

«EL “ETERNO” VIAJE NORMATIVO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU INCIDENCIA EN LA GESTIÓN LOCAL: TENDENCIAS Y ASPECTOS PRÁCTICOS»^α

([Observatorio de Contratación Pública, ISSN 2952-3109](#)). 24 de enero de 2023

José María Gimeno Feliu, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza y co-director del Observatorio de Contratación Pública

ORCID: 0000-0001-6760-9222 ID WOS: AAA-4228-2019

INTRODUCCION.- EL CONTEXTO COMO ELEMENTO DE REFERENCIA EN LA INTERPRETACION Y EN LA DECISION JURÍDICA CONTRACTUAL

La normativa de contratación pública tiene una indudable repercusión práctica en la gestión pública y, de especial intensidad en las administraciones locales. Lo que aconsejaría cierta necesidad de codificación en aras a dotar de la necesaria seguridad jurídica a los diferentes operadores jurídicos en este ámbito, lo que, además, facilitaría la atracción de inversiones productivas¹. Por otra parte hay que continuar insistiendo en que resulta muy importante, para dotar de certeza el marco jurídico aplicable para mejorar la competencia y atraer inversiones, en **que “no hay libertad nacional interpretativa” en los conceptos de origen europeo** y que, para esta labor interpretativa, necesariamente debe aplicarse el derecho pretoriano construido por el TJUE que vertebró el sistema². Obligación de

^α Este trabajo es resultado de las actividades del proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado "La contratación pública como estrategia para la implementación de políticas públicas y al servicio de una nueva gobernanza", Referencia: PID2019-109128RB-C21. Tiene su origen en la Conferencia impartida en Barcelona en el seminario José María Esquerda, el 20 de enero de 2023.

¹ Me remito a mi trabajo "La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica", en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 25-84.

² Vid. J.M. GIMENO FELIU, "La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE", *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 172, 2015, pp. 81-122. También I. GALLEGO CORCOLES, "Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública", en libro colectivo dirigido por M. Almeida e I. Martín, *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), pp. 111-116. Sobre el contenido de la

interpretación conforme reafirmada en la [Sentencia TJUE de 10 de noviembre de 2022, asunto C-486/21, Sharengo.](#), en donde, en relación a la diferenciación de los distintos tipos de contratos públicos, afirma lo siguiente:

*“tanto el concepto de «contrato público», en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24, como el de «concesión», en el sentido del artículo 5, punto 1, letra b), de la Directiva 2014/23, **son conceptos autónomos del Derecho de la Unión y deben, por ello, interpretarse de manera uniforme en el territorio de esta. De ello se deduce que la calificación jurídica que el Derecho de un Estado miembro atribuye a un contrato no es pertinente para determinar si dicho contrato está comprendido en el ámbito de aplicación de una u otra de esas Directivas y que la cuestión de si un contrato debe calificarse de concesión o de contrato público debe apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho de la Unión** (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de enero de 2007, Auroux y otros C-220/05, EU:C:2007:31, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, EU:C:2007:445, apartado 31, así como de 10 de noviembre de 2011, Norma-A y Dekom, C-348/10, EU:C:2011:721, apartado 40). (negrita nuestra)³.*

En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de

última jurisprudencia del TJUE me remito a mi trabajo “La jurisprudencia reciente del TJUE en materia de contratos públicos. Efectos prácticos”, Cuadernos de Derecho Local núm. 61, 2023.

³ Y sobre la diferenciación entre contrato de servicios y contrato de concesión de servicios indica que: “60 De la comparación de estas definiciones se desprende que **una concesión de servicios se diferencia de un contrato público por la adjudicación al concesionario del derecho, acompañado eventualmente de un precio, a explotar los servicios objeto de la concesión, disponiendo el concesionario, en el marco del contrato celebrado, de cierta libertad económica para determinar las condiciones de explotación de los servicios que se le conceden y por asumir, en paralelo, el riesgo vinculado a operar dichos servicios** (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 2016, Promoimpresa y otros, C-458/14 y C-67/15, EU:C:2016:558, apartado 46).” (negrita nuestra).

la Unión Europea⁴. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales)⁵. Así, los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE⁶. Esta cuestión es imprescindible para consolidar un modelo alineado con los sistemas de contratación pública europea pues, a la luz de esta jurisprudencia resulta claro que son compatibles con la regulación de la contratación pública criterios de adjudicación que no necesariamente guardan relación directa con la contratación pública (paradigmáticas, entre otras, las sentencias *Concordia Bus Finland*, C-513/9, o *Wienstrom*, C-448/01)⁷. Y, por supuesto, sin olvidar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, máxime cuando se trata de la resolución de un recurso de casación de interés objetivo⁸. Sirva de ejemplo la sentencia de STS

⁴ Una visión crítica sobre los objetivos de estas Directivas puede verse en el estudio del profesor J. SANTAMARIA PASTOR, “Contratos del sector público y derecho de la Unión”, *Revista de Administración Pública* núm. 200, 2016, pp. 83-102

⁵ Sobre el problema general de la seguridad jurídica en nuestro sistema jurídico es referente la monografía de J. BERMEJO VERA *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Civitas, Madrid, 2005. Seguridad jurídica que queda comprometida con el “baile compulsivo” normativo, que, además, impacta de forma muy negativa en la economía, como ha puesto de relieve J.S MORA-SANGUINETTI, “Las cuatrocientas mil normas de la democracia española. Cuantificación e impacto de la complejidad normativa de España”, *Revista de las Cortes Generales* núm. 114, 2022, pp. 231-253 (proporciona cuantificaciones para las distintas perspectivas desde las cuales cabe medir esa complejidad regulatoria y pone de manifiesto que, entre 1979 y 2021, las Administraciones aprobaron 411.804 normas).

⁶ De especial interés el trabajo de D. BERBEROFF AYUDA, “La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo”, *libro col. Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp.163-200.

⁷ Como ha explicado muy bien C. CHINCHILLA MARIN, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos público”, OLMO, J. (coord.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011 pp. 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de “excluir” su aplicación.

⁸ La finalidad expresa del nuevo sistema casacional es reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. Las ventajas del nuevo recurso de casación por interés objetivo son claras, puesto que la Sala contencioso-administrativa ha ido mas allá del papel del Tribunal Constitucional de “legislador negativo” (decir lo que no se puede hacer) para convertirse

1927/2022, de 23 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1927), donde se señala que *“desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, que en su disposición adicional primera crea el Comité Técnico de Cuentas Especiales, corresponde a dicho Comité la valoración e imputación de las operaciones efectuadas por las diferentes unidades del sector público, lo que incluye las Corporaciones Locales, de acuerdo con los criterios establecidos en el Sistema Europeo de Cuentas (SEC2010)”*.

Y que, por último, si no hay contrato público (e interesa advertir cierta confusión conceptual al respecto, donde hay que estar al concepto contrato no armonizado del derecho europeo, que se refiere a contratos excluidos de ese ámbito de las Directivas, como sucede, con las previsiones del artículo 10 de la Directiva 2014/24 de contratación pública⁹) no se deberán aplicar las previsiones de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), que es lo que sucede, por ejemplo, con los negocios relativos a propiedades públicas¹⁰. La LCSP, por tanto,

en “legislador positivo”, al interpretar normas en conflicto y colmar lagunas jurisprudenciales así como unificar criterios. Una sola sentencia que fije la doctrina casacional evita infinidad de posibles litigios que podían seguir interponiéndose bajo pretexto de la independencia judicial, sin que nadie los corrigiese, ratificase o unificase. Por todos, G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación «para la formación de la jurisprudencia»”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 174, 2015, pp. 93-132 y O. BOUAZZA ARIÑO, [La casación en el contencioso-administrativo](#), Aranzadi, 2021.

⁹ Es lo que sucede con la producción audiovisuales y con la contratación de servicios de abogado para procesos jurisdiccionales. Me remito en extenso a mi trabajo *“Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo”*, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 205, 2020, pp. 19-60. Interesan, en esta depuración conceptual las reflexiones de J.L. MARTINEZ ALONSO, “La controversia sobre la gestión contractual de los servicios no públicos: concesiones y contratos de servicios versus contratos de arrendamiento y otras figuras patrimoniales”, en Libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2021*, Aranzadi, 2022, pp. 409-462.

¹⁰ Es importante en este sentido tener en cuenta la doctrina establecida en la [Resolución TACP nº 49/2017](#) de 15 de febrero, en la que se dispone que: *“el contrato atenderá a la obtención de una finalidad pública, prevaleciendo este interés público en el servicio a obtener (ofrecer un mejor servicio, aunque el destinatario y pagador sea un usuario privado), mientras que en la concesión demanial prevalecerá el interés privado de instalación de un negocio que requiere de la cesión de un bien de dominio público mediante su utilización privativa, con un claro beneficio del particular que ocupa el espacio cedido.”* En la Sentencia n.º 306/2022, de 15 de junio de 2022, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en relación con la realización de la Muestra de Navidad o mercadillo

no puede “leerse” en clave nacional desconociendo (o inaplicando) el derecho europeo (que se caracteriza por el principio de primacía)¹¹. Y será necesario, en todo caso, atender a la causa del contrato para determinar la naturaleza de contrato público o contrato patrimonial, respetando la arquitectura jurídica propia de cada negocio jurídico. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia núm. 317/2021, de 15 de abril, que deniega el recurso de casación de AENA, señala que no puede calificarse como contrato patrimonial un negocio (de alquiler) donde la arrendadora se reserva, entre otras, las facultades de dirección de la actividad, determinación de productos y comidas, fijando precios máximos y con exigencia de planes financieros¹².

1.- LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA NORMATIVA SECTORIAL: UN INCESANTE BAILE DE AJUSTES “AD HOC”.

Pese a la conveniencia de estabilidad normativa en esta materia, desde su entrada en vigor (al igual con la normativa predecesora¹³) se ha producido un baile continuo de ajustes de la misma, en un escenario alejado de las premisas del

navideño por parte del Ayuntamiento de Zaragoza, no comparte la opinión del Juez de instancia que considera que se trata de un contrato de concesión de servicios. Admite el Tribunal que existe un interés público en la dinamización de la economía de la Ciudad, por parte del Ayuntamiento, así como un interés en que lo que se programe reúna y mantenga los distintivos propios de la temática que la justifica, y también reconoce que existe una componente cultural de una muestra de esta naturaleza; sin embargo, indica el Tribunal que una cosa es que haya un interés público y otra cosa diferente es que tal interés cualifique el negocio hasta convertirlo en una suerte de actividad prestacional que no existe en la autorización en un bien demanial, como es la vía pública, de una "Muestra de Navidad".

¹¹ El principio de primacía del derecho de la Unión debe entenderse, como condición de la existencia del ordenamiento jurídico comunitario, que se basa en la propia naturaleza de los Tratados constitutivos, ordenamiento jurídico que prevalece sobre el derecho nacional. Principio expresamente aplicado, por ejemplo, en la STC 232/2015, de 5 de noviembre.

¹² Por el contrario, el Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 611/2021, de 21 de mayo, inadmite la reclamación contra un contrato de arrendamiento de superficies para alquiler de vehículos en el Aereopuerto de Palma de Mallorca, por considerar que es un negocio patrimonial.

¹³ Por todos, J.A.SANTAMARIA PASTOR, “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, Revista Española de Derecho Administrativo núm. 159, 2013, pp. 25-38.

conocido principio *better and smart regulation*, que aspira a una mejor y más inteligente regulación y actuación pública¹⁴. El “movimiento” de esta normativa tras su aprobación en 2017 presenta efectos «perversos» por la falta de seguridad jurídica y de predictibilidad, que son un freno a la concurrencia y habilitan efectos que distorsionan los principios de eficacia y eficiencia¹⁵. Y lejos de mejorar la actividad económica (que necesita certezas) puede suponer un lastre en la correcta aplicación de sus principios¹⁶. Movimiento normativo, en eterno viaje sin conocer destino final (y sin una brújula que aporte seguridad) al que se suma las reformas en otras normas sectoriales¹⁷, que obligan al operador jurídico a estar en constante

¹⁴ Resulta de interés las *Better Regulation Guidelines* aprobadas por la Comisión Europea el 19 de mayo de 2015 [COM(2015) 215 final].

¹⁵ Que se suma a la opinión crítica de cierto sector doctrinal que considera a la LCSP una muestra de volatilidad, complejidad y falta de sistematicidad que caracteriza a la legislación administrativa de nuestro tiempo. T. CANO CAMPOS, “La nueva Ley de Contratos del Sector Público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades”, Cuadernos de Derecho Local núm. 48, 2018, pp. 12-67.

¹⁶ Se trata, cuando menos, de un mal hábito - en palabras de S. DE LA SIERRA, de un legislador impenitente. “Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública”, Revista Española de Derecho Administrativo núm. 149, 2011-de respuesta “impulsiva” a problemas concretos sin una visión amplia de sus efectos.

¹⁷ Por ejemplo **el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, que transpone la directiva relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes** (el Real Decreto-ley fija en un 36,3 % la cuota mínima de vehículos ligeros limpios del número total de vehículos ligeros objeto de contratos, tanto para el período comprendido entre el 2 de agosto de 2021 a 31 de diciembre de 2025 como entre el 1 de enero de 2026 al 31 de diciembre de 2030. En relación con vehículos pesados limpios, el panorama cambia y se establece para camiones un suelo del 10% para el primer período y un 14% para el segundo. Para autobuses, en sinergia con la transición a un paradigma de movilidad compartida, se fija un suelo de 45% para el primer período que aumenta hasta 65% para el segundo período).

alerta ante los cambios¹⁸. Cambios a los que se suma la normativa europea sobre la cuestión, que continua un tanto “desapercibida” por los aplicadores jurídicos¹⁹.

¹⁸ **O, con repercusión más directa, el Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística**, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, donde se habilita (directamente para la Administración General del Estado y mediante Acuerdo, en su caso, de las Comunidades Autónomas), “una revisión excepcional de los precios de los contratos de obras del sector público” cuando el incremento del coste de los materiales empleados para la obra adjudicada haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante el ejercicio 2021. Y a estos efectos, se considera que existe impacto directo y relevante: cuando tras la aplicación de la fórmula de revisión de precios o la que corresponda conforme al RD 1359/2011, de 7 de octubre, exista un incremento de coste de materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre que exceda del 5% del importe certificado en el ejercicio de 2021 (Previsión un tanto sorprendente, en tanto se considera un precepto no básico (pese a que la revisión de precios en la LCSP lo es) y se permite su “aplicación supletoria” mediante decisión administrativa de las Comunidades Autónomas). Previsión insuficiente, porque no se extiende a todos los contratos públicos celebrados y porque habilita una visión “rígida” de lo que sería el principio de “honesta equivalencia de lo pactado”. Máxime cuando Portugal, por un reciente Decreto Ley ha realizado una interpretación más amplia y acorde con lo que son los principios de la contratación pública permitiendo el ajuste de precios a un contexto claramente excepcional. Línea adoptada también previamente por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 30 de marzo de 2022 por el que se adoptan medidas de carácter extraordinario en materia de contratación donde autoriza la revisión de precios también fuera de los contratos de obras: *«En el ámbito de la contratación pública, los contratistas se ven forzados a cumplir unas condiciones que suponen asumir pérdidas o abandonar la ejecución de los contratos ante la imposibilidad de hacerse cargo de los incrementos de los costes... El incremento desmesurado de los precios de la energía y de las materias primas ha sido totalmente inesperado y, por lo tanto, imprevisible en el momento de la licitación de buena parte de los contratos vigentes, lo cual pone en riesgo la correcta ejecución del contrato»*. Igualmente, mejor alineado con la situación, el Decreto Ley 3/2022 de Aragón extiende la revisión de precios también a los contratos de suministros y servicios necesarios para la ejecución de la obra pública, de manera que da cabida a los contratos de conservación y mantenimiento de carreteras, a la conservación y mantenimiento de edificios públicos y al suministro de los materiales necesarios (además, se establecen otras medidas complementarias para abarcar todos los problemas surgidos con los contratistas de obras públicas, tales como la posibilidad de sustituir los materiales por otros siempre que no se altere ni la funcionalidad de los mismos ni la seguridad de la obra). Vid. J.M. GIMENO FELIU, “Retos y desafíos de la contratación pública en tiempos de incertidumbres y la necesidad de garantizar el principio de honesta equivalencia”, *Observatorio de contratación pública 2021 (Dir.)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 35-46.

¹⁹ Especial significado práctico tiene el del Reglamento (UE) nº 2022/1031, sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de

Con carácter enunciativo, al margen de las previsiones relativas a los fondos NGEU²⁰, en concreto el Real Decreto Ley 36/2020- hay que recordar lo siguiente²¹:

apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países (más conocido como Instrumento de contratación internacional o ICI). Este reglamento introduce relevantes novedades en materia de contratación con operadores originarios de países terceros, o de adquisición de bienes y servicios de dichos territorios. En particular, las medidas recogidas pretenden reforzar la posición de los operadores, bienes y servicios de la Unión que, en la actualidad, experimentan notables dificultades para el acceso a ciertos mercados de contratación pública internacional. Así, es habitual que se encuentren trabas en mercados tan relevantes como los de China, Rusia, India o Turquía. Se habilita a la Comisión para la adopción de medidas restrictivas, en caso de que se detecten prácticas en sede de contratación pública que sean contrarias a los operadores, bienes o servicios de la Unión. Estas medidas podrán alcanzar a licitaciones que no se encuentren cubiertas por acuerdos de contratación pública internacional, entre los que destaca el Acuerdo de Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio. Por el contrario, en el caso de que rija uno de estos tratados, ante eventuales controversias, se deberá estar a los mecanismos previstos en los mismos. Las medidas que puede adoptar la Comisión Europea son especialmente rigurosas. En concreto se prevé la imposición de reducciones en las puntuaciones obtenidas por las ofertas afectadas, que podrán alcanzar hasta un 50 % -o incluso un 100 % si el único criterio valorado es el precio. Asimismo, y como medida todavía más severa, se prevé también la directa exclusión de las ofertas. No obstante, estas medidas restrictivas cuentan con ciertas limitaciones. En primer término se establece un umbral económico, de modo que las penalizaciones solamente procederán en contratos cuyo valor estimado sea superior a 15.000.000 de euros para concesiones y obras, o a 5.000.000 de euros para suministros y servicios. A su vez, como vía de flexibilización, las medidas de ajuste podrán inaplicarse en ciertos supuestos, vinculados a la existencia de circunstancias de interés general que lo justifiquen o a la intervención de algunos poderes adjudicadores locales de reducidas dimensiones. En todo caso, las medidas restrictivas, además de reforzar la reciprocidad, se orientan en último término a incentivar la conclusión de acuerdos internacionales de contratación. Así, se prevé expresamente que la adhesión al ACP -o la celebración de acuerdos bilaterales de contratación con la UE- conllevarán la retirada de las medidas de ajuste que se estén aplicando. Vid. J. ESTEBAN RIOS, [“Contratos públicos y límites para los licitadores, bienes y servicios de países terceros: Evitar la “competencia desleal” para reforzar el mercado interior”](#), [Revista española de derecho administrativo](#), núm.217, 2022, pp. 175-216.

²⁰ Me remito a mis trabajos “De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos: reflexiones propositivas para el diseño de una adecuada gobernanza en su ejecución”, Cuadernos de Derecho Local núm. 55, 2021, pp. 88-114; “El desafío de fondos Next Generation como elemento de transformación de la gestión pública”, en Fondos europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: ejecución y auditoria, *Monográfico Revista Aragonesa Administración pública* núm. XX., pp. 21-42 y “Los fondos europeos next generation como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 214, 2021.

²¹ Si olvidar el Tribunal Constitucional ha delimitado **el alcance competencial en materia de contratación pública en la sentencia 68/2021**. En concreto resulta de interés el trabajo de J.M. PEREZ FERNANDEZ, [“La cuestión competencial en el ámbito de la contratación del sector público: la delimitación de lo básico en la doctrina constitucional \(STC 68/2021,](#)

a) La **Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética**. El artículo 31 LCCTE introduce una referencia a la sostenibilidad ambiental en la contratación pública²². Un precepto no básico y quizás “corto” en tanto parece imperativo imponer la visión de la sostenibilidad en la contratación pública²³. En nuestra

de 18 de marzo), Revista de Administración Pública núm. 219, 2021, pp. 189-221. Según refiere, la STC 141/1993, en su fundamento jurídico 5, «la normativa básica en materia de contratación 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»; por el contrario, excederán lo básico «otras prescripciones de detalle o de procedimiento que, sin merma de la eficacia de tales principios básicos, pudieran ser sustituidas por otras regulaciones asimismo complementarias o de detalle, elaboradas por las Comunidades Autónomas con competencia para ello». Me remito a mi trabajo “La Ley 3/2011, de medidas de contratos del sector público. Alcance de su contenido y valoración de sus propuestas”, Actas XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Justicia de Aragón, 2015, pp. 7-29. Lo explica también A. SANMARTIN MORA en su trabajo “Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias”, en libro colectivo *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*. Zaragoza, 2010.

²² Me remito a J.M. GIMENO FELIU, “Capítulo XXXVII”. *CONTRATACIÓN PÚBLICA. Estudios sobre Cambio Climático y Transición Energética*, Marcial Pons, Barcelona, 2022, pp. 781-796”. A modo de presupuesto habilitante se recuerda que “se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios medioambientales y de sostenibilidad energética cuando guarden relación con el objeto del contrato, que deberán ser objetivos, respetuosos con los principios informadores de la contratación pública y figurar, junto con la ponderación que se les atribuya, en el pliego correspondiente”. Igualmente, Se prevé imponer (de forma acertada) una nueva contratación verde mediante las exigencias en las especificaciones técnicas. Se contempla también la utilización de los criterios de adjudicación como opción de poner en valor la sostenibilidad ambiental junto con las condiciones de ejecución. En todo caso, como bien ha advertido C. De GUERRERO MANSO (“La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública” en Revista Aragonesa de Administración Pública. Monografía XIX: *Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental*, 2018, p. 151) “para lograr la correcta aplicación de las cláusulas ambientales será preciso que se haya determinado de forma correcta el objeto del contrato, que se hayan definido y difundido de manera adecuada los requisitos a cumplir por los licitadores y que se establezcan indicadores objetivos de cumplimiento y las consecuencias de las posibles infracciones”. Un análisis exhaustivo del contenido ambiental de la LCSP y la aplicación de sus disposiciones por los Tribunales administrativos de recursos contractuales tanto en la obra colectiva, (X. LAZO VITORIA (Dir.), *Compra pública verde*, Atelier, Barcelona 2018 como *Compra Pública Verde y cambio climático*, Atelier, 2022.

²³ Las instituciones europeas, a través del Plan de Acción de Economía Circular -“A new Circular Economy Action Plan. For a cleaner and more competitive Europe”- aprobado en marzo de 2020 (11/3/2020), apuestan por este enfoque imperativo. Tras años de desarrollo estratégico de la compra verde, la Comisión reconoce que la contratación pública verde tiene un amplio alcance pero “un impacto reducido”, “debido a las limitaciones que imponen los enfoques voluntarios”. Para ello propone una aproximación más ambiciosa:

opinión las exigencias y criterios vinculados a la sostenibilidad (como concepto paraguas) deben ser el pilar fundamental de toda contratación pública derivada de la correcta gestión contractual, superando inercias formalistas que exigen una vinculación estricta con el objeto de la licitación²⁴.

b) La Ley 17/2022, de 5 de septiembre, reformó la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación ha introducido un nuevo artículo 36 *sexies* para promover la compra pública de innovación, que podrá adoptar las modalidades de compra pública de tecnología innovadora y de compra pública precomercial, lo que altera las previsiones que al respecto contiene la LCSP. Asimismo, introduce un importante artículo 35 bis, relativo a la valorización y transferencia de conocimiento y un artículo 36 en donde se aclara la aplicación del derecho privado a los contratos relativos **la promoción y gestión de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación (que son, en esencia, propiedad incorporal ex artículo 9 LCSP)**²⁵.

c) La Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura²⁶. Se trata de una norma cuyo objeto es proteger, fomentar y difundir la calidad arquitectónica y afecta a la contratación pública, pues uno de sus objetivos es que los poderes públicos ejerzan un papel ejemplarizante a través de la gestión de su patrimonio inmobiliario, incentivando la rehabilitación integrada del parque público edificado

el Plan prevé que la Comisión “propondrá criterios y objetivos mínimos obligatorios de contratación pública ecológica (CPE) en la legislación sectorial” (a partir de 2021).

²⁴ J.M. GIMENO FELIU, “Por una moderna estrategia nacional de contratación pública: cooperativa, proactiva y transformadora”, en www.obcp.es, 7 de noviembre de 2022.

²⁵ Me remito a J.M. GIMENO FELIU, “*La transferencia de conocimiento de las universidades públicas y la incidencia de la legislación de contratos públicos: diferencias entre la transferencia de servicios de investigación y la transferencia de bienes incorpóreos (derechos intelectuales)*”, *Monográfico Revista Aragonesa Administración Pública*, XVIII, Zaragoza, 2018, pp. 21-43

²⁶ No es una normativa novedosa en nuestro país. El Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 12/2017 de la Arquitectura, que tomando como referencia la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 12 de febrero de 2001, sobre la Calidad Arquitectónica en el Entorno Urbano y Rural (2001/C - 73/04), tiene como objetivo resaltar y valorar el papel público de la arquitectura y del urbanismo en el bienestar y cohesión social, y la sostenibilidad ambiental, y para ello, entre otras medidas de fomento e impulso de la calidad arquitectónica, regula aspectos de la contratación pública de servicios de redacción de proyectos, dirección de obras y dirección de ejecución de la obra relativos a obras de edificación y urbanización de espacios públicos, y también aunque en menor medida, de los contrato para la ejecución de estas obras.

y procurando la excelencia y sostenibilidad de las obras en que ejerzan como promotores (artículo 5) y para ello, junto con otras previsiones, se modifica la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, con el objeto de mejorar la calidad de la arquitectura promovida por el sector público²⁷. Mediante la disposición final primera se ha modificado la LCSP al dar una nueva redacción a los artículos 29.7, 183.3, 187.2; e introducir un nuevo apartado 4 en el artículo 308. Esta Ley considera como prestaciones de carácter intelectual los servicios de arquitectura, ingeniería y urbanismo (Disposición adicional cuadragésima) lo que conlleva que en la contratación de estos servicios el precio no puede ser el único factor determinante de la adjudicación, sino que deben aplicarse varios criterios, además, los criterios relacionados con la calidad deben representar al menos el 51 % de la puntuación total (artículo 145) y no puede emplearse para su adjudicación la subasta electrónica (artículo 143). También tienen un tratamiento especial en la aplicación del procedimiento abierto simplificado ordinario permitiendo que la ponderación de los criterios evaluables mediante juicio de valor llegue al 45% del total y que no sea posible adjudicarlos mediante procedimiento abierto simplificado abreviado, ya que este procedimiento exige que todos los criterios de adjudicación sean valorables automáticamente (artículo 159). Además, se regula el concurso de proyectos como procedimiento para la obtención de planos o proyectos, y exige su utilización obligatoria para la contratación de la redacción de proyectos de gran complejidad. Finalmente, dedica a la subsanación de errores, indemnizaciones y responsabilidades en el contrato de elaboración de proyectos de obras los artículos, 314 y 315 LCSP.

En relación a **los cambios en la LCSP**, se modifica el artículo 29 respecto de la duración de los contratos de servicios que son complementarios de otros contratos de obras o suministros. Como novedades generales, define que se entiende por contrato complementario *«aquel que tiene una relación de dependencia respecto de otro, el principal, y cuyo objeto se considera necesario para la correcta realización de las prestaciones de dicho contrato principal»* y

²⁷ Vid. A. SANMARTIN MORA, *“Aprobada la Ley 9/2022, de 14 de marzo, de Calidad de la Arquitectura que afecta a la contratación pública”*, en www.obcp.es (15 de junio de 2022).

suprime el inciso relativo a la iniciación de estos contratos que señalaba que la misma quedaba en suspenso, salvo causa justificada derivada de un objeto y contenido, hasta que comenzara la ejecución del contrato principal. Más interés tiene la inclusión de una regulación especial para los contratos de servicios complementarios de un contrato de obra, como los contratos de dirección de obra, sobre los que existían discrepancias en cuanto a la posibilidad de contratarlas mediante la figura del contrato menor⁴. El nuevo párrafo incorporado al artículo 29.7 permite que los servicios complementarios de un contrato de obras puedan tramitarse como contratos menores, si el contrato de obra principal también es un contrato menor, aun cuando su duración exceda de 1 año, si el exceso de duración sobre dicho plazo está justificado exclusivamente por la duración del periodo de garantía establecido en el contrato de obra principal y por los trabajos de liquidación del mismo, y siempre con el límite máximo de 30 meses de duración. Otra de las cuestiones que aborda la Ley 9/2022 de Calidad de la Arquitectura es cuando procede la utilización obligatoria del concurso de proyectos para adjudicar la redacción de proyectos, y en su caso, si se licitan conjuntamente, los trabajos complementarios y la dirección de obra. El artículo 183.3 de la ley 9/2017 de Contratos del sector Público, señala que se el concurso de proyectos deberá aplicarse a proyectos de especial complejidad, la modificación introduce un nuevo párrafo señalando que para estimar la especial complejidad de un proyecto, el órgano de contratación podrá tomar en consideración *«la existencia de condicionantes técnicos, medioambientales, paisajísticos, funcionales, urbanísticos o de otra índole que precisen de una especial respuesta, innovación u originalidad en aras a obtener prestaciones de gran calidad»*. También se modifica el artículo 308 LCSP al indicar que podrá contratarse conjuntamente el proyecto de obra y la obra si la contratación separada conlleva una merma en la calidad de las prestaciones del contrato, dificultando la coordinación y continuidad entre la fase

de redacción de proyecto y la dirección de la obra. Esta motivación deberá quedar acreditada en el expediente²⁸.

d) **La Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de Creación y Crecimiento de Empresas.**

El artículo 10 de la Ley 18/22 introduce modificaciones para garantizar el correcto pago por parte del contratista a los subcontratistas (la medida sin duda es relevante en la actual coyuntura de incertidumbre económica y de alza de precios). Así, en el artículo 216.4 LCSP se añade la siguiente previsión: *“Asimismo, en los contratos sujetos a regulación armonizada y, además, en aquellos cuyo valor estimado sea igual o superior a dos millones de euros, cuando el subcontratista o suministrador ejercite frente al contratista principal, en sede judicial o arbitral, acciones dirigidas al abono de las facturas una vez excedido el plazo fijado según lo previsto en el apartado 2, el órgano de contratación, sin perjuicio de que siga desplegando todos sus efectos, procederá a la retención provisional de la garantía definitiva la cual no podrá ser devuelta hasta el momento en que el contratista acredite la íntegra satisfacción de los derechos declarados en la resolución judicial o arbitral firme que ponga término al litigio, y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 111 de la presente ley”*.

Se supera la situación de considerar la relación entre contratista y subcontratista como algo ajeno al poder adjudicador y se obliga a adoptar al órgano de contratación un nuevo rol, en tanto la garantía definitiva se retiene hasta el efectivo pago al subcontratista. Hay que advertir que esta previsión No alcanza a todo contrato público, sino solo a los que superan ciertos umbrales, lo que puede limitar su eficacia.

El artículo 217.2 LCSP incluye ahora una previsión que obliga en los contratos de obras a aportar certificación de pago, con el fin de evitar que el contratista pueda obtener “beneficios indebidos” a costa del subcontratista con el “retraso” en los pagos. **“A tales efectos, en estos contratos el contratista deberá aportar en cada certificación de obra, certificado de los pagos a los subcontratistas del contrato”**.

Por último, y como clara medida de “refuerzo” a los pagos en tiempo a los subcontratistas se añade un apartado 3 al artículo 217 que dice: “3. Sin perjuicio de lo previsto en los apartados anteriores, procederá en todo caso la imposición de penalidades

²⁸ Ley 12/2017 de la Arquitectura aprobada por el Parlamento de Cataluña posibilita, con carácter potestativo, la contratación conjunta de la redacción de proyectos y la dirección de obra y advierte que la dirección de ejecución y la coordinación de seguridad y salud no tienen la consustancialidad con la redacción de proyecto que tiene la dirección de obra, y por tanto deben ser objeto de contratación independiente.

al contratista cuando, mediante resolución judicial o arbitral firme aportada por el subcontratista o por el suministrador al órgano de contratación quedara acreditado el impago por el contratista a un subcontratista o suministrador vinculado a la ejecución del contrato en los plazos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y que dicha demora en el pago no viene motivada por el incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales asumidas por el subcontratista o por el suministrador en la ejecución de la prestación. La penalidad podrá alcanzar hasta el cinco por ciento del precio del contrato, y podrá reiterarse cada mes mientras persista el impago hasta alcanzar el límite conjunto del 50 por ciento de dicho precio. La garantía definitiva responderá de las penalidades que se impongan por este motivo”.

Se trata de una penalidad *ex lege*, que deberá aplicar al órgano de contratación, que en su nuevo rol de vigilante del cumplimiento de los pagos para evitar la morosidad, asume la obligación de garantizar vía el incentivo de penalidades, el correcto cumplimiento de los tiempos de pagos. Esta reforma viene a reforzar la visión de que al contratación pública tiene una función estratégica (y proactiva) al servicio de políticas públicas (es claro el artículo 1.3 LCSP), entre las que la indemnidad del contratista, generalmente una PYME, es especialmente relevante. **Pero no desarrolla la acción directa, prevista con carácter potestativo en la LCSP (Disposición Adicional 41) que resultaría mucho más útil²⁹.**

e) **Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes.** Con el objetivo de establecer un marco normativo específico para apoyar la creación y el crecimiento de empresas emergentes en España, la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes incorpora varias medidas con impacto en materia de contratos del sector público.

En primer lugar se debe indicar que la condición de empresa emergente se reconocerá a las entidades que reúnan simultáneamente las siguientes condiciones:

- a) Ser de nueva creación o, no siendo de nueva creación, cuando no hayan transcurrido más de cinco años desde la fecha de inscripción en el Registro Mercantil, o Registro de Cooperativas competente, de la escritura pública de constitución, con carácter general, o de siete en el caso de empresas de

²⁹ Cuestión que fue de especial análisis por F. BLANCO LOPEZ en su muy interesante trabajo “La subcontratación administrativa y el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código civil”, Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 38, 2011, pp. 221-258.

biotecnología, energía, industriales y otros sectores estratégicos o que hayan desarrollado tecnología propia, diseñada íntegramente en España, que se determinarán a través de la orden a la que hace referencia el artículo 4.1.

b) No haber surgido de una operación de fusión, escisión o transformación de empresas que no tengan consideración de empresas emergentes. Los términos concentración o segregación se consideran incluidos en las anteriores operaciones.

c) No distribuir ni haber distribuido dividendos, o retornos en el caso de cooperativas.

d) No cotizar en un mercado regulado.

e) Tener su sede social, domicilio social o establecimiento permanente en España.

f) Tener al 60 % de la plantilla con un contrato laboral en España. En las cooperativas se computarán dentro de la plantilla, a los solos efectos del citado porcentaje, los socios trabajadores y los socios de trabajo, cuya relación sea de naturaleza societaria.

g) Desarrollar un proyecto de emprendimiento innovador que cuente con un modelo de negocio escalable, según lo previsto en el artículo 4.

Según se indica en la Exposición de Motivos: *«...La Administración tiene un importante potencial de arrastre del emprendimiento a través de la contratación pública, así como la colaboración público-privada y el establecimiento de entornos seguros de prueba para la actividad de startups en entornos regulados. Por ello, la ley facilita las convocatorias para el diseño de soluciones innovadoras que resuelvan problemas o necesidades de la Administración en el desempeño de sus funciones (compra pública innovadora), con una atención especial a las startups en entornos rurales o fuera de los polos urbanos de innovación ya consolidados....»*.

En este sentido, el artículo 14 de la norma se refiere al **«Fomento de la compra pública innovadora para empresas emergentes»**, estableciendo una serie de medidas para ello:

1. El Gobierno incluirá en el Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación previsto en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, los planes de cada ministerio y organismo público vinculado o dependiente de la Administración General del Estado, para la compra pública de innovación, y los créditos destinados a su financiación. Anualmente, se

dará cuenta al Consejo de Ministros de la ejecución de los planes de compra pública innovadora y de la evaluación de sus resultados. Esta medida de aplicación en el ámbito de la Administración General del Estado y en su sector público institucional, de acuerdo con la disposición final primera.

2. Las administraciones públicas tendrán en cuenta las características de las empresas emergentes al precisar los requisitos de solvencia económica y técnica de las empresas participantes en procedimientos de compra pública innovadora y de compra pública pre-comercial, se rijan o no por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, para no crear obstáculos a su participación en la licitación.

3. Asimismo, realizarán pagos parciales siempre que la ejecución del contrato pueda dividirse en diversas fases de ejecución.

4. En los pliegos de cláusulas administrativas se valorará la inclusión de requisitos de capacidad y solvencia, y criterios de adjudicación que faciliten el acceso en condiciones de igualdad a las empresas emergentes ubicadas en zonas escasamente pobladas. Se promoverá, a través de la incorporación de requisitos y características específicas sociales y medioambientales que redunden en la mejora del medio rural, propiciando las adquisiciones de proximidad, la utilización de productos locales, ecológicos, e igualmente la gestión forestal sostenible, las energías renovables y el ahorro energético, siempre que se respeten los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación de la contratación pública.

5. En los pliegos de cláusulas administrativas se podrá establecer que la titularidad de los derechos de propiedad intelectual derivados del desarrollo del objeto del contrato será compartida a partes iguales por la Administración contratante y la empresa emergente adjudicataria.

Además, está previsto que en el seno de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos se creará un grupo de trabajo para estudiar propuestas para incrementar la compra pública innovadora (disposición adicional tercera)³⁰.

f) Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad. Su artículo 20 prevé la prórroga de las actuaciones de las Administraciones públicas

³⁰ Vid. "Impacto en la contratación pública de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes", www.obcp.es.

en edificios e instalaciones de titularidad o que estén ocupados o gestionados por las entidades públicas previstas en el artículo 30 del Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural. De esta forma, se prorroga hasta el 30 de junio de 2023 la vigencia de las medidas excepcionales que posibilitan que a los contratos de obras, suministros o servicios que hayan de realizar las entidades indicadas en el artículo 3 de la LCSP, para la mejora energética de sus edificios e instalaciones, les resultará de aplicación el procedimiento negociado sin publicidad por causa de imperiosa urgencia previsto en el artículo 168.b) 1.º de dicha Ley, con las especialidades previstas en el citado artículo 30 del Real Decreto Ley 14/2022.

No cabe duda de que la proliferación de estos cambios normativos³¹ en la LCSP está ocasionando unas notables dificultades a todos los operadores jurídicos y económicos generando inseguridad jurídica (con el riesgo a cierto tendencia al inmovilismo a modo de protección)³².

³¹ A la que hay que sumar la relativa a la adopción en el marco de la negociación colectiva de las medidas previstas en el artículo 32.1 del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas (que indica que podrán ser objeto de incentivos en los términos y condiciones que se determinen, legal o reglamentariamente, las medidas acordadas en el marco de la negociación colectiva, que incluyan compromisos tales como el mantenimiento o el incremento del empleo, la conversión de contratos formativos o de relevo en indefinidos o la mejora del empleo indefinido a tiempo parcial o fijo discontinuo en empleo indefinido a tiempo completo u ordinario, así como las medidas de acción positiva previstas en el artículo 17.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) podrá introducirse como consideración de tipo social o relativa al empleo conforme a lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

³² Se agrava, de esta manera, el problema denunciado por cierto sector doctrinal relativo a la sobrerregulación que el legislador español está imponiendo en la materia y que supone un freno a cualquier iniciativa de modernización de la normativa y la práctica de la contratación del sector público. Me remito a J.C. TEJEDOR BIELSA, "Ámbito subjetivo, organización administrativa y gobernanza en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº extra 18 (2018), p. 82 y *La contratación pública en España, ¿sobrerregulación o estrategia?: causas y consecuencias de su problemática aplicación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018. También J. BAÑO LEON, "La Ley de Contratos del Sector Público y gestión de lo público. ¿Regulación o

2.- LAS “ACTUALIZACIONES ANUALES” REALIZADAS POR LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES: SE NORMALIZA UNA CLARA PERVERSIÓN DE LA FUNCIÓN NORMATIVA.

La Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, por medio de su Disposición final vigésima séptima, con efectos desde su entrada en vigor el 1 de enero de 2023 (y con vigencia indefinida), modifica la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Como primera observación de técnica jurídica formal, hay que advertir que no se explica -ni se comprende fácilmente- la vinculación con la política económica para poder utilizar la Ley de Presupuestos como elemento formal de reforma de la normativa contractual³³. Una segunda, que tras la reforma de la LCSP

sobrerregulación?, libro col. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. XVIII, *La Ley de Contratos del Sector Público*, 2018, pp. 11-20.

³³ La Sentencia 16/2022, de 8 de febrero de 2022 (Recurso de inconstitucionalidad 2313-2020) ha insistido en los límites materiales de las leyes de presupuestos, que parece no respetar la Ley de Presupuestos de 2023. Como explica la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2022, de 15 de noviembre *“las Leyes de Presupuestos no pueden contener cualquier clase de normas, o lo que es lo mismo, su contenido no puede ser libremente fijado, por cuanto está sujeto a unos límites materiales, de modo que la regulación de las materias situadas fuera de ese ámbito está constitucionalmente vetada”, prohibición que, como limitación material deriva, de la específica función que constitucionalmente se atribuye a este tipo de leyes (ordenación jurídica del gasto público y ser instrumento o vehículo de la política económica del Gobierno; STC 9/2013, de 28 de enero, F. 3), de las especificidades de su tramitación parlamentaria (STC 195/1994, de 28 de junio, F. 2) y de las exigencias del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE entendido como certeza del Derecho, debido a que ese principio de certeza “exige que una ley de contenido constitucionalmente definido” como la de presupuestos generales, “no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional” (STC 76/1992, F. 4).* En relación a este “exceso” de la Ley de Presupuestos me remito a la opinión ya expresada con anterioridad (J.M. GIMENO FELIÚ, “Primeras modificaciones parciales a la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017”, www.obcp.es, donde se comentaba la reforma de la LCSP por medio de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018): *“resulta evidente la inadecuación de la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público, pues en modo alguno se cumplen las exigencias de contenido material propias de una Ley de Presupuestos (que no puede ser utilizada como “carro de supermercado”).* Y es que es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que no cualquier regulación puede ser incluida formalmente en las leyes de presupuestos, que tienen un contenido propio y determinado (art. 134 CE) y las

se han producido un “goteo” de modificaciones de ciertas previsiones de la norma³⁴. Y, tercero, que esta práctica puede estar erosionando los títulos competenciales de las Comunidades Autónomas³⁵.

Las modificaciones que realiza la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 en la LCSP son las siguientes:

restricciones en el debate parlamentario motivadas por ese objeto impiden a su vez que pueda emplearse ese vehículo para aprobar una norma desconectada de ese objeto (por todas, pueden verse las sentencias del TC 152/2014, de 25 de septiembre; 9/2013, de 28 de enero y 217/2013, de 19 de diciembre)

³⁴ Vid. J.A. MORENO MOLINA (“Modificaciones introducidas en la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 31/2022, de Presupuestos Generales del Estado para 2023”, en www.obcp.es, 30 de diciembre de 2022) nos recuerda que la propia LCSP ya había sido modificada por las anteriores leyes de presupuestos: la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (su disposición final 44 recogió la modificación del art. 32. 7 y añadió la Disposición adicional 54 de la LCSP); por la Ley 11/2020, de 30 de noviembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 (la disposición final 40, modificó los artículos 32, 33, 159 y 321 de la LCSP); y por la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 (disposición final 29, modificó los artículos 159, 226, 324 y 332 de la LCSP). Y lo mismo había ocurrido con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 y el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011. Lejos de avanzar en la necesaria codificación la LCSP se va modificando sin un criterio técnico-jurídico de racionalidad, a modo

³⁵ En un contexto de co-gobernanza, las Comunidades Autónomas deberían poder tener capacidad de “singularizar” su estrategia de futuro en la contratación pública, en especial en ámbitos de servicios públicos a las personas como son los sociales o sanitarios. En todo caso, hay que recordar la doctrina de prohibición del *spending power* (*capacidad de gasto*) del Tribunal Constitucional para evitar que mediante la financiación que concede el Estado se pueda laminar la distribución y ejercicio de competencias asumidas por las Comunidades Autónomas. Entre otras, así se indica en la STC 242/1999, de 21 de diciembre, al afirmar que “no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado” o, lo que es lo mismo, “que el Estado... no dispone de un poder general para subvenciones (gasto público), entendido como poder libre o desvinculado del orden competencial” (FJ 6). Esto significa que, como ya dijera la STC 146/86, FJ 5, aunque el Estado invoque título competencial debe respetar la atribución de competencias de las Comunidades Autónomas. La mera existencia de fondos presupuestarios y de la facultad de aplicarlos no es un título competencial habilitante para actuar sobre una determinada materia. Ni mucho menos sobre un amplio abanico de competencias y políticas públicas con un claro anclaje a nivel autonómico. Vid. J.M. GIMENO FELIU, “*Los fondos Next Generation: su aplicación en España desde la perspectiva del sistema de distribución territorial*”, *Informe Comunidades Autonomas 2021. IDP. 2022*, pp. 59-90.

a) Nueva redacción al **apartado 4 del artículo 29 LCSP**. Se introduce un nuevo supuesto en el marco de la prórroga tácita por la que se podrán prorrogar los contratos, “cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación”, de forma que *también podrá prorrogarse en un contrato basado en un Acuerdo marco o un contrato específico en el marco un sistema dinámico de adquisición, cuando se hayan enviado las invitaciones a presentar oferta del nuevo contrato basado o específico al menos quince días antes de la finalización del contrato originario*. Creo que se confunde lo que es prórroga, que es cuando finaliza el plazo del contrato, con el momento de validez final de contratos derivados en acuerdos marcos o SDA. Esta previsión, de ser necesaria, debería haberse incluido en las previsiones regulatorias de la Ley en relación con la racionalización técnica.

b) Nueva redacción al **artículo 69.2 LCSP**. En relaciones a la Uniones de empresas³⁶, y con la intención de laminar posibles conductas colusorias, se indica a hora

³⁶ Las UTEs están expresamente reconocidas en la legislación en materia de contratos públicos, que las contempla como una forma posible de concurrir a los procedimientos de adjudicación (artículo 69 LCSP), y muchas veces se recomiendan e incluso se fomentan por las Administraciones Públicas, como herramienta para permitir que las empresas de menor tamaño (en ocasiones, localmente arraigadas) accedan a los contratos públicos de mayor relevancia. No obstante, se trata de una figura problemática desde el punto de vista de la aplicación de las normas en materia de defensa de la competencia, en la medida en que puede ser un instrumento para la infracción de tales normas: la formación de UTEs entre empresas real o potencialmente competidoras para optar a la adjudicación de contratos públicos puede dar lugar a acuerdos para el reparto del mercado, la fijación de precios y la compartición de información sensible, así como la constitución de barreras de entrada, conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y sancionadas con severidad en dichas normas. En relación con lo anterior, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) viene manteniendo desde tiempo atrás una postura ciertamente restrictiva en cuanto a la utilización de las UTEs en los procesos de adjudicación de contratos públicos, con objeto de que su uso no conduzca a una vulneración de las normas sobre defensa de la competencia. La CNMC sostiene, en síntesis, que el análisis de admisibilidad de la UTE respecto de las normas en materia de defensa de la competencia debe efectuarse caso por caso en función de las características de las empresas que la componen y del contexto en el que se produce la agrupación, teniendo en cuenta los criterios a los que se ha hecho referencia anteriormente, y concluye que: “Solamente cabrá apreciar el beneficio y la necesidad de asociarse a través de una UTE

que *Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciara posibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal, **se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 150.1 de la presente ley*** (también de nueva redacción). Esta previsión responde a una mejora técnica, en relación a las medidas a adoptar ante posibles acuerdos colusorios en la constitución de UTEs. Se impone a la mesa de contratación, si “aprecia indicios”, a que aplique las previsiones del artículo 150 LCSP. Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciara posibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal, **se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 150.1 de la presente ley** (de nueva redacción). Esta previsión responde a una mejora técnica, en relación a las medidas a adoptar ante posibles acuerdos colusorios en la constitución de UTEs. Se impone a la mesa de contratación, si “aprecia indicios”, a que aplique las previsiones del artículo 150 LCSP.

c) Nueva redacción al párrafo primero de la letra d) del apartado 1 del artículo 71 LCSP. Se introduce la siguiente precisión respecto al número de trabajadores que debe tener la empresa, por adaptación a la normativa aplicable, para que se determine la aplicación de la prohibición de contratar en caso de no disponer del Plan de igualdad: **en el caso de empresas de 50 o más trabajadores**, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres. Esta previsión, de carácter técnico, aporta mayor seguridad en una cuestión clave como es la prohibición de contratar.

d) Nueva redacción al artículo 80. Se actualiza la regulación de los acuerdos o decisiones de clasificación: competencia, eficacia, recurso y clasificaciones divergentes para dar cumplimiento a la interpretación de la

*para determinados contratos, y la inexistencia de una conculcación de las normas de competencia, cuando no sea posible que las empresas puedan concurrir a los mismos de manera individual ante su falta de capacidad. Solo en estos supuestos puede acogerse la posibilidad de constituirse puntualmente en UTE”. ([Resolución de 29 de septiembre de 2016](#), expediente SNC/DC/007/16 Agencias de Viajes). Sobre esta cuestión resulta de especial interés la monografía de A. LOPEZ MIÑO, *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019. También la opinión de C. MELON PARDO, *“Breves apuntes sobre la licitación a través de uniones temporales de empresas (UTEs) desde el punto de vista de la defensa de la competencia”*, en www.obcp.es*

sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, que declaró inconstitucional la no validez de las clasificaciones empresariales que realizan las Comunidades Autónomas, de forma que el nuevo apartado 1 del artículo 80 señala que “los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas se adoptarán, con eficacia general frente a todos los órganos de contratación, por las Comisiones Clasificadoras de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y por los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas.” El precepto establece ahora en sus apartados 2 a 5 que:

“2. Una empresa no podrá disponer simultáneamente de clasificación como Contratista de Obras o como Contratista de Servicios otorgada por las Comisiones Clasificadoras de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y por una o más Comunidades Autónomas, o por dos o más Comunidades Autónomas, ni mantener simultáneamente en tramitación dos o más procedimientos de clasificación o de revisión de clasificación iniciados a su solicitud ante las Comisiones Clasificadoras de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y las de una o más Comunidades Autónomas, o ante dos o más Comunidades Autónomas. No obstante, una empresa sí podrá disponer de clasificación en obras otorgada por una comisión de clasificación estatal o autonómica y en servicios por otra comisión, así como también, en consecuencia, mantener simultáneamente en tramitación dos procedimientos de clasificación o de revisión ante dos comisiones de clasificación diferentes, siempre que dichos procedimientos sean uno en obras y otro en servicios.

3. Cuando una empresa que ostente clasificación como Contratista de Obras o como Contratista de Servicios otorgada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o por el órgano competente de una Comunidad Autónoma desee solicitar su clasificación ante un órgano distinto del que concedió su vigente clasificación, deberá previamente comunicar a este último su renuncia a las clasificaciones como Contratista de Obras o como Contratista de Servicios que ostenta, y hacerlo constar en su solicitud de nueva clasificación, renuncia que solo se entenderá aceptada

y surtirá efecto desde la fecha de otorgamiento de la nueva clasificación. El órgano que deba otorgar o denegar la nueva clasificación deberá comunicar en el plazo de 15 días el acuerdo adoptado al órgano u órganos que otorgaron las clasificaciones que la nueva clasificación sustituye, quienes practicarán las correspondientes inscripciones registrales.

4. Cuando por cualquier circunstancia una empresa ostentase simultáneamente clasificación como Contratista de Obras o como Contratista de Servicios otorgada por las Comisiones Clasificadoras de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y por una o más Comunidades Autónomas, o por dos o más Comunidades Autónomas, prevalecerá la otorgada en fecha más reciente, careciendo las demás de valor y efectos en la contratación pública.

5. Mediante Orden de la persona titular del Ministerio de Hacienda y Función Pública, se adoptarán las instrucciones necesarias para regular la práctica por medios electrónicos de las comunicaciones entre el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público y los Registros de licitadores y empresas clasificadas de las Comunidades Autónomas que permitan el intercambio recíproco de la información relativa a la clasificación de los contratistas en ellos inscrita.”

El apartado 5 reconoce al Ministerio competencia de Instrucciones en la materia, lo que puede no ajustarse bien al reparto competencial en la materia tal y como se determina por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

e) Modificación del artículo 88. Se modifica la letra a) del apartado 1 y el apartado 3 del artículo 88 LCSP. En relación con la solvencia técnica en los contratos de obras, se regula el plazo para tener en cuenta las pruebas de las obras pertinentes ejecutadas -que será de los últimos 10 años, frente a los 5 de la normativa anterior- y la fijación mediante Orden de una relación de subgrupos de clasificación. Esta medida puede ser conveniente, pero queda muy “abierta”. En la práctica parece que se puede utilizar con alcance general. Si no se hace habrá

empresas que podrán impugnar pues “nivel adecuado de competencia” es un concepto poco preciso.

f) Modificación del artículo 150. Aquí se produce, quizá, la principal novedad a incluir previsiones detalladas con el fin de evitar conductas contrarias al derecho de la competencia en relación a la detección de indicios colusorios, en línea con las propuestas y criterios de la CNMC³⁷. Con la nueva regulación será necesario que el órgano de contratación incluya en la remisión a la autoridad en materia de defensa de la competencia una explicación detallada de los indicios detectados, pudiendo esta última solicitar documentación adicional al órgano de contratación e iniciándose así el correspondiente procedimiento, que supondrá la suspensión inmediata de la licitación³⁸.

Estas previsiones, con ser convenientes, deberían estar en un precepto *ad hoc* y no como una previsión más del ya extenso y farragoso artículo 150 LCSP. En todo caso, NO parece conveniente que este trámite sea en fase de adjudicación y debería analizarse en la fase de valoración de ofertas, lo que parece más congruente con la previsión del art. 69 que se propone en relación con las UTEs). Por lo demás, sorprende que no se contemple de forma nítida la competencia de la CNMC para fijar la prohibición de contratar y su duración y efectos en el marco de un procedimiento sancionador, tal y como acaba de reconocer el TSJ de Cataluña (sentencia [de 28 de enero de 2022, núm. 3273/2022](#)

³⁷ Interesa, entre otros, el [INF/CNMC/085/2018 sobre el artículo 150 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE](#). Vid. en la doctrina I. GALLEGU CÓRCOLES, A., “UTES y contratación pública: algunas consideraciones desde las perspectivas de defensa de la libre competencia y concursal”, *Observatorio de los contratos públicos 2017* (dir. GIMENO FELIÚ y coord.. DE GUERRERO MANSO), Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 303-341; J.A. RODRIGUEZ MIGUEZ, “Prácticas anticompetitivas y contratación pública: la visión de una autoridad de competencia”, *Revista Gallega de Administración Pública* núm. 62, 2021, pp. 255-296.

³⁸ La Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ofrece pautas para mejorar el diseño de las licitaciones públicas y detectar la colusión entre empresas. La Guía se elaboró en 2011, siguiendo las fases que debería contener toda compra pública. En 2021, la CNMC ha publicado la primera parte de la actualización de la Guía, dedicada a la planificación de la contratación pública, en la que se destaca cómo una correcta planificación favorece la competencia entre empresas y promueve una gestión más eficiente de los recursos públicos.

[\(ECLI:ES:TSJCAT:2022:9189\)](#). En relación a la solución propuesta, el plazo parece razonable así como la exigencia de aclarar que tipo de indicios. Si la CNMC resuelve que existen indicios fundados de conductas colusorias el órgano de contratación excluirá del procedimiento de contratación a los licitadores responsables de dicha conducta y lo notificará a todos los licitadores, alzando la suspensión (que será automática en cuanto se requiera la intervención de la CNMC) y continuando el procedimiento de contratación con los licitadores restantes, si los hubiere. Si resuelve que no existen indicios fundados de conducta colusoria, alzaré la suspensión y continuará la tramitación del procedimiento de contratación sin la exclusión de ningún licitador por este motivo. Hay que resaltar la importancia de esta previsión que permite excluir con la mera existencia de indicios, sin que exista resolución sancionadora.

g) Modificación del artículo 168. Se incorpora una nueva redacción al apartado a) 2.º del artículo 168 LCSP. Se trata de los supuestos del procedimiento negociado sin publicidad de que las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado cuando no exista competencia por razones técnicas o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial. Para estos supuestos, se elimina la precisión que hacía el precepto citado respecto de cuando se aplicarían estos supuestos, que hay que recordar señalaba: *“solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato”*. En mi opinión, esta eliminación no parece adecuada por ser una previsión contenida en la Directiva 2014/24, de contratación pública, y puede abrir un unos indebido de este supuesto³⁹.

³⁹ Por todos, las excelentes reflexiones a este supuesto de I. GALLEGO CORCOLES, “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 220 y ss.

h) Modificación del artículo 229. da una nueva redacción a los apartados 3 y 6 del artículo 229 LCSP en relación con los acuerdos de adhesión al sistema estatal de contratación centralizada. Dispone así ahora el artículo 229.3 que el resto de entidades del sector público podrán solicitar la adhesión al sistema estatal de contratación centralizada a la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Función Pública, a quien compete adoptar el correspondiente acuerdo de adhesión, lo que posibilitará, en su caso, la contratación de las obras, suministros y servicios declarados de contratación centralizada a través del citado sistema, siempre que el régimen presupuestario de la entidad solicitante, así como la planificación y gestión de la contratación centralizada del correspondiente suministro, servicio u obra permitan la extensión a otras entidades. Quizá las condiciones para la adhesión de otras entidades del sector público pueden resultar un tanto “limitativas” lo que puede impedir la adhesión a la centralización

i) Modificaciones de los artículos 329 y 332. Se realizan ajustes organizativos de la OIREscon (de difícil vinculación con la política económica o presupuestaria). Mediante una nueva redacción al apartado 2 del artículo 329 de la LCSP se prevé la participación con voz pero sin voto en el Pleno del Comité de Cooperación de la persona titular de la Presidencia de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (previsión técnica que parece pretender que exista un adecuado “canal de comunicación” entre el Comité y la OIREscon, dado que esta tiene importantes funciones que requieren conocimiento previo en las decisiones). El apartado 2 del artículo 332 LCSP aclara que durante el tiempo en que se hallen prestando servicio en la OIREscon, tanto el presidente como los vocales pasen a la situación administrativa de servicios especiales (lo que refuerza la independencia de la Oficina).

j) Nueva redacción a los apartados 3 y 5 del artículo 333 LCSP. Se determina que el informe preceptivo de la Oficina Nacional de Evaluación con carácter previo a la licitación de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios lo será cuando el valor estimado del contrato sea superior a un millón

de euros; y al plazo para evacuar los informes preceptivos que se concreta en treinta días hábiles.

k) Nueva redacción para el apartado 3 de la Disposición adicional tercera de la LCSP que regula las normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales. En relación con los actos de fiscalización ejercidos por el órgano Interventor de la Entidad local, concreta ahora la norma que el órgano interventor “realizará la comprobación material de la inversión en el ejercicio de la función señalada en el artículo 214.2.d) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en los términos desarrollados en el artículo 20 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local. A efectos de la designación de representante en aquellas inversiones cuyo objeto sea susceptible de comprobación, el órgano interventor podrá aplicar técnicas de muestreo. Podrá estar asistido en la recepción por un técnico especializado en el objeto del contrato, que deberá ser diferente del director de obra y del responsable del contrato. Los servicios de asistencia de las Diputaciones Provinciales asistirán a los pequeños Municipios a estos efectos y los demás previstos en la Ley.”

l) Se modifica la Disposición adicional quincuagésima quinta de la LCSP, eliminando las referencias al régimen jurídico de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y se introduce nueva Disposición adicional quincuagésima sexta en la LCSP, para establecer el régimen jurídico de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Fábrica de la Moneda, como medio propio y servicio técnico.

En definitiva, la LCSP, tras los cambios descritos de la LCSP, esta norma se presenta como una norma en eterno movimiento, con la incógnita de cuando y con que sentido se producirá un nuevo ajuste. Sorprende, sin embargo, la no aprobación de una enmienda sobre contratación pública estratégica (presentada por el Grupo Popular) y que era una reivindicación de **la denominada Carta de**

Zaragoza⁴⁰ y que habría facilitado la transición hacia una compra mas sostenible y responsable alineada con los fines de la Unión Europea⁴¹.

m) La Disposición adicional centésima décima segunda de la Ley 31/2022 ha introducido unas «reglas» sobre cómo efectuar el análisis del riesgo de conflicto de interés, aplicables en principio a los procedimientos de contratación -también de subvenciones- financiados con fondos del PRTR, pero cuya aplicación no se descarta a procedimientos financiados con otro tipo de fondos europeos «en caso de que por la normativa comunitaria reguladora de aquéllos resultara exigible»⁴².

⁴⁰ Firmada el 10 de noviembre de 2021 puede consultarse su contenido y adhesiones en: <http://www.obcp.es/index.php/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>

⁴¹ La Comisión europea publicó el 20 de mayo de 2021 el Informe «Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior», COM (2021) 245 final. En este Informe se concluye que *"resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE"*. El 18 de junio de 2021 se publicó la guía de la Comisión «Adquisiciones sociales — Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas — 2.a edición» (2021/C 237/01), en la que se incide en que *"Con el fin de plantar cara a los retos sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos)"*. La OIResCon, en su reciente informe sobre contratación estratégica advierte de la insuficiencia de la visión estratégica de la contratación pública en España. Urge una nueva cultura en la gestión pública que promueva una interpretación funcional (y no formal) que debe alinearse con los objetivos estratégicos.

⁴² Hay que recordar que el artículo 6 de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, además de las Declaraciones de Ausencia de Conflictos de Interés a cumplimentar por los órganos gestores, disponía como contenido obligatorio de esos planes de medidas antifraude la definición de procedimientos relativos a la prevención y corrección de situaciones de conflictos de interés. Como complemento de las anteriores medidas, se añade ahora el «análisis sistemático y automatizado del riesgo de conflicto de interés mediante una herramienta informática de «data mining» gestionada por la Agencia Estatal de Administración Tributaria» (AEAT). Los planes de medidas antifraude aprobados hasta ahora deberán incorporar -si es que no lo preveían ya- este nuevo instrumento a la batería de medidas de prevención del fraude, mediante la oportuna modificación o actualización de dicho planes. Por todos vid. P. IGLESIAS REY, «La necesaria implantación de los sistemas sólidos de integridad institucional y de gestión de conflictos de intereses», Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, núm.19 22, 2022, pp. 70-87, M.A. BERNAL BLAY, ["Los canales internos de denuncia \(«canales internos de información»\) en el ámbito de la contratación pública"](#), www.obcp.es, junio 2022. (En extenso, M.A. BERNAL BLAY, «Los canales internos de denuncia(A.K.A. "canales internos de información")», en Libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2021*,

Una cosa es cierta, en breve, con la aprobación de la Estrategia Nacional de Contratación Pública, que debe aprobar la OIREscon, tendremos un nuevo instrumento jurídico vinculante (ex. art. 334 LCSP) que, ojala, pueda servir de brújula en la gestión de la contratación pública para corregir la inseguridad jurídica derivada de interpretaciones diversas y contradictorias que ponen en evidencia claras debilidades en los resultados pretendidos con la regulación (de especial gravedad en cuanto se afrontan situaciones excepcionales, como ha observado la [OIREscon](#))⁴³. Una Estrategia que fije un camino asentado sobre la calidad de la prestación y no en el precio⁴⁴, en una nueva y moderna perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta. Así ha sido destacado en las [CONCLUSIONES DEL CONGRESO GOBERNANZA ECONÓMICA, REGULACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA \(2 y 3 de junio de 2022\)](#), organizado por la CNMC, el CGPJ y la RALJ, donde se propone *“interpretar el principio de eficiencia como garantía de un adecuado estándar de calidad en la prestación de los servicios a la ciudadanía, asumiendo que la moderna gobernanza económica no puede fundarse en modelos exclusivamente economicistas, sino que debe priorizar el valor frente al precio e identificar, de forma precisa, inversión frente a gasto”*⁴⁵.

Aranzadi, 2022, pp. 107-122 y L. FUERTES GINE, “El uso de banderas rojas en la contratación pública. Reflexiones a la luz de la nueva Orden HFP/1030/2021,” en Libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2021*, Aranzadi, 2022, pp. 379- 408.

⁴³ El informe anual de supervisión de 2021 analiza y señala los ámbitos de mejora.

⁴⁴ Opción, por ejemplo, incorporada en Extremadura mediante DECRETO-LEY 1/2022, de 2 de marzo, de medidas urgentes de mejora de la calidad en la contratación pública para la reactivación económica.

⁴⁵ Así lo expresa, desde el máximo nivel político, el importante documento del Consejo europeo **“Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente” (2020/C 412I/01)**, donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública, insiste en la necesidad de su función estratégica y en que *“Hay que reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública”*.

En este “eterno viaje” de la regulación de la contratación pública⁴⁶, resulta imprescindible una adecuada interpretación de los principios y conceptos, como guía para la correcta aplicación de la finalidad de todo contrato público que es, no se olvide, la correcta satisfacción del interés público⁴⁷. Conocer el contexto y depurar conceptos y principios, comprender su correcto alcance, es un presupuesto necesario para poder articular una correcta política de contratación pública profesionalizada alejada del papeleo de una burocracia formal⁴⁸. Por lo demás, el actual contexto de recuperación y de movilización de importantes recursos financieros a través de los fondos europeos NGEU aconsejan una visión “diferente” a la tradicional (excesivamente apegada a la reducción del precio de oferta económica en fase de adjudicación), que piense, sobretodo, en el mejor resultado con la capacidad financiera asumible. En la Adenda enviada por el Gobierno de España (diciembre 2022), el nuevo tramo consignado en la adenda contribuirá no sólo a promover [nuevas inversiones vinculadas a la modernización](#) y sostenibilidad de nuestro sistema productivo, sino también a establecer nuevos mecanismos de colaboración público-privada para la economía sostenible, algo en lo que España todavía tiene una importante asignatura pendiente⁴⁹. Los contratos públicos derivados de los fondos europeos tienen que estar directamente alineados con los objetivos de los fondos europeos, sin que interpretaciones formales puedan ser

⁴⁶ Al que se sumará las previsiones contenidas en Proyecto de Ley reguladora de la Protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (aprobado el 22 de diciembre de 2022, en el Congreso de los Diputados y se encuentra actualmente en el Senado). Sobre sus efectos en la contratación pública me remito a J. MIRANZO DIAZ, [“El proyecto de Ley de protección de protección del denunciante y su incidencia en la contratación pública”](#), en [www.obcp.es](#).

⁴⁷ Vid. J.M. GIMENO FELIU, *“El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”*, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 59, 2022.

⁴⁸ *Papeles y papeleo* (ediciones *El Cronista* 2015) es el título, de por sí elocuente, del profesor italiano Luciano Vandelli, que analiza, a lo largo de la literatura, el rol de la burocracia y su evolución en la Administración pública. El papel, el papeleo innecesario, han sido referencias con las que el ciudadano ha tenido que relacionarse con la Administración, que ha encontrado en reglas y trámites formales claramente innecesarios un argumento (y argumentarios) para hacer del procedimiento administrativo una carga y no una garantía ligada al derecho a buena administración.

⁴⁹ Sobre la necesidad de impulsar la colaboración público-privada en el contexto NGEU, por todos, I. GALLEGO CORCOLES, *“Transparencia, contratación pública y gestión de fondos del mecanismo de recuperación y resiliencia”*, en Libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2021*, Aranzadi, 2022, pp. 248-254

utilizadas como freno al cambio de cultura en la gestión de la contratación pública. Innovar en la contratación pública implica, por supuesto, hacer cosas diferentes bajo la brújula de la mejor calidad de los resultados de la prestación (incluso de ahorro).

En definitiva, es tiempo de más reflexión y de menos movimiento normativo⁵⁰. Máxime en un escenario como el de la contratación pública, que incide en el modelo económico de forma directa (y no difusa) donde la complejidad normativa (junto a una redacción cada vez más deficiente) se presenta como una indudable amenaza institucional⁵¹, que incide de forma negativa en la eficiencia en la gestión pública y la economía⁵², y compromete, principalmente, el derecho a una buena administración⁵³.

⁵⁰ Las múltiples modificaciones en contratación pública asemejan el resultado a lo que se cuenta por Cervantes en *El Quijote*: “No hagas muchas pragmáticas, y si las hicieres, procura que sean buenas, y sobre todo que se guarden y cumplan, que las pragmáticas que no se guardan lo mismo es que si no lo fuesen, antes dan a entender que el príncipe que tuvo discreción y autoridad para hacerlas no tuvo valor para hacer que se guardasen; y las leyes que atemorizan y no se ejecutan, vienen a ser como la viga, rey de las ranas, que al principio las espantó, y con el tiempo la menospreciaron y se subieron sobre ella”. (Se alude a la fábula nº 44 de Esopo (Fedro, I, 3), en que las ranas piden un rey a Júpiter).

⁵¹ Afecta al modelo judicial, donde la complejidad normativa como consecuencia de este continuo movimiento incrementa la litigiosidad, lo que impacta en la gestión de los tiempos procesales.

⁵² Lo explica muy bien M. VAQUER CABALLERIA, “Corrupción pública y ordenamiento jurídico”, en. *La corrupción en España*, Atelier Barcelona, 2016, pp. 125-140.

⁵³ Por todos, J. PONCE SOLE *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Universidad Alcalá de Henares (UAH), 2019, T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, “El derecho a una buena administración en la sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019”, *Revista de Administración Pública* núm. 209, 2019, pp. 247-257 y J.A. MOREMO MOLINA, *El derecho a una buena administración*, Ed. Universidad Castilla La-Mancha, 2022. Derecho a una buena administración que, en palabras de J. TORNOS MAS, es “*el alma de la administración*”. “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública”, libro colectivo *Libro Derecho Fundamentales y Otros estudios, Libro Homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, Ed. Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, p. 630. Desde una correcta aplicación del derecho a una buena administración no pueden desconocerse las exigencias de “justicia social” sobre las que se cimientan los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030 de Naciones Unidas), que deben ser el impulso para rearmar un modelo de crecimiento sostenible, que integre lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Lo que exige, además de la necesaria convicción, planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a medio y largo plazo (frente a la improvisación) y una visión no meramente “numérica e insensible” sobre los resultados. Vid. J.M. GIMENO

FELIU, *“La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación publica. De las ideas a la acción”, en libro colectivo dirigido por J. Esteve Pardo Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales, Serie Claves del Gobierno Local núm, 32, Fundación y Democracia Gobierno Local, Madrid, pp. 67-100.*