que reúnen los otros dos primeros requisitos. No obstante, no se trata de una aplicación completa, sino limitada a los contratos sujetos a regulación armonizada, a los que, además, se aplicará no el régimen general sino el establecido en el Título I del Libro Tercero del Anteproyecto para los contratos de los poderes adjudicadores que no posean la naturaleza de Administraciones Públicas.



86. Esta inclusión de los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales y fundaciones y asociaciones vinculadas a los mismos no viene impuesta por la Directiva 2014/24/UE, aunque tampoco impedida. Lo que excluye la citada Directiva de su ámbito de aplicación, art. 10.k), son los servicios relacionados con campañas políticas, cuando son adjudicados por un partido político en el contexto de una campaña electoral, pues entiende la norma europea que *"se aplica a los poderes adjudicadores de los Estados miembros. Por consiguiente, los partidos políticos en general no están sometidos a sus disposiciones al no tratarse de poderes adjudicadores. Sin embargo, puede darse el caso, en algunos Estados miembros, de partidos políticos que se incluyan en el concepto de organismos de Derecho público. No obstante, determinados servicios (como películas de propaganda y producciones de video) están tan inextricablemente relacionados con las opiniones políticas del proveedor del servicio cuando se prestan en el contexto de una campaña electoral que sus proveedores se seleccionan habitualmente de un modo al que no se pueden aplicar disposiciones sobre contratación pública"* (Considerando 29).

87. Esta limitación que se encuentra en la Directiva también se recoge en el Anteproyecto por cuanto el art. 10.6 excluye de su ámbito de aplicación los contratos que tengan por objeto servicios relacionados con campañas políticas, cuando sean adjudicados por un partido político en el contexto de una campaña electoral. El precepto reproduce el art. 10.j) de la Directiva 2014/24/UE y el art. 10.8.h) de la Directiva 2014/23/UE.

2. Principios esenciales de los contratos del sector público: necesidad e idoneidad del contrato, libertad de pactos y contenido mínimo de los contratos, igualdad y transparencia, confidencialidad y prohibiciones de contratar.

88. Aunque el Anteproyecto no contiene un precepto dedicado a enunciar los principios que rigen la contratación pública, éstos pueden deducirse de su articulado. De hecho, como expresa el art. 11 del texto que se examina, que recoge el vigente art. 4 TRLCSP, los principios establecidos en esta Ley serán de aplicación para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse a todos los contratos, negocios y relaciones jurídicas del sector público excluidos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

de su ámbito objetivo de aplicación, que se regirán por su regulación específica (los mencionados en los arts. 4 a 10 del Anteproyecto).

89. El primer principio que cabe deducir del Anteproyecto es el de la *necesidad e idoneidad del contrato* que establece el art. 28 del mismo, reiterando el actual art. 22 TRLCSP, y que impide a las entidades del sector público celebrar más contratos que los que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales, exigiendo que el objeto y contenido del contrato sea el idóneo para satisfacer las necesidades que se pretenden cubrir. A estos efectos la disposición proyectada, y la vigente, imponen que debe dejarse constancia precisa en la documentación preparatoria de la naturaleza y extensión de las necesidades que justifican el contrato. Igualmente se impone a las entidades del sector público la obligación de velar por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución, favorecerán los trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología, y promoverán la participación de las PYMES y el acceso sin coste a la información.
90. En segundo lugar, cabe destacar el principio de *libertad de pactos* contemplado en el art. 34 del Anteproyecto, trasunto del vigente art. 25 TRLCSP, que prevé que en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración. Condicionamiento que se fundamenta en el carácter propio de la Administración y del sector público en cuanto ésta no actúa en función de la autonomía de la voluntad, sino que está vinculada por su fin institucional sirviendo con objetividad, por imposición constitucional (art. 103.1 CE) los intereses generales, y actuando, en consecuencia, conforme a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho.
91. Este principio de libertad de pactos no impide que la ley establezca un contenido mínimo del contrato, el recogido en el art. 35 del Anteproyecto, que reproduce el art. 26 TRLCSP, ni que se establezca la prohibición de incluir en el documento contractual estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato.



92. Pero si hay un principio fundamental en la contratación pública, que guarda además conexión con las libertades de circulación de mercancías y de establecimiento y prestación de servicios que garantizan los Tratados de la Unión Europea, y que son eje fundamental de las Directivas europeas en la materia, son los principios de *igualdad y transparencia*, que exigen una licitación pública o adjudicación de contratos mediante procedimientos en concurrencia, resueltos aplicando criterios objetivos y razonables, proporcionados al objeto del contrato, sin que en ningún caso puedan considerarse criterios que, directa o indirectamente, impliquen discriminación o favoritismo por cualquier condición subjetiva, incluida la nacionalidad. Estos principios se recogen expresamente en el art 132 del Anteproyecto, equivalente al vigente art. 139 TRLCSP, disponiendo que *"[l]os órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad"*, y proscribiendo que la contratación sea *"concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios."*
93. Este principio de publicidad y transparencia es compatible con el principio de *confidencialidad* que recoge el art. 133 del Anteproyecto (vigente art. 140 TRLCSP), y que impide a los órganos de contratación divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. Este carácter confidencial afecta, entre otros aspectos, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y cualquier otra información que pueda ser usada para falsear la competencia, en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores. No obstante, este deber de confidencialidad *"no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el procedimiento de licitación"*, pudiendo extenderse únicamente a documentos de difusión restringida y en ningún caso a documentos que sean accesibles públicamente.
94. La confidencialidad cumple también al contratista que deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

tenga acceso con motivo de la ejecución del contrato a la que se haya dado tal carácter en los pliegos o el contrato, o que por su naturaleza deba ser tenida como tal; deber que se mantendrá durante un plazo de cinco años desde su conocimiento, salvo que los pliegos o el contrato dispongan otro mayor.

95. En conexión con la integridad y con el principio de igualdad de trato y no discriminación se encuentran las exclusiones o *prohibiciones de contratar* que establece el art. 71 del Anteproyecto, reflejo del art. 60 TRLCSP, incorporando lo previsto en el art. 57 de la Directiva 2014/24/UE, y el art. 38, apartados 4 a 10 de la Directiva 2014/23/UE. La trasposición realizada puede considerarse correcta. De hecho, el precepto indicado del Anteproyecto no ofrece novedades sustantivas respecto al vigente, ni en la tipificación de las conductas, ni en cuanto al procedimiento para su apreciación y efectos. En principio todas las personas físicas o jurídicas son aptas para contratar con el sector público, si bien la Ley, tanto el Anteproyecto como el texto vigente y la normativa europea imponen que dichas personas acrediten su solvencia económica, financiera, técnica o profesional o estar debidamente clasificadas cuando así lo requiera la ley, y no encontrarse incurso en una prohibición de contratar. Estas causas, que impiden adjudicar un contrato del sector público a determinadas personas o empresas, en tanto suponen una restricción al ejercicio de sus derechos, debe estar previstas en una ley, requisito que se cumple en nuestro caso, y establecerse por causa justificada, en este caso, atendiendo a los considerandos de la Directiva 2014/24/UE se pretende asegurar la moral de esas personas excluyéndolas de la contratación cuando han cometido determinado tipo de delitos, que, entre otros, incluyen el terrorismo, trata de seres humanos, corrupción, tráfico de influencias, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, pero también buscando asegurar su fiabilidad en el ámbito económico, técnico y profesional.

96. En este sentido son reveladores los Considerandos 100 y 101 de la Directiva 2014/24/UE:

"(100) No deben adjudicarse contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o hayan sido declarados culpables de corrupción o fraude contra los intereses financieros de la Unión, de delitos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

terroristas, de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo. El impago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social también debe ser sancionado con la exclusión obligatoria a nivel de la Unión. No obstante, los Estados miembros deben poder establecer excepciones a dichas exclusiones obligatorias en circunstancias excepcionales, cuando necesidades imperativas de interés general hagan indispensable la adjudicación de un contrato. Ello podría ocurrir, por ejemplo, cuando vacunas o equipos de emergencia que se requieran urgentemente solo puedan adquirirse a un operador económico al que se aplique alguna de las razones obligatorias de exclusión."

"(101) Además, se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a que han incumplido las obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad, o a que han cometido otras formas de falta profesional grave, como infracciones de las normas sobre competencia o de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Es preciso aclarar que una falta profesional grave puede poner en tela de juicio la integridad de un operador económico y por tanto hacerle no apto para ser adjudicatario de un contrato público, con independencia de si, en otros aspectos, pueda disponer de capacidad técnica y económica para ejecutar el contrato.

Teniendo presente que el poder adjudicador será responsable de las consecuencias de una posible decisión errónea por su parte, los poderes adjudicadores deben seguir gozando de libertad para considerar que se ha cometido una falta profesional grave cuando, antes de que se haya dictado una resolución definitiva y vinculante sobre la existencia de motivos obligatorios de exclusión, puedan demostrar por algún medio adecuado que el operador económico ha incumplido sus propias obligaciones, incluidas las obligaciones relacionadas con el pago de impuestos o de cotizaciones a la seguridad social, salvo que se disponga de otro modo en Derecho nacional. Asimismo, deben poder excluir a los candidatos o licitadores cuya actuación en anteriores contratos públicos haya mostrado graves deficiencias en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos de fondo, como la no



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

realización de una entrega o prestación, la existencia de deficiencias significativas en el producto entregado o el servicio prestado que los hagan inutilizables para el fin perseguido, o una conducta indebida que haga dudar seriamente de la fiabilidad del operador económico. El Derecho nacional debe establecer la duración máxima de dichas exclusiones.

Al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales. Con todo, casos reiterados de irregularidades leves pueden dar lugar a dudas acerca de la fiabilidad de un operador Económico, lo que puede justificar su exclusión.”

97. Nuestra regulación, tanto la vigente como la proyectada, que sigue de forma fiel las previsiones europeas al respecto incluye las prohibiciones relativas a una multiplicidad de tipos delictivos, que se corresponden con los recogidos en la Directiva de referencia, si bien, habría de reconsiderarse si los tipos que se incluyen se corresponden con la identificación con tipos penales de forma precisa e indubitada tal y como aparecen tipificados en el Código penal. La Directiva define estos tipos bien por remisión a otras normas europeas, bien por remisión al tipo nacional. Desde esta perspectiva, la trasposición parece correcta, si bien dadas las últimas reforma en el Código penal sería conveniente comprobar que los tipos delictivos se identifican adecuadamente, habida cuenta que se mantiene la regulación de las prohibiciones de contratar que prevé el TRLCSP en este ámbito. Por lo demás, se exige que la condena se haya dictado en sentencia firme.

98. Junto a estas prohibiciones, el Anteproyecto también recoge, de conformidad con lo previsto en las Directivas europeas, prohibiciones vinculadas a circunstancias que proyectan dudas razonables sobre la fiabilidad de la persona, como el haber incurrido en un proceso de concurso, incompatibilidades, incumplimiento de obligaciones tributarias o con la Seguridad Social, haber sido sancionado por infracciones tributarias o relacionadas con la materia económica, haber cometido determinados delitos, como la falsedad, delitos contra el orden socioeconómico, tráfico de influencias, malversación,



cohecho, revelación de secretos, uso de información privilegiada. Estas prohibiciones se apreciarán de forma automática por los órganos de contratación y se mantendrán durante el tiempo que determine la sanción o la sentencia que la adoptó, y en caso de que la sentencia no lo prevé el plazo máximo de duración de la prohibición será de cinco años, cuyo cómputo comenzará desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o resolución administrativa en que se hubiera pronunciado sobre el alcance y duración de la prohibición, en el resto de los supuestos, los efectos de producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente.

99. Los restantes supuestos se relacionan con conductas contractuales anteriores que revelan dudas sobre el contratista, como el incumplimiento de contratos, declaraciones falsas de datos exigibles en materia de contratación, incumplimiento de los acuerdos de suspensión de las clasificaciones o de la declaración de inhabilitación, haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación de un contrato. En estos casos, la prohibición de contratar está limitada temporalmente, no pudiendo exceder de tres años, produciendo efectos respecto de las Administraciones Públicas que se establezca en la resolución administrativa que las impuso, desde la fecha en que ésta devino firme. El procedimiento no presenta novedades respecto al vigente.

3. Régimen aplicable a los contratos del sector público y jurisdicción competente

100. El art. 24 del Anteproyecto retoma la distinción clásica en nuestra legislación entre contratos administrativos y contratos privados, todos ellos del sector público, siguiendo lo establecido en el art. 18 TRLCSP. Serán contratos administrativos los que celebre una Administración pública y se encuadren en una de las categorías que el art. 25 del Anteproyecto tipifica como contratos administrativos, así, los de obra, concesión de obra pública, de gestión de servicios públicos, salvo los relativos a servicios financieros, y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, de suministros, salvo la suscripción a publicaciones y bases de datos, los así calificados por la ley y aquellos que tengan



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

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 su específica competencia (son los llamados por la doctrina contratos administrativos innominados o especiales).

101. Son contratos privados, los exceptuados del régimen anterior ya mencionados, los celebrados por una Administración pública cuyo objeto sea distinto de los antes citados, los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas, y los celebrados por entidades del sector público que no sean poder adjudicador.
102. Los contratos administrativos se rigen en su preparación, ejecución, efectos y extinción por normas de Derecho administrativo, las contenidas en el Anteproyecto, supletoriamente por el resto de las normas administrativas, y, en su defecto, por las normas de Derecho privado, sin perjuicio de que los contratos administrativos especiales, los que hemos llamado innominados, se rijan, en primer término, por sus normas específicas. El orden jurisdiccional competente para conocer de las controversias que surjan en relación con los mismos es en todo caso el contencioso-administrativo, que recoge el art. 27 del Anteproyecto, reproduciendo el actual art. 21 TRLCSP.
103. En cuanto a los contratos privados están sometidos a las disposiciones del Anteproyecto, como en la actualidad a las contenidas en el TRLCSP, en cuanto a la preparación, es decir, decisión de contratar, autorización de gasto, aprobación de pliegos de cláusulas o bases o criterios de contratación, y adjudicación, y modificación. Sin embargo, sus efectos y extinción se rigen por el Derecho privado, civil o mercantil. Consecuentemente con esta dualidad de regímenes, los actos dictados por la entidad en cuanto a la preparación y adjudicación de estos contratos privados son actos administrativos separables, sometidos, por tanto a la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que, adjudicado y celebrado el contrato, las controversias que surjan entre las partes en torno a su cumplimiento, ejecución, interpretación o extinción corresponden al orden jurisdiccional civil.
104. Si se trata de un contrato celebrado por un poder adjudicador que no sea Administración pública, la jurisdicción contencioso-



administrativa sólo conocerá de los actos de preparación y adjudicación del contrato si está sujeto a regulación armonizada; competencia que se explica en tanto con carácter previo a la vía judicial contra tales actos se habrá de interponer el recurso administrativo especial (a que se refieren los arts. 44 y siguientes del Anteproyecto, y que más adelante se expondrá en este informe) ante el órgano independiente propio de la Administración de tutela de la entidad contratante, de tal modo que ante la jurisdicción contencioso-administrativa se impugnará la resolución administrativa que resuelva dicho recurso.

105. Aunque esta dualidad es técnico-jurídicamente explicable, y no encierra ninguna novedad respecto al régimen vigente, lo cierto es que se base en un criterio un tanto aleatorio de la sujeción del contrato al régimen de regulación armonizada que en muchos casos sólo depende de la cuantía del contrato. Puesto que se trata de contratos del sector público, normalmente financiados con cargo a fondos públicos, cabría replantearse la posibilidad de aplicar el mismo sistema de garantías, con las modulaciones que en atención a la cuantía o importancia del contrato pudieran establecerse, a todos los contratos del sector público, habida cuenta que los principios que rigen esa contratación son los mismos con independencia del tipo y precio del contrato.

4. Régimen de invalidez de los contratos del sector público

106. Con la finalidad de dar cumplimiento a las Directivas europeas, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, introdujo en la entonces vigente de la Ley de Contratos del Sector Público algunos supuestos especiales de nulidad de los actos de preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada principalmente, que podían ejercerse a través de una nueva cuestión de nulidad. Estos supuestos que se recogen con detalle en el art. 37 del texto vigente, comprenden, de forma harto sintética, determinadas irregularidades que impiden a los licitadores interesados defender sus derechos mediante un recurso eficaz y rápido, cuando el contrato se haya adjudicado sin publicar el anuncio de licitación en el DOUE, procediendo éste, que el contrato se haya formalizado sin respetar el plazo para interponer el recurso especial contra los actos de preparación y adjudicación, de modo que el interesado no hubiera



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

podido interponer recurso contra un acto que le impidió obtener la adjudicación, que a pesar de haber sido interpuesto el recurso especial en materia de contratación no se haya respetado el efecto suspensivo de dicho recurso, o que se hayan infringido las reglas de adjudicación de un acuerdo marco o un sistema dinámico de contratación.

107. En estos casos, los interesados pueden conforme, al art. 37 a 39 TRLCSP, interponer, en un plazo de treinta días desde la publicación de la adjudicación del contrato o desde la notificación del rechazo de la candidatura o proposición, o bien en el plazo de seis meses a partir de la formalización del contrato, una cuestión de nulidad ante los mismos órganos que resuelven los recursos especiales regulados en los arts. 40 y sigs., de la misma norma vigente, y que se tramita de forma similar a la prevista para el recurso especial en materia de contratación, si bien no tiene un carácter suspensivo automático.

108. Pues bien, respecto a esta cuestión de nulidad, el Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 449/2010, de 29 de abril de 2010, había puesto de manifiesto la necesidad de precisar su naturaleza, dado que, bien por lo tasado de sus causas, por la previsión de un plazo para su ejercicio, o por sus efectos (que no son absolutos, admitiéndose que la declaración de nulidad sea sustituida por sanciones administrativas), se aproximaba notablemente al régimen de la anulabilidad, y alertó además el órgano consultivo sobre la conveniencia y oportunidad de hacer coincidir los ámbitos materiales de la cuestión de nulidad y del recurso especial, y de aclarar y resolver la compatibilidad entre ambos procedimientos.

109. Estos antecedentes parecen haber calado en el prelegislador, por cuanto en el Anteproyecto, como explican tanto su Exposición de Motivos, como su MAIN, *"del Libro I se suprime la cuestión de nulidad, si bien sus causas podrán hacerse valer a través del recurso especial en materia de contratación"*, que *"presenta carácter obligatorio respecto a la jurisdicción contencioso-administrativa"* y que se podrá interponer contra los contratos especificados en la Ley, siempre que estén sujetos a regulación armonizada, contra los anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, actos de trámite que cumplan los requisitos de la Ley, acuerdos de adjudicación adoptados por poderes adjudicadores, y modificaciones



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

contractuales y encargos a medios propios que cumplan las condiciones de la Ley.

110. Como consecuencia de esta supresión, se han incorporado a las causas de nulidad de derecho administrativo que contempla el art. 39 del Anteproyecto, las recogidas en el vigente art. 32 TRLCSP y los supuestos especiales de nulidad contractual que recoge el art. 37 TRLCSP. A estas causas se ha añadido, sobre la base de lo previsto en el art. 44.c) de la Directiva 2014/23/UE, y en el art. 73.c) de la Directiva 2014/24/UE, como motivo específico de nulidad "*[e]l incumplimiento de normas de Derecho de la Unión Europea en materia de contratación por parte del órgano de contratación, cuando así lo hubiera dictaminado el TJUE en un procedimiento con arreglo al art. 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.*" Ahora bien, el art. 73.c) de la Directiva 2014/24/UE contempla esta causa no como motivo de nulidad sino de rescisión del contrato durante el periodo de su vigencia, de acuerdo con lo dispuesto por el Derecho nacional aplicable, cuando el contrato no hubiera podido 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 TJUE en el procedimiento a que se refiere el art. 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Empero el tenor literal de la Directiva, la incorporación que ha realizado el Anteproyecto de su contenido puede considerarse adecuado y coherente con el resto de las causas y la naturaleza de la nulidad, toda vez que el incumplimiento de las normas citadas, y por tanto la indebida y consecuente adjudicación, puede encerrar un vicio de nulidad que puede equivaler al resto de infracciones mencionadas en el art. 39 del Anteproyecto, por cuanto habrán afectado a las posibilidades de los otros participantes en la licitación.

111. En todo caso, la declaración de nulidad sea en vía administrativa o en vía contencioso-administrativa, especialmente a la vista de las causas vinculadas a la afectación en la adjudicación del contrato y selección del contratista, no impide que el contrato pueda, en muchos casos, haberse ejecutado total o parcialmente, de forma que resulte en cierto modo ineficaz una nueva licitación o la retroacción del expediente. En estos casos el licitador perjudicado tiene derecho a una indemnización como reconoce el art. 2.1.c) de la Directiva 89/665/CEE, y recoge el art. 58 del Anteproyecto que incorpora el contenido del vigente art. 48 TRLCSP. Esta indemnización debe cubrir, como mínimo, según la disposición legal



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

los gastos en que el licitador recurrente incurrió para participar en el procedimiento de adjudicación y para recurrir, en el caso de que se estime el recurso especial. Sin embargo, como ha reclamado la doctrina y admitido la jurisprudencia, esta indemnización deberá incrementarse hasta incluir el lucro cesante si se demuestra que el recurrente debió ser el adjudicatario (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2004, de 1 y 2 de octubre de 2007, de 30 de abril de 2008, de 30 de noviembre de 2011, entre otras). No obstante, toda vez que esta prueba no es posible en todos los casos, y considerando el margen de apreciación con que cuenta la Administración para seleccionar las ofertas, la indemnización correspondiente al lucro cesante también debería reconocerse cuando el recurrente hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato si no se hubiera producido la infracción, aplicándose en estos casos la jurisprudencia de la pérdida de oportunidad como se acepta en otros ordenamientos europeos y en la propia jurisprudencia europea (Sentencia de 20 de septiembre de 2011, *Evropaïki Dynamiki*, ECLI:EU:T:2011:496). En este punto, hubiera sido conveniente que el Anteproyecto en este punto introdujera reglas específicas en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la jurisprudencia europea en lugar de limitarse a remitirse a las reglas contenidas en la legislación vigente aplicable en materia de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de procedimiento administrativo común.

112. Cuando se declara su nulidad, conforme a lo previsto en el art. 42 del Anteproyecto que reproduce el vigente art. 35 TRLCSP, el contrato se extingue y entra en fase de liquidación. A estos efectos, el art. 38 del Anteproyecto establece que los contratos celebrados por los poderes reguladores previstos en esta Ley, incluidos los contratos subvencionados serán inválidos cuando concurren en ellos algunas de las causas que los invalidan según las disposiciones del Derecho civil, cuando lo sea algunos de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación por concurrir en ellos alguna de las causas de derecho administrativo, y en aquellos en los que la invalidez derive de la ilegalidad del clausulado. En conclusión, el régimen previsto en el Anteproyecto no difiere del actualmente vigente que recoge el TRLCSP, si bien corrige algunas de las dudas que el texto vigente plantea al intérprete.
113. De hecho, la primera cuestión que suscita el art. 31 del actual TRLCSP se refiere a la nulidad de los contratos del sector público celebrados por poderes adjudicadores que no son Administración



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

pública no sujetos a regulación armonizada y contratos de entes del sector público que no son poderes adjudicadores. La doctrina venía entendiendo que a éstos había de aplicarse el Derecho privado, reforzando la dualidad de regímenes previstos y de sistemas de garantías. Pues bien, a la vista del art. 38 del Anteproyecto esta interpretación parece haberse confirmado en tanto el precepto citado no se refiere, como el 31 actual, sólo a los contratos celebrados por la Administración pública, sino también a los contratos celebrados por los poderes adjudicadores regulados en esta Ley, pero sigue dejando fuera de su contenido a los contratos celebrados por entidades que no son tampoco poderes adjudicadores, manteniendo, pues, las eventuales dudas interpretativas que pudieran surgir en punto al régimen aplicable. Hubiera sido recomendable que el Anteproyecto tan prolijo y detallado en general hubiera incluido una previsión expresa que eliminase la posible incertidumbre.

114. En cuanto al resto de la regulación de esta materia, el Anteproyecto sigue el esquema del texto vigente. En esa medida, no existe duda de que la nulidad de los actos administrativos de preparación y adjudicación del contrato conlleva la nulidad del contrato mismo, cualquiera que sea su clase. Respecto a estos actos, deben aplicarse los supuestos de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad que recoge la legislación de régimen jurídico del sector público y de procedimiento administrativo común (Anteproyecto en tramitación y ya informados por este Consejo), como prevén los arts. 39.1 y 40 del Anteproyecto objeto de informe. Además el art. 39, siguiendo lo previsto en el art. 32 TRLCSP, añade como causas específicas de nulidad la falta de capacidad de obrar o de solvencia del contratista o que se encuentre incurso en alguna de las prohibiciones de contratar, y la carencia o insuficiencia de crédito presupuestario para suscribir el contrato, salvo en supuestos de emergencia.

115. A estas causas, el Anteproyecto incorpora la falta de publicación del anuncio en el DOUE o en el medio de publicidad que sea efectivo, la inobservancia por el órgano de contratación del plazo de 15 días hábiles para la formalización del contrato, plazo previsto en el art. 151, siempre que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación y que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta. También son causas de nulidad haber llevado a efecto la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

formalización del contrato en los casos en que se hubiera interpuesto el recurso especial en materia de contratación, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial.

116. Como se desprende de la lectura de este precepto y de su comparación con el sistema vigente, el art. 39 ha recogido las causas de nulidad que contiene el art. 32 TRLCSP, y ha sumado a las mismas las causas que se establecen en el art. 37 TRLCSP, para los supuestos especiales de nulidad contractual, como consecuencia de la desaparición de la acción de nulidad.

117. Cuando la causa de nulidad sea propia de Derecho administrativo, la declaración de nulidad seguirá el procedimiento de revisión de oficio a que se refiere el art. 41 del Anteproyecto, que reitera lo previsto en el art. 34 TRLCSP, sin perjuicio de que pueda declararse tal nulidad en vía de recurso administrativo o en vía de recurso judicial, incluido el recurso de lesividad interpuesto por la Administración competente. Esta cuestión no plantea dudas, y no ha sufrido alteración en el Anteproyecto en relación al texto vigente. La peculiaridad se ha planteado en el régimen actualmente aplicable a los actos de preparación y adjudicación que adopten poderes adjudicadores que no sean Administración pública. En estos casos, aunque no se trate de actos administrativos, la doctrina viene considerando que lo procedente es aplicarles el régimen de nulidad de los actos administrativos, habida cuenta que la intención del legislador es administrativizar o reconocer la naturaleza sustancialmente administrativa que se encuentra en tales decisiones en materia de contratación del sector público, con independencia del ente o persona del mismo que las adopte.

118. Pues bien, respecto a esta cuestión debe subrayarse que el Anteproyecto ha puesto fin a la incertidumbre en la medida en que el apartado 2 del art. 41 dedicado a la revisión de oficio estipula que *"[a] los exclusivos efectos de la presente Ley, tendrán la consideración de actos administrativos 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 a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley. La revisión de oficio de dichos actos se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior"*, a saber, de acuerdo con lo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

establecido en la legislación vigente en materia de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común, remisión que debería actualizarse en relación con los dos Anteproyectos que en la actualidad se encuentran en tramitación y que regulan de forma separada ambas materias, ahora recogidas en la Ley 30/1992.

119. De otra parte, el art. 43 del Anteproyecto que reproduce literalmente el art. 36 TRLCSP dispone que la declaración de nulidad por causas reconocidas en el Derecho civil, en cuanto resulten de aplicación a los contratos a que se refiere el art. 38, es decir, los celebrados por entes adjudicadores regulados en esta Ley, se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidos en el ordenamiento civil, pero el procedimiento para hacerlas valer se someterá a lo previsto en los artículos anteriores para los actos y contratos administrativos anulables. A este respecto, debe señalarse que el Anteproyecto ha desperdiciado la oportunidad de aclarar el sentido de este precepto de redacción confusa. No obstante, parece que debe entenderse que en estos casos y cuando el promotor de la acción es el contratista es aplicable el régimen de las reclamaciones administrativas previas al ejercicio de acciones civiles, mientras que en caso de que la Administración pretenda la anulación deberá declarar la lesividad.

120. La declaración de nulidad de los actos preparatorios o de la adjudicación implica que el contrato entra en fase de liquidación, debiendo las partes a proceder recíprocamente a la restitución de las cosas que hubieran sido recibidas y, si es posible, su valor, con obligación de la parte que resulte culpable a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la parte contraria (art. 42 del Anteproyecto). Por su parte la nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias, previsión que es trasunto del art. 35.2 TRLCSP, y que mantiene como el texto vigente idéntica redacción, y puede aplicarse en supuestos de nulidad de una simple cláusula contractual que no afecte a todo el contrato, o de actos concretos dictados en ejecución del contrato, de modificación, interpretación o resolución del contrato, en los que los efectos de la declaración pueden ser diferentes según las circunstancias del caso. De hecho, el art. 42.3 del Anteproyecto, al igual que el correspondiente art. 35.3 TRLCSP, permite, en atención a la necesidad de atender prioritariamente a los intereses públicos, que se disponga en la declaración de nulidad la continuidad del contrato bajo las mismas cláusulas, cuando de no actuarse así, se producirían



trastornos graves al servicio o interés público. No obstante, esta posibilidad se trata de un remedio transitorio ("*hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio*") y no de un precepto que permita a la Administración eludir las consecuencias de una declaración de nulidad.

5. El recurso especial en materia de contratación

121. La importancia de la contratación en el volumen económico, la complejidad de la materia, y fundamentalmente la necesidad de acceder a la tutela de forma inmediata y decisiva en este sector, dado que si un contrato adjudicado ilegalmente se ejecuta es muy difícil reparar el daño dando satisfacción al perjudicado por los medios habituales, son algunas de las razones por las que el Derecho europeo de la contratación pública considere el derecho a interponer un recurso útil y eficaz contra las decisiones de los poderes adjudicadores relativas a la adjudicación de los contratos una garantía imprescindible. Así lo previó ya la Directiva 89/665/CEE, objeto de sustancial modificación por la Directiva 2007/66/CE, y lo exige la jurisprudencia del TJUE [Sentencias de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria (ECLI:EU:C:1999:534), de 12 de octubre de 2002, Universale Bau (ECLI:EU:C:2002:746), de 23 de enero de 2003, Michaniki (ECLI:EU:C:2003:47), de 23 de diciembre de 2009 y de 28 de enero de 2010, Comisión contra Irlanda (ECLI:EU:C:2009:809, y ECLI:EU:C:2010:46, respectivamente], que ha ido precisando los requisitos de los recursos sean judiciales o administrativos. De hecho, el Tribunal de Justicia ha condenado a España de forma reiterada (Sentencias de 15 de mayo de 2003, asunto C-214/00, ECLI:EU:C:2003:282, y de 3 de abril de 2008, C-444/06, ECLI:EU:C:2008:190, ambas de la Comisión contra España), al considerar que nuestra legislación incumplía los parámetros de garantía europeos, estimando insuficientes la regulación de los medios de impugnación de la contratación pública. Lo anterior llevó a introducir en nuestro ordenamiento un medio especial de impugnación en materia de contratación pública, primero en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, modificada a instancias de la Comisión Europea, por la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

122. Este recurso especial, previsto en los arts. 40 a 49 del vigente TRLCSP, sustituye a los recursos administrativos ordinarios de alzada y reposición, pero sólo se aplica respecto de los contratos sujetos a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

regulación armonizada, inclusive los subvencionados, y algunos contratos de servicios de cuantía igual o superior a 200.000 €, y a los contratos de gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 € y su duración superior a cinco años. Lo anterior implica que no pueda ser utilizado en numerosos casos, en los que habrá que recurrir a la interposición de los recursos administrativos ordinarios previstos en la legislación aplicable en materia de procedimiento administrativo común (hoy, la vigente Ley 30/1992), o el recurso contencioso-administrativo (art. 40 del TRLCSP). El recurso especial es potestativo (art. 40.6 TRLCSP), pudiendo el interesado optar por acudir directamente a la vía jurisdiccional.

123. Este régimen ha sufrido alguna modificación que conviene señalar. De una parte, el Anteproyecto cambia la naturaleza del recurso especial que pasa de ser potestativo en el texto vigente (art. 40.6 TRLCSP), a ser "*requisito imprescindible para interponer el recurso contencioso-administrativo*", en el art. 44.6 del Anteproyecto, acercándose así a la regla habitual que rige los recursos administrativos ordinarios. Este cambio de la naturaleza del recurso, si bien puede retrasar el acceso a la vía judicial, permite una resolución administrativa a cargo de un órgano administrativo independiente que goza de las garantías que exige la norma europea, que puede ser más rápida que el procedimiento jurisdiccional y que sigue un procedimiento en el que es posible obtener una tutela cautelar, de acuerdo con el art. 43 49 del Anteproyecto, que recupera el vigente art. 43 TRLCSP, como exige el Derecho europeo, y que conlleva, por imposición del art. 53 del Anteproyecto (actual art. 45 TRLCSP), la suspensión de la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en los casos de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Es en todo caso una opción del prelegislador, que no explica la Exposición de Motivos, ni tampoco la MAIN del Anteproyecto.

124. De otra, por lo que se refiere al objeto del recurso, no hay una reforma sustancial en cuanto a los contratos que pueden ser susceptibles de recurso especial más allá de su redacción y sistemática y de su actualización. No ocurre así con las actuaciones que pueden ser objeto del mismo. El Anteproyecto, en su art. 44.2.d), incluye, como actuaciones susceptibles de ser impugnadas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

por esta vía, las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo previsto en los arts. 202 y 203 de la Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de nueva adjudicación, y los encargos a medios propios que no cumplan los requisitos legales. Esta ampliación viene a corregir una limitación del texto vigente que había sido señalada por la doctrina al considerar la misma una excepción injustificable, sin embargo, sigue quedando un margen considerable de contratos que pueden quedar fuera de este recurso, debiendo acudir a los medios de impugnación ordinarios, administrativos y jurisdiccionales, que prevé la legislación aplicable, como dispone expresamente el art. 44.5, segundo párrafo del Anteproyecto, recogiendo el contenido del vigente art. 40.5, segundo párrafo TRLCSP.

125. El sistema diseñado por el Anteproyecto sigue el estructurado en el texto vigente, manteniendo que puedan ser objeto del recurso los contratos y las actuaciones reseñadas que pretendan concertar no sólo las Administraciones públicas, sino también el resto de entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores, aunque tengan naturaleza jurídico-privada. Lo anterior implica que la interposición de este recurso administrativo especial deriva necesariamente en la adopción de un acto administrativo de resolución que puede ser objeto de recurso en vía jurisdiccional contencioso-administrativa. Un acto que, habida cuenta el carácter obligatorio con el que el Anteproyecto configura ahora a este recurso especial, ha de existir necesariamente, corrigiendo, pues, la duda que planteaba la posibilidad real de optar por la vía administrativa o ir directamente a la jurisdiccional que establece el texto vigente cuando el contrato a celebrar o la actuación a impugnar correspondían a un poder adjudicador que no era Administración pública, permitiendo así residenciar en la jurisdicción contencioso-administrativa indirectamente decisiones de este tipo de entidades.

126. En cuanto a la legitimación para interponer el recurso, el art. 48 del Anteproyecto, que reproduce el actual art. 42 TRLCSP, reconoce legitimación no sólo a los licitadores sino también a cuantos se vean o puedan verse perjudicados o afectados en sus derechos o intereses legítimos por el acto recurrido. Se trata de una precisión importante en cuanto permite recurrir un pliego de cláusulas a quien no ha participado en la licitación por considerarlo discriminatorio (Sentencias de Tribunal Constitucional 119/2008 y 144/2008). De hecho, la jurisprudencia así como la práctica de los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

tribunales administrativos que resuelven estos recursos especiales admite la legitimación para recurrir contra las convocatorias o anuncios y pliegos a asociaciones o entidades representativas de intereses profesionales o económicos (así, en relación con los Colegios Profesionales las Sentencias del Tribunal Constitucional 38 y 67/2010).

127. De este recurso conoce un órgano administrativo especializado y dotado de plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias, que en el ámbito de la Administración General del Estado se denomina *Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales* (art. 45 del Anteproyecto (que se corresponde con el actual art. 41 TRLCSP), cuyo presidente y vocales son funcionarios de carrera, licenciados o graduados en Derecho, con al menos quince años de experiencia profesional preferentemente en Derecho administrativo de la contratación pública. En garantía de independencia son nombrados por un periodo de seis años, no renovable, inamovibles durante su mandato, salvo por las causas tasadas que establece la Ley. Equivalente a este órgano estatal, las Comunidades Autónomas podrán crear sus propios órganos, para conocer del mismo tipo de recursos contra los actos de preparación y adjudicación de contratos de su misma Administración y de los poderes adjudicadores dependientes de la misma, así como de las Corporaciones locales de su territorio, siguiendo el esquema de independencia funcional y garantías de sus miembros que el modelo estatal.
128. En cuanto al procedimiento sí se han introducido novedades. En primer término, desaparece la obligación de anunciarlo previamente ante el órgano de contratación, especificando el acto que vaya a ser recurrido, que impone el vigente art. 44.1 TRLCSP. En segundo lugar, se detalla el momento en que comenzará el cómputo del plazo para la interposición del recurso; modificación que es especialmente relevante por cuanto ha planteado problemas interpretativos y dado lugar a resoluciones contradictorias, si bien la doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales ha sido proclive a la admisión de recursos realizando una interpretación extensiva del art. 44.1 TRLCSP.
129. Significativas en esta materia han sido las resoluciones dictadas en relación con la determinación del comienzo del cómputo del plazo cuando se pretendía impugnar el contenido de los pliegos:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

así, en un primer momento hubo dudas y vacilaciones en cuanto a cual debiera considerarse el *dies a quo*, llegando incluso en algún caso a estimarse que tal momento coincidía con la publicación de los pliegos en el perfil de contratante. Sin embargo, por elementales razones de seguridad jurídica y de evitación de la indefensión, posteriormente, se ha consolidado una doctrina que ya es pacífica y reiterada en los órganos y tribunales administrativos en materia de contratación. De acuerdo con dicha doctrina, cuando el acceso a los pliegos se realiza por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, a través del perfil de contratante, y no conste notificación expresa al recurrente por razones de seguridad jurídica debe entenderse que el plazo de interposición del recurso no puede comenzar a computarse sino a partir del día hábil siguiente a la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores, puesto que desde ese momento no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos.

130. Así se han pronunciado varios Órganos Administrativos de Resoluciones Contractuales, entre otras, en las Resoluciones del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi 78/2012, de 3 de octubre de 2012 (expediente EB 2012/037), 46/2012 de 18 de mayo (expediente EB 2011/055) y 11/2014 de 7 de febrero de 2014 (expediente EB 118 y 119/2013) en las que, tras indicar la necesidad de distinguir si el acceso a los pliegos se realiza por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, o se facilita por otros medios, viene admitiendo la presentación del recurso más allá de los 15 días hábiles a la publicación de los pliegos en el perfil de contratante.

131. También el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco viene aplicando esta doctrina comúnmente aceptada, que obedece a razones de lógica innegable con el objetivo de preservar la seguridad jurídica, de que si los pliegos no han sido remitidos al recurrente de manera expresa o no existe constancia de la fecha del acceso a la documentaciones expuestas en el perfil del contratante, el *dies a quo* para la interposición de los recursos es el día hábil siguiente a la fecha de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no puede alegarse desconocimiento del contenido de los mismos cuando los pliegos han podido obtenerse por medios electrónicos. Este, en su Sentencia de 28 de octubre de 2013, rec. 416/2012, sección 1ª, en un supuesto en el que no constaba acreditado en el expediente administrativo el momento en que el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

recurrente tuvo acceso a los pliegos, estableció que *"la solución será la de considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos."*

132. No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 30 de octubre de 2013 (en adelante, SAN de 30 de octubre de 2013), parece cambiar el criterio: según la doctrina establecida en este pronunciamiento, el *dies a quo* para interponer el recurso especial habría de computarse desde el momento de la última de las publicaciones en los boletines oficiales. La propia Audiencia Nacional, en su Sentencia de 11 de marzo de 2015, ha vuelto sobre la de 30 de octubre de 2013 en un asunto en el que la cuestión a resolver era si el plazo para la presentación del escrito de interposición del recurso especial en materia de contratación debía ser la fecha de la publicación del anuncio de la convocatoria en el DOUE (14 de febrero de 2014), tesis de la resolución del TACRC recurrida y que la Audiencia anula, o bien debía ser la fecha de publicación de dicho anuncio en el BOE (18 de febrero de 2014).

133. Pues bien, el Anteproyecto en esta materia detalla de forma pormenorizada el momento en que comenzará el cómputo del plazo de 15 días hábiles que establece el art. 50 del Anteproyecto, según el acto objeto de recurso, conforme al siguiente esquema:

"a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en éste se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquél en que se le hayan entregado al interesado los mismos o éste haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.



En el caso del procedimiento negociado sin publicidad el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 de la presente Ley, los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente.

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.

c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado ésta de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.

e) Cuando el recurso se interponga en relación con alguna modificación basada 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, desde el día siguiente a aquél en que se haya publicado en el perfil de contratante.

f) Cuando el recurso se interponga contra un encargo a medio propio por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 32 de la presente Ley, desde el día siguiente a aquél en que se haya publicado en el perfil de contratante.

g) En todos los demás casos, el plazo comenzará a contar desde el día siguiente al de la notificación realizada de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional decimoquinta.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el recurso se funde en alguna de las causas de nulidad previstas en el apartado 2, letras c), d), e) o f) del artículo 39, el plazo de interposición será el siguiente:

a) Treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en esta Ley, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

forma legal la convocatoria de la licitación o desde la notificación a los candidatos o licitadores afectados, de 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.

b) En los restantes casos, antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato.”

134. En cuanto a los efectos de la interposición del recurso, el art. 53 del Anteproyecto sigue la regla de la suspensión de la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación que establece el actual art. 45 TRLCSP, si bien introduce una excepción en los supuestos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Esta suspensión se puede levantar o mantener por el órgano que resuelve el recurso, antes de resolver y tras las alegaciones de las partes, entendiéndose que se mantiene hasta que no haya resolución expresa acordando el levantamiento. Este efecto suspensivo no se produce cuando el acto recurrido es un acto previo, si bien no resulta necesario a la vista de la brevedad con que el recurso ha de resolverse, y porque siempre pueden solicitarse medidas provisionales, así como por la posibilidad de impugnar en todo caso el acto de liquidación aunque previamente se haya impugnado otro trámite en el expediente. El procedimiento, como el vigente, sigue los términos habituales de un procedimiento de impugnación contradictorio, si bien con plazos mucho más breves.

135. El órgano, en su resolución que ha de ser motivada, puede estimar total o parcialmente el recurso, desestimarlos, o declarar su inadmisión. La resolución será, en todo caso, congruente con la petición aducida y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptada durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliego, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la adjudicación o la licitación, y, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. En todo caso, la estimación que suponga la anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de análoga naturaleza, determinará, en su caso, la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación. La resolución puede imponer a la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

entidad contratante la obligación de indemnizar al interesado y a petición de éste por los perjuicios derivados de la actuación ilegal recurrida, que serán los gastos de preparación de la oferta y participación en el procedimiento (art. 58 del Anteproyecto que recoge el contenido del actual art. 48 TRLCSP). Recuérdesse a este respecto lo ya expuesto sobre la eventual extensión de la indemnización al lucro cesante. Así mismo, la resolución debe acordar el levantamiento de la suspensión y de las medidas cautelares que hubieran sido acordadas, y cabe imponer multa al recurrente si se apreciare temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

136. Tampoco se introducen novedades por el Anteproyecto en la regulación de la solicitud y adopción de medidas cautelares previas a la interposición del recurso especial, salvo en un aspecto. El texto vigente, el art. 43.4 TRLCSP dispone que la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados. Sin embargo, el texto propuesto en el art. 49.4 admite la posibilidad de que el órgano administrativo acuerde lo contrario, es decir, que sí quede afectado el plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados; disposición que es más acorde con el sentido de la petición de la medida cautelar de suspensión cuando el acto recurrido se dirige frente a los anuncios de licitación, o las ofertas de contratación, y que pueden evitar eventuales perjuicios del interesado. Por lo demás, las medidas cautelares solicitadas y adoptadas decaen si no se interpone el recurso. La solicitud de estas medidas debe resolverse en un plazo de cinco días, previa audiencia del órgano de contratación, sin que quepa formular recurso contra esta resolución. La adopción de medidas cautelares puede condicionarse a la constitución de una caución o garantía cuando de su aprobación pueda derivar en perjuicios de cualquier naturaleza, de forma que las medidas adoptadas no producirán efecto hasta que dicha caución o garantía haya sido constituida. La resolución de este tipo de recursos especial agota la vía administrativa y sólo puede ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso si se refieren a contratos adjudicados por sociedades o fundaciones del sector público como ha sostenido la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012.



VI. CONCLUSIONES

Primera.- De la descripción que el art. 1 del Anteproyecto hace de su objeto se desprende que gran parte de su contenido excede de las materias que el art. 561.1 LOPJ contempla como atributivas de la competencia consultiva de este órgano constitucional. De ahí que el oficio remitido por el Ministerio de Justicia a este Consejo, aunque no ciña el objeto de informe a los preceptos determinados, invoque el apartado 6 del citado art. 561 para r informe de este órgano, circunscribiendo así el ámbito de dicho informe al que se corresponde con el contenido del Anteproyecto que afecta a las *"[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales"* (apartado 6 del art. 561.1 LOPJ).

Con estos parámetros y en atención al deber de colaboración que cumple a este órgano, y dado el sentido con que este Consejo entiende que debe ejercer su competencia consultiva, el informe requerido analiza los aspectos relativos al objeto y ámbito de aplicación del Anteproyecto, singularmente por cuanto se refiere a la delimitación de su ámbito subjetivo, en el que expresamente se encuentra incluido este Consejo, los principios generales de la contratación, la libertad de pactos y el contenido mínimo del contrato, las prohibiciones de contratar, el régimen de invalidez y el recurso especial en materia de contratación.

Segunda.- Empero lo anterior, esta delimitación del objeto del informe no ha de impedir, que este órgano constitucional, en el marco de la colaboración entre instituciones, efectúe una valoración acerca de la técnica legislativa empleada por el prelegislador para llevar a cabo la incorporación al ordenamiento interno de las Directivas europeas objeto de transposición, y, en suma, sobre el cumplimiento de la obligación normativa impuesta por las autoridades legislativas de la Unión Europea. Desde este prisma, cabe cuestionar la necesidad de una nueva Ley que sustituya al vigente Texto Refundido, sobre la base, comúnmente aceptada, de mantener una norma completa y general y normativa diferenciada para los llamados sectores especiales, excluidos de la norma general. Pues, si bien, no parece adecuado, incorporar separadamente las Directivas 2014/23 y 2014/24, cuando ambas se han de proyectar sobre los contratos del sector público en su globalidad, es discutible que el objetivo de incorporar las previsiones de las normas europeas al ordenamiento interno e incluso introducir las mejoras técnicas consideradas adecuadas por el prelegislador no pueda cumplirse mediante las modificaciones que fueren precisas en el texto vigente, sin necesidad de elaborar de nuevo uno completo, máxime cuando



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

el texto proyectado responde al esquema general de la Ley vigente, prescindiendo de la estructura de la Directiva, lo que exige un mayor rigor en la transposición de las normas europeas, habida cuenta de la especial vigilancia que la Comisión Europea despliega para controlar la incorporación del ordenamiento europeo sobre contratación pública.

De otra parte, desde esta misma perspectiva de técnica legislativa, el texto presentado a informe es largo, complejo, con preceptos demasiado extensos y continuas remisiones bien a otros preceptos del mismo Anteproyecto, bien a legislación general o específica complementaria, que, de otra parte, habría que actualizar, bien a otras normas europeas. Pues bien, aun reconociendo que la extensión y complejidad de la materia, dificulta, cuando no impide, una redacción más estructurada y con artículos más cortos por tener el mismo objeto, sería recomendable, para facilitar la interpretación y aplicación de la norma, que se incluyese, bien en el texto articulado, bien en un Anexo, un glosario de términos, que definiesen el alcance y significado de algunos conceptos, sin tener, por ello, que incorporarlo en los preceptos correspondientes, y que recogiesen los conceptos de las normas europeas a que se remite el Anteproyecto en diferentes ocasiones.

Tercera.- Dicho lo anterior, y respetando la opción del prelegislador, sin perjuicio de consideraciones posteriores al analizar el contenido del articulado en las materias sobre las que se extiende la competencia consultiva de este Consejo, el Anteproyecto que se informa lleva a cabo una adecuada incorporación de las normas europeas y permite, por tanto, la consecución de sus objetivos y finalidades. Debe destacarse el esfuerzo del prelegislador por trasladar de forma fiel los principios y normas de las Directivas, y de integrar en un solo texto normativo sus disposiciones, diferenciando aquellas relativas a los contratos de concesión que vienen referidas a las actividades de los sectores excluidos que se incorporan en el Anteproyecto que de forma paralela se ha enviado a informe de este órgano y al que antes se ha aludido, y dejando las restantes para su incorporación en el texto que se examina de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

Cuarta.- Como ha sostenido la doctrina, la primera cuestión compleja y controvertida que plantea el vigente Texto Refundido y que se mantiene en el Anteproyecto que se informa atañe a su ámbito de aplicación. Uno de los objetivos que guiaron el texto vigente, siguiendo la legislación europea, fue ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, con la vocación clara de evitar que el recurso a entes instrumentales



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

del sector público, como las sociedades y las fundaciones, permitiese escapar del régimen público de contratación y de sus exigencias. Esta finalidad se mantiene en el actual Anteproyecto, que sigue la misma tónica, con escasas modificaciones respecto al art. 3 del TRLCSP. La mayor novedad se encuentra en la inclusión dentro del ámbito subjetivo de la Ley de los partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos que se recoge en el art. 3.4 del Anteproyecto, así como en la también sujeción a esta Ley que recoge el párrafo siguiente del mismo precepto, en relación con las Corporaciones de Derecho Público cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con lo establecido en el art. 3.3.d), es decir, 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 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.

Quinta.- El art. 3 del Anteproyecto, siguiendo el mismo precepto del texto vigente, contempla tres círculos para determinar el ámbito subjetivo de aplicación de la norma:

i) el más amplio, el recogido en el apartado 1, enuncia las entidades que conforman, a efectos de esta Ley, el sector público, incluyendo no sólo las Administraciones y otros entes y organismos de Derecho Público, como los organismos autónomos, las entidades gestoras de la Seguridad Social, las entidades públicas empresariales, agencias y otras entidades semejantes, sino también las sociedades mercantiles con participación mayoritaria, directa o indirecta, de otras entidades públicas y del sector público, los consorcios, las fundaciones del sector público, las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, y los órganos competentes de los órganos constitucionales, entre ellos, este Consejo, y como cláusula de cierre, cualquier entidad con personalidad jurídica propia que puedan ser calificados como poderes adjudicadores de acuerdo con la normativa europea y con el propio Anteproyecto, y las asociaciones constituidas por cualquier ente del sector público;

ii) el segundo círculo viene constituido por aquellas entidades del sector público que, a efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas y que engloba las Administraciones territoriales, los organismos autónomos, las Universidades públicas, las Agencias



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

estatales y otras 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, las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación, los consorcios y otras entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o poderes adjudicadores, o dependientes de los mismos, y así mismo tienen esa condición a estos efectos, los órganos competentes de los órganos constitucionales, estando nueva y expresamente incluido el Consejo General del Poder Judicial; órganos constitucionales a los que es aplicable el régimen de contratación y gestión patrimonial de las Administraciones públicas, como expresamente señala el art. 639 LOPJ, para este Consejo General del Poder Judicial, señalando a la Comisión Permanente como órgano de contratación, que recientemente ha delegado esas funciones en el Secretario General del órgano.

iii) el tercer nivel de aplicabilidad del Anteproyecto es el constituido por los poderes adjudicadores, denominación que se toma del Derecho europeo y que engloba a las Administraciones públicas, las 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 carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedido por tales entidades, las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, y todas aquellas entidades del sector público que tengan personalidad jurídica propia, hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y que otro poder adjudicador, bien financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión o nombre a más de la mitad los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Sexta.- Sólo a las Administraciones Públicas en el sentido de la Ley se les aplica el conjunto de la regulación del Anteproyecto, ámbito de aplicabilidad en el que está incluido este Consejo, a los poderes adjudicadores que no son Administración Pública se les aplica también el grueso de la Ley, como establece el art. 315 del Anteproyecto que recupera lo previsto en el art. 189 TRLCSP, con algunas diferencias en cuanto a los contratos sujetos a regulación armonizada, la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada y las condiciones de pago de los contratos, y por lo que se refiere a las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, una minoría en todo caso, solo se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

aplican determinadas disposiciones generales de la Ley sobre el régimen de contratación y normas más específicas y flexibles sobre preparación y adjudicación (art. 319 del Anteproyecto que recoge el sentido del art. 192 TRLCSP), dirigidas a garantizar la observancia de los principios de igualdad, libre concurrencia y transparencia.

Séptima.- Como se ha dicho, la mayor novedad que introduce el Anteproyecto en este punto radica en la inclusión en su ámbito subjetivo a los partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales, y fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de los anteriores, cuando cualquiera de ellas cumpla con los requisitos para ser poder adjudicador, es decir, tengan personalidad jurídica propia, hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y otro poder adjudicador, bien financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión o nombre a más de la mitad los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. Indudablemente, en este caso, la condición que justifica esta aplicación de la norma de contratos del sector público es la existencia de financiación pública para estas entidades, puesto que reúnen los otros dos primeros requisitos. No obstante, no se trata de una aplicación completa, sino limitada a los contratos sujetos a regulación armonizada, a los que, además, se aplicará no el régimen general sino el establecido en el Título I del Libro Tercero del Anteproyecto para los contratos de los poderes adjudicadores que no posean la naturaleza de Administraciones Públicas.

Esta inclusión de los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales y fundaciones y asociaciones vinculadas a los mismos no viene impuesta por la Directiva 2014/24/UE, aunque tampoco impedida. Lo que excluye la citada Directiva de su ámbito de aplicación, art. 10.k), son los servicios relacionados con campañas políticas, cuando son adjudicados por un partido político en el contexto de una campaña electoral. Esta limitación que se encuentra en la Directiva también se recoge en el Anteproyecto por cuanto el art. 10.6 excluye de su ámbito de aplicación los contratos que tengan por objeto servicios relacionados con campañas políticas, cuando sean adjudicados por un partido político en el contexto de una campaña electoral. El precepto reproduce el art. 10.j) de la Directiva 2014/24/UE y el art. 10.8.h) de la Directiva 2014/23/UE.

Octava.- Aunque el Anteproyecto no contiene un precepto dedicado a enunciar los principios que rigen la contratación pública, éstos pueden deducirse de su articulado.



i) El primer principio que cabe deducir del Anteproyecto es el de la *necesidad e idoneidad del contrato* que establece el art. 28 del mismo, reiterando el actual art. 22 TRLCSP, y que impide a las entidades del sector público celebrar otros contratos que los que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales, exigiendo que el objeto y contenido del contrato sea el idóneo para satisfacer las necesidades que se pretenden cubrir, imponiéndose, en consecuencia, la obligación de dejar constancia precisa en la documentación preparatoria de la naturaleza y extensión de las necesidades que justifican el contrato.

ii) En segundo lugar, cabe destacar el principio de *libertad de pactos* contemplado en el art. 34 del Anteproyecto, trasunto del vigente art. 25 TRLCSP, que prevé que en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración; condición se fundamenta en el carácter propio de la Administración y del sector público en cuanto ésta no actúa en función de la autonomía de la voluntad, sino vinculada por su fin institucional sirviendo con objetividad, por imposición constitucional (art. 103.1 CE) los intereses generales. Este principio de libertad de pactos no impide que la ley establezca un *contenido mínimo del contrato*, el recogido en el art. 35 del Anteproyecto, que reproduce el art. 26 TRLCSP, ni que se establezca la prohibición de incluir en el documento contractual estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato, ni que la Ley establezca prohibiciones para la contratación con los contratistas que se hayan incurrido en alguna de ellas.

iv) Principio fundamental en la contratación pública, que guarda además conexión con las libertades de circulación de mercancías y de establecimiento y prestación de servicios que garantizan los Tratados de la Unión Europea, y que son eje fundamental de las Directivas europeas en la materia, son los principios de *igualdad y transparencia*, que exigen una licitación pública o adjudicación de contratos mediante procedimientos en concurrencia, resueltos aplicando criterios objetivos y razonables, proporcionados al objeto del contrato, sin que en ningún caso puedan considerarse criterios que, directa o indirectamente, impliquen discriminación o favoritismo por cualquier condición subjetiva, incluida la nacionalidad. Estos principios se recogen expresamente en el art 132 del Anteproyecto, equivalente al vigente art. 139 TRLCSP.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

v) Este principio de publicidad y transparencia es compatible con el principio de *confidencialidad* que recoge el art. 133 del Anteproyecto (vigente art. 140 TRLCSP), y que impide a los órganos de contratación divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. La confidencialidad cumple también al contratista que deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con motivo de la ejecución del contrato a la que se haya dada tal carácter en los pliegos o el contrato, o que por su naturaleza deba ser tenida como tal; deber que se mantendrá durante un plazo de cinco años desde su conocimiento, salvo que los pliegos o el contrato dispongan otro mayor.

vi) En conexión con la integridad y con el principio de igualdad de trato y no discriminación se encuentran las exclusiones o *prohibiciones de contratar* que establece el art. 71 del Anteproyecto, reflejo del art. 60 TRLCSP, incorporando lo previsto en el art. 57 de la Directiva 2014/24/UE, y el art. 38, apartados 4 a 10 de la Directiva 2014/23/UE. La trasposición realizada puede considerarse correcta. De hecho, el precepto indicado del Anteproyecto no ofrece novedades sustantivas respecto al vigente, ni en la tipificación de las conductas, ni en cuanto al procedimiento para su apreciación y efectos. En principio todas las personas físicas o jurídicas son aptas para contratar con el sector público, si bien la Ley, tanto el Anteproyecto como el texto vigente y la normativa europea imponen que dichas personas acrediten su solvencia económica, financiera, técnica o profesional o estar debidamente clasificadas cuando así lo requiera la ley, y no encontrarse incursas en una prohibición de contratar. Estas causas, que impiden adjudicar un contrato del sector público a determinadas personas o empresas, en tanto suponen una restricción al ejercicio de sus derechos, debe estar previstas en una ley, requisito que se cumple en nuestro caso, y establecerse por causa justificada, en este caso, atendiendo a los considerandos de la Directiva 2014/24/UE se pretende asegurar la moral de esas personas excluyéndolas de la contratación cuando han cometido determinado tipo de delitos, que, entre otros, incluyen el terrorismo, trata de seres humanos, corrupción, tráfico de influencias, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, pero también buscando asegurar su fiabilidad en el ámbito económico, técnico y profesional.

Novena.- Nuestra regulación, tanto la vigente como la proyectada, que sigue de forma fiel las previsiones europeas al respecto incluye las prohibiciones relativas a una multiplicidad de tipos delictivos, que se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

corresponden con los recogidos en la Directiva de referencia, si bien, habría de reconsiderarse si los tipos que se incluyen se corresponden con la identificación con tipos penales de forma precisa e indubitada tal y como aparecen tipificados en el Código penal. La Directiva define estos tipos bien por remisión a otras normas europeas, bien por remisión al tipo nacional. Desde esta perspectiva, la trasposición parece correcta, si bien dadas las últimas reforma en el Código penal sería conveniente comprobar que los tipos delictivos se identifican adecuadamente, habida cuenta que se mantiene la regulación de las prohibiciones de contratar que prevé el TRLCSP en este ámbito. Por lo demás, se exige que la condena se haya dictado en sentencia firme.

Décima.- El art. 24 del Anteproyecto retoma la distinción clásica en nuestra legislación entre contratos administrativos y contratos privados, todos ellos del sector público, siguiendo lo establecido en el art. 18 TRLCSP. Los contratos administrativos se rigen en su preparación, ejecución, efectos y extinción por normas de Derecho administrativo, las contenidas en el Anteproyecto, supletoriamente por el resto de las normas administrativas, y, en su defecto, por las normas de Derecho privado, sin perjuicio de que los contratos administrativos especiales, los que hemos llamado innominados, se rijan, en primer término, por sus normas específicas. El orden jurisdiccional competente para conocer de las controversias que surjan en relación con los mismos es en todo caso el contencioso-administrativo, que recoge el art. 27 del Anteproyecto, reproduciendo el actual art. 21 TRLCSP. En cuanto a los contratos privados están sometidos a las disposiciones del Anteproyecto, como en la actualidad a las contenidas en el TRLCSP, en cuanto a la preparación, es decir, decisión de contratar, autorización de gasto, aprobación de pliegos de cláusulas o bases o criterios de contratación, y adjudicación, y modificación. Sin embargo, sus efectos y extinción se rigen por el Derecho privado, civil o mercantil. Consecuentemente con esta dualidad de regímenes, los actos dictados por la entidad en cuanto a la preparación y adjudicación de estos contratos privados son actos administrativos separables, sometidos, por tanto a la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que, adjudicado y celebrado el contrato, las controversias que surjan entre las partes en torno a su cumplimiento, ejecución interpretación o extinción corresponden al orden jurisdiccional civil.

Décimo primera.- Cuando se trate de un contrato celebrado por un ente público que no sea Administración pública, la jurisdicción contencioso-administrativa sólo conocerá de los actos de preparación y adjudicación del



contrato si está sujeto a regulación armonizada; competencia que se explica en tanto con carácter previo a la vía judicial contra tales actos se habrá de interponer el recurso administrativo especial (a que se refieren los arts. 44 y siguientes del Anteproyecto, y que más adelante se expondrá en este informe) ante el órgano independiente propio de la Administración de tutela de la entidad contratante, de tal modo que ante la jurisdicción contencioso-administrativa se impugnará la resolución administrativa que resuelva dicho recurso. Aunque esta dualidad es técnico-jurídicamente explicable, y no encierra ninguna novedad respecto al régimen vigente, lo cierto es que se base en un criterio un tanto aleatorio de la sujeción del contrato al régimen de regulación armonizada que en muchos casos sólo depende de la cuantía del contrato. Puesto que se trata de contratos del sector público, normalmente financiados con cargo a fondos públicos, cabría replantearse la posibilidad de aplicar el mismo sistema de garantías, con las modulaciones que en atención a la cuantía o importancia del contrato pudieran establecerse, a todos los contratos del sector público, habida cuenta que los principios que rigen esa contratación son los mismos con independencia del tipo y precio del contrato.

Décimo segunda.- El Anteproyecto suprime la cuestión de nulidad, introducida en nuestro ordenamiento con la finalidad de dar cumplimiento a las Directivas europea, por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Como consecuencia de esta supresión, se han incorporado a las causas de nulidad de derecho administrativo que contempla el art. 39 del Anteproyecto, las recogidas en el vigente art. 32 TRLCSP y los supuestos especiales de nulidad contractual que recoge el art. 37 TRLCSP. A estas causas se ha añadido, sobre la base de lo previsto en el art. 44.c) de la Directiva 2014/23/UE, y en el art. 73.c) de la Directiva 2014/24/UE, como motivo específico de nulidad "*[e]l incumplimiento de normas de Derecho de la Unión Europea en materia de contratación por parte del órgano de contratación, cuando así lo hubiera dictaminado el TJUE en un procedimiento con arreglo al art. 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.*" Ahora bien, el art. 73.c) de la Directiva 2014/24/UE contempla esta causa no como motivo de nulidad sino de rescisión del contrato. No obstante el tenor literal de la Directiva, la incorporación que ha realizado el Anteproyecto de su contenido puede considerarse adecuado y coherente con el resto de las causas y la naturaleza de la nulidad, toda vez que el incumplimiento de las normas citadas, y por tanto la indebida y consecuente adjudicación, puede encerrar un vicio de nulidad que puede equivaler al resto de infracciones mencionadas en el art. 39 del Anteproyecto, por cuanto habrán afectado a las posibilidades de los otros participantes en la licitación.



Décimo tercera.- En todo caso, la declaración de nulidad sea en vía administrativa o en vía contencioso-administrativa, no impide que el contrato pueda, en muchos casos, haberse ejecutado total o parcialmente, de forma que resulte en cierto modo ineficaz una nueva licitación o la retroacción del expediente. En estos casos el licitador perjudicado tiene derecho a una indemnización como reconoce el art. 2.1.c) de la Directiva 89/665/CEE, y recoge el art. 58 del Anteproyecto que incorpora el contenido del vigente art. 48 TRLCSP. Esta indemnización debe cubrir, como mínimo, según la disposición legal los gastos en que el licitador recurrente incurrió para participar en el procedimiento de adjudicación y para recurrir, en el caso de que se estime el recurso especial. Sin embargo, como ha reclamado la doctrina y admitido la jurisprudencia, esta indemnización deberá incrementarse hasta incluir el lucro cesante si se demuestra que el recurrente debió ser el adjudicatario. No obstante, toda vez que esta prueba no es posible en todos los casos, y considerando el margen de apreciación con que cuenta la Administración para seleccionar las ofertas, la indemnización correspondiente al lucro cesante también debería reconocerse cuando el recurrente hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato si no se hubiera producido la infracción, aplicándose en estos casos la jurisprudencia de la pérdida de oportunidad como se acepta en otros ordenamientos europeos y en la propia jurisprudencia europea. De ahí que hubiera sido conveniente que el Anteproyecto en este punto introdujera reglas específicas en sintonía con esta jurisprudencia en lugar de limitarse a remitirse a las reglas contenidas en la legislación vigente aplicable en materia de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de procedimiento administrativo común.

Décimo cuarta.- Cuando se declara su nulidad, conforme a lo previsto en el art. 42 del Anteproyecto que reproduce el vigente art. 35 TRLCSP, el contrato se extingue y entra en fase de liquidación. El régimen previsto en el Anteproyecto no difiere del actualmente vigente que recoge el TRLCSP, si bien corrige algunas de las dudas que el texto vigente plantea al intérprete, en relación con la nulidad de los contratos del sector público celebrados por poderes adjudicadores que no son Administración pública no sujetos a regulación armonizada y contratos de entes del sector público que no son poderes adjudicadores. La doctrina venía entendiendo que a éstos había de aplicarse el Derecho privado, reforzando la dualidad de regímenes previstos y de sistemas de garantías. Pues bien, a la vista del art. 38 del Anteproyecto esta interpretación parece haberse confirmado en tanto el precepto citado no se refiere, como el 31 actual, sólo a los contratos celebrados por la Administración pública, sino también a los contratos celebrados por los poderes adjudicadores regulados en esta Ley, pero sigue



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

dejando fuera de su contenido a los contratos celebrados por entidades que no son tampoco poderes adjudicadores, manteniendo, pues, las eventuales dudas interpretativas que pudieran surgir en punto al régimen aplicable. Hubiera sido recomendable que el Anteproyecto tan prolijo y detallado en general hubiera incluido una previsión expresa que eliminase la posible incertidumbre.

Décimo quinta.- En cuanto al resto de la regulación de esta materia, el Anteproyecto sigue el esquema del texto vigente. La peculiaridad se ha planteado en el régimen actualmente aplicable a los actos de preparación y adjudicación que adopten poderes adjudicadores que no sean Administración pública. En estos casos, aunque no se trate de actos administrativos, la doctrina viene considerando que lo procedente es aplicarles el régimen de nulidad de los actos administrativos, habida cuenta que la intención del legislador es administrativizar o reconocer la naturaleza sustancialmente administrativa que se encuentra en tales decisiones en materia de contratación del sector público, con independencia del ente o persona del mismo que las adopte. Pues bien, respecto a esta cuestión debe subrayarse que el Anteproyecto ha puesto fin a la incertidumbre en la medida en que el apartado 2 del art. 41 dedicado a la revisión de oficio estipula que *"[a] los exclusivos efectos de la presente Ley, tendrán la consideración de actos administrativos 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"*, aplicándose a la revisión de oficio el régimen previsto en la legislación vigente en materia de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común, remisión que debería actualizarse en relación con los dos Anteproyectos que en la actualidad se encuentran en tramitación y que regulan de forma separada ambas materias, ahora recogidas en la Ley 30/1992.

Décimo sexta.- El art. 43 del Anteproyecto dispone que la declaración de nulidad por causas reconocidas en el Derecho civil, en cuanto resulten de aplicación a los contratos celebrados por entes adjudicadores regulados en esta Ley, se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidos en el ordenamiento civil, pero el procedimiento para hacerlas valer se someterá a lo previsto en los artículos anteriores para los actos y contratos administrativos anulables. A este respecto, debe señalarse que el Anteproyecto ha desperdiciado la oportunidad de aclarar el sentido de este precepto de redacción confusa. No obstante, parece que debe entenderse que en estos casos y cuando el promotor de la acción es el contratista es aplicable el régimen de las reclamaciones administrativas previas al



ejercicio de acciones civiles, mientras que en caso de que la Administración pretenda la anulación deberá declarar la lesividad.

Décimo séptima.- La importancia de la contratación en el volumen económico, la complejidad de la materia, y fundamentalmente la necesidad de acceder a la tutela de forma inmediata y decisiva en este sector, dado que si un contrato adjudicado ilegalmente se ejecuta es muy difícil reparar el daño dando satisfacción al perjudicado por los medios habituales, son algunas de las razones por las que el Derecho europeo de la contratación pública considere el derecho a interponer un recurso útil y eficaz contra las decisiones de los poderes adjudicadores relativas a la adjudicación de los contratos una garantía imprescindible. Así lo previó ya la Directiva 89/665/CEE, objeto de sustancial modificación por la Directiva 2007/66/CE, y lo exige la jurisprudencia del TJUE, que ha ido precisando los requisitos de los recursos sean judiciales o administrativos. De hecho, el Tribunal de Justicia ha condenado a España de forma reiterada, al considerar que nuestra legislación incumplía los parámetros de garantía europeos, estimando insuficientes la regulación de los medios de impugnación de la contratación pública. Lo que llevó a introducir en nuestro ordenamiento un medio especial de impugnación en materia de contratación pública, primero en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, modificada a instancias de la Comisión Europea, por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Este recurso especial, previsto en los arts. 40 a 40 del vigente TRLCSP, sustituye a los recursos administrativos ordinarios de alzada y reposición, pero sólo se aplica respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada, inclusive los subvencionados, y algunos contratos de servicios y de gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento. Lo anterior implica que no pueda ser utilizado en numerosos casos, en los que habrá que recurrir a la interposición de los recursos administrativos ordinarios previstos en la legislación aplicable en materia de procedimiento administrativo común (hoy, la vigente Ley 30/1992), o el recurso contencioso-administrativo (art. 40 del TRLCSP). El recurso especial es potestativo (art. 40.6 TRLCSP), pudiendo el interesado optar por acudir directamente a la vía jurisdiccional.

Décimo octava.- Este régimen ha sufrido alguna modificación que conviene señalar. De una parte, el Anteproyecto cambia la naturaleza del recurso especial que pasa de ser potestativo en el texto vigente (art. 40.6 TRLCSP), a ser "*requisito imprescindible para interponer el recurso contencioso-administrativo*", en el art. 44.6 del Anteproyecto, acercándose así a la regla habitual que rige los recursos administrativos ordinarios. Este cambio de la naturaleza del recurso, si bien puede retrasar el acceso a la



vía judicial, permite una resolución administrativa a cargo de un órgano administrativo independiente que goza de las garantías que exige la norma europea, que puede ser más rápida que el procedimiento jurisdiccional y que sigue un procedimiento en el que es posible obtener una tutela cautelar, de acuerdo con el art. 43 49 del Anteproyecto, que recupera el vigente art. 43 TRLCSP, como exige el Derecho europeo, y que conlleva, por imposición del art. 53 del Anteproyecto (actual art. 45 TRLCSP), la suspensión de la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en los casos de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Es en todo caso una opción del prelegislador, que no explica la Exposición de Motivos, ni tampoco la MAIN del Anteproyecto.

Décimo novena.- Por lo que se refiere al objeto del recurso, no hay una reforma sustancial en cuanto a los contratos que pueden ser susceptibles de recurso especial más allá de su redacción y sistemática y de su actualización. No ocurre así con las actuaciones que pueden ser objeto del mismo. El Anteproyecto, en su art. 44.2.d), ha incluido determinadas modificaciones de los contratos por entender que la modificación debió ser objeto de nueva adjudicación, así como los encargos a medios propios que no cumplan los requisitos legales. Esta ampliación viene a corregir una limitación del texto vigente que había sido señalada por la doctrina al considerar la misma una excepción injustificable, sin embargo, sigue quedando un margen considerable de contratos que pueden quedar fuera de este recurso, debiendo acudir a los medios de impugnación ordinarios, administrativos y jurisdiccionales, que prevé la legislación aplicable, como dispone expresamente el art. 44.5, segundo párrafo del Anteproyecto, recogiendo el contenido del vigente art. 40.5, segundo párrafo TRLCSP.

Vigésima.- El sistema diseñado por el Anteproyecto sigue el estructurado en el texto vigente, manteniendo que puedan ser objeto del recurso los contratos y las actuaciones que pretendan concertar no sólo las Administraciones públicas, sino también el resto de entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores, aunque tengan naturaleza jurídico-privada, de modo que la interposición de este recurso administrativo especial deriva necesariamente en la adopción de un acto administrativo de resolución que puede ser objeto de recurso en vía jurisdiccional contencioso-administrativa. Un acto que, habida cuenta el carácter obligatorio con el que el Anteproyecto configura ahora a este recurso especial, ha de existir necesariamente, corrigiendo, pues, la duda que planteaba la posibilidad real de optar por la vía administrativa o ir directamente a la jurisdiccional que establece el texto vigente cuando el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

contrato a celebrar o la actuación a impugnar correspondían a un poder adjudicador que no era Administración pública, permitiendo así residenciar en la jurisdicción contencioso-administrativa indirectamente decisiones de este tipo de entidades.

Vigésimo primera.- Por lo que se refiere a la legitimación para interponer el recurso, el art. 48 del Anteproyecto, que reproduce el actual art. 42 TRLCSP, reconoce legitimación no sólo a los licitadores sino también a cuantos se vean o puedan verse perjudicados o afectados en sus derechos o intereses legítimos por el acto recurrido; precisión importante en cuanto permite recurrir un pliego de cláusulas a quien no ha participado en la licitación por considerarlo discriminatorio.

Vigésimo segunda.- En cuanto al procedimiento desaparece la obligación de anunciar la interposición del recurso previamente ante el órgano de contratación, especificando el acto que vaya a ser recurrido, que impone el vigente art. 44.1 TRLCSP. Modificación más relevante, por cuanto ha planteado problemas interpretativos y dado lugar a resoluciones contradictorias, si bien la doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales ha sido proclive a la admisión de recursos realizando una interpretación extensiva del art. 44.1 TRLCSP, se detalla de forma pormenorizada el momento en que comenzará el cómputo del plazo de 15 días hábiles que establece el art. 50 del Anteproyecto, según el acto objeto de recurso. En cuanto a los efectos de la interposición del recurso, el art. 53 del Anteproyecto sigue la regla de la suspensión de la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación que establece el actual art. 45 TRLCSP, si bien introduce una excepción en los supuestos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Esta suspensión se puede levantar o mantener por el órgano que resuelve el recurso, antes de resolver y tras las alegaciones de las partes, entendiéndose que se mantiene hasta que no haya resolución expresa acordando el levantamiento. Este efecto suspensivo no se produce cuando el acto recurrido es un acto previo, si bien no resulta necesario a la vista de la brevedad con que el recurso ha de resolverse, y porque siempre pueden solicitarse medidas provisionales, así como por la posibilidad de impugnar en todo caso el acto de liquidación aunque previamente se haya impugnado otro trámite en el expediente.

Vigésimo tercera.- Tampoco se introducen novedades por el Anteproyecto en la regulación de la solicitud y adopción de medidas cautelares previas a la interposición del recurso especial, salvo en un aspecto. El texto vigente, el art. 43.4 TRLCSP dispone que la suspensión del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados. Sin embargo, el texto propuesto en el art. 49.4 admite la posibilidad de que el órgano administrativo acuerde lo contrario, es decir, que si quede afectado el plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados; disposición que es más acorde con el sentido de la petición de la medida cautelar de suspensión cuando el acto recurrido se dirige frente a los anuncios de licitación, o las ofertas de contratación, y que pueden evitar eventuales perjuicios del interesado.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial. Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid a 11 de junio de 2015

Joaquín Vives de la Cortada Ferrer-Calbetó
Secretario General