OBSERVATORIO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS 2024

José María Gimeno Feliu
(Director)

María del Carmen de Guerrero Manso
(Coordinadora)

Irene Araguàs Galcerà
Miguel Ángel Bernal Blay
Michele Cozzio
Leticia Fuertes Giné
Gerardo García Álvarez
Andrea García Ruiz
José María Gimeno Feliu
Carmen de Guerrero Manso
M.ª Eugenia López Mora
Teresa Medina Arnaiz
Javier Miranzo Díaz
José Antonio Moreno Molina
Belén Noguera de la Muela
Ana Isabel Peiró Baquedano
Pedro Pascual Alejandre
J. Jose Pernas García
Teresa Roa Martínez

FEDER
Fondo Europeo de Desarrollo Regional
Una manera de hacer Europa
Unión Europea

Gobierno de España
Ministerio de Economía y Empresa

Universidad Zaragoza
1542

Observatorio Contratación Pública

ARANZADI

OBSERVATORIO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS 2024

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU
Director

MARÍA DEL CARMEN DE GUERRERO MANSO
Coordinadora

OBSERVATORIO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS 2024

Autores

IRENE ARAGUÀS GALCERÀ
MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY
MICHELE COZZIO
LETICIA FUERTES GINÉ
GERARDO GARCÍA ÁLVAREZ
ANDREA GARCÍA RUIZ
JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU
CARMEN DE GUERRERO MANSO
M.ª EUGENIA LÓPEZ MORA
TERESA MEDINA ARNAIZ
JAVIER MIRANZO DÍAZ
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
BELÉN NOGUERA DE LA MUELA
ANA ISABEL PEIRÓ BAQUEDANO
PEDRO PASCUAL ALEJANDRE
J. JOSE PERNAS GARCÍA
TERESA ROA MARTÍNEZ

ARANZADI

© **Varios autores,** 2025
© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**

ARANZADI LA LEY, S.A.U.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es
Atención al cliente: https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones

Primera edición: 2025

Depósito Legal: M-24065-2025
ISBN versión impresa: 978-84-1085-433-8
ISBN versión electrónica: 978-84-1085-434-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.
Printed in Spain

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.
Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, **www.cedro.org**) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.
El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.
El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.
ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.
ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.
ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.
Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Consejo Asesor Aranzadi LA LEY

D. Luis María Cazorla (Presidente)
Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

D. Alberto Palomar (Secretario)
Magistrado de lo contencioso-administrativo (EV)

D. Ricardo Alonso
Catedrático de Derecho Administrativo y de la UE

D. Moisés Barrio
Letrado del Consejo de Estado

D. Jacobo Manuel Barja de Quiroga López
Presidente de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo

D. Alfredo Berges
Presidente de UNE

D.ª Sonia Calaza
Decana de la Facultad de Derecho de la UNED Catedrática de Derecho procesal de la UNED

D.ª Concepción Campos
Experta en Gestión Pública y Presidenta de la Asociación de Mujeres en el Sector Público

D.ª Ana Belén Campuzano
Catedrática de Derecho mercantil de la Universidad CEU San Pablo

D. Adolfo Díaz Ambrona
Secretario General de la Cámara de Comercio de España

D. Antonio Fernández de Buján y Fernández
Académico de Número de las Reales Academias de Jurisprudencia y Legislación de España y de Galicia

D.ª Isabel Fernández Torres
Catedrática (Ac.) de Derecho Mercantil

D.ª Ana Fernández-Tresguerres
Notaria de Madrid

D. José Luis García Delgado
Catedrático de Economía Aplicada. Univ. Nebrija

D.ª Piedad García-Escudero
Letrada de las Cortes Generales

D. Rafael García Meiro
Consejero Delegado/CEO de AENOR

D. Isaac Merino Jara
Magistrado del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

D.ª Encarnación Roca
Catedrática de Derecho Civil

D. Antonio V. Sempere Navarro
Magistrado del Tribunal Supremo

D.ª Rosario Silva
Abogada del Estado

D. Eduardo Torres-Dulce
Fiscal

Índicege General

Página

I
NUEVOS CAMINOS PARA UN NUEVO DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EUROPA

1
HACIA UNA NUEVA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN CLAVE GEOESTRATÉGICA: LA BRÚJULA DE LA COMPETITIVIDAD EN EUROPA AL SERVICIO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS
JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU 31

Introducción. Alguna idea y reflexión de contexto. De la estrategia a la geoestrategia 32

I. Un nuevo modelo de compra pública: inversión, calidad y resultado versus ahorro presupuestario y precio 38

II. Hacia una nueva normativa de contratación pública en clave geoestratégica 43

III. La incidencia del modelo europeo de contratación pública en la Administración local: algunas propuestas 51

IV. Rearmar el modelo de colaboración público privada. El caso del impulso a la vivienda y el rol de las entidades locales: soluciones más allá del contrato público 54

V. Geoestrategia e innovación: La adquisición de innovación no es siempre contratación pública 65

Página

VI. A Modo de breve recapitulación. La senda de nueva competitividad en Europa 68

2

DÉCIMO ANIVERSARIO DE LAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. UN BALANCE DE LUCES Y SOMBRAS

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA 71

I. Introducción. La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y sus objetivos principales 72

II. Un balance de las directivas y sus principales aportaciones y carencias 74

1. Efecto directo de las directivas y principio de interpretación de la legislación nacional conforme al Derecho de la UE 74

2. Importancia de la jurisprudencia del TJUE y de los principios generales de la contratación pública. La cooperación vertical y horizontal 76

3. Unificación del completo régimen jurídico de la contratación pública. Formularios y documentos normalizados 82

4. La consagración de la compra pública estratégica como principal logro 85

5. Impacto de los fondos NGEU 90

6. Fracaso de la simplificación, falta de concurrencia y sobrerregulación 91

7. Integridad y lucha contra la corrupción 93

8. Contratación pública electrónica y la necesidad de un espacio común de datos 95

9. Regulación de las concesiones y su poca utilización. La necesidad de impulsar los mecanismos de colaboración público-privada 99

10. Nueva gobernanza y Estrategia Nacional de Contratación Pública 103

11. Impulso de la profesionalización 106

Página

III. Reflexiones finales 108

3

CONTRIBUCIONES A LA CONSULTA PÚBLICA PARA LA EVALUACIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

INFORME OBCP. 111

I. Presentación. 112

II. Ideas generales sobre la función estratégica de la contratación pública 112

III. Consideraciones y propuestas 118

1. Actualizar el marco normativo de la contratación pública . . . 118

2. Reforzar el objetivo de la compra pública en Europa al servicio de los fines y políticas públicas propias 120

3. Definir las responsabilidades de la contratación pública desde la perspectiva estratégica 121

4. Despejar las dudas sobre el alcance y significado de la vinculación de criterios al objeto del contrato 122

5. El principio de resiliencia y su influencia en la contratación pública 125

6. Clarificación conceptual de principios y de los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación 125

7. Eficiencia y flexibilidad de los procedimientos de adjudicación 126

8. El foco de la contratación debería estar en la correcta ejecución del contrato y en prestar atención al resultado 127

9. Estrategia Europea del Control de la Contratación Pública . . 128

10. El refuerzo de los modelos de colaboración público-privada y pública-pública para preservar la esencia «social» de las políticas europeas 129

11. La necesidad de profundizar en la unificación europea del completo régimen jurídico de la contratación pública 132

12. Reforzar la regulación de la fase de ejecución 133

13. Clarificar el régimen de la modificación contractual 134

Página

14. Fomentar la utilización racional de la compra pública de innovación 136
15. La compra de salud y servicios a las personas requiere de regímenes específicos 137
16. Fomentar la profesionalización de las personas involucradas en los procesos de contratación pública 139
IV. Participantes en la elaboración del presente documento . . . 141

4

ORIENTACIONES Y PROPUESTAS PARA LA REFORMA DE LAS DIRECTIVAS DE LA UE SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS Y CONCESIONES. EL INFORME DEL OBSERVATORIO ITALIANO (TRENTO)
MICHELE COZZIO 143

I. El proceso de evaluación y reforma de las normas europeas 144
II. La consulta promovida por la Comisión Europea 149
1. Las características del cuestionario en línea de la Comisión . . 150
III. La participación del Observatorio Italiano en la consulta europea y los resultados 153
1. Algunas características de la consulta del Observatorio 154
2. Resultados sobre la participación 156
3. Simplificación y flexibilidad 158
4. Digitalización y contratación electrónica (eProcurement) . . . 158
5. Transparencia, integridad y lucha contra la corrupción 159
6. Profesionalización de las entidades adjudicadoras 160
7. Sostenibilidad ambiental y social 161
8. Innovación 161
9. Acceso de las pymes y competencia 162
10. Análisis de las respuestas por categoría 163
IV. Algunas indicaciones para la futura revisión de normas . . . 166
1. Armonización de las normas y los estándares digitales 166

Página

2. Formación y profesionalización de las entidades adjudicadoras 166
3. Simplificación burocrática y reducción de cargas formales . . . 167
4. Promoción de la innovación 167
5. Contratos verdes y socialmente responsables 167
6. Apoyo a las PYME 168
7. Transparencia y anticorrupción 168
8. Emergencias y seguridad de los suministros 169
V. Cambios en curso del contexto 169
1. Perspectivas en materia de «autonomía estratégica abierta» . . 169
2. Perspectivas en materia de sostenibilidad 170
VI. ¿Qué perspectivas? 171

II
SUJETOS QUE PARTICIPAN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA Y ELEMENTOS CLAVE

5
INDEMNIZACIÓN A LOS LICITADORES PERJUDICADOS POR LAS ACTUACIONES DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES: VÍAS PARA HACER VALER EL DERECHO AL RESARCIMIENTO
GERARDO GARCÍA ÁLVAREZ 177

I. Caracterización de los tribunales de recursos contractuales 178
II. Los regímenes de responsabilidad civil aplicables a las Administraciones públicas españolas 181
III. Régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública por la anulación de la resolución estimatoria de los tribunales de recursos contractuales 188
1. Posibles hechos dañosos que hacen surgir la responsabilidad . 188
A) Retraso en la resolución del recurso especial 188

Página

B) Anulación judicial de la resolución del tribunal de contratos: ¿es preciso un error cualificado? 189

2. Ejercicio de la acción de responsabilidad 193

3. Legitimación 194

A) Legitimación activa 194

B) Legitimación pasiva 195

a) Responsabilidad de la Administración contratante 196

b) Responsabilidad de la Administración pública a la que se adscribe el tribunal contractual 199

4. Ejercicio de la acción de responsabilidad con posterioridad a la anulación de la decisión estimatoria del tribunal de recursos contractuales: la STSJ de País Vasco de 31 de enero de 2023 202

4.1. Lesión indemnizable 204

4.2. Conceptos indemnizables: inclusión del beneficio industrial, exclusión de los gastos generales 204

IV. Un fundamento alternativo de la indemnización: la inejecución de una sentencia contencioso-administrativa de condena. STS 267/2025, de 11 de marzo de 2025, condena a la Administración contratante 205

V. Conclusiones 209

6

NUEVA ERA EN LA POLÍTICA COMERCIAL DE LA UE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: PRIMEROS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TJUE KOLIN Y QINGDAO Y ALGUNAS INCERTIDUMBRES

M.ª EUGENIA LÓPEZ MORA 215

I. Introducción 216

II. Marco normativo: de la evolución de las directivas de contratación pública a los instrumentos y mecanismos regulatorios actuales 218

Página

III. Posición del TJUE: impacto de la jurisprudencia reciente . . 227
1. Sentencia Kolin 228
1.1. Supuesto planteado en la Sentencia Kolin 228
1.2. Posición del Abogado General 229
1.3. Principales pronunciamientos de la Sentencia Kolin. 230
1.4. Reflexiones de la Sentencia Kolin. 236
1.5. Actuaciones posteriores a la Sentencia Kolin 238
2. Sentencia Qingdao 239
2.1. Supuesto de hecho planteado en la Sentencia *Qingdao* 239
2.2. Conclusiones del Abogado General. 240
2.3. Pronunciamientos de la Sentencia 240
2.4. Reflexiones de la Sentencia *Qingdao*. 241
IV. Conclusión. 244
V. Bibliografía 245

7

LOS CERTIFICADOS DE BUENA EJECUCIÓN COMO MEDIO DE ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA TÉCNICA DE LOS CONTRATISTAS: LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN PARA EVITAR LA DISCRIMINACIÓN ENTRE LICITADORES
MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY 247

I. La solvencia técnica o profesional y su acreditación por los contratistas. En especial, los certificados de buena ejecución 249
1. Excepciones y alternativas a los certificados de buena ejecución. 250
2. Sobre el momento de acreditar la solvencia técnica (y por tanto, de aportar los certificados) 252
3. Los certificados de buena ejecución «ajenos». 253

Página

4. ¿Y qué hay de la acreditación de su solvencia técnica por los subcontratistas? 254

II. Elementos objetivos del certificado: ¿qué contenido deben reflejar los certificados de buena ejecución? 255

1. Los elementos subjetivos de los certificados (I): ¿quién debe expedir los certificados? 263

2. Los elementos subjetivos de los certificados (II): ¿a quién van referidos? 264

3. El elemento formal del certificado: condiciones relativas a la firma de los certificados 266

III. La necesidad de regulación de los certificados de buena ejecución para evitar la discriminación entre licitadores. Algunas propuestas 267

1. Los certificados de buena ejecución deberían ser emitidos de oficio por el responsable del contrato a la finalización de su ejecución 268

2. El contenido de los certificados de buena ejecución debería normalizarse, y el modelo de certificado incorporarse a la regulación la contratación pública 269

3. Los certificados de buena ejecución emitidos por entidades del sector público deberían ser objeto de publicidad. 270

4. Los certificados de buena ejecución emitidos por entidades del sector público deberían ser objeto de inscripción de oficio en el Registro de licitadores 271

5. Los certificados de buena ejecución presentados en un procedimiento anterior de la misma entidad contratante deberían poder ser objeto de reutilización en procedimientos de adjudicación posteriores 271

6. Las entidades del sector público no deben rechazar certificados de buena ejecución porque en ellos no se refleje literalmente la identidad de prestaciones con las que son objeto de contratación 272

Página

8

LA DIRECTIVA DE PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE: EL MARGEN DE TRANSPOSICIÓN ESTATAL Y SUS IMPLICACIONES PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
JAVIER MIRANZO DÍAZ. 273

I. La figura del denunciante en la tradición jurídica europea e internacional. 273

II. El ámbito de aplicación de la Directiva y el margen de transposición estatal. 277

1. El ámbito subjetivo de aplicación 278

2. Ámbito material de aplicación 280

2.1. Ámbito directo de aplicación material. 281

2.2. La Directiva del denunciante como norma de aplicación supletoria 283

2.3. Sectores expresamente excluidos del ámbito de aplicación 284

2.4. Implicaciones del ámbito de aplicación material diseñado por la Directiva. 284

III. La configuración de los distintos niveles y canales de denuncia 286

1. Los canales internos 288

2. Los canales externos 289

3. La revelación pública 291

IV. La protección del denunciante y de las personas afectadas . 291

V. Bibliografía 294

Página

9

LA 5.ª GENERACIÓN DE ¿DIRECTIVAS? DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. PROPUESTAS DE MEJORA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN Y EL ACCESO DE PYMES Y STARTUPS
ANA ISABEL PEIRÓ BAQUEDANO 299

I. Introducción 300

II. Cronología del marco regulatorio 301

III. Compra pública de innovación 304

IV. Propuestas de mejora desde el punto de vista de la CPI y el acceso de pymes y startups 308

1. ¿Son las Directivas el mejor instrumento para regular la contratación pública? 308

2. Definición común y armonizada de la CPI 309

3. Fijación de un mínimo del presupuesto público que se destine a CPI. 310

4. Plan de acción para la CPI 311

5. Aclarar y unificar el régimen para la compra pública trasfronteriza 311

6. Clarificar el régimen de los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) 312

7. Criterios de adjudicación: Most Economical Advantageus Tender (MEAT) o lo que es lo mismo, la mejor relación calidad precio 314

8. Criterios de adjudicación que fomentan la innovación. Uso de la ingeniería de valor 315

9. Facilitar la participación de PYMES y Startups 316

10. La lista de peticiones al legislador europeo. 317

V. Conclusión 318

Página

10

LA TRANSFORMACIÓN DEL ACCESO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UE: DE LA APERTURA A LA DEFENSA DEL INTERÉS EUROPEO
ANDREA GARCÍA RUIZ 321

I. Introducción: la evolución de la contratación pública en la Unión Europea 322

1. Contextualización: hacia una revisión de las Directivas de cuarta generación sobre contratación pública 322

2. La contratación pública como herramienta estratégica en el marco del mercado común europeo 326

II. El ACP y los principales instrumentos de defensa comercial aplicables al mercado de contratación pública europeo 327

1. El Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública (ACP) y otros Acuerdos internacionales sobre la materia 330

2. El papel del Reglamento (UE) 2022/1031 sobre el Instrumento de Contratación Internacional (ICI), y del Reglamento (UE) 2022/2560 sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior 333

A. Reglamento (UE) 2022/1031 sobre el Instrumento de Contratación Internacional (ICI) 333

B. Reglamento (UE) 2022/2560 sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior 336

3. Otros instrumentos de defensa comercial adoptados por la UE, con atención a sectores sensibles como el de la salud 338

III. Un nuevo escenario en el acceso al mercado de contratación pública de la Unión Europea 341

1. Jurisprudencia del TJUE: interpretación del acceso a la contratación pública en la Unión Europea 341

A) Los operadores económicos de terceros países sin acuerdo no tienen un derecho de acceso al mercado de contratación pública de la Unión Europea . . 344

Página

B) La admisión a los procedimientos puede quedar supeditada a la decisión de las entidades adjudicadoras 348

2. Panorama general en el acceso al mercado europeo de la contratación pública tras la jurisprudencia reciente del TJUE . . . 352

IV. Reflexión final: el equilibrio entre la apertura y la protección del interés europeo 354

V. Bibliografía 356

III
CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA: SOCIAL, ÍNTEGRA Y AMBIENTAL

11

EL TORTUOSO CAMINO PARA LA CREACIÓN DE UNA COMISIÓN INTERMINISTERIAL PARA LA INCLUSIÓN DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. ¿A LA TERCERA IRÁ LA VENCIDA?
TERESA MEDINA ARNAIZ. 361

I. Introducción 361

II. Las comisiones interministeriales. 365

III. La creación de una comisión interministerial para la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública 367

1. Primer intento fallido: El Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo 369

2. Segundo intento fallido: El Real Decreto 667/2023, de 18 de julio 372

2.1. La sentencia del Tribunal Supremo 1121/2024, de 25 de junio: la declaración de nulidad del inciso «más representativas a nivel estatal» a propósito de la composición de la Comisión Interministerial 374

2.2. La sentencia del Tribunal Supremo 1560/2024, de 3 de octubre: la omisión del trámite de audiencia a las organizaciones empresariales 378

Página

IV. Consideraciones finales 381
V. Bibliografía 381

12

TRANSPARENCIA Y *LOBBIES* EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
BELÉN NOGUERA DE LA MUELA, IRENE ARAGUÀS GALCERÀ 385

I. Introducción 385
II. La transparencia en la contratación pública 387
III. La actividad de influencia desarrollada por lobbies y su incidencia en la contratación pública 401
1. Los lobbies y su regulación en España 401
2. Singularidades de las actividades de influencia en la contratación pública 407
IV. Bibliografía 414

13

NUEVAS VÍAS PARA LOGRAR UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA ÍNTEGRA, TRANSPARENTE Y SUJETA A RENDICIÓN DE CUENTAS: PACTOS DE INTEGRIDAD E INSTRUMENTOS SIMILARES
CARMEN DE GUERRERO MANSO 419

I. Introducción 420
II. Integridad, transparencia y rendición de cuentas: principios jurídicos con un insuficiente reflejo en la práctica 421
III. La figura del pacto de integridad: concepto, ventajas y obstáculos para su adopción 428
1. Concepto y configuración jurídica del pacto de integridad ... 429
2. Los beneficios de esta herramienta: ámbitos de impacto y efectos diferenciados por actores 430
2.1. Beneficios por ámbitos sustantivos 430
2.2. Beneficios por tipo de actor implicado 431

Página

3. Desafíos para una aplicación efectiva: articulación institucional, aprovechamiento de datos, participación activa y resultados dispares 435

IV. Diseño e implementación del pacto de integridad: fases y componentes esenciales 437

1. Fase de inicio 438

1.1. Criterios para la selección del proyecto 438

1.2. Modelos de financiación 441

1.3. Selección del monitor independiente: legitimidad, capacidad y garantías 444

2. Fase de ejecución 447

2.1. Gestión de riesgos 447

2.1.1. Riesgos derivados de los actores implicados 447

2.1.2. Riesgos jurídicos y de ejecución del proyecto 448

2.1.3. Riesgos reputacionales 449

2.2. Mecanismos de seguimiento, evaluación y aprendizaje 450

2.2.1. Elaboración de indicadores 450

2.2.2. Monitorización y evaluación durante la ejecución 450

2.2.3. Cierre del proceso del pacto de integridad 451

V. Los pactos de integridad: una herramienta prometedora con aspectos por mejorar 452

VI. Bibliografía 454

14

APROXIMACIÓN AL DERECHO SECTORIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA «RESILIENTE»: MEDIDAS Y CRITERIOS PARA IMPULSAR LA SEGURIDAD DEL SUMINISTRO DE MATERIAS Y PRODUCTOS ESENCIALES EN LA UE. ESPECIAL REFERENCIA AL SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS

J. JOSE PERNAS GARCÍA 459

I. Introducción 460

Página

II. Avance reciente de las medidas y criterios de resiliencia en la contratación pública de productos y materias esenciales. 462

1. El reforzamiento del ecosistema europeo de semiconductores . 462

2. El suministro seguro y sostenible de materias primas fundamentales 463

3. La garantía de las cadenas de suministro sostenibles y resilientes para los vehículos pesados. 464

4. El reforzamiento del ecosistema europeo de fabricación de productos de tecnologías cero emisiones 466

4.1. Requisitos mínimo obligatorios en materia de sostenibilidad ambiental 468

4.2. Obligación de aplicar determinadas condiciones, requisitos u obligaciones contractuales para el apoyo de determinados objetivos sociales 472

4.3. Obligación de tomar en consideración la «contribución de la oferta a la resiliencia». 473

4.4. La Plataforma Europea de Cero Emisiones Netas, espacio para el intercambio de experiencias sobre compra pública resiliente. 475

5. La seguridad y garantía del suministro de medicamentos en la contratación pública: análisis del marco jurídico-política de la UE y perspectiva de desarrollo 476

5.1. La escasez de medicamentos es cada vez más frecuente.. 476

5.2. La respuesta política post-pandemia de la UE 477

5.3. Estrategia para abordar la escasez de medicamentos en la UE 479

5.4. Buenas prácticas y modelos de contratación favorecedores de la garantía de seguridad del suministro 481

5.4.1. El papel del precio y de los criterios cualitativos. 481

Página

5.4.2. Mejora la cooperación y coordinación entre los Estados miembros. 482

5.4.3. La utilización de criterios o cláusulas destinadas a garantizar la diversidad de las fuentes de suministro de medicamentos y la reducción de la dependencia de terceros países. La importancia de la preparación contractual 485

5.4.4. Redes de garantía de producción de vacunas y otros mecanismos en respuestas a emergencias futuras: contratos de reservas de capacidades 488

6. Nuevo marco geoestratégico y la introducción de la preferencia europea. La propuesta de «Ley europea de medicamentos críticos» 489

6.1. Preferencia europea en la compra de medicamentos 489

6.2. Procedimientos colaborativos para mejorar la seguridad del suministro y la disponibilidad 491

III. Conclusiones 493

15

CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA EN EL SECTOR SALUD. REFLEXIONES EN LA BÚSQUEDA DE SU BRÚJULA VERDE

LETICIA FUERTES GINÉ 497

I. Introducción. El desafío creciente de la salud en el cambio climático y la respuesta desde la contratación pública 497

II. Contextualización internacional y europea de las políticas ambientales en la salud 501

1. La acción internacional de la contratación pública sostenible en la salud 501

2. La dirección ambiental en las políticas europeas 503

III. La materialización de las políticas ambientales. Análisis de los criterios ecológicos en la contratación pública sanitaria 504

Página

IV. ¿Y en la práctica? Revisión de los suministros médicos fungibles 512

1. Metodología de la revisión 513

2. Resultados de la revisión 515

V. Reflexiones conclusivas 521

VI. Bibliografía 525

1. Urlografía 527

IV
ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

16

EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTINUIDAD DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS
TERESA ROA MARTÍNEZ 533

I. Introducción 534

II. La doctrina del Tribunal Supremo sobre el enriquecimiento injusto 536

III. Análisis jurisprudencial: ¿procede aplicar el enriquecimiento injusto en supuestos de ultraactividad de los contratos públicos? 537

1. Continuidad del servicio una vez finalizado el período contractual o de prórroga al margen del mecanismo recogido en el artículo 29.4 LCSP 538

2. Continuidad del servicio prestado de forma irregular más allá del período pactado 542

3. Conclusiones del análisis jurisprudencial 544

IV. Reflexión sobre la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en la continuidad de la prestación de servicios a la vista de la jurisprudencia analizada 545

V. Bibliografía 551

Página

17

GESTIÓN Y REFORMA DE LOS ESTADIOS MUNICIPALES DE FÚTBOL A TRAVÉS DE UN CASO: LA ROMAREDA
PEDRO PASCUAL ALEJANDRE 555

I. Introducción 556

1. Objeto de estudio 556

2. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo 558

II. Antecedentes 558

1. La construcción del estadio y la primera concesión (1957) . . . 558

2. La supresión del impuesto de consumo de lujo (1962-1965) . . 559

3. La revisión del canon concesional y la ampliación del estadio (1972-1976) 561

4. El disfrute por vía de hecho y la cesión a precario (2003-2023) 563

5. El sueño de una nueva Romareda. Más de 20 años de larga espera 563

III. Notas preliminares 565

1. Los servicios públicos deportivos 565

2. El dominio público 567

3. Instalaciones deportivas 569

IV. Concesión administrativa de carácter demanial 569

1. Las concesiones fallidas de La Romareda (2015 y 2019) 569

2. Viabilidad y naturaleza jurídica 570

3. Régimen jurídico 573

4. Adjudicación 575

5. Financiación de la reforma 579

5.1. Formas de financiación 579

5.2. Los gastos de reforma o construcción financiados por el consistorio 581

6. Canon concesional 582

Página

6.1. Un canon flexible 583
6.2. El impacto de la financiación del club en el cálculo del canon concesional 585
7. Plazo 586
8. Una pequeña aclaración: el contrato de concesión de obras . . . 589
9. Conclusiones 590
V. El otorgamiento de un derecho de superficie 591
1. Una oportunidad histórica y sin precedentes 591
2. Viabilidad y naturaleza jurídica 594
3. Régimen jurídico 598
4. Adjudicación 599
5. Financiación de la reconstrucción 601
6. Canon 602
7. Plazo 605
8. Pronunciamientos del TACPA y del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 606
8.1. El Acuerdo 62/2023, de 29 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. 606
A) El objeto del contrato 607
B) La presunta prestación complementaria 610
8.2. La Sentencia 324/2024 de 26 de septiembre de 2024 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón . 615
A) La incompetencia del TACPA 616
B) La naturaleza del contrato 619
C) Desviación de poder 621
9. Conclusiones 621
VI. Colaboración público-privada y la Nueva Romareda S.L. . . . 622
1. El nuevo panorama tras el fracaso del derecho de superficie . . 622
2. Los project finance 624
3. Las sociedades de propósito especial. La Nueva Romareda S.L. 626

Página

3.1. Naturaleza y régimen jurídico 626
3.2. La Nueva Romareda S.L. como poder adjudicador 628
3.3. Ayudas de Estado y vulneración del derecho europeo 630
4. Financiación de la reconstrucción 633
5. La gestión del nuevo estadio 636
6. Plazo 638
7. Conclusiones 638
VII. Conclusiones generales 639
VIII. Bibliografía 640

I

Nuevos caminos para un nuevo derecho de la contratación pública en Europa

1

Hacia una nueva contratación pública en clave geoestratégica: la brújula de la competitividad en Europa al servicio de las políticas públicas [1]

José María Gimeno Feliu
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Zaragoza (España)
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6760-9222

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. ALGUNA IDEA Y REFLEXIÓN DE CONTEXTO. DE LA ESTRATEGIA A LA GEOESTRATEGIA. I. UN NUEVO MODELO DE COMPRA PÚBLICA: INVERSIÓN, CALIDAD Y RESULTADO VERSUS AHORRO PRESUPUESTARIO Y PRECIO. II. HACIA UNA NUEVA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN CLAVE GEOESTRATÉGICA. III. LA INCIDENCIA DEL MODELO EUROPEO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL: ALGUNAS PROPUESTAS. IV. REARMAR EL MODELO DE COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA. EL CASO DEL IMPULSO A LA VIVIENDA Y EL ROL DE LAS ENTIDADES LOCALES: SOLUCIONES MÁS ALLÁ DEL CONTRATO.

1. Proyecto de Investigación estatal hacia la buena administración desde la contratación pública en el contexto de la Unión Europea de la salud. PID2023-150327NB-I00. Este trabajo tiene su origen en la Ponencia en el Seminario José Maria Esquerda, titulada «Una reflexión prospectiva sobre la contratación pública estratégica en Europa y la vinculación con políticas públicas. La incidencia en la administración local» organizado por Diputación de Barcelona y Fundación y democracia del gobierno local, Barcelona, 2025 (17 de enero).

V. GEOESTRATEGIA E INNOVACIÓN: LA ADQUISICIÓN DE INNOVACIÓN NO ES SIEMPRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.
VI. A MODO DE BREVE RECAPITULACIÓN. LA SENDA DE NUEVA COMPETITIVIDAD EN EUROPA.

INTRODUCCIÓN. ALGUNA IDEA Y REFLEXIÓN DE CONTEXTO. DE LA ESTRATEGIA A LA GEOESTRATEGIA

El Derecho, como recuerda el profesor L. MARTIN REBOLLO, es un instrumento útil, pues previene el caos. Un buen derecho permite reforzar los pilares de una sociedad democrática en tanto ayuda a conseguir los objetivos de la ciudadanía. Un derecho que se debe anclar sobre los principios de libertad, justicia, equidad y solidaridad y que debe permitir un crecimiento económico integrador. Esa es, por tanto, la brújula del derecho público moderno que, por impulso de la doctrina y de la jurisprudencia, ha ido evolucionando en estos últimos años[2].

No puede haber un Estado Social óptimo sin un correcto y sincrónico funcionamiento de la actividad económica, lo que requiere una posición de liderazgo institucional público[3]. En consecuencia, las diferentes medidas de regulación o de actuación sobre la economía (como lo es, sin duda, la contratación pública) deben ser analizadas con el fin de evitar que sean un freno indebido, algo que, sin duda, sucede por interpretaciones rigoristas o excesivamente formales, alejadas de una correcta interpretación de las necesidades de interés general, que frenan las decisiones[4]. Esta situación, que ralentiza sin justificación material la decisión contractual (y en interés general intrínseco a la prestación) pone en riesgo la buena administración[5].

2. Cita obligada es el *Curso de derecho administrativo*, de los profesores E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodriguez, que ahora cumple cincuenta años desde su primera edición. Como afirma el Prólogo de 2024 que escribe Tomás Ramón Fernández «*En el momento en que se da a la imprenta esta nueva edición se está desarrollando, sin que la mayoría de los ciudadanos se dé cuenta, un descomunal enfrentamiento entre el poder y el Derecho, de cuyo desenlace depende ni más ni menos que el mantenimiento del Estado de Derecho. Conviene decirlo porque los grandes acontecimientos no suelen percibirse como tales cuando están ocurriendo y sólo cuando se convierten en Historia acertamos a visualizarlos en toda su verdadera dimensión*».
3. Explica bien R. GOMEZ-FERRER MORANT las consecuencias del Estado Social en el escenario de la Unión Europea. (R. GOMEZ-FERRER MORANT, «La Unión Europea y el Estado social», Revista de Administración Pública núm. 200, 2016, pp. 63-81).
4. Muy clarificador el trabajo de C. FELIZIANI, «Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione», *Il diritto dell'economia*, 1/2019, 155-192.
5. J. M. GIMENO FELIU, «La Administración pública como autoridad de regulación y como operador económico en los mercados: ¿freno o impulso de la economía?», en

En ese contexto, el contrato público es, por su capacidad de transformación, en tanto se movilizan importantes recursos públicos, un elemento de indudable trascendencia para poder articular de forma inteligente y proactiva las nuevas políticas públicas y sus nuevas exigencias, donde la mera declaración legal resulta por sí misma insuficiente. Por ello, la contratación pública, alejada de la perspectiva burocrática defensiva, se presenta como principal palanca de modernización y de escudo social frente a derivas más neoliberales, que ponen en riesgo el modelo social y el principio de equidad, que no puede ser salvaguardado por la mera interpelación de un precepto legal. Hoy, una administración moderna y proactiva debe saber utilizar de forma correcta el contrato público[6].

La contratación pública ha evolucionado tanto normativamente como políticamente. Así, de una visión burocrática y formal ha evolucionado hacia una visión que pivota sobre la buena administración, como indica la reciente sentencia TJUE de 7 de noviembre de 2024, en el asunto C-683/22 al recordar que, según reiterada jurisprudencia, **el poder adjudicador debe respetar el principio general del Derecho de la Unión relativo a una buena administración, principio que los Estados miembros deben respetar cuando aplican el Derecho de la Unión**[7]. Y de una cultura de adquisición en clave de privilegio hacia una cultura geoestratégica para implementar políticas públicas.

La nueva Presidenta de la Comisión ha presentado su Programa político denominado «La decisión de Europa» con la finalidad política de servir de «escudo de la democracia europea». Entre varios objetivos, se propone un gran impulso a las inversiones para poder avanzar en los objetivos de las transiciones ecológica, digital y social. En relación a la contratación pública en el documento se recuerda que es necesario:

---

libro colectivo *Gobernanza económica, regulación y administración de justicia,* Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 95-124.

6. El profesor J. ESTEVE PARDO defiende, por el contrario, la necesidad de reforzar el principio de legalidad frente a la extensión del fenómeno del contrato al entender que, mediante la expansión de normas de matriz convencional, la privatización de funciones públicas administrativas —prestacionales o de servicio público y de intervención— con la consiguiente colonización por el contrato de esos espacios, dominio de la justicia negociada, disposición y contratación sobre derechos fundamentales, el orden constitucional del Estado de Derecho concebido bajo el imperio de la ley se está deconstruyendo a golpe de contrato. *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato,* Marcial Pons, Barcelona, 2023.

7. Me remito a mi libro *Hacia la buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la estrategia y el valor de los resultados*. Marcial Pons, Barcelona, 2024.

«hacer un mejor uso de la contratación pública, que representa el 14 % del PIB de la UE.

Una mejora del 1 % en la eficiencia de la contratación pública permitiría ahorros por valor de 20 000 millones euros al año. Constituye una de las mejores bazas disponibles para desarrollar bienes y servicios innovadores y crear mercados líderes en tecnologías limpias y estratégicas».

Y para ello, en línea con las Conclusiones del Consejo sobre el Informe Especial núm. 28/2023 del Tribunal de Cuentas Europeo Mejorar la competencia equitativa y eficaz para los contratos públicos en la UE adjudicados para obras, bienes y servicios (C/2024/3521.DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA 3 DE JUNIO DE 2024).

Se propone la «*revisión de la Directiva sobre contratación pública, permitiendo que se dé preferencia a los productos europeos en la contratación pública en determinados sectores europeos en la contratación pública en determinados sectores estratégicos. Contribuirá a garantizar el valor añadido de la UE para nuestros ciudadanos, junto con la seguridad del suministro de tecnologías, productos y servicios vitales. También modernizará y simplificará nuestras normas de contratación pública, en particular teniendo en cuenta las empresas emergentes y los innovadores de la UE».*

Actualizar el marco normativo de la contratación pública resulta necesario pues tras diez años existen evidente debilidades, como se ha puesto de relieve en el Informe Especial núm. 28/2023 del Tribunal de Cuentas Europeo (TCE) titulado «Contratación pública en la UE. La competencia en la adjudicación de contratos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los diez años anteriores a 2021».

En concreto, las principales críticas que figuran en el referido informe, son:

— La disminución de la competencia en la contratación pública en los últimos diez años, especialmente habida cuenta del gran porcentaje de adjudicaciones directas en algunos Estados miembros y de procedimientos de una única oferta.

— Sobre la base de los datos disponibles, la falta de una mejora global significativa en la consecución de los principales objetivos perseguidos por las Directivas de 2014 en el período de referencia cubierto por el informe: contrariamente a los objetivos de la reforma de la contratación pública de 2014, el TCE observó una baja proporción de contratos adjudicados a pymes y un uso insuficiente de

la contratación pública estratégica, mientras que existen variaciones a escala nacional.

— El bajo nivel de contratación directa transfronteriza.

— Las deficiencias en el seguimiento por parte de la Comisión y de los Estados miembros de la evolución del mercado de la contratación pública.

La revisión de las Directivas de contratación pública (en el momento en que se ha abierto un tiempo de consulta pública para ello) aconseja una reflexión previa sobre el instrumento normativo a utilizar. Tras cuatro paquetes legislativos anclados en el modelo de Directivas europeas y actos de transposición nacional quizá es el momento de avanzar hacia una efectiva armonización y uniformización jurídica e nivel europeo mediante el uso del Reglamento europeo, lo que facilitará una mejor interpretación conceptual y aportará más seguridad jurídica a los operadores económicos. De esta manera se puede conseguir una mayor certeza conceptual que lamine las singularidades interpretativas nacionales que suponen, en sí mismo un riesgo regulatorio y freno a la inversión. No en vano se trata de una disfunción advertida por el TJUE. Así, en la Sentencia TJUE de 10 de noviembre de 2022, Sharengo (asunto C-486/21, ECLI:EU:C:2022:868), en donde se afirma que los **conceptos autónomos** del Derecho de la Unión deben **interpretarse de manera uniforme en el territorio de ésta.** Por ello **no es posible extraer una interpretación de la lectura de la norma nacional diferente a lo previsto y delimitado por la normativa europea**[8].

Un Reglamento europeo que debe asumir el carácter preceptivo de la compra pública estratégica y socialmente responsable, eliminando la burocracia innecesaria que ha generado «cuellos de botella» (como bien explica A. BUENO ARMIJO[9]) y que en la contratación pública se encuentra especialmente extendida.

Esta idea aparece ya en el Informe elaborado por Enrico Letta «Mucho más que un mercado» (abril 2024) donde se insiste en la capacidad de transformación de la contratación pública al servicio de las políticas públicas

8. La técnica de transposición plantea problemas evidentes que se constatan, para España, en la reciente demanda de la Comisión europea ante el TUJE por incumplimiento en relación al ámbito subjetivo de aplicación, la tipología contractual y el régimen de modificación, que considera contrarios a las Directivas.

9. A. BUENO ARMIJO, *La Burocracia defensiva*, Marcial Pons, Barcelona, 2024. También sobre esta cuestión, muy sugerente, el trabajo de A. BOTO FERNANDEZ, «Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital», Revista Documentación Administrativa núm. 18 (INAP, enero-junio 2023).

como la sostenibilidad social y ambiental o la innovación. Lo que implica un rumbo claro hacia la denominada **compra pública preferencial**[10]. Cuestión en la que insiste la Resolución del Parlamento europeo de 9 de septiembre de 2025, en relación a la revisión del marco normativo de la compra pública en Europa[11].

10. C. BOVIS, Editorial, European Procurement & Public Private Partnership Law Review Núm. 3|2024. Hay que recorder que la Sentencia del Tribunal de Justicia, en el asunto C-652/22, Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret, de 22 de octubre de 2024, el Tribunal considera que los operadores económicos de países terceros que, como Turquía, no hayan celebrado un acuerdo internacional con la Unión no pueden participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público en la Unión reclamando la igualdad de trato con respecto a los licitadores de los Estados miembros o de los países terceros vinculados por tal acuerdo. Asimismo, no pueden invocar las disposiciones de la Directiva pertinente en materia de contratación pública para impugnar la decisión de adjudicación del contrato de que se trate. Este criterio ha sido confirmado por la STJUE de 13 de marzo de 2025, *CRRC Qingdao Sifang Co. Ltd y Astra Vagoane Călători SA* (C-266/22). Esta jurisprudencia TJUE refuerza el actual escenario geoestratégico al validar la posición comercial de la UE iniciada con la regulación del Reglamento (UE) 2022/1031 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de junio de 2022, 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 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 (instrumento de contratación internacional –ICI) (DO 2022, L 173, p. 1; en lo sucesivo «Reglamento ICI») y del Reglamento (UE) 2022/2560, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior (en adelante, FSR), respecto a la participación en condiciones menos favorables de los operadores económicos de terceros países que no han suscrito ningún convenio con la UE. Al respecto interesa J. ESTEBAN RÍOS, «El Instrumento de Contratación Internacional: régimen y problemática de la armonización europea frente al proteccionismo en los contratos públicos», *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 66, 2023. pp. 171-187.

11. En dicha Resolución se propone reforzar el carácter estratégico de la contratación, promover la competitividad y la innovación, favorecer la transición hacia una economía sostenible, inclusiva y justa, y mejorar la resiliencia industrial y la sostenibilidad de las cadenas de suministro europeas. De igual modo, se propone fomentar los criterios cualitativos, racionalizar los procedimientos de contratación y garantizar la mejor relación calidad-precio. El Parlamento también le pide a la Comisión que vele por que el principio de «solo una vez» se aplique de manera coherente en todos los niveles de la administración en la contratación pública, de modo que, para reducir las cargas administrativas, los licitadores solo tengan que facilitar cierta información normalizada a las autoridades y a las administraciones una vez (el principio «solo una vez» -the 'once only' principle- debería guiar la actuación de la Administración en todas las materias, y no sólo en la contratación pública). El 14 de octubre de 2025 la Comisión ha publicar el Documento de trabajo sobre la evaluación de las Directivas de contratación pública (2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE).
El documento ofrece una visión exhaustiva sobre los logros y los desafíos que han acompañado la aplicación del marco normativo de 2014: desde la eficacia y la simpli-

Puede **hablarse de una transición de la era de la compra pública estratégica a la compra pública geoestratégica**[12]. Y es que el nuevo norte en la brújula de la competitividad en Europa es la autonomía estratégica europea[13]. Geoestrategia mediante el contrato público para poder defender las señas de identidad europea en un contexto mundial tensionado y con notables incertidumbres (pero con la necesidad de encontrar un equilibrio entre proteger los intereses europeos y mantener un sistema de comercio internacional abierto y competitivo).

La visión geoestratégica mediante la contratación pública se traduce en varios aspectos:

a) Considerar factores geoestratégicos al tomar decisiones sobre qué bienes y servicios adquirir, y a quién comprarlos.

b) Garantizar el suministro de bienes y servicios críticos para la seguridad nacional, como equipos militares, tecnología de comunicaciones y servicios de ciberseguridad.

c) Proteger infraestructuras críticas, como puertos, aeropuertos y redes de energía o los sistemas de inteligencia artificial.

d) Fomentar el desarrollo de industrias nacionales en sectores relevantes y evitar dependencia de terceros países[14].

e) Establecer alianzas estratégicas y proyectar su influencia en el escenario internacional.

Este trabajo pretende, en este contexto, formular alguna serie de reflexiones prospectivas en este nuevo escenario geoestratégico con la intención

---

ficación de los procedimientos hasta la incorporación de objetivos estratégicos como la sostenibilidad, la innovación y la inclusión social. (SWD(2025)333).

12. La geoestrategia y la contratación pública son dos áreas intrínsecamente relacionadas, especialmente en el contexto actual de globalización y competencia entre naciones. Debe servir para anticiparse a los desafíos y aprovechar las oportunidades que surgen en el escenario internacional.

13. Puede consultarse esta idea en las Conclusiones del Consejo de noviembre de 2016: «Capacidad para actuar de manera autónoma cuando y donde sea necesario y, en la medida de lo posible, con los países asociados». El Consejo ha vuelto a utilizar este concepto de autonomía estratégica en 2016, 2017, 2018, 2019, 2020 y últimamente, incluso en el Consejo Europeo de octubre de 2020, en su sentido más amplio. La CEP y el Reglamento sobre el Fondo Europeo de Defensa también lo han adoptado).

14. Un buen ejemplo es el sector de la salud con el objetivo de relocalizar industria sanitaria, garantizar acceso a medicamento esenciales (propuesta reglamento con el objetivo de mejorar la disponibilidad de medicamentos críticos en la UE) y disponer de tecnología sanitaria avanzada.

de señalar «la estrella polar», que oriente y facilite la navegación de la contratación pública en España (y Europa) desde una efectiva contratación pública geoestratégica al servicio de la ciudanía[15].

I. UN NUEVO MODELO DE COMPRA PÚBLICA: INVERSIÓN, CALIDAD Y RESULTADO VERSUS AHORRO PRESUPUESTARIO Y PRECIO

Debemos insistir en la necesidad de identificar «la estrella polar», que oriente y facilite la navegación de la contratación pública en España (y Europa) desde una efectiva contratación pública estratégica al servicio de la ciudanía[16]. Término utilizado por la presidenta de la Comisión, Ursula von der Leyen, al presentar, en enero de 2025 el documento denominado Brújula de la Competitividad en Europa.

Como se indica en el referido trabajo, en la contratación pública, pese a la trascendencia económica, social y política no parece que en España busque en el cielo de las estrellas un elemento de referencia, percibiéndose que en la «navegación española en el océano de los contratos públicos» no existe una estrella polar que sirva de guía universal con lo que, en unas aguas donde la burocracia y sus trámites innecesarios (motivada en el «siempre ha sido así») o la inercia a comprar a precio más bajo sin contrastar calidad ni efectividad de la prestación, a modo de la sirenas en el viaje de Ulises camino de Ítaca, nos ha hipnotizado y no nos permite avanzar hacia el puerto de la buena administración, que es la correcta satisfacción del interés general que demandan nuestros ciudadanos. La estrella polar de la contratación pública, entre otros principios que «brillan con fuerza» (como la transparencia, la rendición de cuentas o la integridad) debe ser la calidad y el valor del resultado de la prestación. Y no el precio en una errónea visión economicista, que confunde el verdadero significado del principio constitucional de eficiencia con el objetivo del «ahorro» sin pensar en los efectos que pueda tener en la calidad de los servicios públicos que debemos prestar a la ciudadanía, lo que lo que se alejaría de las exigencias del derecho a una buena administración que, como bien ha señalado J. TORNOS MAS «es el

15. Así lo explicó, en extenso, en la monografía ***Hacia la buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la estrategia y el valor de los resultados. Marcial Pons, Barcelona, 2024.***

16. J.M. GIMENO FELIU, *Reflexiones sobre la aplicación de la normativa de contratación pública en España: en búsqueda de la estrella Polar, en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos pública 2022 (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 17-47.*

alma de la nueva administración»[17]. **La exigencia de calidad en la gestión pública (con el instrumento del contrato público) no significa un mayor gasto, ni cuestiona en si misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda decisión pública, de regulación o de intervención sobre el mercado (no hay que confundir precio con valor)**[18].

El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse (y valorarse) por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio[19]. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Y es que el principio de competencia, con ser importante, es instrumental pues interesa, como primer objetivo, la mejor satisfacción del interés general, motivo por el que, como bien advierte la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia, la finalidad última es conseguir una regulación efi-

17. J. TORNOS MAS, «El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública», libro colectivo *Derecho Fundamentales y Otros estudios, Libro Homenaje al prof. Lorenzo Martin-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.

18. Interesa recordar la reflexión de que «*La política de estar siempre intentando reducir el precio de cualquier cosa que se compra, sin importar la calidad y el servicio, puede llevar a los buenos proveedores y al buen servicio fuera de los negocios*». (Walter A. Shewhart, *Economic Control of Quality os Manufactured Product,* Van Nostrand, 1931; reeditado por la American Society for Quality Control, 1980).

19. Sobre el significado de la eficiencia —y su no vinculación a una idea economicista de menor precio— me remito a M. VAQUER CABALLERÍA, «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública* núm. 186, 2011, pp. 91 y ss., T. MEDINA ARNAIZ, «Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad», Papeles de relaciones ecosociales y cambio global, núm. 121, 2013, pp. 87-97; y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, «Los criterios de adjudicación de los contratos públicos», en *Tratado de Contratos del Sector Público*, E. Gamero casado e I. Gallego Córcoles (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1387-1393 y también «Los criterios de adjudicación al servicio de la calidad ambiental y de la lucha contra el cambio climático: el precio en jaque», en Lazo Vitoria (dir.), *Compra pública verde y cambio climático*, 2022, Atelier, Barcelona, pp. 209-26.

ciente[20]. Esta ha sido, por lo demás, la solución adoptada en el reciente Código italiano de contratos públicos (31 de marzo 2023) que regula como primer principio el de resultado.

La contratación pública, con el brillo de la estrella polar (calidad y valor) debe orientar su rumbo desde la óptica de inversión y no de mero gasto presupuestario. 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*». (la letra en negrita es nuestra).

Urge abandonar la idea del precio como único elemento de valoración para la sostenibilidad del modelo de gestión pública (en especial de prestaciones dirigidas a personas o servicios públicos esenciales). Por ello, en especial en ámbitos de prestaciones a las personas (como la salud) la referencia debe ser necesariamente el valor y los resultados desde la perspectiva del ciudadano.

Una inadecuada política de «ahorros desproporcionados» puede perjudicar la eficiencia del sistema produciendo ineficiencias o «fuego amigo», como la deslocalización empresarial con pérdida de esfuerzo inversión (lo que afecta directamente a una política esencial como es la de empleo)[21]. El interés general, como causa del contrato, puede aconsejar soluciones jurídicas distintas a las «ya tradicionales», donde el precio podría no ser un criterio de adjudicación y si criterios referido a mejor oferta técnica y mejor rendimiento (o volumen) de la oferta, resultando indiferente un eventual ahorro, desde la gestión presupuestaria del contrato, lo que podría alinearse

20. Sobre esta idea de regulación eficiente en la contratación pública puede consultarse el último Informe sobre medios propios y competencia: «Guía sobre encargos a medios propios y convenios». Marzo de 2023 (https://www.cnmc.es/guia-contratacion-publica-competencia-encargos-medios-propios-y-convenios).

21. J. M. GIMENO FELIU, «Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: a propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas)», *Observatorio de contratación pública 2020*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 23-50.

con los principios de eficacia y eficiencia (mayor valor). Esto es especialmente relevante en el ámbito de la salud, donde hay que articular nuevas soluciones (pasar de suministro a servicios para valorar procesos y optar por fórmulas multi-adjudicatario) que permitan una correcta aplicación de los distintos principios jurídicos aplicables que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger —la salud de los pacientes—, lo que desplaza el principio tradicional de tensión competitiva inherente al mercado ordinario de los contratos públicos. Opción adoptada por Comunidades Autónomas (como Baleares o Navarra), conforme al marco constitucional, que han permitido —y esto es lo esencial— una mejor y más eficiente gestión en este ámbito.

Asimismo, transparencia, rendición de cuentas y justicia social son propios de la nueva arquitectura de la gobernanza pública económica en el contexto de desarrollo de los ODS, a modo de brújula ética[22]. Brújula que señala como norte una visión estratégica y horizontal frente a planteamientos excesivamente burocráticos o formales y postulados meramente economicistas[23]. Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) en cómo utilizar de la mejor manera los procedimientos y técnicas de regulación para preservar la mejor calidad en la prestación de los «servicios públicos» desde esta lógica de los ODS, que son también brújula ética del sector privado. Y muy especialmente en situaciones excepcionales[24].

Contratación pública estratégica como resultado necesario del camino marcado por la estrella polar de la calidad y el valor del resultado, que obliga, claro, a una previa definición de la estrategia a promover (y de planificación), para poder fijar la mejor ruta de navegación práctica, que permita «llegar a puerto con rapidez y sin incidencias»[25]. Contratación pública estratégica que no debe ser una mera opción sino que debe alinearse con la

22. Justicia social (que forma parte del artículo 1 de nuestra Carta Magna) y que se incardina dentro de los fines del artículo 9.2 CE. Basta recordar cómo ya en 1944 la importante Declaración de Filadelfia (actual Carta de la Organización Internacional del Trabajo) declaró que un país no puede ser sostenible sin justicia social.
23. Así lo indicaba ya en mi estudio *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 18.
24. Como ha puesto de relieve M. MAZZUCATO, *No desaprovechemos esta crisis: fortalecer el sector público como premisa para la recuperación*. Galaxia Gutemberg, 2021, que dedica un capítulo a ello.
25. En este contexto hay que recordar la proposición no de Ley aprobada por consenso de todos los grupos de las Cortes de Aragón de 5 de mayo de 2022 (núm. 209/22), sobre la inclusión de consideraciones de sostenibilidad social, medioambiental y sostenibilidad económica en las licitaciones de la Administración Pública.

finalidad de consolidar una compra pública responsable[26], como se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza[27], donde se indica que en el papel de liderazgo en materia de sostenibilidad social y ambiental, el sector público ejerce, mediante este instrumento del contrato público, de motor necesario para vincular el rendimiento económico con el compromiso social y la dirección ética de las empresas, poniendo en valor la gestión empresarial con propósito[28]. Para ello, como venimos insistiendo, hay que superar interpretaciones rígidas y un tanto descontextualizadas para, por ejemplo, integrar como regla general en las cláusulas de los contratos públicos requisitos que contemplen aspectos sociales y medioambientales, superando, insistimos, una indebida estricta vinculación directa al objeto del contrato, para combatir la precarización, deslocalización o falseamiento de la competencia, sin incurrir en discriminación. Asimismo, en esta nueva visión guiada por los parámetros de calidad debe avanzarse hacia un modelo que ponga en valor, como se impulsa desde las Instituciones europeas, la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (siglas en inglés para «Environmental, Social and Gover-

26. Por todos, J. A. MORENO MOLINA, *Compra pública socialmente responsable*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022 y «Criterios sociales de adjudicación en el marco de la contratación pública estratégica y sostenible post-COVID-19», Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 210 (2021). También V. AGUADO I CUDOLA, *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021; B. PALACÍN SÁENZ, *A la responsabilidad social por la contratación pública*. Editorial BOE, Madrid, 2022; L. FUERTES GINÉS, «La contratación pública sostenible bajo la lente del concepto paraguas», *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 58, 2021 y C. DE GUERRERO MANSO, «Contratación Pública y Derechos Humanos», *Revista de Contrataciones Públicas* núm. 8, diciembre 2022.

27. 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. Sobre los ODS y la contratación pública *vid*. J. M. GIMENO FELIU, «La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. 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, 2021, pp. 67-100.

28. La Comisión europea publicó el 20 de mayo de 2021 la Comunicación COM(2021) 245 final, referida a su informe «Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior». En el 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*)».

nance») promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno)[29].

II. HACIA UNA NUEVA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN CLAVE GEOESTRATÉGICA

La nueva «navegación contractual» aconseja, **un «big bang» en la contratación pública, o si se prefiere un «*design thinking*»**[30], para incorporar una visión disruptiva regulatoria (y en la gestión pública y privada), que ponga el acento en la calidad. Para ello resulta necesaria una **verdadera simplificación y agilidad (por supuesto, con tecnología)** como nuevos referentes en el diseño y puesta en práctica de una contratación pública moderna, transformadora y proactiva, comprometida con recuperación, reconstrucción y resiliencia, que pivote sobre la sostenibilidad social y ambiental, que piense en pequeña escala (como son las PYMEs) y donde el desafío de fijar inversión productiva estable pueda ser una realidad. Para ello 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 público[31]. 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», en palabras del profesor Luciano VANDELLI, de una burocracia formal (necesitamos una burocracia «inteligente»)[32].

---

29. Se evita, así, un dumping social, y se promueve un «auténtico» mercado competitivo desde el respeto a los principios del Estado social. *Vid.* C. DOLAN y D. BARRERO ZALLES, *Transparency in ESG and the circular economy: Capturing Opportunities Through Data.* Business Expert Press, 2021 y J. MORCILLO MORENO, «Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al *dumping* social intracomunitario», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 47-48, 2016, pp. 180-209.

30. El término «*design thinking*» se escuchó por primera vez en el año 1969, lo acuñó Herbert Simon (Premio Nobel de Economía). La idea fue desarrollada en 2008 por el profesor de la universidad de Stanford, Tim Brown, («*Design Thinking*» Harvard Business Review vol. 86, núm. 9, 2008, pp. 62-72). La Administración pública debe, al igual que con esta forma de pensamiento, orientar su función y actuación desde esta perspectiva que pretende modernizar e innovar.

31. *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.

32. *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 argu-

Las dificultades interpretativas —donde los órganos de control deben ajustar su importante función a la idea de colaborar y favorecer una mejor gestión sin dilaciones— complican la correcta gestión contractual, por lo que parece conveniente el ajuste de la norma (que debe regular los contratos públicos conforme al modelo europeo), con vocación codificadora y no reglamentista, que debería pivotar, al menos, sobre los siguientes ejes:

1. La contratación pública estratégica no debe ser una mera opción sino que debe alinearse con la finalidad de consolidar una compra pública responsable, como, en el citado contexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza[33], donde se indica que en el papel de liderazgo en materia de sostenibilidad social y ambiental, el sector público ejerce, mediante este instrumento del contrato público, de motor necesario para vincular el rendimiento económico con el compromiso social y la dirección ética de las empresas, poniendo en valor la gestión empresarial con propósito (así se ha venido destacando, también, por el Foro de Compra Pública Responsable)[34]. **Por ello es necesario el impulso de la visión estratégica, aclarando hasta donde se puede orientar un contrato público como herramienta de política pública** y su vocación de impulsar soluciones innovadoras, con claro componente de sostenibilidad social y ambiental a favor de un modelo productivo sólido y responsable. Interesa despejar dudas sobre el alcance y significado de la vinculación de criterios al objeto del contrato. 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 o **TIM, *C-395/18*, de 30 de enero de 2020**). En el plano nacional hay que

mento (y argumentarios) para hacer del procedimiento administrativo una carga y no una garantía ligada al derecho a buena administración.

33. 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

34. La Comisión europea publicó el 20 de mayo de 2021 la Comunicación COM Informe (2021) 245 final, referida a su informe «Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior». En el 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*)».

referir la sentencia 718/2023 de 22 de noviembre del TSJ de Valencia donde afirma que «*Y va de suyo que contar con mejores "medidas de conciliación" de la vida laboral; mejor "calidad en el empleo"... deriva, sin duda, en una "mejor relación calidad-precio" en la prestación del servicio de transporte regular de viajero entre Valencia y Benidorm*».

Así, resultaría muy conveniente un artículo propio sobre esta función como el que se propone (como indica la citada Carta de Zaragoza):

> *Artículo: Compra pública estratégica.*
>
> *«1. La compra pública se convierte en una herramienta para cumplir con los objetivos de la Agenda Verde Europea, con los objetivos del Tratado de París, luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, combatir la contaminación y promover la economía circular. En materia social, la compra pública debe ser responsable: debe regular las retribuciones mínimas del personal, prever la obligación de subcontratación con colectivos sociales vulnerables, garantizar plazos máximos de pago a proveedores, fomentar la contratación de colectivos en riesgo de exclusión social y la colaboración con entidades del Tercer Sector, promover la estabilidad y calidad en el empleo, mejorar la seguridad y salud laboral, promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres garantizando la conciliación familiar y laboral; asegurar la accesibilidad universal; definir criterios de comercio justo y evitar la adquisición de productos que causen deforestación en el marco del Acuerdo multilateral sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC y la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, entre otras cuestiones. Para ello en la compra pública derivada de los fondos europeos MRR deberán incluirse condiciones y criterios vinculados a estos objetivos.*
>
> *2. En la adjudicación de estos contratos se atenderá como elemento preferente para determinar la oferta más ventajosa, o en su caso, de negociación de la oferta, al mayor valor añadido desde la perspectiva de calidad y de garantía de continuidad, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad de los servicios o suministros, así como su rentabilidad. El criterio precio no podrá ser en ningún caso determinante.*
>
> *3. Se podrán incluir exigencias y criterios que vayan más allá de la estricta vinculación al objeto del contrato admitiendo cualquier criterio o condición que aporte valor, aun de forma indirecta, para cumplir de forma responsable la concreta prestación, admitiendo elementos de carácter social y ambiental. Se motivará y justificará en el expediente el valor de los distintos requerimientos que se utilicen, que no podrán tener por objeto falsear la competencia ni distorsionar el mercado. En especial se consideran válidos cualquier criterio o condición que permita corregir el desempleo juvenil, así como los que fomenten rendimientos ambientales y la compra de proximidad de alimentos. Entre las obligaciones de cualquier licitación se exigirá el cumplimiento del principio de no causar un daño significativo al medioambiente (principio DNSH por sus siglas en inglés, "Do No Significant Harm"), así como las condiciones específicas vinculadas a este principio en la normativa vigente. Quien no supere un umbral mínimo de estos criterios quedará excluido de la licitación.*

4. En relación a las PYMES, podrá utilizarse este criterio de compra responsable como exigencia de umbral de acceso a determinados contratos públicos por su importe.

5. En todo contrato se aplicarán las previsiones del Reglamento (UE) n.º 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 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».

2. **Clarificación conceptual** de quienes aplican las normas (concepto de poder adjudicador)[35], y a qué tipo de prestaciones (no todo es contrato público y conviene aclarar el concepto de gasto menor) así como una adecuada delimitación del significado de los principios aplicables en contratación pública, incluyendo, entre los tradicionales de transparencia y competencia (entendida como regulación eficiente), el principio de proporcionalidad, el principio de calidad (alineado al valor y no al precio) o el principio del resultado, vinculado al interés general siguiendo, por ejemplo, el modelo de reforma del Código italiano de contratos públicos reformado en marzo de 2023. En especial, insistir en la importancia del principio de buena administración como elemento sobre el que pivotar el diseño y control de la contratación pública. Recordando que los conceptos «comunitarios» deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE (en la interpretación de los conceptos y principios de la contratación pública no es admisible la práctica de «lectura» formal descontextualizada o la que, mediante juicios de valor, propone soluciones jurídicas claramente alejadas de los fines públicos de la regulación)[36].

3. En esta visión de calidad debe avanzarse hacia un modelo que ponga en valor, como se impulsa desde las Instituciones europeas, la **responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG** (siglas en inglés para «Environmental, Social and Governance») promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno). Esta exigencia

35. Me remito a J. M. GIMENO FELIU, «Ser o no ser poder adjudicador. ¡Esa no es la cuestión!», *Libro Observatorio de los Contratos Públicos 2017*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 29-55 y al estudio de F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «De nuevo sobre el concepto de poder adjudicador. Las entidades del sector público no administración pública», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 198, 2019, pp. 165-188.

36. 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 colectivo, *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 163-200.

ayuda a preservar las reglas de una competencia en un entorno regulatorio equivalente, lo que puede favorecer el objetivo de relocalización de inversiones e industrias.

4. **Fijación del presupuesto adecuado que** refleje el valor de la prestación conforme al mercado, evitando **dumping social o ambiental**[37]. La retribución o contraprestación económica que pueda recibir el contratista, ha de estar relacionado con el «precio general de mercado» y por ello ser «adecuado» para el cumplimiento efectivo de la prestación pactada. Por ello, cuando se pone en cuestión el propio mercado, máxime si se puede erosionar indebidamente el mejor cumplimiento del interés general, la propia justificación de la correcta aplicación de los principios de la contratación pública, obliga a negar la viabilidad jurídica de ofertas a pérdidas, pues son una clara anormalidad que distorsiona el propio fundamento y causa del contrato público[38].

5. Articulación de **instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos adjudicar contratos transparentes** y cualitativamente competitivos lo más fácilmente posible, en función de la mejor relación calidad/precio *(value for money),* con la finalidad de «acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo» (W. DENING). Una inadecuada política de «ahorros desproporcionados» puede perjudicar la eficiencia del sistema produciendo ineficiencias o «fuego amigo», como la deslocalización empresarial con pérdida de esfuerzo inversión (lo que afecta directamente a una política esencial como es la de empleo).

6. En el actual contexto social y económico, la gestión pública del interés general no puede descansar en exclusiva en la administración pública sino

37. Como explica J. ESTEBAN RÍOS, en su trabajo «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 (especialmente pp. 196 a 201). En este trabajo se analiza el riesgo de que los deberes en materia de calidad, seguridad, medio ambiente o derechos sociales lastrasen la competitividad de los operadores europeos en las licitaciones, si no se acompañan de exigencias similares para las producciones extranjeras o de una separación del precio como paradigma.

38. Desde la perspectiva del Derecho comunitario el precio *per se* no es un elemento esencial del contrato público y en mercados regulados podría incluso ser sustituido en ese papel por el de rentabilidad y decidir la adjudicación con base en otros criterios como plazos de entrega, seguimiento de los resultados u otros (artículo 67.2 Directiva de contratación pública). Estas precisiones pueden ayudar a determinar cuál es el *«valor de los distintos bienes jurídicos en juego»,* pues una prestación de calidad es la causa del negocio jurídico y el precio sólo un instrumento para conseguir tal finalidad. Vid. R. FERNANDEZ ACEVEDO, «Los criterios de adjudicación al servicio de la calidad ambiental y de la lucha contra el cambio climático: el precio en jaque», en libro colectivo dirigido por X. LAZO, Compra pública verde y cambio climático, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 209-262.

que se debe incorporar a la iniciativa privada y a la sociedad civil para poder asegurar el nivel más óptimo de las prestaciones que demanda la ciudadanía. Más allá de posicionamientos ideológicos que contraponen lo público frente a lo privado, debe promoverse una cultura de cooperación leal y trasparente, que permita un progreso económico y social que salvaguarde los principios de equidad y de solidaridad. La iniciativa privada (así como los grandes proyectos de inversión privada) no es ni puede ser una némesis de lo público. Para ello conviene repensar con previsiones claras los **modelos colaborativos (facilitando los sistemas tipo *target costing*, o equivalentes)** que permitan armar contratos complejos en el ámbito de infraestructuras y explotación de servicios públicos desde una óptica de colaboración entre las diferentes partes y donde prima la mejor prestación, con un modelo de transparencia de retribución de costes objetivos, frente a la inercia (y contrastada ineficiencia) de rebaja de precios[39]. La colaboración público-privada se convierte en pieza esencial para anclar el propio Estado Social que proclama el artículo 1 de nuestra Constitución[40].

7. En relación a la correcta ejecución del contrato debería incluirse una previsión que permita, **conforme al principio clásico de «honesta equivalencia» de lo pactado el restablecimiento** (adaptación) de las condiciones pactadas a circunstancias sobrevenidas imprevisibles ajenas al riesgo o ventura ordinario, incluyendo fuerza mayor y actuaciones de otros poderes públicos que inciden de forma sustancial en las condiciones pactadas (como ha previsto el artículo 9 del Código italiano de Contratos Públicos de 2023)[41].

39. Me remito a J. M. GIMENO FELIU, «Modelos colaborativos en obras públicas y su viabilidad jurídica en España con el marco normativo vigente», *Revista Aragonesa de Administración pública* núm. 60, 2023.

40. En la Adenda enviada por el Gobierno de España (diciembre 2022), el nuevo tramo consignado en la adenda pretende 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. Ya en las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea de 9 de junio de 2022 sobre el desarrollo de la contratación pública sostenible, se considera esencial un planteamiento gradual y armonizado para la introducción de disposiciones estratégicas para la contratación pública con objeto de lograr los objetivos de la UE en materia medioambiental y climática. Y en las Conclusiones del Consejo Europeo de los días 26 y 27 de octubre de 2023, se insta a «desarrollar la ventaja competitiva de la UE en tecnologías digitales y limpias, centrándose por ejemplo en la innovación, la investigación, la educación y las capacidades» y «reducir las dependencias críticas clave y diversificar las cadenas de suministro por medio de asociaciones estratégicas» (1 EUCO 14/23, 27.10.2023).

41. 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* Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

8. Incorporación de una **política de capacitación que promueva realmente la necesaria profesionalización**, de carácter horizontal y transversal, en línea con las previsiones de la OCDE al respecto[42]. Esta profesionalización es un elemento principal para un adecuado velocidad y seguridad en la visión estratégica de la compra pública[43]. Lo que aconseja, por supuesto, una reorganización administrativa profunda (incluso de la normativa de subvenciones y ayudas públicas).

9. Regulación de las **técnicas de análisis de datos y sistemas predictores en las licitaciones públicas** utilizando Machine Learning (ML), cuestión donde ya existe madurez tecnológica y capacidad para mejorar los procesos[44].

10. Revisión del modelo de control mediante una **Estrategia Nacional del Control de la Contratación Pública**, que permita el equilibrio entre eficacia y garantía, promoviendo una arquitectura del control profesionalizada, que permita la fiscalización en tiempo real, incorporando el modelo de auditorías[45]. Y, en fase de ejecución, habilitación en la resolución de los posibles conflictos interpretativos a las fórmulas de arbitraje administrativo[46].

La contratación pública, en esa perpetua búsqueda, en palabras del profesor peruano V. BACA[47], de su piedra filosofal, necesita de una transfor-

42. Por todos C. DE GUERRERO MANSO, 2021, «La imperiosa necesidad de profesionalización como clave del éxito en la contratación pública. La utilización de la herramienta ProcurCompEU». en Gimeno Feliu, J. M. (Dir.): *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 91-125 y «¿Es la profesionalización en la contratación pública un propósito de año nuevo? Propuestas de la OCDE para hacerlo realidad» publicado el 27 de febrero de 2023 en Revista electrónica Observatorio de la Contratación Pública.

43. Lo advierte E. DÍAZ BRAVO, «La profesionalización: condición *sine qua non* de la contratación pública estratégica», en libro colectivo *La profesionalización en la contratación pública estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 217-257.

44. Por todos, J. MIRANZO DÍAZ, «Inteligencia artificial y contratación pública», en libro colectivo MARTIN, I., y MORENO, J. A, (Dirs.) *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Iustel, Madrid, 2020.

45. Me remito a J. M. GIMENO FELIU, «Los fondos *next generation* y el rol de los órganos de control externo», en libro colectivo dirigido por S. REGO, *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE*, Aranzadi, 2022, pp. 69-90.

46. Por todos, G. GARCÍA-ÁLVAREZ, «El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos», libro colectivo *Observatorio de los contratos públicos 2019*, Cizur Menor, 2020, pp. 549-564.

47. V. BACA, «La contratación pública en el Perú y la perpetua búsqueda de la piedra filosofal», en libro colectivo *Buen Gobierno y Mejor Gestión. Cómo Entender y Fortalecer el Estado en Tiempos de Pandemia*, Gaceta Jurídica (Perú) 2021.

mación radical para poder avanzar hacia una nueva cultura de contratación pública con vocación de transformación, abierta, responsable, competitiva, honesta e íntegra, profesionalizada, tecnológica y proactiva. Lo que exige una clara innovación administrativa y empresarial (en lo organizativo y en las formas de relacionarse) como paso previo y donde lo tecnológico debe servir de herramienta para su correcto impulso.

Sin la innovación en la organización ni en los procedimientos (en la burocracia) resultará muy difícil cumplir los objetivos estratégicos y geoestratégicos. Para avanzar hay que «mirar atrás» para detectar errores, pues solo así, más allá de la esfera del confort (o de cierta autocomplacencia) se puede elegir la ruta correcta. Frente a inercias o dogmatismos, la situación «global» obliga a repensar soluciones jurídicas en la contratación pública que promuevan la eficacia de las políticas públicas y que concilien los interesen públicos en juego.

Las reflexiones prospectivas que se proponen sobre una contratación pública que funcione en Europa y para Europa debe servir para orientar la brújula de nuestra práctica en este ámbito, orientándola hacia la estrella polar de la calidad y el valor (que se mide desde el resultado), lo que debe permitir corregir el actual camino (y sus cuellos de botella). El camino que nos indica la estrella polar, con mucho brillo y nitidez, no es la burocracia sino la estrategia. Y no es el precio y el ahorro, sino el valor y la inversión[48]. En ello va el futuro de un derecho de la contratación pública que piensa en las personas (y en la transformación social) y no en los privilegios ni en el inmovilismo del «siempre ha sido así».

Y el nuevo marco regulatorio europeo, con efecto directo para todos los países, debe fijar este nuevo rumbo para preservar el efecto útil, a escala europea, de las propias políticas públicas, como se pone de relieve en el reciente Informe Draghi (9 de septiembre de 2024) titulado «El futuro de la competitividad de Europa»[49].

48. Conviene diferenciar creación de valor con captura de valor: capacidad de una organización para «monetizar» el valor creado: a) soluciones con alto valor creado, pero captura limitada, b) soluciones con bajo valor creado y alta captura económica y c) soluciones con alto valor creado y captura justificada. Para ello hay que comprender el valor real, reconocer que el precio es solo una parte del todo, valorar lo barato y respetar lo costoso y fomentar la colaboración (O. VERGARA, 2025).

49. Por otro lado, de forma casi simultánea, se han publicado dos informes directamente relacionados con la competitividad europea: a) *EU competitiveness: Issues and challenges* elaborado por un *think tank* del Parlamento Europeo. Este informe destaca aspectos clave del debate sobre el fortalecimiento de la economía de la UE. En concreto, enfatiza sobre el hecho de que existe un amplio consenso en que implica una serie de políticas centradas en el mercado único de la UE, pero no limitadas a él. De hecho se analizan otras políticas como la industrial y energética, y se abre un debate en torno a la política de competencia

III. LA INCIDENCIA DEL MODELO EUROPEO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL: ALGUNAS PROPUESTAS

La geoestrategia no puede olvidar pensar en pequeña escala. Las ideas descritas obligan a reflexionar acerca de su implementación en la Administración local española, caracterizada por una evidente atomización y problemas de gestión en el ejercicio de unas competencias propias y concurrentes cada vez más exigentes.

Obviamente, el mercado público de contratos de los poderes locales es importante y tiene claras repercusiones sociales y económicas en el entorno que no pueden ser obviadas[50]. Para ello conviene que las entidades locales tengan una estrategia propia de cómo utilizar la compra pública para fomentar el éxito de sus políticas públicas. Las diferencias evidentes entre tipo y realidades de administración local aconsejan que no se imponga una estrategia común, pues puede ser ineficiente y tener efectos adversos. Y es que no es la misma problemática la de un municipio en la denominada España vaciada que en otro municipio, por ejemplo, elevada presión turística y problemas de vivienda[51].

---

e inversión de la UE. *b) No EU Tech, No EU Competitiveness. European RD&I: A Catalyst for Europe's Prosperity* elaborado por EARTO (*European Association of Research and Technology Organisations*) como parte de su paquete de recomendaciones políticas para el período 2024-2029. El informe incluye un conjunto de seis recomendaciones sobre cómo impulsar aún más la competitividad mediante la adopción de un conjunto de medidas para mejorar la innovación en Europa. Estas recomendaciones serían:
a) Comprometerse con la I+D+I y el liderazgo tecnológico de la UE b) Articular mejor las políticas industriales y de I+D+I de la UE, c) Movilizar y fortalecer las capacidades colaborativas de I+D+I y de RTO europeas en toda Europa d) Incrementar y coordinar las inversiones paneuropeas en infraestructuras tecnológicas esenciales.
e) Impulsar la transferencia de tecnología en la UE con una política de valorización del conocimiento más proactiva y un marco legal adecuado para la contratación precomercial y g) Apoyar el desarrollo de una fuerza laboral altamente calificada y adaptable Existe, pues, un claro contexto europeo a favor de la adecuada movilización de la inversión privada para el adecuado desarrollo de los objetivos y políticas públicas. Políticas públicas alineadas con la Agenda Social Europea, como seña de identidad del modelo económico y político europeo, implica una mayor demanda de servicios e infraestructuras de los ciudadanos que aconsejan un modelo de cooperación entre lo público y lo privado para, de forma conjunta, poder desplegar modernas políticas públicas en las infraestructuras, la movilidad, la sostenibilidad o la vivienda.

50. El Informe de Supervisión de 2024 de la OIResCon indica que el 25,94% de las licitaciones totales se realizan por las entidades locales. Las entidades locales de la C.A. de Cataluña son las que mayor volumen licitan, representando el 18,32% del total del sector, seguidas de las de la C.A. de Andalucía con un 16,80% del sector.

La concreta estrategia de cada Administración local debe servir para adquirir productos de proximidad como regla general, lo que se encuentra impulsado por las propias instituciones europeas[52]. Es más, aquí bien podría prescindirse del precio, conforme a la previsión del artículo 67.2 de la Directiva de contratación pública, para decidir la contratación desde la perspectiva de la mejor calidad. Además, en pequeños municipios, como sucede en Navarra (artículo 26 Ley Foral 2/2018, de Contratos Públicos), habría que flexibilizar el régimen de prohibición de contratar por motivos de parentesco o afinidad[53].

Por supuesto, la utilización de lotes, y sus reserva a ciertas entidades es una herramienta útil, de muy escasa utilización en la actualidad. No puede desconocerse la importancia que en las administraciones locales tienen en muchas ocasiones a las entidades de economía social, cuya consolidación debe ser un pilar de esa estrategia local[54].

Por otra parte, la existencia de las mismas reglas procedimentales con indiferencia del importe no resulta quizá lo más adecuado y convendría explorar unas reglas más implen en los contratos de importes sin interés

51. Desde esta perspectiva no parece acertada la opción del legislador aragonés en la Ley 11/2023, de uso estratégico de la contratación pública, al exigir una «intensa» contratación estratégica para toda administración local.

52. Lo demuestran estudios recientes como el Monográfico de la Revista General de Derecho Administrativo coordinado por la profesora Ximena Lazo, en 2024), o iniciativas legislativas como la Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural en Castilla-La Mancha, o la Ley 13/2023, de 30 de marzo, de dinamización del medio rural de Aragón. En esta línea puede destacarse la Estrategia Catalana de mejora de la compra pública (aprobada por Acord de Govern 171/2022, de 30 de agosto), cuyo objetivo operativo 5.4.3 se refiere específicamente a «Fomentar la economía de proximidad mediante la contratación pública» (dentro del Eje 5 Compra pública con dimensión territorial).

53. El precepto indica lo siguiente: «En las Entidades Locales de Navarra cuya población sea inferior a 2.000 habitantes, en aquellos procedimientos de contratación en los que los únicos trámites exigibles sean la previa reserva de crédito, conforme a la legislación presupuestaria aplicable, y la presentación de la correspondiente factura, la existencia de incompatibilidad en los cargos electivos locales determinará únicamente la concurrencia de una causa de abstención».

54. El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo El potencial de la contratación pública para las entidades de la economía social (C/2025/100), Diario Oficial de la Unión Europea, viernes 10 de enero de 2025, serie C, llama a acelerar las medidas del plan de acción para la economía social de la Comisión Europea y hace hincapié en el uso estratégico de la contratación pública de cara a apoyar la economía social. EL CESE apoya iniciativas como Buying for Social impact y We Buy Social EU, que, además de intercambiar conocimientos, permiten mejorar la comprensión mutua entre las autoridades públicas y los agentes de la economía social y la economía de proximidad, y pide la aplicación de la Hoja de ruta de Lieja.

transfronterizo y fijar una reglas diferentes, empezando por aclarar y diferencial el gasto menor del contrato menor /como se ha hecho en la Ley de simplificación de 2021 en Aragón). Además podría regularse un procedimiento abreviado, similar al del previsto en el artículo 159.6 LCSP donde los plazos fueran breves y sin excesivos trámites formales, presumiendo la solvencia del licitador contratista y donde la misma adjudicación implique la formalización. Incluso extender el régimen de acción concertada en la prestación de servicios a los ciudadanos lo que facilitaría mucho la gestión pública local y facilitaría consolidar las relaciones con el entorno económico y social.

Obviamente, hay que insistir en la utilidad (incluso necesidad) de cooperar entre administraciones locales. Al margen de situar el ejercicio de la contratación en entidades supramunicipales (la experiencia de centrales de compras en Cataluña avala esta solución) hay que recordar que puede ser muy útil la compra conjunta, ya sea ordinaria o esporádica. La complejidad de las necesidades públicas en un contexto de incertidumbres y tecnificación puede aconsejar la utilización de **fórmulas de compra agregada o conjunta esporádica**. (es diferente de la compra centralizada). El artículo 38 de la Directiva 2014/24 regula la compra conjunta esporádica (como sucede con el caso que nos ocupa).

> *«Artículo 38. Contratación conjunta esporádica*
>
> *1. Dos o más poderes adjudicadores podrán acordar la realización conjunta de determinadas contrataciones específicas.*
>
> *2. Cuando un procedimiento de contratación se desarrolle en su totalidad de forma conjunta en nombre y por cuenta de todos los poderes adjudicadores interesados, estos tendrán la responsabilidad conjunta del cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la presente Directiva. Ello se aplicará también en aquellos casos en que un solo poder adjudicador administre el procedimiento, por cuenta propia y por cuenta de los demás poderes adjudicadores interesados.*
>
> *Cuando un procedimiento de contratación no se desarrolle en su totalidad en nombre y por cuenta de los poderes adjudicadores interesados, estos solo tendrán la responsabilidad conjunta por aquellas partes que se hayan llevado a cabo conjuntamente. Cada poder adjudicador será único responsable del cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la presente Directiva con respecto a las partes que lleve a cabo en su propio nombre y por cuenta propia».*

Esto significa que es posible jurídicamente encomendar por un poder adjudicador a otro poder adjudicador la adquisición de suministros o servicios u obras, para simplificar la tramitación y obtener mayores eficiencias administrativas y de prestación, asumiendo el encomendante el pago de la

prestación por él solicitada. Esta opción, en la Administración local, presenta indudables ventajas a nivel de eficiencia organizativa y de «atracción» del mercado.

IV. REARMAR EL MODELO DE COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA. EL CASO DEL IMPULSO A LA VIVIENDA Y EL ROL DE LAS ENTIDADES LOCALES: SOLUCIONES MÁS ALLÁ DEL CONTRATO PÚBLICO

La nueva visión geoestratégica de la contratación pública aconseja impulsar nuevos modelos de colaboración público-privada que sirvan de impulso de la competitividad en Europa (y España)[55]. Los modelos de colaboración público-privada en España no están funcionando adecuadamente, lo que supone una debilidad al modelo económico y la necesidad de impulso de la inversión privada[56]. Son varias las causas que explican esta situación. En primer lugar la falta de claridad sobre el concepto de riesgo y ventura, pues en situaciones imprevisibles, que van más allá del «aleas» comercial ordinario, la Administración traslada ese riesgo en su totalidad al contratista, lo que rompe el principio de honesta equivalencia de lo pactado. Falta de claridad también sobre el significado del concepto de riesgo operacional, que se vincula a una transferencia de riesgo de demanda en todo caso, lo que impide modelos colaborativos donde se transfiere el riesgo de disponibilidad (lo que es de especial interés en la gestión de infraestructuras).

Lo mismos sucede con la técnica del reequilibrio de las concesiones (la concesión no sólo debe nacer equilibrada económica y financieramente, sino que el equilibrio debe mantenerse durante toda la vida de la concesión, en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, como un deber de la Administración Pública concedente y un derecho del concesionario privado), donde formalmente no se contempla el riesgo imprevisible y se niega la existencia de *factum principis* por actuaciones de otro poder público que incide directamente en la concesión. No resulta tampoco razonable que la

55. El 29 de enero de 2025 la Comisión Europea presentó el documento denominado Brújula para la Competitividad al que la presidenta de la Comisión calificó como la nueva estrella polar. La Brújula se basa en las recomendaciones formuladas por Mario Draghi en su informe sobre el futuro de la competitividad europea.

56. Vid. J. M. GIMENO FELIU, «*La colaboración público-privada en un contexto de moderna gobernanza económica al servicio de la ciudanía*», *Revista General de Derecho Administrativo núm. 65, 2024* y LÓPEZ MORA, M.ª E., en «Momentum de la Colaboración Público Privada y del Contrato de Concesión. Especial referencia a la legislación italiana», pp. 111 a 136, en el *Observatorio de los Contratos Públicos 2023*, Aranzadi, y en «Diez años de la Directiva de Concesiones, en el Observatorio de Contratación Pública», publicado el 15 de abril de 2024.

autoridad pública concedente opte «ordinariamente» por transferir riesgos económicos superiores a las que se asumen en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión).

Por otra parte, la interpretación de las reglas de desindexación de precios plantea serios interrogantes que afectan a la seguridad de las inversiones con unos indicadores que han quedado claramente desfasados y no son adecuados en contratos complejos y de larga duración.

Asimismo, la vinculación del plazo de concesiones a la tasa de retorno derivada de las reglas de desindexación desincentiva las inversiones privadas al incrementar los riesgos sobre la recuperación de la inversión con una rentabilidad razonable (que debería tener un carácter dinámico y flexible para adaptarse a las exigencias de un mercado y contexto económico claramente fluctuante y en el que existen inherentes incertidumbres que impiden una «ilógica» visión estática de las medidas jurídicas).

Además, los incidentes en la ejecución derivados de imprevisibilidad se suelen resolver desde la imposición de la interpretación administrativa, con rigidez que pone en riesgo la viabilidad de la prestación y, por ello, del interés general. Lo que puede quebrar la garantía de la «rentabilidad razonable» que es un elemento esencial en todo procedimiento que moviliza inversión privada.

Tensar de forma indebida los riesgos o la rentabilidad (que es la retribución de inversiones que aportan valor) conducen o una ineficiencia del modelo (la TIR siempre será más elevada encareciendo la operación) o, peor, o un fracaso del mismo lo que, en modo alguno, será un ejemplo de buena administración.

Las inercias y resistencias al cambio, cierta «indolencia» administrativa y tendencia a precarización con precios a la baja alejados del estándar del precio de mercado, la falta de cultura de cooperación, la «confusión» conceptual, la excesiva politización en las decisiones prácticas, la inseguridad jurídica derivada de interpretaciones diversas y contradictorias ponen en evidencia claras debilidades en los resultados pretendidos con la regulación, de especial gravedad en cuanto se afrontan situaciones excepcionales (como también está observando la OIRESCON)[57].

Frente a estas disfunciones, que no solo derivan del marco normativo, la solución pasa por un nuevo diseño, moderno y confiable, de colaboración

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

público-privada[58]. En primer lugar, optar por la regla de calidad/rentabilidad como eje decisional, preservando la legítima rentabilidad razonable del socio inversor, como nuevo eje decisional tiene importantes ventajas desde una perspectiva macroeconómica transversal, pues ha de permitir orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a las fórmulas de colaboración público privada (contractuales o no contractuales) deberán cumplir necesariamente con las exigencias de calidad (en sus distintas funcionalidades) que determinen las entidades adjudicadoras. Y aquí radica la importancia de la visión estratégica de esta colaboración. Lo que guarda directa relación como elemento ineludible de lo que es la oferta del socio privado que, en todo caso, debe ser un precio de mercado (y donde ofertas a perdidas puede poner en riesgo el interés público). En modo alguno puede asumirse como válida una opción que pongan en riesgo la correcta prestación de los «servicio públicos». Ni resulta razonable que la autoridad pública concedente opte por transferir riesgos económicos superiores a las que se asumen en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)[59].

Además, es esencial que la *fee* (rentabilidad) sea de mercado, y que la arquitectura jurídica preserve una rentabilidad razonable y confiable[60]. Y en ciertos casos sería conveniente, según el tipo de prestación, optar por una «tasa de rentabilidad libre de riesgo», que se suele establecer por relación a la rentabilidad de la deuda pública a largo plazo —que es superior a la de la deuda pública a medio o corto plazo— dado que es una inversión igualmente garantizada por el Estado. Y la arquitectura de modalidad de colaboración a largo plazo y con importante inversión de capital privado tiene que preservar dicha rentabilidad «razonable», lo que exige una visión desde las diferentes perspectivas de los intereses en juego y no solo de la

58. Me remito al libro colectivo *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Profit. Barcelona, 2017, en el cual, F. CAAMAÑO señala que un buen entendimiento de la colaboración pública privada la convierte en un instrumento fundamental para alcanzar el objetivo de mejor satisfacción del interés público (p. 36).

59. Como bien advierte la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, apartados 77 y 80. El matiz es importante, pues solo así se consigue no desincentivar la iniciativa privada. Hay que, lograr, por tanto, un equilibrio en el reparto de riesgos.

60. La respuesta jurídica adoptada por España en relación a las alzas de precios derivadas de las últimas incertidumbre no parece la más adecuada. La técnica de la Ley de desindexación y la revisión de precios tienen una función diferente, y su aplicación formal y descontextualizada tiene efectos claramente ineficientes. Lo mismo con la interpretación restrictiva al equilibrio financiero tanto por *factum principis* (limitado a la decisión del poder adjudicador concedente) como los casos extramuros del vínculo contractual de la fuerza mayor como del riesgo imprevisible.

«sesgada» de las diferentes partes de la colaboración. La rentabilidad razonable se caracteriza por tres notas:

a) tiene necesariamente un carácter dinámico y flexible para adaptarse a las exigencias de un mercado y contexto económico claramente fluctuante y en el que existen inherentes incertidumbres que impiden una «ilógica» visión estática de las medidas jurídicas. Por ello, es importante diseñar bien las reglas del equilibrio económico-financiero;

b) está diseñada para dotar de garantías adecuadas a los inversores diligentes. La previsión legal habilita que las empresas, en relación a los costes de inversión y operación puedan obtener todo caso, una rentabilidad que pueda entenderse «razonable». Razonabilidad que implica «proporcionalidad, para no superar los límites de un enriquecimiento injusto».

c) la retribución razonable es, en todo caso, una cuestión de resultado en cada contexto concreto, que se debe articular mediante un pliego (*lex contractus)* que anticipe las soluciones a los problemas derivados de incertidumbre imprevisibles para que el inversor tenga confianza.

En ese contexto general convine una reflexión sobre un caso concreto como es el relacionado con las formas de impulsar la vivienda para resolver el actual problema de dificultad de acceso de numerosos colectivos.

El Estado ha anunciado la creación de una empresa pública para impulsar la vivienda. Sin embargo, la competencia en vivienda es de las Comunidades Autónomas (en exclusiva) existiendo cierta competencia impropia de la entidades locales. En todo caso, hay que recordar la doctrina de prohibición del *spending power* del Tribunal Constitucional para evitar que mediante la financiación que concede el Estado se pueda laminar la distribución y ejercicio de competencias asumido 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).La mera existencia de fondos presupuestarios y de la facultad de aplicarlos no es un título competencial habilitante para actuar sobre una determinada materia[61].

61. Así, no parece adecuado al marco constitucional español la pretensión estatal de incidir en la política de vivienda mediante una empresa pública estatal, que supone, en

Como complemento a esa finalidad, se modificó la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público para regular una nueva modalidad concesional en vivienda. Mediante el artículo 88 del Real Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia económica, tributaria, de transporte, y de Seguridad Social, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social. (BOE núm. 309 de 24 de diciembre de 2024) que introducía una disposición adicional quincuagésima séptima[62]:

> *«Disposición adicional quincuagésima séptima. Régimen jurídico aplicable a los contratos de concesión para la promoción de vivienda social o a precio asequible en suelo o inmuebles de titularidad pública.*
>
> *Los contratos de concesión, cuando tengan por objeto la realización de actuaciones de construcción o rehabilitación sobre suelo o inmuebles de titularidad pública y vayan a estar destinados a vivienda social o a precios asequibles, estarán sujetos a la regulación establecida en esta ley de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, que resulte aplicable atendiendo al objeto de la concesión, con las siguientes salvedades.*
>
> *a) El plazo máximo previsto en el artículo 29.6 podrá incrementase hasta los ochenta años, quedando determinado de acuerdo con el período estimado de recuperación de la inversión.*
>
> *b) No será necesaria la previa redacción de anteproyecto y proyecto por la Administración concedente, previstos en los artículos 248 y 249.*
>
> *c) El órgano de contratación, con carácter previo a la licitación del contrato, aprobará un estudio de viabilidad económico-financiera, sin que resulte necesario someterlo a información pública ni sean preceptivos el previo informe de la Oficina Nacional de Evaluación, ni el del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado. El estudio de seguridad y salud, o en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, así como el estudio de riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de las obras serán realizados por el adjudicatario de la licitación.*
>
> *d) No será obligatoria la aplicación de la tasa de descuento prevista en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, pudiendo adoptarse para el cálculo del*

---

la práctica, una clara centralización, contraria a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm.79/2024, de 21 de mayo de 2024 que recuerda que «*art. 47 CE no reconoce un derecho fundamental a la vivienda, ni constituye un título competencial autónomo en favor del Estado, sino que enuncia, [como consecuencia de su ubicación constitucional] «un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos» (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias (STC 32/2019, de 28 de febrero, FJ 6, con cita de otras muchas)*».

62. La no convalidación del Decreto Ley ha supuesto su derogación, sin que se haya vuelto a plantear su inclusión).

período de recuperación de la inversión una tasa de descuento comprendida entre el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a diez años en los últimos seis meses, y el resultado de incrementar dicho rendimiento por un diferencial de 400 puntos básicos. Se tomará como referencia para el cálculo de dicho rendimiento medio los últimos datos disponibles publicados por el Banco de España en el Boletín del Mercado de Deuda Pública.

e) Se excluye a los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la obligación de hacer referencia al umbral mínimo de beneficios y a la distribución de riesgos relevantes entre la Administración y el concesionario, previstos en el artículo 250.

f) No será necesaria la tramitación conjunta con el estudio de viabilidad del expediente de conveniencia y oportunidad que exige a las entidades locales el apartado 5 de la disposición adicional tercera».

Esta nueva regulación estatal (más allá de la mala práxis de técnica normativa por la que nos alejamos del objetivo de certeza jurídica en un ámbito tan sensible) presenta **al menos dos problemas**[63]. Uno de compatibilidad con el derecho europeo, que ha limitado los plazos de concesiones en 40 años, por lo que el plazo de 80 años resulta claramente contrario lo que pone en riesgo, por inseguridad jurídica, las posibles inversiones (a lo que se une la excepción a las reglas generales del modelos de concesión que, en mi opinión, se deberían extender a todas las concesiones).

Un segundo problema de idoneidad del tipo contractual pues lo más conveniente es utilizar las fórmulas de valorización patrimonial. Y si es así no parece que la técnica sea la de la concesión de obras o de servicios pues no hay (en muchas ocasiones no lo habrá) giro o tráfico administrativo que lo habilite. En este sentido, **la promoción de viviendas, incluida la promoción de viviendas sometidas a un régimen de protección pública que limita los precios de venta o alquiler es un negocio típicamente privado**, realizado de forma ordinaria por promotoras privadas, aunque se beneficie de un régimen de fomento en función de las políticas públicas de impulso a la oferta de vivienda. Esa naturaleza privada de la actividad, típicamente empresarial, no se ve en absoluto afectada por el hecho de que el suelo sobre el que vaya a realizarse la promoción sea de titularidad pública. No sería, por tanto, idónea la figura de la concesión de obras o de servicios (y el error del modelo y su riesgo de fracaso jurídico pueden suponer un indudable freno).

En mi **opinión conviene utilizar modelos de cooperación público-público y público privada de naturaleza patrimonial y no propiamente**

63. Vid. E. LOPEZ MORA, «Recientes salvedades del régimen jurídico del contrato de concesión». Observatorio de Contratación Pública, enero de 2025.

de contratación pública que faciliten, desde el reparto al ámbito competencial, dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 47 de ampliar la oferta de vivienda digna a los ciudadanos con menor capacidad de acceso a la misma. Se trata, además, de adaptar la solución a las concretas necesidades de cada zona concreta en España, donde existe una clara asimetría en lo referente a la concreta situación[64].

Los diferentes sistemas de colaboración público-privada son un instrumento jurídico-económico más, pero de gran capacidad de transformación, entre las diferente opciones de la administración económica, ideológicamente neutro, para poder desarrollar de la forma más óptima determinadas políticas públicas. Las exigencias de buen gobierno y buena administración requieren un modelo cooperativo nuevo con el sector privado, que se alinee con la mejor satisfacción del interés general y de los objetivos de las políticas públicas, desde la confianza y la adecuada rendición de cuentas desde la perspectiva del resultado (en este caso, el acceso a la vivienda)[65].

Así, puede ser de interés una **fórmula de colaboración pública-pública (entre Comunidades Autónomas y Ayuntamientos que** lo consideren conveniente, lo que respetaría la autonomía local y pretende obtener sinergias administrativas para poder conseguir el objetivo de construcción de viviendas) que se **complementaría con una fórmula de colaboración pública--privada de carácter patrimonial**, para, con el sector privado, promover un parque de viviendas «atractivo» desde la perspectiva de su financiación y con seguridad jurídica en la concreta explotación que lamine los riesgos innecesarios que pueden hacer inviable la operación. Se facilitaría una ade-

64. El impulso a una moderna política pública de acceso a la vivienda es fundamental una solución jurídica que valorice las propiedades públicas existentes (en muchas ocasiones de titularidad municipal). Evidentemente, para la Administración pública titular de los bienes no es indiferente el uso que el concesionario, superficiario o usuario privado por cualquier otro título jurídico, vaya a dar a esos bienes. Si a la propiedad privada se aplica su función social por imperativo constitucional, con mucha mayor razón esa función social es aplicable a las titularidades públicas. Su valorización por tanto no puede basarse en fines puramente económicos, sino que la puesta en valor tendrá que tener igualmente, de forman necesaria, un elemento social.

65. La colaboración público-privada se refiere, en general, «a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y privadas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio», como señalaba la Comisión en su Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones —Bruselas, 30.4.2004 COM(2004) 327 final—. Es decir, es una estrategia de participación de las iniciativas privadas para el desarrollo de inversiones y actividades de interés público que difícilmente pueden ser asumidas por sí mismas por las Administraciones Públicas, ya sea por motivos técnicos, financieros o de riesgo.

cuada conexión entre la disponibilidad pública de suelos aptos para que desde el sector privado con adecuada capacidad inversora y gestora (cooperativas, comunidades, asociaciones, promotores, constructores, inversores) con la de a poner en servicio público el importante patrimonio de suelo de las administraciones públicas locales.

La justificación de la utilización de las reglas de explotación patrimonial es que la causa no es obtener una obra pública, sino facilitar el acceso a una solución habitacional digna a ciertos colectivos sociales, un ámbito en el que ha sido tradicional la actuación de fomento de las distintas administraciones públicas. Esto significa que, como se ha indicado, la causa del negocio jurídico se aleja de la tipificación como concesión de obras o concesión de servicios, y justifica la opción de una colaboración público-privada patrimonial, a través de la explotación del derecho de superficie de la parcela correspondiente, cuando se pretende el retorno de las instalaciones al concedente del derecho de superficie (derecho de superficie que no implica cesión del dominio, constituido conforme a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, en los arts. 84.1 y 3 y artículo 93 de la Ley 33/3003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y los artículos 78 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales) o la cesión de uso de solar con opción de compra por los ciudadanos (la cesión de uso se mantendrá durante el período de explotación en régimen de alquiler. Tras la finalización del período de alquiler el ayuntamiento transmitirá la propiedad del suelo al adquirente final conforme al precio de tasación fijado en las bases de la licitación de explotación patrimonial)[66]. Ambos, derecho de superficie y cesión de uso de solares con opción de compra, son derechos reales de contenido patrimonial, con la previsión de que el contratista adjudicatario asumiese como contraprestación el coste de la construcción y correcta disponibilidad al proyecto que se presentase.

Este contrato de valorización patrimonial, en sus dos modalidades, en tanto tiene como causa la explotación de propiedades públicas, se encuentra expresamente excluido 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

66. Es importante en este sentido tener en cuenta la doctrina establecida en la Resolución TACP de Madrid núm. 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*».

2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) por su artículo 9.2, lo que justificaba aplicar la normativa específica para los negocios jurídicos relativos a explotación de bienes públicos.

El modelo que **se propone responde al objetivo de preservar la propiedad pública y el control efectivo de la finalidad pretende prestar, en orden a garantizar el acceso a un alojamiento digno, con costes proporcionados a las capacidades de ese sector** de la población laminando los riesgos a la inversión para favorecer la mayor implicación privada. Para ello, el **Gobierno autonómico, en el contexto de la previa cooperación público-público, puede asumir el rol principal de garante de la inversión privada de las propiedades que se construyan,** lo que hace atractiva para el socio privado la operación en tanto los riesgos de déficit de demanda o problemas de impagos son asumidos por el Gobierno autonómico.

Este modelo descansa en una **cooperación pública-publica multinivel donde es clave la implicación de las entidades locales**. En este negocio jurídico patrimonial la cesión de suelo del Ayuntamiento a la Comunidad Autónoma se articulara mediante la figura del convenio, como modalidad de cooperación horizontal (art. 47 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público y art. 6 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público) pues se cumplen los tres requisitos de: a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común y c) que el desarrollo de la cooperación se guie únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público. El convenio incluirá los pactos convenientes sobre articulación de esta colaboración y forma de ejecución de la misma. La fórmula del convenio con los Ayuntamientos puede incluir mecanismos de ayuda a los pagos a determinado sector de la población o en determinadas situaciones. El Gobierno autonómico, en aplicación del artículo 8 y 107 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, procederá a desarrollar un procedimiento de explotación patrimonial del suelo cedido de la finca pública. Las condiciones de explotación patrimonial incluirán los precios del alquiler de las viviendas (y, en su caso, de compra final) que serán construidas por el adjudicatario seleccionado, sobre el inmueble objeto del derecho de cesión de uso indicado en el Convenio con la entidad local, así como los criterios de selección de los inquilinos de las mismas.

Obviamente, la explotación patrimonial de los solares públicos requiere una licitación pública aplicando las previsiones de la Ley estatal de Patrimonio de Administraciones Públicas de 2003 y las especialidades de la nor-

mativa autonómica. En virtud del convenio se puede establecer que corresponda al Gobierno autonómico los trámites administrativos de la licitación de la explotación. Licitación que podrá hacerse con diversos lotes y características concretas. La adjudicación para la explotación del derecho de superficie corresponderá a la mejor oferta conforme a los criterios fijados en el pliego. El pliego fijara los precios de alquiler**es** y su mecanismos de adaptación con el transcurso del tiempo (se evita especulación en la gestión y se garantiza la explotación patrimonial). Igualmente, podrá incluir mecanismos de ayuda a los pagos a determinado sector de la población o en determinadas situaciones. Tras la adjudicación el contratista ejecutará el derecho de superficie o la cesión de uso de suelo y promoverá la construcción bajo la vigilancia de calidad y plazos por parte de la Comunidad Autónoma y Ayuntamiento (según lo que se pacte en el convenio). Finalizado el proceso constructivo se procederá a la explotación asumiendo el Gobierno autonómico el rol de garante de la inversión privada. La gestión de la explotación corresponde, en todo caso, al socio privado, que es quien asume la función de preservar la disponibilidad de las condiciones de las viviendas en los estándares determinados y que recibe la retribución del pago por parte del inquilino principal que es Gobierno autonómico, quien recibirá de los ciudadanos el importe del alquiler. Para evitar incertidumbres ajenas al riesgo y ventura conviene prever el mantenimiento de la «**honesta equivalencia de lo pactado**» en este negocio jurídico.

La **opción de compra por parte del inquilino (a través de la fórmula de alquiler con opción de compras) que será elemento determinante** de la explotación del derecho explotación patrimonial, introduce una solución flexible que además implica directamente al inquilino en el mantenimiento del inmueble a la vez que le facilita la adquisición inmobiliaria que puede facilitar fijación de población en determinados territorios. Esta condición se fijará en el pliego de la licitación.

En definitiva, esta modalidad de **colaboración multinivel con flexibilidad y con un impacto presupuestario diferido** al momento de la puesta a disposición de las viviendas, momento en el que deberá contemplarse la correspondiente habilitación presupuestaria en ese momento, **garantiza la mejor eficiencia de los recursos públicos, cumpliendo las exigencias de buena administración**. El contratista privado asume, así, la inicial inversión (lo que por sí genera ya valor público) garantizando la retribución de la misma con la explotación y con la garantía del pago por parte del Gobierno autonómico, lo que facilita que todo posible inquilino pueda acceder y, en su caso, obtener una vivienda digna.

En esta modalidad de colaboración pública-privada se garantiza **al socio privado una rentabilidad razonable y confiable**, que es un elemento esencial en todo procedimiento que moviliza inversión privada, y **facilita un plazo amplio de explotación**. Tensar de forma indebida los riesgos o la rentabilidad (que es la retribución de inversiones que aportan valor) conducen o una ineficiencia del modelo (la TIR siempre será más elevada encareciendo la operación) o, peor, o un fracaso del mismo lo que, en modo alguno, será un ejemplo de buena administración.

Este tipo de modelo colaborativo permite anclar, mediante un moderno modelo de cooperación público-privada las señas de identidad del Estado Social, facilitando el acceso de una vivienda digna a sectores de población expulsados del actual mercado especulativo y tensionado. Y, como consecuencia directa, se traduce en un impulso económico de un sector de indudable interés en España, lo que aportará un evidente valor al PIB nacional. Y, asimismo, tendrá un efecto anti especulación de la vivienda, ajustando los precios de una marera ordenada, sin necesidad de una indebida injerencia pública.

Esta solución, más allá de apriorismos ideológicos, responde al objetivo de preservar la propiedad pública, valorizarla y mantener un control efectivo de la finalidad pretende prestar, puesto que en ningún caso la Administración puede desentenderse del uso dado a sus bienes cuando los pone en manos privadas, en orden a garantizar el acceso a un alojamiento digno, con costes proporcionados a las capacidades de un sector de la población, reduciendo los riesgos a la inversión para favorecer la mayor implicación privada. En determinados casos en que se facilite la transmisión final de la propiedad se cumplirá igualmente con una finalidad pública que pretende garantizar la igualdad en el acceso del ciudadano a la opción de adquisición. La opción de compra por parte del inquilino (a través de la fórmula de alquiler con opción de compras) que será elemento determinante de la explotación patrimonial del suelo municipal que se pone a disposición, introduce una solución flexible que además implica directamente al inquilino en el mantenimiento del inmueble a la vez que le facilita la adquisición inmobiliaria que puede facilitar fijación de población en determinados territorios.

En definitiva, se trata de una valorización económica y social de unos bienes previamente de titularidad pública que piensa en los derechos del ciudadano. El contratista-socio privado asume, así, la inicial inversión (lo que por sí genera ya valor público) garantizando la retribución de la misma con la explotación y con un garantía del pago por parte del Gobierno autonómico, lo que facilita la llegada al mercado de alquiler de viviendas con

precio limitado de arrendamiento, pero que van a ponerse en el mercado por un promotor privado y van a ser objeto de una explotación privada, con una finalidad lucrativa para el promotor privado, aunque esa mayor disponibilidad de vivienda redunde también en el interés general.

V. GEOESTRATEGIA E INNOVACIÓN: LA ADQUISICIÓN DE INNOVACIÓN NO ES SIEMPRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Los objetivos de mejora de competitividad y de fomento de la innovación (no solo tecnológica) son fines de primer nivel europeo que exige una reflexión sobre cómo se impulsa en España[67]. Por otra parte, **no puede desconocerse que la actividad de I+D resulta estratégica en el desarrollo económico de cualquier país y, en especial, de la consolidación del modelo de organismos públicos de investigación e innovación (del que forman parte las universidades)** y por ello, la Ley de la Ciencia, como norma cabecera y ley especial (que desplaza las reglas de la norma general) excluye, como ya había hecho antes la Ley de Economía Sostenible, a cualquier prestación de generación de conocimiento de las reglas de contratación pública porque no es una actividad de mercado. Interesa recordar la Recomendación (UE) 2022/2415 del Consejo de 2 de diciembre de 2022 sobre los principios rectores para la valorización del conocimiento, que establece los reglas para la valorización del conocimiento en Europa y donde se constata con claridad su régimen singular en tanto política clave europea claramente diferenciada de las reglas de la contratación pública[68].

Y una primera reflexión es que la inercia del siempre se ha hecho así, o el miedo a la propia innovación administrativa frena de forma indebida este importante fin europeo. A lo que se suma la inercia a aplicar en todo caso las reglas de la contratación pública cuando en muchas ocasiones no resulta adecuado. Y es que, los contratos derivados de la explotación de la propiedad intelectual no son contratos públicos y por ello tienen la consideración

67. Vid. J. M. GIMENO FELIU, «La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación», Revista Ius Publicum núm. 1, 2018.

68. La Comunicación de la Comisión titulada «Una nueva estrategia industrial para Europa», de 10 de marzo de 2020, y su actualización de 2021 subrayaban la importancia de la gestión de la propiedad intelectual e industrial, en particular sensibilizando a la comunidad investigadora sobre la propiedad intelectual e industrial, y anunciaban una estrategia de normalización, que respaldará una postura más firme sobre los intereses de la Unión. Dos de las principales prioridades del plan de acción de la Unión en materia de propiedad intelectual e industrial (3), de 25 de noviembre de 2020, para apoyar la recuperación y la resiliencia de la Unión son promover el uso y el despliegue efectivos de la propiedad intelectual e industrial y garantizar una mayor facilidad de acceso e intercambio de activos protegidos por la propiedad intelectual e industrial en tiempos de crisis.

de contratos privados (art. 5.3 y 9 LPAP y 107.3 LPAP) y se regirán por las normas de derecho privado correspondientes a su naturaleza[69]. Estos contratos no puede tener nunca consideración de contrato público pues Pretender considerar toda transferencia de conocimiento a adquirir por un poder público como contrato público es ir más allá del concepto europeo de contrato público, desplazando con dicha interpretación de forma inadecuada y desproporcionada la normativa sectorial aplicable. Interpretación que, además, puede suponer un freno innecesario a la actividad de I+D en España, lastrando la competitividad y la financiación por transferencia de los organismos de investigación[70].

Resulta, pues, indubitado, que los negocios que celebra un poder adjudicador para solicitar transferencia de conocimiento a una Universidad Pública en tanto tenga por finalidad la creación de propiedad intelectual,

69. Me remito a mi trabajo «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 incorporales (derechos intelectuales)», Monográfico Revista Aragonesa Administración Pública, XVIII, Zaragoza, 2018.

70. Son negocios excluidos por no ser una «actividad de mercado», y así lo reitera expresamente el vigente artículo 36 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI). La finalidad de este precepto, que debe ser interpretado junto con la previsión del artículo 60 de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, es valorizar la generación del conocimiento que proviene de los diferentes organismos públicos de investigación, aclarando que tendrán en todo caso la condición de contrato sometido al derecho privado y se aplicará la normativa patrimonial en tanto propiedad incorporal (negocio excluido de la LCSP *ex art*. 9.2), los contratos relativos a la promoción, gestión y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación, suscritos con los organismos públicos de investigación que podrán ser adjudicados de forma directa sin sujeción a los procedimientos de la normativa de contratación pública. Aquí no hay duda interpretativa: si la prestación es, funcionalmente, generadora de conocimiento en los términos que expresa dicho artículo 36, no existirá contrato público por el hecho de que la entidad contratante sea un poder adjudicador. Así hay que entender, conforme a los parámetros teleológicos y sistemáticos que refiere el artículo 3 del Código Civil, la previsión del apartado 3 del referido artículo 36 de la Ley de la Ciencia al indicar que si la prestación, por el objeto, fuera un contrato de servicios y no de conocimiento, el poder adjudicador aplicará, lógicamente, —como se explica en el Informe 32/2019, de la Junta Consultiva de Contratación Pública estatal— la LCSP (se pretende evitar un fraude interpretativo para evitar una extensión indebida de la excepción). Por ello no podemos compartir la conclusión adoptada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña en su Informe 34/2023, de 13 de diciembre relativo «Sujeción a la normativa de contratación pública de un contrato a suscribir por una Administración, que tenga por objeto la transferencia de conocimiento de una universidad pública mediante la redacción de las», pues, en nuestra opinión, aborda la interpretación de forma incorrecta, obviando la finalidad de la regulación de la Ley de la Ciencia y su clara determinación de valorizar la generación de conocimiento como

como lo es un Estudio sobre una materia concreta con una propuesta de regulación jurídica, son contratos privados (y nunca un contrato público) ya que, junto a aun evidente componente personalísimo que justifica la selección de la persona o equipo investigador, tienen, como generador de conocimiento, la consideración de propiedad incorporal y, por ello, *ex artí*culo 9, negocio excluido de las previsiones de la LCSP, lo que permite la selección directa con la Universidad en cuestión, y sin estar sometido a límites de precios (sería más adecuado hablar de retribución por adquisición). En esta categoría, como indica el artículo 10 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, se incluyen la emisión de informes, estudios, análisis o validación de datos, etc., que impliquen «creación original» y donde es relevante el elemento cualitativo de quién realiza la actividad (sería conveniente que las universidades ofrecieran un catálogo extenso del tipo de actividad de transferencia que encaja en esta categoría)[71]. Por supuesto, se podrán realizar tantos contratos privados con una Universidad Pública como resulten necesarios y convenientes, sin que pueda aplicarse limitación alguna *ex artí*culo 118 LCSP al no tramitarse, ni poder tramitarse, esta adquisición de conocimiento como contrato menor[72]. La adquisición de conocimiento científico, por tanto, queda al margen de las reglas y procedimientos de la contratación pública al no ser una actividad propia de mercado[73].

---

prestación ajena a lo que se considera un contrato público. La actividad de I+D resulta estratégica en el desarrollo económico de cualquier país y, en especial, de la consolidación del modelo de organismos públicos de investigación e innovación (del que forman parte las universidades) y por ello, la Ley de la Ciencia, como norma cabecera y ley especial (que desplaza las reglas de la norma general) excluye, como ya había hecho antes la Ley de Economía Sostenible, a estas prestaciones de generación de conocimiento de las reglas de contratación pública porque no es una actividad de mercado. Por ello, la interpretación de la Junta de Cataluña viene a vaciar de contenido la previsión específica de la Ley de la Ciencia, «corrigiendo» la clara e inequívoca voluntad del legislador lo que, a mi juicio, supone una línea roja que no se debe superar.

71. Avala esta interpretación el Informe 4/2012, de 31 de enero de 2013, sobre el ámbito de aplicación objetivo del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, donde, en relación a contratos para la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, para su difusión por parte de los organismos de radiodifusión, y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión, consideran que están excluidos del ámbito de aplicación objetivo en tanto son propiedad incorporal. En este mismo sentido el Informe 11/2009, de 3 de diciembre de 2010, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

72. C. AMOEDO SOUTO («La contratación del conocimiento universitario en la encrucijada de la recesión», en libro colectivo Contratación Pública estratégica, Aranzadi, 2013, pp. 402-403) defiende y argumenta sobre la posibilidad de convenios de colaboración para articular esta relación de transferencia de conocimiento.

73. Conviene hacer referencia al aspecto de la titularidad de los derechos de explotación de esa propiedad intelectual, fruto de la actividad de transferencia realizada por el

VI. A MODO DE BREVE RECAPITULACIÓN. LA SENDA DE NUEVA COMPETITIVIDAD EN EUROPA

La teoría U de Otto Scharmer (*Teoría U: Liderar desde el futuro a medida que emerge, 2017*), claramente vinculada al liderazgo institucional de transformaciones relevantes, pone en valor la idea de la calidad de los resultados como algo inherente al modelo de transformación social y que ha de servir para reforzar el talento. Los principios de esta teoría pueden servir para reflexionar sobre la gestión de pública en este nuevo contexto social y político, y la necesidad de una estrategia de liderazgo institucional a través de la misma. Y ello porque son claves de esta teoría los principios de descargar (ser conscientes y superar viejos patrones de conducta, pensar y actuar), presenciar (percibir o estar en el momento presente, ser conscientes de las diferencias entre los viejos patrones de conductas y las exigencias el momento presente), ejecutar (ensanchar el círculo de atención para tener una mayor comprensión de lo que nos rodea) para poder transformar.

En un momento de superación de una larga crisis económica y, por desgracia, de desafección ciudadana y de excesiva polarización política, nos encontramos ante una ventana de oportunidad para reflexionar sobre el porqué y los cómo de la práctica de la gestión pública contractual, para poder discernir qué escenarios, dados por correctos bajo el principio de «siempre se ha hecho así», exigen una diferente valoración (lo que según la teoría U sería la «presenciación»), para que, desde una reflexión objetiva, puedan abrirse nuevas decisiones o formas de actuación o satisfacción del interés público.

En el siglo XXI la función del derecho público, en su lucha por la buena administración[74], y de la contratación pública (cada vez más globali-

personal (docente e) investigador. El artículo 53 de la Ley de Economía Sostenible (LES), cuando habla de la transferencia de resultados en la actividad investigadora, tras afirmar que «*estas disposiciones son aplicables a los resultados de las actividades de investigación, desarrollo e innovación realizadas como consecuencia del desempeño de las funciones que les son propias, por el personal investigador de las entidades mencionadas en el apartado anterior, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica por la que estén vinculados a ellas*. (art. 53.2 LES)». Afirma que «*se considerarán objeto de propiedad industrial y de propiedad intelectual los reconocidos como tales en la legislación vigente al respecto* (art. 53.3 LES)», para luego, en el art. 54.2 LES, afirmar que los «derechos de explotación relativos a la *propiedad intelectual* corresponderán a las entidades en que el autor haya desarrollado una relación de servicios, *en los términos y con el alcance previsto en la legislación sobre propiedad intelectual*». De lo que se deduce que esos derechos son, en lo que nos ocupa, de la Universidad Pública y, por ello, la causa de los negocios jurídicos *ex artí*culo 83 LOU y actual artículo 60 LOSU, son realizados por las Universidades, en tanto titulares de la propiedad incorporal en cuestión.

74. Por todos, J. PONCE SOLE, «La lucha por el buen gobierno y la buena administración como vocación del Derecho administrativo del Siglo XXI. La discrecionalidad no

zada[75]), vinculada en sus inicios al principio de libre competencia, debe reformularse como herramienta para implementar políticas públicas tan relevantes como la protección del medio ambiente (también la adecuada alineación con los objetivos de la Agenda 2030 de Naciones Unidas). La competencia, por tanto, debe analizarse desde esta perspectiva de vinculación del contrato a políticas públicas donde prevalece el valor y el resultado. Competencia que debe preservar (y nunca comprometer) la mejor calidad en la prestación de los «servicios públicos», que son también brújula ética del sector privado. La competencia, así, no es un fin en sí mismo, sino una herramienta al servicio de la transformación social mediante la contratación pública. Y otro tanto cabe predicar de la gestión presupuestaria que otra herramienta, y no un fin, de la decisión pública (donde interesa la eficaz utilización de los fondos asignados y no el mero ahorro de los mismos). Desde esta perspectiva debe interpretarse el principio de libre competencia, alejándose de la idea de priorizar el precio como elemento de decisión en una errónea visión economicista, que confunde el verdadero significado del principio constitucional de eficiencia con el objetivo del «ahorro» sin pensar en los efectos que pueda tener en la calidad de los servicios públicos que debemos prestar a la ciudadanía, lo que lo que se alejaría de las exigencias del derecho a una buena administración[76].

Es tiempo, de una nueva cultura de la gestión pública que pivote sobre una leal colaboración a nivel público-público y público-privada (siempre justificada y debidamente alineada con el fin de favorecer el nivel óptimo de gestión desde la perspectiva pública de garante) basada en la lógica del triple *win* y de la rendición de cuentas como herramientas al servicio de la buena administración. Lo que exige «cambiar el rumbo» tanto de la regulación como de la gestión (para superar la inercia del procedimiento y avanzar en la idea de proyectos) incorporando de forma decidida y cooperativa la tecnología[77]. Y, por supuesto, del modelo de control, funcional y no for-

---

puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, 2016, pp. 57-84.

75. A respecto es de especial interés las reflexiones contenidas en la obra colectiva dirigida por E. DIAZ BRAVO y J. A. MORENO MOLINA, *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas, Tirant lo Blanch, 2020.* Y en especial, como precursor y referente el trabajo de J. RODRIGUEZ ARANA, «Los principios del Derecho Global de la contratación pública». Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho, núm. 66, 201, pp. 29-54.

76. O de las misiones para crear valor público, como advierte M. MAZZUCATO en **Rethinking the Economics of Public Procurement: Towards a mission-oriented approach**" de Mazzucato, Spanó y Wainwright, publicado en junio de 2025 como working paper del IIPP. Londres 2025.

77. Por todos, J. M., GIMENO FELIU, G. GARCÍA-ALVAREZ GARCIA, y J. TEJEDOR BIELSA, A., *La compra pública de tecnología en la nube en España. Deficiencias y sugerencias de mejora*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

mal (y menos burocrático) que permita el adecuado equilibrio entre «eficacismo y neogarantismo» (M. VAQUER CABALLERIA)[78], sobre un modelo de control *on time* y no meramente reactivo[79].

Para ello, más allá de cambios normativos (sería deseable la «estabilidad» jurídica) conviene «re-educar» a los poderes públicos españoles para orientar su «fuerza de gestión» como impulso, y no como freno, en una nueva interpretación finalista y no meramente formal (en una mal entendida burocracia) donde toca tensar al máximo las costuras de nuestra gestión pública y del derecho público, para ir más allá de la inercia y del mantra de siempre se ha hecho así. Por ello, en especial en ámbitos de prestaciones a las personas (como la salud) la referencia debe ser necesariamente el valor.

Es el momento de una nueva contratación pública en un escenario de geoestrategia que permita anclar las señas de identidad de los valores del proyecto europeo y orientar el buen gobierno y la buena administración, desde la contratación pública, hacia esa, en palabras de la presidenta de la Comisión, nueva estrella polar.

78. M. VAQUER CABALLERIA, «Para qué sirve el procedimiento administrativo», en libro colectivo *Estudios sobre el procedimiento administrativo. III Instituciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 75-78.

79. De poco sirve, en un modelo de control externo en el siglo XXI, con las experiencias ya consolidas, notificar las causas «de una defunción», cuando con otro modelo dicho resultado podría haberle evitado o al menos laminado. Y es que controlar cuestiones formales a plazo vencido aporta poco valor a la función de fiscalización. *Vid*. J. M. GIMENO FELIU, «Los fondos next generation y el rol de los órganos de control externo», en libro colectivo dirigido por S. REGO, *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation* UE, Aranzadi, 2022, pp. 69-90.

2

Décimo aniversario de las directivas sobre contratación pública. Un balance de luces y sombras

José Antonio Moreno Molina
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA CUARTA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS OBJETIVOS PRINCIPALES. II. UN BALANCE DE LAS DIRECTIVAS Y SUS PRINCIPALES APORTACIONES Y CARENCIAS. *1. Efecto directo de las directivas y principio de interpretación de la legislación nacional conforme al Derecho de la UE. 2. Importancia de la jurisprudencia del TJUE y de los principios generales de la contratación pública. La cooperación vertical y horizontal. 3. Unificación del completo régimen jurídico de la contratación pública. Formularios y documentos normalizados. 4. La consagración de la compra pública estratégica como principal logro. 5. Impacto de los fondos NGEU. 6. Fracaso de la simplificación, falta de concurrencia y sobrerregulación. 7. Integridad y lucha contra la corrupción. 8. Contratación pública electrónica y la necesidad de un espacio común de datos. 9. Regulación de las concesiones y su poca utilización. La necesidad de impulsar los mecanismos de colaboración público-privada. 10. Nueva gobernanza y Estrategia Nacional de Contratación Pública. 11. Impulso de la profesionalización.* III. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN. LA CUARTA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS OBJETIVOS PRINCIPALES

El décimo aniversario de aprobación de las directivas de contratación pública de 2014 es un buen momento para analizar el impacto que han tenido las mismas y sus principales disposiciones así como los problemas surgidos en su aplicación e interpretación.

Como podremos comprobar, los mismos logros y avances más importantes de las directivas pueden contrastarse con sus carencias y aspectos pendientes.

En este último sentido, el Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo (TCE) 28/2023 sobre contratación pública en la UE: «La competencia en la adjudicación de contratos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los diez años anteriores a 2021», aprobado el 25 de octubre de 2023[1], llega a unas conclusiones muy críticas con el vigente Derecho y la gestión contractual pública en la Unión Europea y señala de forma contundente que: «la reforma de 2014 todavía no ha dado lugar a mejoras significativas en el modo en que los poderes adjudicadores llevan a cabo su contratación pública» (p. 57).

La Comisión ha iniciado ya el proceso de evaluación de las directivas sobre contratación pública para cumplir con las peticiones del TCE así como las del Consejo en sus Conclusiones relativas al citado Informe Especial (documento C/2024/3521), y ha desarrollado entre diciembre de 2024 y marzo de 2025 una consulta pública[2] y publicado en octubre de 2025 el documento de trabajo sobre la evaluación de las Directivas de contratación pública (2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE)[3].

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, constituye la principal norma del hoy muy completo Derecho de la Unión Europea en la materia. En la terminología comunitaria se conoce como Directiva clásica en la materia, al culminar la evolución de las normas de la Unión sobre los contratos públicos, que inició con la aprobación de las Directivas del Consejo 71/305/CEE, de 26 de

1. Disponible en https://www.eca.europa.eu/, consultado el 7 de abril de 2024.
2. Los resultados y datos de participación de la consulta los recoge el portal https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14427-Directivas-sobre-contratacion-publica-evaluacion_es, consultado el 20 de octubre de 2025.
3. Puede verse el documento completo a través de este enlace: https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SWD(2025)333&lang=en, consultado el 20 de octubre de 2025.

julio de 1971 y 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministro, respectivamente; en los años 90 se aprobaron unos nuevos textos codificados, las Directivas 93/36, 93/37 y 93/38/CEE, sobre contratos de suministros, obras y en los «sectores especiales», junto a la 92/50/CEE sobre contratos de servicios; y la tercera generación surgió con las Directivas de contratos de 2004: 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y 2004/17/CE, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Junto a la Directiva 2014/24/UE, integran la cuarta generación de directivas sobre contratación pública, la novedosa Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/25/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; y la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública[4].

No se reformaron en este paquete legislativo las directivas de recursos en los procedimientos de contratación, por lo que siguieron vigentes la Directiva 89/665/CEE, aplicable a los contratos de obras y suministros y la Directiva 92/13/CEE, para los contratos en los sectores especiales, con la importante modificación que había recibido ambas normas por la Directiva 2007/66/CE. Hay que tener en cuenta también a la Directiva 2009/81, que establece normas específicas para la contratación en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

La aprobación de las directivas de 2014 se enmarca en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador[5]. Las normas aprobadas pretendían revisar y modernizar la legislación vigente sobre contratación pública, con dos grandes objetivos: incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio, a través de la simplificación y flexibilización de las normas sobre contratación pública, lo que

4. GIMENO FELIÚ, J. M., «Las nuevas directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 159 (2013), pp. 39-106 y *Hacia una buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la estrategia y el valor de los resultados*, Marcial Pons, Madrid, 2024.

5. Documento de la Comisión COM 2010, 2020.

facilitaría también la participación de las PYME y de los licitadores transfronterizos; y permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles[6].

El análisis que sigue a continuación se estructura en diversos apartados que pretenden plantear las luces y sombras de estos años de aplicación de las directivas.

II. UN BALANCE DE LAS DIRECTIVAS Y SUS PRINCIPALES APORTACIONES Y CARENCIAS

1. EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS Y PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL CONFORME AL DERECHO DE LA UE

La cuarta generación de directivas de la UE sobre contratos públicos se incorporó al Derecho español a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las 2014/23/UE y 2014/24/UE (LCSP) y del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorpora 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.

Las Directivas 23, 24 y 25 de 2014 debían ser traspuestas a los ordenamientos jurídicos nacionales antes del 16 de abril de 2016, plazo que como es conocido se superó ampliamente tanto por la LCSP como por el RDLey 3/2020[7]. Finalizado el plazo de trasposición, las previsiones de las directivas de carácter imperativo resultaron de aplicación inmediata en virtud del

6. GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 39 y ss. y GALLEGO CÓRCOLES, I., «El Derecho de la contratación pública: evolución normativa y configuración actual», *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, tomo I, pp. 72-160 (y 2.ª Edición, 2024, tomo I, pp. 79 a 189).

7. MARTÍN LIZÁRRAGA, M. M., «Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», *RAP* n.º 196 (2015), pp. 97 y ss.

principio del efecto directo del Derecho europeo[8], que permite a los particulares invocarlo directamente ante los tribunales, independientemente de que existan normas en el Derecho nacional[9].

Por otra parte, y como se desprende de la jurisprudencia del TJUE, la LCSP debe ser interpretada conforme con las exigencias del Derecho de la Unión Europea[10], lo que tiene mucha importancia para la aplicación de las numerosas instituciones y conceptos jurídicos indeterminados de la legislación española basados en el Derecho europeo[11].

---

8. El principio fue reconocido por el TJUE en su clásica sentencia *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62. Acerca del mismo y su aplicación a la Directiva 2014/24 resulta de interés el Informe 19/2014, de 17 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente). Pueden verse también la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, que publicó la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública; el documento de estudio de los tribunales administrativos de recursos en materia de contratación pública aprobado el 1 de marzo de 2016, con el título «Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público»; el Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre los «Efectos de las Directivas de contratación pública en la regulación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, tras la conclusión del plazo de transposición. Posibilidades de desarrollo»; y el Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya «Contenidos de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que tienen que ser de aplicación directa a partir del día 18 de abril de 2016, fecha en que finaliza el plazo para su transposición. Breve referencia a la aplicación directa de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión».
9. Sentencias TJUE de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84, Marshall y de 6 de mayo de 1980, Comisión contra Bélgica, asunto 102/79.
   El Informe 3/2015 de la Abogacía General del Estado considera aplicable con efecto directo el artículo 12 de la Directiva 2014/24 y su regulación de las encomiendas de gestión horizontales.
10. Véanse las sentencias del TJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C-165/91, apartado 34, y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39.
11. GIMENO FELIU, J. M., «El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho "pretoriano. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma"», *Observatorio de Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 23 y ss.
    Pueden verse, en general, los completos comentarios sobre las novedades de la LCSP 2017 recogidos en AAVV., *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (dir. GIMENO FELIÚ, J. M.), Aranzadi, Cizur Menor, 2018; y AAVV, *Tratado de Contratos del Sector Público* (dir. GAMERO CASADO y GALLEGO CÓRCOLES), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 (2.ª ed., 2024).

El principio de interpretación conforme a las normas de la Unión Europea sobre contratación pública se destaca por la sentencia del Tribunal Supremo 404/2021, de 22 de marzo, recurso 4334/2019 (ES:TS:2021:1190) cuando señala que la «regulación de la contratación pública proviene hoy, en sus elementos esenciales, del Derecho de la Unión Europea. La legislación nacional tiene un carácter prevalentemente auxiliar y debe, en todo caso, ajustarse a los principios establecidos en las correspondientes directivas. Así las cosas, seguramente las normas legales españolas aplicables ratione temporis al presente caso —es decir, esencialmente los arts. 60 y 61 de la Ley 31/2007— habrían debido ser interpretadas por la Sala de instancia en el sentido más conforme posible con lo previsto en la Directiva 2014/25/UE. Ésta es una regla interpretativa claramente establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al menos desde su sentencia Marleasing (C-106/89) de 13 de noviembre de 1990».

Como ha resaltado el profesor GIMENO FELIÚ, no hay libertad interpretativa al aplicar los conceptos del Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública, por lo que es clave la aplicación de la vertebradora jurisprudencia del TJUE para dotar de certeza al marco jurídico aplicable[12].

Así, la sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 2022, asunto C-486/21, EU:C:2022:868, recuerda que los conceptos de «contrato público» y «concesión» de las Directivas 2014/24 y 2014/23, son «autónomos del Derecho de la Unión y deben, por ello, interpretarse de manera uniforme en el territorio de esta» (ap. 57).

2. IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. LA COOPERACIÓN VERTICAL Y HORIZONTAL

Resulta decisiva la influencia de la jurisprudencia del TJUE en las directivas de 2014[13]. Así, la Directiva 2014/24/UE subraya en sus dos primeros considerandos la vinculación de la norma a la «reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública», así como la obligación establecida por el TJUE de respeto de los principios del TFUE y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de

12. GIMENO FELIÚ, «El "eterno" viaje normativo de la contratación pública: tendencias y aspectos prácticos», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, www.obcp.es, consultado el 24 de enero de 2023.

13. Puede verse RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M. M., «Los principios generales de la contratación pública», *Tratado de Contratos del Sector Público* (dir. GAMERO CASADO y GALLEGO CÓRCOLES), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 2 ed., tomo I, pp. 215 y ss.

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.

También la Directiva 2014/23/UE sobre concesiones, sin antecedentes en el Derecho de la Unión Europea[14], reconoce en su considerando 4 que «la adjudicación de concesiones de obras públicas se rige en la actualidad por las normas básicas de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, mientras que la de concesiones de servicios de interés transfronterizo está sometida a los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en particular los de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de ellos, tales como la igualdad de trato, la no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia. Existe un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y de grandes disparidades entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros. Dicho riesgo ha sido confirmado por una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sin embargo aborda solo en parte determinados aspectos de la adjudicación de contratos de concesión» y subraya que «es necesario que los principios del TFUE se apliquen de manera uniforme en todos los Estados miembros y que se eliminen las discrepancias de interpretación de dichos principios en toda la Unión al objeto de eliminar las perturbaciones persistentes que se producen en el mercado interior. De este modo aumentaría también la eficiencia del gasto público, se facilitaría la igualdad de acceso y la participación equitativa de las PYME en la adjudicación de los contratos de concesión, tanto a escala local como de la Unión, y se apoyaría la realización de objetivos sostenibles de interés público».

Por su parte, la Directiva 2014/25/UE señala en su considerando 2 que «a fin de garantizar la apertura a la competencia de la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, es conveniente elaborar disposiciones de coordinación de la contratación aplicables a los procedimientos para contratos por importes superiores a una determinada cantidad. Esta coordinación es necesaria para garantizar el efecto de los principios del 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,

14. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., «La nueva directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado», *Las nuevas directivas de contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 171 y ss.

como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. La coordinación de los procedimientos de contratación a nivel de la Unión, habida cuenta de la naturaleza de los sectores a los que afecta, y respetando la aplicación de estos principios, debe crear un marco para el desarrollo de prácticas comerciales leales y permitir la máxima flexibilidad».

En su considerando 3, la norma también recuerda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la correcta aplicación de las normas y principios del TFUE en lo relativo a «los procedimientos de contratación de un valor inferior a los umbrales que hacen necesaria la aplicación de las disposiciones sobre coordinación de la Unión».

Constituye una constante en la doctrina del TJUE la referencia como parámetro de control de las actuaciones contractuales al respeto a los principios generales del Derecho de la Unión como son los de igualdad de trato, transparencia y proporcionalidad, que se recogen también en el artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2014/24[15].

Como ha declarado reiteradamente el TJUE, el principio de igualdad de trato de los licitadores tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores[16].

Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora[17]. Exige 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, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar

15. Pueden verse al respecto las sentencias del TJUE de 8 de diciembre de 2022, en el asunto C-769/21, EU:C:2022:973; y de 11 de diciembre de 2014, asunto C-440/13, EU:C:2014:2435, apartados 33, 34 y 36.
16. Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P (EU:C:2004:236), apartados 109 y 110.
17. Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, España contra Comisión Europea (EU:T:2013:49), apartado 48.

efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate[18].

La sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2022, asunto C-54/21, EU:C:2022:888, recuerda que como el Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones, «las normas de la Unión tienen como objetivo fundamentalmente garantizar que exista una competencia no falseada y que, para alcanzar este objetivo, es necesario que los poderes adjudicadores no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda utilizarse para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores. En efecto, como los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre los poderes adjudicadores y los operadores económicos, estos últimos han de poder comunicar a los poderes adjudicadores cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin temor a que estos comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores»[19].

La Directiva 2014/24 codificó en su artículo 12 la jurisprudencia desarrollada por el TJUE en materia de adjudicación directa[20], recogida en sentencias del TJUE como la de 8 de mayo de 2019, Rhenus Veniro, EU:C:2019:386, apartado 27.

La normativa de la UE no restringe la libertad de las Administraciones para realizar las tareas de interés público que les corresponden con sus propios recursos administrativos, no estando obligados a recurrir a entidades externas que no formen parte de su propia estructura[21].

Como ha declarado el TJUE, el artículo 12 de la Directiva 2014/24 no privó a los Estados miembros de la libertad de privilegiar una forma de

18. Sentencia «Succhi di Frutta», citada anteriormente, apartado 111.

19. Pueden verse, en ese sentido, las sentencias del TJUE de 14 de febrero de 2008, Varec, C 450/06, EU:C:2008:91, apartados 34 a 36; y de 7 de septiembre de 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C 927/19, EU:C:2021:700, apartado 115.

20. Puede verse NOGUERA DE LA MUELA, B., «Los contornos de la autoprovisión administrativa en la gestión de los servicios públicos», *REALA* n.º 18 (2022), pp. 32-55 y SANTIAGO IGLESIAS, D., «Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos», *Tratado de Contratos del Sector Público* (dir. GAMERO CASADO y GALLEGO CÓRCOLES), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 2 ed., tomo I, pp. 716-761.

21. AMOEDO SOUTO, C. A., «¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la autoprovisión administrativa en España», *IUS ET VERITAS*, n.º 62 (2021), pp. 98-110 y «La regulación de los encargos a medios propios en la LCSP. Un balance provisional», *Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n.º 159 (2019), p. 19 y ss.

prestación de servicios, ejecución de obras o suministro de materiales en detrimento de otras. En efecto, tal libertad implica una elección que se realiza en una fase anterior a la de la adjudicación de un contrato y que, por ello, no está incluida en el ámbito de aplicación de la norma europea[22].

El considerando 5 de la Directiva señala que ninguna de sus disposiciones obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de dicha Directiva[23].

La Directiva 2014/24 pretende asegurar que la cooperación entre entidades públicas exenta de la aplicación de la legislación sobre contratos públicos no falsee la competencia con respecto a los operadores económicos privados.

La cooperación puede consistir en supervisar conjuntamente una tercera entidad a la que se encomiende la ejecución de la tarea (cooperación vertical/institucionalizada); y también puede tener lugar sin crear una entidad nueva o designar una entidad específicamente para ello (cooperación horizontal/no institucionalizada).

La sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2022[24], recuerda que el artículo 12 de la Directiva 2014/24 establece que los contratos públicos celebrados entre entidades del sector público que cumplan los criterios que en ella se contemplan quedan excluidos de su ámbito de aplicación. En particular, los apartados 3 y 4 del citado artículo 12 se refieren, por una parte, a los contratos públicos adjudicados por un poder adjudicador a una persona jurídica sobre la que este ejerce, conjuntamente con otros poderes adjudicadores, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (los denominados contratos «in house providing») y, por otra parte, a los contratos públicos celebrados exclusivamente entre poderes adjudicadores para establecer o desarrollar una cooperación entre ellos con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

22. STJUE de 3 de octubre de 2019, Irgita, EU:C:2019:829, apartado 44; y Auto del TJUE de 6 de febrero de 2020, Pia Opera Croce Verde Padova, EU:C:2020:88, ap. 41 y 47.
23. Puede verse TEJEDOR BIELSA, J., «Organización no es contratación», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, https://www.obcp.es/, consultado el 22 de abril de 2024.
24. EU:C:2022:1022.

Por su parte, la STJUE de 12 de mayo de 2022[25], considera que no se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 12.3 de la Directiva 2014/24, en un contrato de gestión de residuos adjudicado «in house» por un Ayuntamiento italiano a una entidad cuyo capital le pertenecía junto a otros municipios. Durante la ejecución del contrato, la totalidad de acciones de la entidad adjudicataria fueron adquiridas por otra entidad, que continuó prestando el servicio de gestión de residuos de los municipios anteriormente accionistas de la entidad, aunque estos municipios ya no controlaban a la entidad adjudicataria.

La ya citada STJUE de 22 de diciembre de 2022 se cuestiona si debe interpretarse el artículo 12.3 de la Directiva 2014/24 en el sentido de que se cumple el requisito que impone a un poder adjudicador (en el asunto en cuestión una sociedad promotora de vivienda pública), de estar representado en los órganos decisorios de la persona jurídica controlada (en el caso de autos una sociedad cooperativa intermunicipal), por el mero hecho de que un miembro del consejo rector de dicha sociedad cooperativa intermunicipal en su condición de concejal municipal de otro poder adjudicador participante, en este caso un municipio, sea también, por circunstancias exclusivamente fácticas y sin que medie ninguna garantía jurídica de representación, consejero en la sociedad promotora de vivienda pública, mientras que el municipio es socio (no único) tanto de la entidad controlada como de la sociedad promotora de vivienda pública.

Para el TJUE, no puede considerarse que una Administración utilice sus propios recursos y actúe por sí mismo cuando no pueda intervenir en los órganos decisorios de la persona jurídica a la que se adjudica el contrato público mediante un representante que actúe en nombre del propio poder adjudicador, así como, en su caso, en nombre de otros poderes adjudicadores.

En cuanto a la cooperación horizontal, de la jurisprudencia del TJUE se deriva que no se aplicaría el Derecho de la Unión sobre contratos públicos cuando la cooperación entre entidades públicas tiene por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a las mismas[26]. Para el TJUE, la exigencia de una cooperación efectiva se desprende también de la precisión, enunciada en el considerando 33, párrafo tercero, de la Directiva 2014/24, conforme a la cual la cooperación debe estar «basada en un concepto cooperador»[27]. La dimensión colaborativa exige que la coopera-

25. EU:C:2022:372.
26. Véase, en este sentido, la sentencia «Hamburgo», de 9 de junio de 2009, EU:C:2009:357.
27. STJUE de 4 de junio de 2020, Remondis, EU:C:2020:436, apartados 26 y 28.

ción de que se trate tienda al logro de objetivos comunes a todos los poderes adjudicadores.

3. UNIFICACIÓN DEL COMPLETO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. FORMULARIOS Y DOCUMENTOS NORMALIZADOS

Por primera vez en el Derecho de la Unión Europea sobre contratación pública, las directivas de 2014 regulan tanto las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos, su histórico y exclusivo ámbito de preocupación en todas las normas anteriores, como las fases de ejecución y resolución de los mismos, novedosamente abordadas en la cuarta generación de directivas, no así en la jurisprudencia del TJUE que ya contaba con una importante doctrina al respecto, como por ejemplo sobre los modificados contractuales[28].

Se trata de una decisión trascendente de las directivas, que permite abordar como un todo el Derecho de la contratación pública y resaltar la importancia decisiva de la ejecución del contrato para el cumplimiento del objeto del contrato y las prestaciones pactadas, lo que resulta esencial en la compra estratégica.

Así lo exige también el principio de buena administración aplicado a la gestión del contrato público[29], sobre el que se ha pronunciado el TJUE en su sentencia de 17 de noviembre de 2022[30], que destaca también que del mismo se deriva la obligación de motivación y la necesidad de ponderación del principio de protección de la información confidencial con las exigencias de la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, debe resaltarse también el desarrollo de formularios y documentos normalizados, que unifican los procedimientos de contratación en la Unión Europea.

Así, el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/1780 de la Comisión, de 23 de septiembre de 2019, establece formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de la contratación pública y deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1986 sobre formularios electrónicos (los

28. Sentencias tan importantes como la del TJUE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99 P, Succhi di Frutta SpA (EU:C:2004:236) y la del Tribunal General de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, España contra Comisión Europea (EU:T:2013:49).
29. GIMENO FELIÚ, J. M., *Hacia la buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la estrategia y el valor de los resultados*, Marcial Pons, Madrid, 2024.
30. Asunto C-54/21, EU:C:2022:888.

Reglamentos de Ejecución (UE) 2022/2303 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2022 y 2023/2884 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2023, modificaron el Reglamento 2019/1780)[31].

Por su parte, el Reglamento (CE) 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007, modifica el Reglamento (CE) 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV).

La LCSP prevé con carácter general en el apartado 4 del artículo 2 la utilización del CPV para la identificación de las prestaciones que son objeto de los contratos públicos.

El TACRC ha recordado que el sistema de clasificación CPV se aplica a la contratación pública para normalizar las referencias utilizadas por los órganos de contratación para describir el objeto del contrato, de modo que se facilite la identificación de licitaciones y adjudicaciones en cualquier país de la Unión Europea sin necesidad de traducciones. La finalidad de los códigos CPV es descriptiva y clasificatoria, siendo lo relevante, a los solos efectos de juzgar si la nomenclatura asignada es correcta, es que el contrato quede descrito con la referencia elegida (Resolución n.º 300/2014).

La nomenclatura común europea cumple una importante función para la determinación del objeto del contrato y para el impulso de la transparencia y la concurrencia de las empresas a las licitaciones pública.

En relación con la posible impugnación de un código CPV por no guardar relación con el objeto del contrato, resulta de interés la Resolución del TACRC n.º 11/2022.

Además, el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, aprueba el formulario normalizado del documento europeo único de contratación (DEUC).

Se trata de una de las medidas más importantes de simplificación procedimental y de reducción de cargas administrativas para el impulso de la participación de las PYME en la contratación pública.

31. El informe del TCE 28/2023 advierte que «de los 432 520 anuncios publicados en los primeros seis meses a raíz de la introducción del Reglamento sobre formularios electrónicos, solo 374 eran anuncios en documentos electrónicos. Esto se debe en parte al hecho de que el Reglamento fue modificado en diciembre de 2022, un mes después de su entrada en vigor, lo que pudo disuadir a los usuarios de utilizar la versión entonces disponible y les decidió a esperar otras modificaciones» (ap. 56).

El DEUC está previsto en el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE como una declaración del interesado redactada sobre la base de un formulario normalizado, que sirve de prueba preliminar, bajo la forma de una declaración del interesado, respecto de los criterios de exclusión y de los criterios de selección, de manera que el conjunto de documentos acreditativos solamente haya de presentarlo el operador económico ganador de la licitación.

De acuerdo con la Directiva 2014/24, el DEUC deberá presentarse exclusivamente en formato electrónico.

La Abogacía General del Estado, en su Informe de 18 de diciembre de 2019, en relación con la competencia de la mesa de contratación para la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos a que se refiere el artículo 140 de la LCSP 2017, señala que:

> «El Documento Europeo Único de Contratación opera como prueba preliminar del cumplimiento de los requisitos exigidos para participar en la licitación en el momento de presentación de las ofertas y, sin perjuicio de la posibilidad que asiste a la mesa de solicitar a los licitadores, en cualquier momento del procedimiento anterior a la adjudicación, la aportación de la totalidad o de parte de los documentos justificativos cuando se susciten dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, en el trámite del citado artículo 150.2 la mesa de contratación debe examinar la documentación acreditativa de que el licitador propuesto como adjudicatario reúne efectivamente —y más allá de sus meras declaraciones—, los requisitos exigidos para participar en la licitación».

Para facilitar su uso por todos los empresarios y órganos de contratación de la Unión Europea, la Comisión implantó inicialmente un servicio público para la creación, edición y gestión del DEUC, de uso libre pero de disponibilidad temporal, servicio que fue retirado el 2 de mayo de 2019, y que desde entonces debe ser proporcionado por los países miembros.

Por ello, el Ministerio de Hacienda del Gobierno de España puso a disposición de todos los empresarios, órganos de contratación e interesados una completa información sobre el DEUC y su gestión, permitiendo la generación del DEUC (versión 1.02), en la dirección electrónica https://visor.registrodelicitadores.gob.es (consultada el 7 de abril de 2024).

Asimismo, en la Unión Europea se han simplificado las reglas de publicidad adaptándolas al mismo tiempo a los medios electrónicos a través del Sistema de Información sobre los Contratos Públicos (SIMAP, http://simap.europa.eu), iniciado por la Comisión en colaboración con los Estados miembros.

La utilización de los formularios normalizados, el DEUC y el recurso al vocabulario común sobre los contratos públicos ha facilitado notablemente el acceso a la información y ha contribuido a una mayor transparencia de las licitaciones.

4. LA CONSAGRACIÓN DE LA COMPRA PÚBLICA ESTRATÉGICA COMO PRINCIPAL LOGRO

La Directiva 2014/24/UE, siguiendo la hoja de ruta marcada por la Estrategia Europa 2020, impulsó como uno de sus objetivos fundamentales el uso estratégico de la contratación pública y la consecución a través de la misma de objetivos sociales y ambientales y la promoción de la innovación[32].

Se trata sin duda de la principal aportación de la cuarta generación de directivas sobre contratación pública, al considerar a la misma ya no únicamente como un instrumento de abastecimiento de materias primas o de servicios sino como una herramienta a través de la cual los poderes públicos impulsan otras políticas estratégicas[33].

El nuevo escenario de la normativa contractual y los relevantes principios que deben respetarse en todos los contratos públicos, han sido destacados por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de enero de 2020[34], con referencia expresa a la necesidad de respetar los requisitos sociales y ambientales por parte de todas las Administraciones y entidades públicas.

La Comisión Europea, en la segunda edición del documento: «Adquisiciones sociales —Una guía para considerar aspectos sociales en las con-

32. GIMENO FELIÚ, J. M., «Reflexiones sobre la aplicación de la normativa contratación pública en España: en búsqueda de la estrella polar», *Observatorio de los Contratos Públicos 2022* (dir. GIMENO FELIÚ y coord. GUERRERO MANSO), Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 17 y ss.

33. Puede verse GIMENO FELIÚ, J. M., *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi. Cizur Menor, 2019; AAVV, *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos. Guía práctica profesional* (dir. PARDO LÓPEZ, M. y SÁNCHEZ GARCÍA, A.), Aranzadi, Cizur Menor, 2019; AAVV, *La profesionalización en la contratación pública estratégica* (dir. RODRÍGUEZ ARANA y DÍAZ BRAVO), Tirant lo Blanch, Valencia 2023; AAVV, *Compra pública verde y cambio climático* (dir. LAZO VITORIA, X.), Atelier, Barcelona, 2022; AAVV, *El contrato público como herramienta para la resiliencia y el cambio social. Una aproximación iberoamericana* (dir. PERNAS GARCÍA, DÍAZ BRAVO y coord. RODRÍGUEZ MARTÍN RETORTILLO, SÁNCHEZ GONZÁLEZ y SÁNCHEZ VILLAGRÁN), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024; y AAVV, *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público* (dir. GALÁN VIOQUE y coord. RUIZ OLMO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

34. Asunto C-395/18, EU:C:2020:58.

trataciones públicas—»[35], define la contratación pública socialmente responsable como aquella cuyo objetivo es abordar la repercusión que los bienes, servicios y obras adquiridos por el sector público tienen en la sociedad. Reconoce que a los compradores públicos no solo les interesa comprar al menor precio posible u obtener la mejor relación calidad-precio posible, sino que también quieren garantizar que la contratación genere beneficios sociales y evite la aparición de efectos sociales adversos durante la ejecución del contrato o los mitigue.

Hay que destacar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 3 de octubre de 2017, «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa», que identifica una serie de áreas prioritarias para transformar la contratación pública entre las cuales se encuentra garantizar una mayor aceptación de la contratación pública estratégica; así como la Recomendación de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre «la profesionalización de la contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública», que subraya como la contratación pública se enfrenta a nuevos desafíos puesto que se espera que cada vez más:

> «demuestre la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas en entornos presupuestarios cada vez más restrictivos; use las oportunidades de digitalización y mercados en evolución; realice una contribución estratégica a los objetivos de política horizontal y valores sociales como la innovación, la inclusión social y la sostenibilidad económica y medioambiental; maximice la accesibilidad y muestre responsabilidad para minimizar las ineficiencias, el malgasto, las irregularidades, el fraude y la corrupción, así como para crear cadenas de suministro responsables». (p. 3)

La propia Comisión ha publicado una «Guía de buenas prácticas en contratación pública socialmente responsable»[36].

Resulta clave el papel de la contratación pública sostenible a la hora de fomentar la economía verde y los cambios de comportamiento[37].

GIMENO FELIÚ ha resaltado cómo los criterios de adjudicación del contrato no deben guardar relación con una mejor solvencia económica del

35. DOUE 2021/C 237/01, de 18 de junio de 2021, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2021_237_R_0001&amp, consultada el 16 de julio de 2023.
36. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2020.
37. En este sentido, puede verse el Dictamen del Comité Europeo de les Regiones: «Un planeta limpio para todos – La visión estratégica europea a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra» (2019/C 404/11, DOUE de 29 de noviembre de 2019).

contrato, sino con la prestación demandada, y suponer beneficios desde una óptica integral del interés colectivo[38]. Las directivas de 2014 —y los principios que las inspiran— impulsan una nueva contratación pública que incorpora como paradigmas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad que permita impulsar un modelo armonizado y transparente de gestión de los fondos públicos, que ayude a consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestro modelo social y económico[39].

La regulación de la Unión Europea se alinea con la Agenda 2030 de Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible[40], que plantea los «Objetivos de Desarrollo Sostenible» (ODS), entre los cuales el objetivo n.º 12, de carácter transversal, propone garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles[41]. Quiere así fomentar el uso eficiente de los recursos y la energía, la construcción de infraestructuras que no dañen el medio ambiente, la mejora del acceso a los servicios básicos y la creación de empleos ecológicos, justamente remunerados y con buenas condiciones laborales[42].

Para la integración de los ODS en las políticas públicas, el Gobierno de España aprobó el «Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030. Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible»[43].

Entre las «Medidas transformadoras» que propone el Plan, la número 8 pretende «Alinear la compra pública con los ODS» y plantea que la Estrategia Nacional de Contratación Pública[44] incorpore, como en efecto ha

38. GIMENO FELIÚ, J. M. «Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites», en *Anuario del Gobierno Local 2017. Participación ciudadana y regeneración política. Retos de la gestión de los servicios públicos y de los derechos sociales* (dir. FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A.), Fundación Democracia y Gobierno Local, 2017, p. 259.
39. «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en GIMENO FELIÚ, J. M.; GALLEGO CÓRCOLES, I.; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. y MORENO MOLINA, J.A. (2015), *Las nuevas directivas de contratación pública* (dir. GIMENO FELIÚ, J. M.), Aranzadi, Cizur Menor, pp. 36 y ss.
40. Resolución de Naciones Unidas «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible» aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 (A/70/L.1).
41. Puede verse GIMENO FELIÍ, J. M., «Los objetivos de sostenibilidad e inclusividad de la Agenda de Naciones Unidas y su incidencia en la contratación pública: de las ideas a la acción», *La Agenda 2030: implicaciones y retos para las administraciones locales* (coord. ESTEVE PARDO), Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2021.
42. Una de las metas a alcanzar al respecto es «promover prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales» (meta 12.7).
43. El plan fue aprobado en el Consejo de Ministros del 29 de junio de 2018.
44. El artículo 334 LCSP define la Estrategia Nacional de Contratación Pública como «el instrumento jurídico vinculante, aprobado por la Oficina Independiente de Regula-

hecho tras su aprobación por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon) en diciembre de 2022[45], la Agenda 2030 y, en particular, el ODS 12 (meta 12.7) en su marco general, objetivos y metas, y promoverá las medidas necesarias para utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar los ODS.

Además, la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030, aprobada en junio de 2021 en Consejo de Ministros, recoge de forma explícita la relevancia de la contratación pública sostenible, a través de la inclusión de criterios sociales y ambientales como un elemento que sirva para dar cumplimiento a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030.

En la OCDE, el informe «Government at a Glance 2021» (https://www.oecd.org/gov/[46]), que destaca que el uso de la contratación pública estratégica se encuentra presente en la regulación de 26 países de la OCDE y de un socio como Brasil.

Por todo ello, resulta criticable cómo la contratación pública estratégica no está hoy penamente consolidada en la Unión Europea. El Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo 28/2023 sobre contratación pública en la UE advierte sobre ello y pide reflexionar «sobre si los objetivos políticos estratégicos deberán alcanzarse mediante requisitos estratégicos para los procedimientos de contratación pública, o una mayor regulación de las especificaciones relativas a las obras, bienes y servicios».

La JCCPE, en su «Informe trienal relativo a la contratación pública en España en 2018, 2019 y 2020», que además de dar cumplimiento a las obligaciones de información impuestas por las Directivas de contratación pública, también pretende «servir de apoyo en el diagnóstico de las debilidades y fortalezas de nuestro sistema de contratación pública en el citado

ción y Supervisión de la Contratación, que se basará en el análisis de actuaciones de contratación realizadas por todo el sector público incluyendo todos los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras comprendidas en el sector público estatal, autonómico o local, así como las de otros entes, organismos y entidades pertenecientes a los mismos que no tengan la naturaleza de poderes adjudicadores».

45. La Estrategia se publicó en el portal de la Plataforma de Contratación del Sector Público (https://contrataciondelestado.es) y se puede acceder al acuerdo de aprobación de la Estrategia por parte de la OIReScon en el enlace: https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/normativa/acuerdo-aprobacion-encp-28-12-22.pdf (consultados el 10 de febrero de 2024).

46. MEDINA ARNÁIZ, T., «Publicación del estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) Government at a Glance 2021», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, www.obcp.es, consultado el 13 de julio de 2023.

período temporal» (así lo señala el resumen ejecutivo del propio Informe, p. 7), destacó la complejidad de la contratación pública estratégica, identificando como una fuente de inseguridad jurídica la falta de una interpretación unívoca del principio de vinculación de las cláusulas estratégicas (sociales, medioambientales, innovadoras) con el objeto del contrato. Así, planteó la necesidad de que desde la Comisión Europea se clarifique el marco jurídico de la contratación pública estratégica, y en especial cómo debe interpretarse el requisito de vinculación del criterio o condición con el objeto del contrato, teniendo en cuenta la doctrina del TJUE (entre otras, la Sentencia de 10 de mayo de 2012, asunto C-36/10).

También el Informe Especial de Supervisión relativo a la Contratación Estratégica en 2021 de la OIReScon destaca entre sus conclusiones que «en relación con la inclusión de condiciones de admisión de carácter social, medioambiental, de innovación u otro orden, en el 73,96% de los contratos de servicios analizados no se incluye ninguno de ellos, ascendiendo el porcentaje al 86,18% en el caso de los contratos de suministro objeto de estudio (...) En cuanto a lo que a criterios de adjudicación se refiere, dicho porcentaje de ausencia de uso se reduce al 43,36% en los contratos de servicios y al 79,88%, en los de suministro». Por su parte, en el Informe Especial de Supervisión relativo a la Contratación Estratégica en 2022, la OIReScon advierte que «como en anteriores análisis realizados por esta Oficina, se constata que siguen sin fijarse porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos en ámbito estatal»[47].

La Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023-2026 (ENCP)[48] persigue los objetivos y actuaciones señalados por el artículo 334.2 de la LCSP, entre los que enuncia la propia ENCP «Utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación». La ENCP considera que «la inseguridad jurídica derivada de interpretaciones diversas y contradictorias, sobre la vinculación al objeto del contrato de los criterios utilizados para su adjudicación dificultan la tarea de los órganos de contratación de integrar en el clausulado de sus contratos requisitos o criterios que contemplen aspectos sociales y medioambientales» (p. 53).

47. Se puede acceder al texto completo de los Informes de la OIReScon en el enlace https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Oirescon/, consultado el 7 de abril de 2024.
48. La ENCP está publicada en el portal de la Plataforma de Contratación del Sector Público: https://contrataciondelestado.es, consultada el 29 de marzo de 2024.

5. IMPACTO DE LOS FONDOS NGEU

Los fondos de recuperación conocidos como «Next Generation EU»[49], que fueron aprobados por el Consejo Europeo el 21 de julio de 2020[50], plantean una transición ecológica y una estrategia de crecimiento sostenible de Europa[51], y el compromiso de la UE de aplicar el Acuerdo de París y alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.

El ámbito de aplicación del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), expresa el artículo 3 del Reglamento (UE) 2021/241, incluirá actuaciones de importancia europea estructuradas en seis pilares, entre los que destaca la transformación ecológica y social.

El «Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía Española» (PRTR) fue aprobado por el Consejo de Ministros del Gobierno de España el 27 de abril de 2021[52] e incorpora una importante agenda de inversiones y reformas estructurales, que se interrelacionan y retroalimentan para lograr cuatro objetivos transversales: avanzar hacia una España más verde, más digital, más cohesionada desde el punto de vista social y territorial, y más igualitaria.

Asimismo, refuerza la inversión pública y privada para reorientar el modelo productivo, impulsando la transición verde y digital que se desarrolla a través de diez palancas y treinta componentes para lograr un crecimiento sostenible e inclusivo.

La Unión Europea obliga a que ninguna de las medidas, proyectos e inversiones que hagan los países para la ejecución de los fondos de recuperación causen un perjuicio significativo a objetivos medioambientales en el sentido del artículo 17 del Reglamento de la Unión Europea 2020/852 del

49. Sobre la importancia estratégica de estos fondos y los retos que plantean en nuestro ordenamiento jurídico puede verse GIMENO FELIÚ, J. M., «El desafío de fondos Next Generation como elemento de transformación de la gestión pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública,* n.º monográfico sobre «Fondos europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: ejecución y Auditoría», 2021, pp. 21 y ss.; y «Los pilares de Next Generation EU y la contratación pública», Boletín del Observatorio de Contratación Pública, www.obcp.es, consultado el 2 de noviembre de 2023.

50. Véase la web https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es, consultada el 20 de diciembre de 2022.

51. M. Asunción SANMARTIN MORA, «Igualdad de género y contratación pública: ¿Será el programa Next Generation UE una oportunidad?», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, 2021, www.obcp.es, consultado el 25 de enero de 2021.

52. El PRTR se publicó en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 2021. Se puede acceder al texto completo del Plan, así como a un resumen ejecutivo y a unas presentaciones del mismo en el enlace oficial: https://planderecuperacion.gob.es/documentos-y-enlaces, consultado el 21 de septiembre de 2023.

Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles (conocido como Reglamento de Taxonomía). Se consagra así el principio DNSH (las siglas en ingles de «Do not significant harm principle»).

El citado artículo 17 del Reglamento 2020/852 define el concepto de «perjuicio significativo» en base a los objetivos medioambientales sobre los que se ha de asegurar la ausencia de perjuicios.

La Comisión Europea ha aprobado la Comunicación de 11 de octubre de 2023 (C/2023/111), que contiene la Guía técnica sobre la aplicación del principio de «no causar un perjuicio significativo» en virtud del Reglamento relativo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia[53].

En España, en el marco de las actividades de ejecución del PRTR, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico ha publicado una Guía con recomendaciones para adecuar tanto el diseño, como el desarrollo de las actuaciones del PRTR, al principio DNSH[54].

Como ha destacado el profesor PERNAS GARCÍA, el principio DNSH representa un cambio de cultura administrativa en la planificación y definición de reformas e inversiones, que implica la realización de una evaluación de incidencia ambiental de las medidas administrativas[55].

6. FRACASO DE LA SIMPLIFICACIÓN, FALTA DE CONCURRENCIA Y SOBRERREGULACIÓN

El Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo 28/2023 destaca el número elevado de adjudicaciones directas en varios Estados; que la proporción de procedimientos con una única oferta casi se ha duplicado en los últimos diez años, más del 40 % de las adjudicaciones se produjeron en procedimientos con una única oferta y el número de licitadores por procedimiento se redujo casi a la mitad; el bajo porcentaje de que supone la contratación directa transfronteriza (alrededor del 5 % del total de las adjudi-

53. Puede verse LAZO VITORIA y FERNÁNDEZ RUÍZ, «No causar daño significativo al medio ambiente y MRR», https://www.obcp.es/noticias/no-causar-dano-significativo-al-medio-ambiente-y-mrr, consultado el 3 de marzo de 2024.

54. Se puede acceder a la Guía en la sede electrónica del IDEA: https://sede.idae.gob.es/, consultada el 1 de marzo de 2024.

55. PERNAS GARCÍA, J., «El principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente (conocido como "DNSH") y su impacto en la gestión contractual de los fondos Next Generation», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, www.obcp.es, consultado el 17 de febrero de 2024.

caciones de contratos); y cómo no se realiza un seguimiento de los precios de las obras, bienes y servicios adquiridos mediante contratos públicos.

Advierte asimismo que los objetivos clave de la reforma de las Directivas de 2014[56] todavía no se han cumplido ya que la administración de la contratación no se ha hecho más fácil (señala el informe que la duración media de los procedimientos de contratación pública ha aumentado en un 50 % desde 2011[57]).

En general, el TCE concluye que el nivel de competencia en los contratos públicos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los últimos diez años en el mercado único de la UE y que falta concienciación sobre la competencia como requisito previo para lograr la mejor relación calidad-precio en la contratación pública.

En su respuesta al Informe Especial del TCE 28/2023, de conformidad con el artículo 259 del Reglamento Financiero[58], la Comisión reconoce que algunos de los factores que influyen en la competencia en el mercado de la contratación pública y en la eficiencia del gasto público son difíciles de evaluar, ya que la contratación pública es muy heterogénea al contar con unos 250.000 poderes adjudicadores en la Unión Europea, cuyas políticas de contratación pública dependen de una variada serie de factores estructurales relacionados con el sector, el objeto del contrato o el tipo de adquisición.

Por otra parte, el Comité Europeo de las Regiones de la Unión Europea también ha llamado la atención sobre la complejidad de las actuales normas de contratación pública y la tendencia de la sobrerregulación en muchos Estados miembros[59] que aumenta «la probabilidad de errores y el consiguiente riesgo de acciones judiciales, lo que, a su vez, conduce a estrategias

56. Sobre las medidas de simplificación puede verse MEDINA ARNÁIZ, T., «Simplificación, racionalización de a contratación y contratación electrónica», *Tratado de Contratos del Sector Público* (Dir. GAMERO CASADO y GALLEGO CÓRCOLES), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 2 ed., tomo II, pp. 2006-2063.

57. De acuerdo con el apartado 50 del informe del TCE, «el período total de decisión hasta la adjudicación del contrato, sin incluir los recursos contra las decisiones de adjudicación ha aumentado, pasando de 62,5 días en 2011 a 96,4 días en 2021».

58. El documento de respuestas de la Comisión Europea a las observaciones del TCE está publicado junto con el informe especial.

59. TEJEDOR BIELSA, J. C., «Ámbito subjetivo, organización administrativa y gobernanza en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 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.

de contratación demasiado reacias al riesgo entre muchos entes locales y regionales»[60].

El profesor PERNAS GARCÍA ha advertido del «tsunami» regulatorio desplegado por el Pacto Verde Europeo y el Plan de Economía Circular de la UE[61].

La regulación de los fondos de recuperación europeos NGEU también ha tenido un impacto muy significativo[62].

En España, la ENCP plantea entre sus objetivos «Promover un marco normativo claro y estable» con el fin de dotar de seguridad jurídica a la contratación pública.

7. INTEGRIDAD Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

El Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo 28/2023 advierte que la integridad y la transparencia en la contratación pública siguen suponiendo un reto en la UE.

Por su parte, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo: «Corrupción en la contratación pública y su impacto en el mercado interior»[63], considera que la Comisión podría aprobar una Comunicación sobre las Directivas de 2014 sobre contratación pública y aprovechar «para mejorar una serie de herramientas y procedimientos previstos en dichas Directivas que aún no se han desarrollado, confirmar las seis prioridades estratégicas enumeradas en 2017[64] y orientarlas hacia la sostenibilidad» y también señala que la Comisión podría «conceder más importancia a los pactos de integridad[65]» (apartados 1.9 y 1.11, p. 2).

---

60. Resolución del Comité Europeo de las Regiones sobre el Semestre Europeo de 2019 y con vistas al Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento para 2020 (2020/C 39/02).
61. PERNAS GARCÍA, J., «El "Tsunami" regulatorio derivado de las políticas económicas de transición ecológica: hacia un derecho sustantivo de la contratación pública para la "sostenibilidad" y la "resiliencia" en la UE», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, https://www.obcp.es/, 4 de septiembre de 2023.
62. VELASCO CABALLERO, F., «Aplicación del régimen administrativo especial de los fondos Next Generation EU a las entidades locales», *REALA* n.º 16 (2021), pp. 35 y ss., https://doi.org/10.24965/reala.i16.10994
63. Dictamen de iniciativa (INT/1023), aprobado en el pleno del Comité de 17 de enero de 2024.
64. En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa», COM/2017/0572 final.
65. Puede verse ARRIBAS REYES, E., «Pactos de integridad», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 17 (2019), pp. 328-348.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluye el principio de integridad en el derecho a una buena administración y está también reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[66].

La Directiva 2014/24 planteó diversas medidas para garantizar la integridad de los procedimientos de contratación pública y reguló tanto los conflictos de intereses como las conductas ilícitas, los impedimentos a la adjudicación, las ofertas anormalmente bajas y las consultas preliminares del mercado y las modificaciones de los contratos durante su vigencia[67].

La Comunicación de la Comisión de la Unión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la situación del Estado de Derecho en la Unión Europea, de 5 de julio de 2023[68], por lo que se refiere a la contratación pública, señala que en muchos Estados miembros, la contratación pública y el sector sanitario siguen siendo los principales ámbitos con alto riesgo de corrupción. En este sentido, el Eurobarómetro Flash sobre la actitud de las empresas frente a la corrupción en la UE Eurobarómetro Flash[69] muestra que el 26 % de las empresas de la UE cree que la corrupción les ha impedido ganar una licitación pública o un contrato público en la práctica en los últimos tres años.

En el capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España[70], se advierte que la contratación pública, las infraestructuras y la financiación de los partidos se consideran sectores con riesgo potencial de corrupción. La sociedad civil también destaca los posibles riesgos en la exclusión de la protección de los denunciantes en relación con los expedientes de contratación pública que contienen información clasificada o han sido declarados secretos o reservados, haciendo así posible que pueda haber casos de corrupción (aportación de la Fundación «Hay Derecho» para el Informe sobre el Estado de Derecho en 2023, p. 19).

La Comisión subraya que la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación aprobó la Estrategia Nacional de Contrata-

66. Destaca los efectos jurídicos de esta inclusión GIMENO FELIÚ, J. M., «Una primera valoración del Proyecto Ley Contratos Sector Público desde la perspectiva de la integridad y prevención de la corrupción», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, http://www.obcp.es/, fecha de consulta 4 de julio de 2023.
67. MIRANZO DÍAZ, J., *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020 y *La prevención de la corrupción en la contratación pública*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.
68. Documento COM 2023, 800 final.
69. Número 524 (2023).
70. Documento SWD 2023, 809 final.

ción Pública 2023-2026, a propuesta del Comité de Cooperación en materia de contratación pública, que tiene entre sus objetivos clave «combatir la corrupción y las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública».

La Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, incorporó tardíamente en España la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, cuyos principales objetivos eran la protección de los informantes y establecer las normas mínimas de los canales de información[71].

Señala la Ley en su artículo 1 que su finalidad es otorgar una protección adecuada frente a las represalias que puedan sufrir las personas físicas que informen sobre alguna de las acciones u omisiones a que se refiere el artículo 2, a través de los procedimientos previstos en la misma. También tiene como finalidad el fortalecimiento de la cultura de la información, de las infraestructuras de integridad de las organizaciones y el fomento de la cultura de la información o comunicación como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público.

Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación, además de proteger a quienes informen sobre las infracciones del Derecho de la Unión previstas en la Directiva 2019/1937, abarca también las infracciones penales y administrativas graves y muy graves en el ordenamiento jurídico nacional para permitir, señala la exposición de motivos de la Ley 2/2023, «que tanto los canales internos de información como los externos puedan concentrar su actividad investigadora en las vulneraciones que se considera que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad».

8. CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA Y LA NECESIDAD DE UN ESPACIO COMÚN DE DATOS

La Directiva 2014/24 recogió como una de sus novedades más importantes frente a la debilidad en contratación electrónica de su antecedente la Directiva 2004/18, la obligación para todos los Estados y Administraciones de la Unión Europea de utilizar los medios electrónicos desde la entrada en

71. MIRANZO DÍAZ, J., «La nueva Directiva europea de protección del denunciante: un análisis desde el derecho público», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 49 (2019).

vigor de la misma, que se produjo el 18 de abril de 2016, antes de la entrada en vigor de la LCSP 9/2017[72].

Las obligaciones que recoge la LCSP relacionadas con la implantación de la contratación pública electrónica[73] se recogen de forma deficiente en la estructura de la norma, que le dedica como regulación principal las disposiciones adicionales 15, 16 y 17 y no un libro o título propio. GIMENO FELIÚ subraya en este sentido las debilidades del diseño legal de la contratación pública electrónica[74] y MARTÍN DELGADO ha destacado que el uso de los medios electrónicos no ha sido una prioridad para la LCSP y, más allá de ello, que la innovación ni siquiera se encuentra entre las finalidades que la norma persigue, pese a que como señala el citado autor el uso de los medios electrónicos es eficaz y sólo tiene sentido si se lleva a cabo en clave de innovación[75].

El ya citado Dictamen del Comité Económico y Social Europeo: «Corrupción en la contratación pública y su impacto en el mercado interior», concluye que el mercado europeo de la contratación pública debería haberse digitalizado hace años (apartado 1.10, p. 2)[76].

La ENCP 2023-2026 advierte que «las dificultades en la implantación de la administración electrónica han retrasado la generalización de la contratación electrónica tal y como estaba previsto legalmente» (p. 44) y plantea actuaciones dirigidas a la implementación de la estrategia de generalización del uso de la contratación electrónica y de la Estrategia común de datos (pp. 45 y ss.).

El informe del Foro multilateral de expertos sobre contratación electrónica sobre aspectos normativos e interpretación para asesorar a las principales partes interesadas europeas en el proceso de adopción de la contra-

72. Puede verse SANCHEZ GARCÍA, A., *La transformación electrónica de la contratación pública. De la digitalización a la automatización*, Tecnos, Madrid, 2022.
73. GARCIA MARTÍN, L., *Derecho administrativo electrónico. Procedimientos administrativo común y de adjudicación contractual*, BOE, Madrid, 2024, pp. 147 y ss.
74. GIMENO FELIÚ, J. M., «Administración electrónica, transparencia y contratación pública: algunas propuestas de reforma», en *Administración electrónica, transparencia y contratación pública* (dir. MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A.), Iustel, Madrid, 2020, pp. 313 y ss.
75. MARTÍN DELGADO, I., «Contratación pública electrónica e innovación administrativa», *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública* (Dir. FERNÁNDEZ SALMERÓN y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 74 y 76.
76. Sobre los retos de futuro y el papel de la contratación pública en la estrategia de inteligencia artificial puede verse MIRANZO DÍAZ, J., *Inteligencia artificial y derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2023, capítulo 3.

tación pública electrónica de 2016 ya advirtió de las divergencias normativas en varios ámbitos jurídicos y de los distintos enfoques nacionales al respecto que podrían afectar al desarrollo de un espacio común en el que encontrar soluciones adecuadas[77].

El Informe Anual 2024 de Supervisión de la OIReScon destaca entre sus recomendaciones la importancia de que se orienten las actuaciones de todos los agentes implicados en la unificación de los datos de la contratación pública en una única fuente de datos, que permita a los órganos de contratación remitir de una sola vez a los órganos de control interno y externo la información y documentación que requieren las normas sobre publicidad y transparencia, así como las relativas a la rendición de cuentas. Además, una única fuente de datos permitirá hacer más accesible la información al ciudadano.

La OIReScon reitera, como ha hecho en sus informes anteriores[78], la necesidad de articular mecanismos de verificación y validación de la información publicada para garantizar una mínima calidad del dato que se ofrece por las plataformas de contratación del Sector Público.

En este sentido, el informe del TCE 28/2023 insta a la Comisión a colmar las lagunas que existen en los datos de contratación pública. Para ello resulta clave mejorar la fiabilidad y la exhaustividad de los datos del TED, principalmente fomentando el uso de campos de entrada y de controles incorporados en la introducción de datos; recabar datos de seguimiento pertinentes adicionales a partir de fuentes complementarias, tales como el Espacio Europeo de Datos sobre Contratación Pública, para alimentar los indicadores de seguimiento y utilizar este Espacio Europeo para supervisar la calidad de los datos facilitados mediante formularios electrónicos y publicados en el TED.

La Comunicación de la Comisión «Contratación pública: Un espacio de datos para mejorar el gasto público, impulsa la elaboración de políticas basadas en datos y mejorar el acceso de las pymes a las licitaciones» (2023/C 98 I/01), plantea el aprovechamiento del poder de los datos disponibles en toda la Unión Europea gracias al Espacio de Datos sobre Contratación Pública, uno de los primeros espacios comunes de datos de la UE en un

77. La versión íntegra del Informe se encuentra disponible en: https://ec.europa.eu/docsroom/documents/2084, consultado el 13 de abril de 2024.

78. Pueden verse las conclusiones del Informe Anual de Supervisión del año 2022 de la OIReScon, que recoge el resumen ejecutivo elaborado por la propia Oficina (disponible en https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Oirescon/Paginas/ias.aspx, consultada el 3 de enero de 2025).

ámbito específico que surge de la Estrategia Europea de Datos (COM 2020, 66 final)[79].

Como destaca la Comisión, este espacio de datos revolucionará el acceso a los datos sobre contratación pública y su utilización al crear una plataforma a escala de la UE para acceder por primera vez a datos sobre contratación pública que por ahora se encuentran dispersos a nivel nacional, regional y de la Unión; y al mejorar considerablemente la calidad, disponibilidad y exhaustividad de los datos mediante una estrecha cooperación entre la Comisión y los Estados miembros y la introducción de los nuevos formularios electrónicos, que permitirán a los compradores públicos proporcionar información de manera más estructurada.

Además, esta riqueza de datos se combinará con un conjunto de herramientas de análisis que incluirá tecnologías avanzadas como la inteligencia artificial, por ejemplo, en forma de aprendizaje automático y procesamiento del lenguaje natural.

En el ordenamiento nacional, la Ley 14/2022, de 8 de julio, modificó la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, con el fin de regular las estadísticas de las PYME en la contratación pública. Ante la escasez de datos de participación de las PYME en la contratación pública, el objetivo de la reforma es hacer pública la información estadística referida a las PYME.

El Reglamento (UE) 2024/903 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2024, conocido como Reglamento sobre Europa interoperable, establece medidas que fomentan la interoperabilidad transfronteriza de los servicios públicos digitales transeuropeos, contribuyendo así a la interoperabilidad de los sistemas de redes y de información subyacentes mediante el establecimiento de normas comunes y un marco de gobernanza.

La norma se aplica a las entidades de la Unión y a los organismos del sector público que regulan, prestan, gestionan o implementan servicios públicos digitales transeuropeos[80].

79. VALERO TORRIJOS, J., «La exigencia legal de formatos abiertos y reutilizables en la gestión de la contratación pública», en AAVV, *Transparencia, Innovación y Buen Gobierno en la Contratación Pública* (Dir. FERNÁNDEZ SALMERÓN y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 48 y ss.

80. De acuerdo con el artículo 2 del Reglamento (UE) 2024/903, a los efectos del mismo se entenderá por «interoperabilidad transfronteriza», la capacidad de las entidades de la Unión y de los organismos del sector público de los Estados miembros para inte-

9. REGULACIÓN DE LAS CONCESIONES Y SU POCA UTILIZACIÓN. LA NECESIDAD DE IMPULSAR LOS MECANISMOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Una de las principales novedades de la cuarta generación de directivas de la UE sobre contratación pública fue la primera regulación general de las concesiones por medio de la Directiva 2014/23 y la relevancia para su caracterización de la transferencia del riesgo operacional[81].

El informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo 9/2018 «Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados»[82], advirtió de la escasa utilización de los fondos de la UE para asociaciones público-privadas.

En España, el módulo I del Informe Anual de Supervisión 2024 (IAS 2024) de la OIReScon, dedicado a las cifras de la contratación pública en 2023, en el que destaca que en el año 2023 se realizaron en nuestro país un 7,66% más de licitaciones que en el año anterior (por un importe total de 107.557,67 millones de euros), advierte sin embargo que los contratos de concesión representan sólo el 5,08% del volumen del total licitado en 2023, ascendiendo este porcentaje en el sector público local al 10,11%, que es quien más contratos de concesión licita. Los contratos de concesión suponen sólo el 1,83% del total del importe adjudicado y la concurrencia media en los mismos alcanzó 2,07 licitadores por adjudicación. Por otra parte, los procedimientos de contratos de concesión que resultaron desiertos fueron un 17,59% frente al 7,87% de procedimientos desiertos para todo tipo de contratación pública. Con estos datos, la OIReScon señala en sus conclusiones del IAS 2024 «que se mantienen vigentes las principales conclusiones y recomendaciones que se recogían en el IES relativo a los contratos de con-

---

ractuar entre sí a través de las fronteras mediante el intercambio de datos, información y conocimientos mediante procesos digitales acordes con los requisitos jurídicos, organizativos, semánticos y técnicos relacionados con dicha interacción transfronteriza.

81. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de Servicios de Interés General», en AAVV, *Servicios de Interés General, colaboración público-privada y sectores específicos* (Coord: PARISIO, AGUADO I CUDOLÁ y NOGUERA DE LA MUELA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 79 y ss.; LAZO VITORIA, X., «El concepto de "contrato de concesión" a luz del caso Sharengo», *La Ley Unión Europea*, n.º 110 (2023), «El riesgo operacional ¿una nueva era para los contratos de concesión?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 74 (2018), pp. 62-69 y «Los contratos de concesión», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n.º 23 (2017), pp. 2982-2994; y SAHÚN PACHECO, R., *Riesgo operacional y servicio público*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

82. Disponible en https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/ppp-9-2018/es/, consultado el 24 de abril de 2024.

cesión de 2022, que fue publicado por la OIReScon en el mes de noviembre de 2023».

El Informe Especial de Supervisión de la OIReScon relativo a los contratos de concesión en 2022[83] analiza la situación de la colaboración público-privada mediante los contratos de concesión a partir de los registros de los contratos de concesión en la Plataforma de Contratación del Sector Público, ya agregados con los correspondientes a las plataformas de contratación autonómicas, y de los datos de la actividad llevada a cabo por la Oficina Nacional de Evaluación (ONE), órgano colegiado integrado en la propia OIReScon, cuya finalidad es el análisis de la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión, así como de los acuerdos de restablecimiento del equilibrio económico, cuando se realice algún tipo de aportación pública en los términos establecidos en el artículo 333.3 de la LCSP[84].

Como se deduce de las conclusiones del informe, los contratos de concesión en España tienen una importancia muy limitada en el conjunto de la contratación pública al representar el 3,43% de las adjudicaciones frente a la media equiparable del 12% en el conjunto de los Estados miembros de la UE, siendo el Sector Público Local el que hace una mayor utilización de ellos. Además, se ha comprobado una concurrencia media muy limitada en las licitaciones de los contratos de concesión, siendo además alto el porcentaje de licitaciones de estos contratos que resultan desiertas[85].

Entre las recomendaciones del Informe Especial de Supervisión relativo a los contratos de concesión, destaca la OIReScon que la naturaleza compleja de los proyectos concesionales aconseja poner un énfasis especial en el diseño de los proyectos, así como la planificación y preparación del expe-

83. A cuyo texto completo se puede acceder en el enlace https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informes-especiales-supervision/ies-concesiones2022.pdf, consultado el 23 de abril de 2024.

84. La Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, regula la organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación.
En Cataluña, el 27 de abril de 2022 se celebró la sesión de constitución de la Oficina de Evaluación de Partenariados Públicos Privados, que con las mismas funciones que las establecidas en la LCSP para la ONE, es el órgano al que le corresponde ejercer las funciones relativas al análisis de la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y de concesiones de servicios, en el ámbito de la Generalitat y de su sector público, de acuerdo con el artículo 13 bis del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña.

85. Comenta el informe de la OIReScon y la necesidad de efectuar las reformas necesarias para que la concesión se impulse y resulte una figura atractiva para los operadores económicos LÓPEZ MORA, E., «Diez años de la directiva de concesiones», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, www.obcp.es, 15 de abril de 2024.

diente de contratación, particularmente en la elaboración del estudio de viabilidad de dichos proyectos[86]. También recuerda la importancia de las fases posteriores de control, seguimiento y evaluación de la correcta ejecución de los contratos. Para ello, insiste el informe en la necesidad de implementación de instrumentos de formación especializada.

En base a la interpretación y aplicación de la Directiva 2014/23/UE en países de nuestro entorno, así como a las conclusiones alcanzadas en el seno del grupo de trabajo creado por la OIReScon para el estudio de la actual situación concesional, recomienda el Informe Especial que se lleve a cabo una modificación normativa del artículo 29.9 de la LCSP para regular directamente o dirigir a un nuevo reglamento específico la delimitación del período de recuperación de las inversión en los proyectos concesionales, habida cuenta que la configuración del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, establece una rigidez propia de su finalidad que es la de desarrollar la Ley 2/2015, de 30 de marzo. Como alternativa a esta recomendación, se propone por la OIReScon una modificación específica que adecuara el actual artículo 10 del mencionado Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero.

En este sentido, hay que recordar que el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), contempló en su artículo 56 que en los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios que se financien con cargo a fondos del PRTR, el período de recuperación de la inversión a que se refiere el artículo 29 de la LCSP, será calculado de acuerdo con lo previsto en dicho artículo así como con lo establecido en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, mediante el descuento de los flujos de caja esperados por el concesionario, si bien la tasa de descuento a aplicar en estos casos será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del estado a 30 años incrementado en un diferencial de hasta 300 puntos básicos.

Otra de las previsiones incluidas en el RDLey 36/2020 fue la adaptación de la actual regulación de la empresa de economía mixta que contempla la LCSP a las colaboraciones público-privadas que el PRTR impulsa que se

86. El profesor PUERTA SEGUIDO, F.E. reflexiona sobre los fracasos en la gestión y explotación de las concesiones de autopistas de pago en España y las insolvencias empresariales de los concesionarios en su obra *La colaboración público-privada en el desarrollo y explotación de infraestructuras viarias: una de arena y otra de cal*, Iustel, Madrid, 2022.

desarrollen[87]. En este sentido, la norma facilita la agilización y flexibilización del procedimiento de selección del socio de la futura empresa de economía mixta[88].

El profesor GIMENO FELIÚ ha advertido con acierto de la necesidad de promover un nuevo liderazgo institucional público a través de una adecuada articulación de la política de colaboración público-privada, lo que exige definir estrategias y ajustar de forma proporcional los riesgos en estas fórmulas colaborativas[89].

Así lo exige el servicio al bien común y al interés general en un Estado social en el que hay que redefinir las fronteras entre Estado y sociedad, entre el sector público y el privado, que deben colaborar, tras haber pasado de un modelo de Estado prestacional a un modelo de Estado garante[90], cuyas debilidades se han puesto de manifiesto con la pandemia de la COVID-19[91], y facilitador[92].

87. Puede verse GIMENO FELIÚ, J. M., «De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos: reflexiones propositivas para el diseña de una adecuada gobernanza de ejecución», *Cuadernos de derecho local*, n.º 55 (2021), pp. 88-114 y «Modelos colaborativos en obras públicas y su viabilidad jurídica en España con el marco normativo vigente», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 60 (2023), pp. 13-64.

88. Debe tenerse en cuenta que la disposición adicional 22 de la LCSP recoge la adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta y permite que las concesiones de obras y de servicios puedan adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la propia LCSP para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.
El antecedente de esta previsión de la LCSP lo podemos encontrar en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que dedicó una importante atención a la colaboración público-privada y recogió la colaboración público-privada institucionalizada al añadir una disposición adicional 35 a la LCSP 2007 (disposición adicional 29 TRLCSP 2011).

89. GIMENO FELIÚ, J. M., «La colaboración público-privada en un contexto de moderna gobernanza económica al servicio de la ciudanía», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 65 (2024), pp. 15 y 16.

90. ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013; y «La Administración garante. Una aproximación», *RAP*, n.º 197 (2015), pp. 11-39.

91. PONCE SOLÉ, J., «El fracaso de la administración garante. Mitos, falacias y lecciones de la pandemia para las administraciones públicas, el derecho administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 58 (2021), RI §424237.

92. DE LA SIERRA, S., «Un derecho (administrativo) facilitador: Derecho administrativo y políticas públicas», *IberICONnect*, 9 de junio de 2022. Disponible en: https://www.iberi-

10. NUEVA GOBERNANZA Y ESTRATEGIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Título IV de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, recogió unas normas sobre «Gobernanza»[93], que no tenían antecedente en la regulación anterior.

Las normas y obligaciones que recoge la Directiva 2014/24 se dirigen de forma principal a la Comisión, los Estados miembros y los poderes adjudicadores y se refieren sobre todo a la supervisión de la aplicación de las normas sobre contratación pública, a la información y estadísticas sobre los contratos y a la cooperación administrativa.

La LCSP configuró a la OIReScon como pilar del nuevo sistema de gobernanza en el ordenamiento jurídico español.

En este sentido, la OIReScon aprobó el 28 de diciembre de 2022 la Estrategia Nacional de Contratación Pública (ENCP) prevista por el artículo 334 de la LCSP[94] y, como órgano de supervisión de la contratación pública, a través de sus informes anuales (IAS) sistematiza e integra las actuaciones de todos los órganos de control de la contratación pública, poniendo en común las conclusiones de los órganos de supervisión, las de control externo y de control interno, las de las Agencias y Oficinas Antifraude, y las Oficinas o unidades de Transparencia.

El acceso a los datos y la información de todos los agentes implicados y con alguna relación o impacto en la contratación pública a nivel estatal, autonómico y local, permite acreditar y constatar las debilidades y fortalezas del sistema. En este marco, el objetivo de la OIReScon es la identificación de un mapa de riesgos de la contratación pública, a la vista de los datos, información y conclusiones que se manejan en los IAS, que esté en permanente actualización y que permita adoptar medidas preventivas y no solo correctivas en el ámbito de la contratación pública[95].

---

connect.blog/2022/06/un-derecho-administrativo-facilitador-derecho-administrativo-y-politicas-publicas/, consultada el 6 de marzo de 2024.

93. GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 39 y ss.

94. La Estrategia se publicó en el portal de la Plataforma de Contratación del Sector Público (https://contrataciondelestado.es) y se puede acceder al acuerdo de aprobación de la Estrategia por parte de la OIReScon en el enlace: https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/normativa/acuerdo-aprobacion-encp-28-12-22.pdf (consultados el 10 de febrero de 2023).

95. «Resumen ejecutivo del Informe Anual de Supervisión 2022 de la contratación pública de España», disponible en https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-

En el esquema de gobernanza diseñado por la LCSP, junto a la OIReS-con se encuentran el hasta ahora infrautilizado Comité de Cooperación en materia de Contratación y la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE), que es el punto de referencia para la cooperación con la Comisión Europea en lo que se refiere a la aplicación de la legislación relativa a la contratación pública.

De esta forma, la JCCPE tiene que remitir cada tres años a la Comisión de la Unión Europea un informe para dar cumplimiento a las obligaciones de la Directiva 2014/24/UE, en especial sus artículos 83 y 85.

El modelo de gobernanza de la contratación pública previsto por el Derecho nacional y de la Unión Europea tiene en la ENCP un punto de apoyo decisivo, de donde resulta la importancia del diseño y aprobación de la misma[96] para la consecución de los principales objetivos de la legislación vigente, entre ellos de forma decisiva la contratación pública estratégica[97], clave en la gestión de los fondos europeos de recuperación[98].

La ENCP, que debe desarrollar una función clave para la planificación de la contratación pública, propone a los compradores públicos «la utilización de su poder adquisitivo de forma estratégica para obtener una mejor relación calidad-precio, y apoyar la transición hacia una economía más ecológica, más innovadora y circular, en particular invirtiendo en infraestructuras sostenibles, en productos reutilizables, reciclables, reparables y eficientes en el uso de los recursos, así como en la renovación de edificios

---

anual-supervision-2022/ias2022-resumen-ejecutivo-es.pdf (consultado el 4 de enero de 2023), p. 9.

96. Puede verse GIMENO FELIÚ, «Por una moderna estrategia nacional de contratación pública: cooperativa, proactiva y transformadora», www.obcp.es, consultado el 4 de enero de 2023.

97. En este sentido, la «Carta de Zaragoza: Manifiesto por una compra pública responsable», firmada el 10 de noviembre de 2021 y cuyo contenido puede consultarse en: http://www.obcp.es/index.php/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable, se dirige a los poderes públicos para el impulso de la compra medioambiental y socialmente responsable como herramienta para la promoción de una economía más justa, equitativa y sostenible; y destaca el papel de liderazgo del sector público en materia de sostenibilidad social y ambiental.

98. GIMENO FELIÚ, J. M., «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*, n.º 59 (2022) y «De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos: reflexiones propositivas para el diseña de una adecuada gobernanza de ejecución», *Cuadernos de derecho local*, n.º 55 (2021); y CANALES GIL, HUERTA BARAJAS, CANALES MENÉS y HUERTA MÉRIDA, *Aclaraciones a la Ley 9/2017 de Contratos del sector público: enfoque científico-práctico*, BOE, Madrid, 2022, disponible en el enlace https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2022-259, pp. 59 y ss.

públicos para mejorar su sostenibilidad y optimizar los costes del ciclo de vida. En esta misma línea, las compras públicas pueden y deben utilizarse para apoyar los aspectos sociales y la protección de los derechos humanos en las cadenas de suministro mundiales, la inclusión social y el empleo justo para contrarrestar los efectos socioeconómicos de la crisis» (p. 8 de la ENCP).

En cuanto a su contenido, la ENCP aborda, entre otros, los siguientes aspectos, que recoge el citado apartado 1 del artículo 334 de la LCSP:

a) El análisis de los datos disponibles, en las distintas fuentes de información cualitativas y cuantitativas: plataformas de contratación nacionales, información abierta de la Unión Europea en materia de contratación pública (TED), informes de órganos de supervisión y control y de asesoramiento legal, para elaborar un diagnóstico de la situación de la contratación pública y proponer medidas prioritarias para la corrección de las disfunciones que se identifiquen[99].

b) La mejora de la supervisión de la contratación pública, coordinando criterios y metodologías comunes para la realización de las actuaciones de supervisión, y garantizando, en todo caso, el cumplimiento de las obligaciones de supervisión impuestas por las Directivas de contratación pública y por las instituciones comunitarias.

c) El análisis de los mecanismos de control de legalidad ex-ante y ex-post de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y concesiones en todo el sector público.

d) La elaboración de manuales de buenas prácticas o guías que establezcan recomendaciones para aplicar en los procedimientos de contratación, que permitan preventivamente evitar la posible realización de malas prácticas en los mismos.

e) Promover la profesionalización en contratación pública mediante actuaciones de formación del personal del sector público, especialmente en aquellas entidades que carecen de personal especializado, mediante el diseño de un plan específico en materia de formación en contratación pública y otras actuaciones complementarias de promoción de la profesionalización en la contratación pública.

99. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia remitió a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación sus propuestas en materia de contratación pública que afectan a la competencia, que han sido tenidas en cuenta en la ENCP (p. 7 de la ENCP).

El apartado 8 del artículo 334 de la LCSP prevé que las Comunidades Autónomas puedan elaborar una estrategia de contratación pública «que deberá ser coherente con la estrategia nacional de contratación».

Con anterioridad a la aprobación de la ENCP estatal, el Acuerdo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña 171/2022, de 30 de agosto, aprobó la «Estrategia catalana de mejora de la compra pública»[100].

11. IMPULSO DE LA PROFESIONALIZACIÓN

Un elemento clave de la nueva gobernanza debe ser la profesionalización de los gestores de la contratación[101]. La buena gobernanza en relación con la contratación demanda que los empleados encargados de la contratación pública se conviertan en verdaderos profesionales que no sólo cumplan las normas sino que además sean directores de la contratación[102].

En la Unión Europea hay que destacar en este sentido las propuestas de la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017

100. Por medio del Acuerdo del Gobierno de 31 de marzo de 2020 se aprobaron los objetivos y el contenido mínimo de la Estrategia catalana de contratación pública y se encomendó a la Dirección General de Contratación Pública la elaboración y redacción de la Estrategia. Puede accederse al texto de la Estrategia catalana e información complementaria en el enlace https://contractacio.gencat.cat/ca/gestionar-contractacio/regulacio-supervisio/estrategia-compra-publica/, consultado el 4 de enero de 2024.

101. GIMENO FELIÚ, J. M., «Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos», OBCP (http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/relcategoria.201/relmenu.3/chk.7e86b5e21ba5b19849b3088aecee5e60, fecha de consulta 28 de noviembre de 2023), que destaca la profesionalización como uno de los factores esenciales para promover la integridad.
Véase también MALARET, E., «El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia», *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 15 (2016), pp. 21-60 y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Profesionalizar los mecanismos de control de la contratación pública: relevancia de observar los principios de mérito y capacidad en la selección de los miembros de los órganos que conocen del recurso especial en materia de contratación», *La profesionalización en la contratación pública estratégica* (dir. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y DÍAZ BRAVO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 91-121.

102. SANMARTÍN MORA, M. A. (2012), «La profesionalización de la contratación pública», AAVV, *Observatorio de Contratos Públicos 2011* (dirección GIMENO FELIÚ, J. M.), Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 318 y ss.; y CANTERO MARTÍNEZ, J., «La profesionalización de la contratación pública como herramienta de innovación», en *Administración electrónica, transparencia y contratación pública* (dir. MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A.), Iustel, Madrid, 2020, pp. 197 y ss.

sobre la profesionalización de la contratación pública, así como de «ProcurCompEU», un instrumento diseñado por la propia Comisión para contribuir a la profesionalización de la contratación pública[103].

Como señala este último documento, la profesionalización resulta esencial para garantizar que los compradores públicos dispongan de las capacidades, los conocimientos y la integridad necesarios para llevar a cabo su trabajo y sus tareas de conformidad con la ley, y de una manera eficiente, eficaz y estratégica con vistas a lograr rentabilidad para los ciudadanos.

El Marco Europeo de Competencias para los profesionales de la contratación pública tiene por objeto valorizar la profesión de la contratación como una función estratégica y prepararla para los retos futuros, desarrollando un marco de competencias como herramienta de recursos humanos que define el conjunto de conocimientos y capacidades que los profesionales deben poseer para realizar su trabajo y sus tareas de una manera eficaz y eficiente. Este marco de competencias en la contratación pública puede ayudar a los profesionales a autoevaluar sus capacidades y puntos fuertes, detectar las deficiencias y las necesidades de formación, diseñar y planificar un itinerario de desarrollo personal y profesional, y mejorar el rendimiento.

El Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) presentó en diciembre de 2023 un «Marco de competencias para la contratación del sector público español» sobre la base del «ProcurCompEU».

La OCDE ha publicado el documento: «Professionalising the public procurement workforce. A review of current initiatives and challenges»[104].

En España, la ENCP 2023-2026 recoge entre sus objetivos y actuaciones «incrementar la profesionalización de los agentes públicos que participan en los procesos de contratación» (pp. 30 y ss.).

Los IAS de la OIReScon han recomendado la creación de itinerarios formativos dirigidos a la especialización y profesionalización en la contratación pública, así como adecuación de la oferta formativa a la demanda exis-

103. Puede consultarse en el enlace https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/procurcompeu_ecf_for_pp_es.pdf, última visita el 14 de abril de 2024.

104. Puede verse DE GUERRERO: «¿Es la profesionalización en la contratación pública un propósito de Año Nuevo? Propuestas de la OCDE para hacerlo realidad», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, www.obcp.es, consultado el 11 de mayo de 2023.

tente. En el IAS 2022, su Módulo XII se dedica monográficamente a la profesionalización[105].

III. REFLEXIONES FINALES

El contraste entre los ambiciosos objetivos de la cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y los datos y evaluación de su impacto tras diez años desde su aprobación pone de manifiesto la existencia de importantes problemas en la aplicación e interpretación de estas normas.

Resulta destacable en este sentido el Informe Especial del TCE 28/2023 sobre contratación pública en la UE, que advierte de forma contundente «que el nivel de competencia en los contratos públicos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los últimos diez años en el mercado único de la UE... Nuestro análisis de los datos disponibles indica un incremento sustancial de los procedimientos de contratación pública con una única oferta, un elevado nivel de adjudicaciones directas de contratos en la mayoría de los Estados miembros y un nivel reducido de contratos transfronterizos directos entre Estados miembros» (p. 5).

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Corrupción en la contratación pública y su impacto en el mercado interior», concluye en el mercado europeo de la contratación pública debería haberse digitalizado hace años (apartado 1.10, p. 2).

En España, la ENCP 2023-2026 advierte que «las dificultades en la implantación de la administración electrónica han retrasado la generalización de la contratación electrónica tal y como estaba previsto legalmente» (p. 44).

Los IAS de la OIReScon llaman reiteradamente la atención sobre la falta de uniformidad y la carencia de datos en formato abierto y reutilizable de todas las plataformas de contratación del conjunto del sector público, lo que dificulta su análisis conjunto y explotación y afecta a los principios de publicidad y transparencia.

Otro problema importante tanto en el Derecho de la UE como en el español es la complejidad de las normas de contratación pública y la tendencia hacía la sobrerregulación, agravado por la regulación de los fondos

105. Se puede acceder a su texto completo en https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/, consultado el 12 de abril de 2024.

europeos de recuperación y la normativa aprobada en desarrollo del Pacto Verde Europeo.

Se han aprobado ya más de veinte reformas de la LCSP 2017, varias de ellas como consecuencia de las normas adoptadas durante el estado de alarma para hacer frente a la pandemia de la COVID-19 o para la ejecución de los fondos europeos NGEU y el PRTR.

La ENCP plantea entre sus objetivos «Promover un marco normativo claro y estable» con el fin de dotar de seguridad jurídica a la contratación pública.

Por otra parte, una de las grandes novedades de la regulación europea, la aprobación de la primera norma general sobre las concesiones de obras y de servicios, ha tenido mucho menor impacto de previsto. El Informe Especial de Supervisión de la OIReScon relativo a los contratos de concesión en 2022 concluye que las concesiones en España tienen una importancia muy limitada en el conjunto de la contratación pública al representar el 3,43% de las adjudicaciones, con una concurrencia media muy limitada en estas licitaciones, siendo además alto el porcentaje de las mismas que resultan desiertas.

Ahora bien, hay que destacar los avances del vigente conjunto legislativo europeo sobre contratación pública, que ha permitido la completa unificación del régimen jurídico de los contratos al abordar las directivas tanto las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos como, por primera vez, las fases de ejecución y resolución de los mismos.

Se subraya así la importancia decisiva de la ejecución del contrato para el cumplimiento de las prestaciones pactadas, como exige el principio de buena administración aplicado a la gestión contractual pública.

La influencia de la jurisprudencia del TJUE ha sido decisiva tanto en el contenido de las directivas de 2014, marcado por la incorporación de la doctrina del Tribunal, como en su aplicación y en la interpretación de sus disposiciones. En este sentido, los principios generales de la contratación han desarrollado un fundamental papel vertebrador y unificador del Derecho en la materia[106].

También debe señalarse el desarrollo de formularios y documentos normalizados, que unifican los procedimientos de contratación en la Unión Europea.

106. GIMENO FELIÚ, «El "eterno" viaje normativo de la contratación pública: tendencias y aspectos prácticos», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, www.obcp.es, consultado el 24 de enero de 2025.

El principal logro de las directivas de 2014 es la consagración de la compra pública estratégica y la consecución a través de la misma de objetivos sociales, ambientales y la promoción de la innovación.

El nuevo escenario de la normativa contractual ha sido asumido por la jurisprudencia del TJUE al considerar como principios generales la necesidad de respetar los requisitos sociales y ambientales por parte de todas las Administraciones y entidades públicas (sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020, asunto C-395/18, EU:C:2020:58).

La regulación de la UE se alinea con la Agenda 2030 de Naciones Unidas y el ODS 12, de carácter transversal, que plantea la necesaria garantía modalidades de consumo y producción sostenibles.

En este sentido, hay que reclamar una mucho mayor utilización estratégica de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación, lo que exige impulsar la planificación y la profesionalización y una adecuada aplicación de la LCSP[107] en base a sus principios estructurales y básicos[108] para la consecución de los principales objetivos de la legislación vigente.

107. Véase GIMENO FELIÚ, J. M., «Reflexiones sobre la aplicación de la normativa contratación pública en España: en búsqueda de la estrella polar», *Observatorio de los Contratos Públicos 2022* (dir. GIMENO FELIÚ y coord. GUERRERO MANSO), Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 17 y ss. y *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi. Cizur Menor, 2019. También puede consultarse AAVV (dir. LAZO VITORIA, X.), *Compra pública verde y cambio climático*, Atelier, Barcelona, 2022.

108. Puede verse GIMENO FELIÚ, «Por una moderna estrategia nacional de contratación pública: cooperativa, proactiva y transformadora», www.obcp.es, consultado el 24 de febrero de 2023.

3

Contribuciones a la consulta pública para la evaluación de las directivas de contratación pública

Informe OBCP

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN. II. IDEAS GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN ESTRATÉGICA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. III. CONSIDERACIONES Y PROPUESTAS. *1. Actualizar el marco normativo de la contratación pública. 2. Reforzar el objetivo de la compra pública en Europa al servicio de los fines y políticas públicas propias. 3. Definir las responsabilidades de la contratación pública desde la perspectiva estratégica. 4. Despejar las dudas sobre el alcance y significado de la vinculación de criterios al objeto del contrato. 5. El principio de resiliencia y su influencia en la contratación pública. 6. Clarificación conceptual de principios y de los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación. 7. Eficiencia y flexibilidad de los procedimientos de adjudicación. 8. El foco de la contratación debería estar en la correcta ejecución del contrato y en prestar atención al resultado. 9. Estrategia Europea del Control de la Contratación Pública. 10. El refuerzo de los modelos de colaboración público-privada y pública-pública para preservar la esencia «social» de las políticas europeas. 11. La necesidad de profundizar en la unificación europea del completo régimen jurídico de la contratación pública. 12. Reforzar la regulación de la fase de ejecución. 13. Clarificar el régimen de la modificación contractual. 14. Fomentar la utilización racional de la compra pública de innovación. 15. La compra de salud y servicios a las personas requiere de regímenes específicos. 16. Fomentar la profesionalización de las personas involucradas en los procesos de contratación pública.* IV. PARTICIPANTES EN LA ELABORACIÓN DEL PRESENTE DOCUMENTO.

I. PRESENTACIÓN

El Observatorio de Contratación Pública (www.obcp.es), con sede en la Universidad de Zaragoza, es un lugar de encuentro para aquellas personas interesadas en la contratación pública desde el que acceder a la información relevante sobre esta materia. Sirve de espacio para la reflexión y el análisis de los expertos con el fin de ayudar en la gestión práctica de la contratación pública. Entre sus objetivos se encuentra la elaboración de propuestas de mejora de la actividad contractual del sector público para hacerlas llegar a los responsables políticos para su efectiva implantación.

El ObCP pretende, con la participación de una red de colaboradores nacionales e internacionales, convertirse en un laboratorio de ideas sobre la contratación pública desde el convencimiento de que es necesario plantear algunas reformas que pongan en valor la compra pública como instrumento para un mejor desarrollo de las políticas públicas.

Desde este objetivo, y durante los 15 años de funcionamiento del ObCP, venimos opinando, aportando documentación y participando activamente en los procedimientos normativos relativos a la contratación pública, con plena autonomía.

El ObCP es una iniciativa que carece de ánimo de lucro, y por supuesto, independiente en sus planteamientos y conclusiones.

Este documento ha sido elaborado, bajo la dirección de sus co-directores (José María Gimeno y José Antonio Moreno), por los miembros ejecutivos del Observatorio, académicos vinculados a varias universidades públicas españolas.

II. IDEAS GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN ESTRATÉGICA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La contratación pública ha evolucionado tanto normativamente como políticamente. Así, de una visión burocrática y formal se ha avanzado hacia una visión que pivota sobre la buena administración, como indica la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 7 de noviembre de 2024, en el asunto C-683/22, al recordar que, según reiterada jurisprudencia, «**el poder adjudicador debe respetar el principio general del Derecho de la Unión relativo a una buena administración, principio que los Estados miembros deben respetar cuando aplican el Derecho de la Unión**»[1]. Desde

1. GIMENO FELIU, José M. *Hacia la buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la estrategia y el valor de los resultados*. Marcial Pons, Barcelona, 2024.

esta perspectiva, hemos abandonado una cultura de adquisición en clave de privilegio para encaminarnos hacia una cultura estratégica para implementar políticas públicas.

La pandemia de la COVID-19, el uso de los fondos europeos *Next Generation* y las actuales incertidumbres globales han puesto de relieve la necesidad de una visión estratégica de la compra pública, tanto por cuanto nos ha permitido ver las debilidades del sistema —falta de planificación y anticipación, excesiva burocracia, falta de capacitación, etc.— como por mostrar sus fortalezas al servir de escudo jurídico para proteger derechos económicos y sociales.

Asimismo, la globalización ha impactado también en los principios regulatorios de la contratación pública, donde se aprecia cada vez una mayor uniformidad de las soluciones jurídicas y donde la Agenda 2030 de las Naciones Unidas tiene especial importancia. La necesidad de reactivar un nuevo modelo económico (utilizando el contrato público) que atienda a la lógica de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), debe ser una oportunidad para avanzar hacia un nuevo modelo productivo más sostenible y más «inteligente». En este contexto, hay que recordar la proposición no de Ley aprobada por consenso de todos los grupos de las Cortes de Aragón de 5 de mayo de 2022 (núm. 209/22), sobre la inclusión de consideraciones de sostenibilidad social, medioambiental y sostenibilidad económica en las licitaciones de la Administración Pública.

Corresponde a los poderes públicos liderar la nueva «cultura verde» y «social» que permita, desde la planificación, un nuevo escenario económico y social respetuoso con el medio ambiente que promueva un modelo de servicios públicos inteligentes y «circulares». La integración de aspectos sociales, ambientales y de equidad como señas de identidad del modelo económico contribuye a conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Ahora bien, la función estratégica de la contratación pública debe comprender no sólo el objetivo de fomentar fines específicos, sino el ejercicio de funciones regulatorias del mercado, con la finalidad de mejorar su funcionamiento y, con ello, la competitividad y resiliencia de la economía europea.

En esta línea de repensar la contratación pública desde una perspectiva estratégica se posiciona claramente el Consejo de la Unión Europea, en el documento «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.

En este documento se indica 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» (La letra negrita es nuestra). Y para ello PIDE a la Comisión y a los Estados miembros que *cooperen en la elaboración de directrices y criterios por medio de una metodología común para ayudar al sector público a aprovisionarse a través de cadenas de suministro transparentes, fiables, flexibles y diversificadas con el objetivo de 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.* Y se PIDE *también a los Estados miembros que* ***elaboren políticas y estrategias de compra integrales que, en particular, deben centrarse en sectores en los que la demanda pública tiene un impacto significativo, como los medicamentos, los productos sanitarios o las tecnologías de la información, teniendo asimismo en cuenta aspectos relativos a la resiliencia, la gestión de riesgos y la seguridad del suministro***. (párrafo 19. La letra negrita es nuestra). Se PIDE también a los Estados miembros que elaboren «políticas y estrategias de compra integrales que, en particular, deben centrarse en sectores en los que la demanda pública tiene un impacto significativo, como los medicamentos, los productos sanitarios o las tecnologías de la información, teniendo asimismo en cuenta aspectos relativos a la resiliencia, la gestión de riesgos y la seguridad del suministro» (párrafo 22).

En este nuevo contexto existen importantes retos y desafíos donde hay que articular nuevas soluciones que permitan una correcta aplicación de los distintos principios jurídicos aplicables y que deben atender a la búsqueda del mayor estándar de calidad de la prestación como el principal bien jurídico a proteger.

Por ello, **estrategia y una eficiencia administrativa no unidimensional (que atiendan a la idea de valor y no de mero gasto) deben prevalecer sobre la cruda consideración del precio como único factor determinante en la compra pública. La calidad de la prestación es un elemento irrenunciable en la propia gestión del concreto contrato público pues, sin un**

estándar homogéneo de calidad, se rompe la regla de comparación de ofertas conforme a criterios de comparabilidad homogéneos, y quiebra el principio de igualdad de trato. La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación demandada, pues las diferentes características del objeto contractual pueden obligar a una solución jurídica distinta. Así ha sido destacado en las Conclusiones del Congreso «Gobernanza económica, regulación y Administración de Justicia», celebrado el 2 y 3 de junio de 2022, y que fue organizado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el Consejo General del Poder Judicial y la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 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».**

Para cumplir este objetivo es necesario, además de un cambio de «cultura» (que supere la «presión política» de hacer más por menos y a corto plazo), disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos adjudicar fácilmente contratos transparentes y cualitativamente competitivos en función de la mejor relación calidad/precio (*value for money*), con la finalidad de «acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo» (W. Dening).

Por otra parte, y más allá de una reforma normativa, es necesario un cambio en la gestión de la contratación pública, lo que aconseja una correcta contextualización y un cambio de la filosofía para ir más allá del precio y caminar por la senda de la calidad de la prestación, fijando el acento regulatorio en la correcta ejecución del contrato y no tanto en los trámites previos. Con ello, se aconseja también **abandonar la idea del precio como elemento determinante de la valoración de las ofertas (en especial de prestaciones dirigidas a personas o servicios públicos esenciales o prestaciones complejas como sucede en ciertas infraestructuras o en la implantación de soluciones de inteligencia artificial).** Una inadecuada política de ahorros desproporcionados puede perjudicar la eficiencia del sistema produciendo ineficiencias o «fuego amigo», como la deslocalización empresarial con pérdida de esfuerzo inversión (lo que afecta directamente a una política esencial como es la de empleo e indirectamente a la política de lucha contra la despoblación).

En este sentido, la articulación legal de la estrategia de la compra pública sobre objetivos sociales, ambientales y de fomento de la innovación resulta,

a la vez, excesivamente restrictiva y genérica. En terrenos sociales y, sobre todo, ambientales pueden incorporarse —y, de hecho, se han incorporado— a la contratación pública políticas específicas divergentes e incluso contradictorias. Sobre todo, se deja completamente de lado la función regulatoria que puede ayudar a articular adecuadamente mercados, especialmente los de productos o servicios sanitarios o los de telecomunicaciones o tecnología de la información, en los que las Administraciones públicas tienen papeles muy relevantes a desarrollar y a los que hacía referencia el Consejo de noviembre de 2020 en sus conclusiones. Esa función requeriría para su desarrollo más eficaz un reconocimiento normativo específico y que se facilite e incluso se incentive una adecuada articulación de la gobernanza en materia de contratación pública. A falta de una mayor racionalización de la compra pública o de una reducción drástica del número de poderes adjudicadores, **deben buscarse mecanismos para la coordinación de estrategias comunes de contratación, sin las cuales resulta difícil articular una compra pública estratégica eficaz** que pueda resultar plenamente efectiva en la lucha contra la «precarización, deslocalización o falseamiento de la competencia», como enunciaba la llamada «**Carta de Zaragoza: Manifiesto por una compra pública responsable**»[2].

Como se reivindica en la Carta de Zaragoza, la contratación **pública estratégica no debe ser una mera opción,** sino que debe alinearse con la finalidad de **consolidar una compra pública responsable.** En este documento se indica que el sector público ejerce un papel de liderazgo en materia de sostenibilidad social y ambiental mediante el instrumento del contrato público constituyéndose en un motor necesario para poner en valor la gestión empresarial que vincula rendimiento económico con un compromiso social y ético (así se ha venido destacando, también, por el Foro de Compra Pública Responsable y por la Comisión Europea)[3].

2. 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

3. 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*).

Para ello hay que superar interpretaciones rígidas, y un tanto descontextualizadas, para repensar acerca de cómo integrar cláusulas en los contratos públicos que contemplen aspectos sociales y medioambientales, o de protección del entorno, que persigan combatir la precarización, la deslocalización o el falseamiento de la competencia, sin incurrir en discriminación y superando la estricta exigencia de una vinculación directa al objeto contractual[4]. Todo ello, además, de conformidad con los principios de integridad y transparencia.

La compra estratégica exige convicción en la gestión y nuevas formas de organización y de capacitación que permitan una adecuada orientación de políticas públicas mediante el contrato público. Y, por supuesto, **no desconocer la propia realidad de un modelo organizativo en determinados países que está muy atomizado (como es el caso de España) donde la imposición de ciertas exigencias de carácter estratégico puede bloquear la gestión diaria y comportarse como un freno (y no como un incentivo) a la visión estratégica de la compra pública.**

Una última reflexión: **conviene considerar nuevos modelos de contratación pública que** pongan la atención en el valor de la prestación (la principal estrategia), y, como ya se ha advertido, no tanto en el precio, para así superar la inercia a ponderar como mejor oferta la que presenta el mayor ahorro presupuestario frente a la mejor eficiencia y calidad del servicio. El interés general, como causa última del contrato, puede aconsejar soluciones jurídicas distintas a las «ya tradicionales», donde el precio podría no ser un criterio de adjudicación y sí, en cambio, criterios referido a mejor oferta técnica y mejor rendimiento (o volumen) de la oferta, resultando indiferente un eventual ahorro, desde la gestión presupuestaria del contrato, lo que podría alinearse con los principios de eficacia y eficiencia (mayor valor).

4. La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON), en su reciente informe sobre contratación estratégica (2024) advierte de la insuficiencia de la visión estratégica de la contratación pública en España. En un sentido parecido, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el Informe trienal relativo a la contratación pública 2021-2023 identifica como una fuente de inseguridad jurídica la falta de una interpretación unívoca de la exigencia de vinculación de las cláusulas estratégicas (sociales, medioambientales, innovadoras) con el objeto del contrato. Así, se plantea la necesidad de que desde la Comisión Europea se clarifique el marco jurídico de la contratación pública estratégica, y en especial cómo debe interpretarse el requisito de vinculación del criterio o condición con el objeto del contrato, teniendo en cuenta la doctrina del TJUE (entre otras, la Sentencia de 10 de mayo de 2012, asunto C-36/10). Urge, por tanto, una nueva cultura en la gestión pública que promueva una interpretación funcional que debe alinearse con los objetivos estratégicos.

Esta reflexión es especialmente relevante en el ámbito de la salud, donde hay que articular nuevas soluciones que permitan una correcta aplicación de los principios jurídicos cardinales de la compra pública sin perder la perspectiva del principal bien jurídico a proteger —la salud de los pacientes—, que desplaza el principio tradicional de tensión competitiva inherente al mercado ordinario de los contratos públicos.

La nueva «navegación contractual» aconseja, **un *big bang* en la contratación pública, o si se prefiere un *design thinking***[5] para incorporar una visión disruptiva regulatoria (y en la gestión pública y privada), que ponga el acento en la calidad. Para ello resulta necesaria una **verdadera simplificación y agilidad (por supuesto, con tecnología)** como nuevos referentes en el diseño y puesta en práctica de una contratación pública moderna, transformadora y proactiva, comprometida con recuperación, reconstrucción y resiliencia, que pivote sobre la sostenibilidad social y ambiental, que piense en pequeña escala (como son las pequeñas y medianas empresas) y donde el desafío de fijar inversión productiva estable pueda ser una realidad. Para ello resulta imprescindible una adecuada interpretación de los principios y conceptos, que sirvan de guía para la correcta aplicación de la finalidad de todo contrato público que es, no se olvide, la correcta satisfacción del interés público.

III. CONSIDERACIONES Y PROPUESTAS

1. ACTUALIZAR EL MARCO NORMATIVO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Actualizar el marco normativo de la contratación pública resulta necesario, pues tras diez años existen evidente debilidades, como se ha puesto de relieve en el Informe Especial núm. 28/2023 del Tribunal de Cuentas Europeo (TCE) titulado «Contratación pública en la UE. La competencia en la adjudicación de contratos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los diez años anteriores a 2021».

La revisión de las Directivas de contratación pública (en el momento en que se ha abierto un tiempo de consulta pública para ello) aconseja una

5. El término «*design thinking*» se escuchó por primera vez en el año 1969, lo acuñó Herbert Simon (Premio Nobel de Economía). La idea fue desarrollada en 2008 por el profesor de la Universidad de Stanford, Tim Brown, («*Design Thinking*» Harvard Business Review vol. 86, núm. 9, 2008, pp. 62-72). La Administración pública debe, al igual que con esta forma de pensamiento, orientar su función y actuación desde esta perspectiva que pretende modernizar e innovar.

reflexión previa sobre el instrumento normativo a utilizar[6]. Tras cuatro paquetes legislativos anclados en el modelo de Directivas europeas y actos de transposición nacional, quizá es el momento de avanzar hacia **una efectiva armonización y uniformización jurídica a nivel europeo mediante el uso del instrumento del Reglamento,** lo que facilitará una mejor interpretación conceptual y aportará más seguridad jurídica a los operadores económicos. De esta manera, se puede conseguir una mayor certeza conceptual que lamine las singularidades interpretativas nacionales que suponen, en sí mismo un riesgo regulatorio y un freno a la inversión. No en vano se trata de una disfunción advertida por el TJUE. Así, en su sentencia de 10 de noviembre de 2022, Sharengo (asunto C-486/21, ECLI:EU:C:2022:868, apartado 57), se afirma que los **conceptos autónomos** del Derecho de la Unión deben **interpretarse de manera uniforme en el territorio de ésta.** Por ello **no es posible extraer una interpretación de la lectura de la norma nacional diferente a lo previsto y delimitado por la normativa europea**[7].

Sobre la base de un Reglamento europeo se asumiría el carácter preceptivo de la compra pública estratégica y socialmente responsable, eliminando la burocracia innecesaria que ha generado «cuellos de botella» y que en esta materia se encuentra especialmente extendida.

El Reglamento debería incluir no solo los contratos de importe armonizado, sino también los que presentan un interés transfronterizo cierto, asumiendo con ello la doctrina jurisprudencial de sujeción a las normas fundamentales y a los principios generales de los Tratados, en particular a los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad y a la obligación de transparencia que deriva de ellos, con independencia del valor económico del contrato.

El nuevo Reglamento también debería servir para superar la complejidad de las actuales normas de contratación pública. El Comité Europeo de las Regiones de la Unión Europea ha llamado la atención sobre este aspecto, así como sobre la sobrerregulación que existe en muchos Estados miembros que aumenta «la probabilidad de errores y el consiguiente riesgo de acciones

6. El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 28-07-2023, relativo al funcionamiento de la Directiva 2014/23, pone de manifiesto las discrepancias que existen respecto del concepto de concesión, que —como se señala expresamente— «pueden dar lugar a costes más elevados». Este informe también llama la atención sobre la incorrecta aplicación de las modificaciones de los contratos de concesiones y de la dificultad de diferenciar entre concesiones y otras asociaciones público-privadas.

7. La técnica de la transposición plantea problemas evidentes que se constatan, para España, en la reciente demanda de la Comisión europea ante el TJUE por incumplimiento en relación con el ámbito subjetivo de aplicación, la tipología contractual y el régimen de modificación, que considera contrarios a las Directivas (diciembre 2024).

judiciales, lo que, a su vez, conduce a estrategias de contratación demasiado reacias al riesgo entre muchos entes locales y regionales»[8]. Así, el nuevo Reglamento permitiría identificar aquellas regulaciones sobre las que no existe posibilidad de que los Estados miembros incluyan requisitos adicionales, evitando los perversos efectos que provoca la sobrerregulación el mercado interior.

La imprescindible necesidad de promover un marco normativo claro y estable y de dotar de seguridad jurídica a la contratación pública requiere atender al surgimiento, advertido por el profesor PERNAS GARCÍA, de un Derecho sustantivo de la contratación pública para la sostenibilidad ante las exigencias regulatorias del Pacto Verde Europeo y el Plan de Economía Circular de la UE[9].

Sería oportuno valorar en qué medida la futura norma debería **definir la relación entre la propia norma y los reglamentos y directivas de la UE de carácter sectorial (productos sostenibles, productos de la construcción, reglamento de envases, tecnología de ceso emisiones, emisiones de CO^2 de vehículos pesados, etc.), que** están incorporando, de modo sistemático, la obligación de una compra pública sostenible y resiliente, para garantizar la coherencia general del sistema normativo. Sería conveniente introducir un **anexo**, actualizable periódicamente, que visibilice el derecho de la contratación pública que se está generando en la legislación vinculada a la transición verde y, en su caso, a elementos sociales, laborales, o de otro tipo que devengan obligatorios, para ofrecer una visión completa del sistema normativo de la contratación pública, lo cual mejoraría la seguridad jurídica y el logro de los resultados buscados por la Unión Europea.

2. REFORZAR EL OBJETIVO DE LA COMPRA PÚBLICA EN EUROPA AL SERVICIO DE LOS FINES Y POLÍTICAS PÚBLICAS PROPIAS

Para avanzar en la capacidad de transformación de la contratación pública al servicio de las políticas públicas como la sostenibilidad social y ambiental o la innovación hay que reforzar esta función de transformación de la compra pública. Lo que implica, en el actual contexto mundial, un rumbo claro hacia la denominada compra pública estratégica (y preferencial) que debe ser la «estrella polar», que oriente y facilite la navegación de

8. Resolución del Comité Europeo de las Regiones sobre el Semestre Europeo de 2019 y con vistas al Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento para 2020 (2020/C 39/02).
9. PERNAS GARCÍA, José, «El "Tsunami" regulatorio derivado de las políticas económicas de transición ecológica: hacia un derecho sustantivo de la contratación pública para la "sostenibilidad" y la "resiliencia" en la UE», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, https://www.obcp.es/, 4 de septiembre de 2023.

la contratación pública en Europa (y en sus Estados miembros) desde una efectiva contratación pública estratégica al servicio de la ciudanía.

La estrella polar de la contratación pública, entre otros principios que «brillan con fuerza» (como la transparencia, la rendición de cuentas o la integridad), debe ser la calidad y el valor del resultado de la prestación (principio de resultado como elemento principal, como contempla la actual normativa italiana). El precio como única o principal guía nos conduce a una errónea visión economicista que confunde el verdadero significado del principio constitucional de eficiencia con el objetivo del «ahorro» sin pensar en los efectos que pueda tener en la calidad de los servicios públicos que debemos prestar a la ciudadanía, y nos aleja de las exigencias del derecho a una buena administración. Una **correcta política de contratación pública debe descansar en el resultado. Y ese resultado tiene que ver con la efectiva realización de la prestación solicitada donde el factor tiempo es, sin duda, un elemento esencial** y, junto a él, será preciso considerar otros factores, como la calidad conseguida o el coste final del contrato, lo cual implica prestar atención a la correcta ejecución del contrato y, en el supuesto de que se hubiera previsto, a la verdadera consecución de un impacto social, ambiental, económico o de otro tipo. Esta necesidad es muy evidente en las prestaciones dirigidas a las personas en el ámbito de la salud o los servicios sociales. Pero también en la puesta en funcionamiento de infraestructuras, máxime cuando estas aportan rentabilidad social, ambiental o económica una vez se ponen en disposición de los ciudadanos.

Interesa también incorporar como elemento principal de la nueva regulación el principio de sostenibilidad, como un valor cardinal de la contratación pública, como un principio equiparable al resto de los principios básicos, en coherencia con la sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020, asunto C-395/18. Esta previsión implica la realización final efectiva del principio de integración ambiental en la normativa de la UE (art. 11 TFUE) en materia de contratación pública, y es coherente con las nuevas normas de la UE que están introduciendo, de modo sistemático, la obligación de compra pública sostenible y resiliente, en ejecución del Pacto Verde, del Plan de Economía Circular de 2020, del Plan de Recuperación y Resiliencia y del Plan REPOWER.

3. DEFINIR LAS RESPONSABILIDADES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DESDE LA PERSPECTIVA ESTRATÉGICA

Se considera necesario establecer un **modelo de compra pública estratégica que se base en dos elementos**:

a) **Definir la obligación general de toma en consideración de criterios estratégicos** en el marco de la preparación de los contratos públicos, que deberá justificarse adecuadamente en el expediente. En aquellos casos en los que se hayan aprobado criterios voluntarios de compra pública verde por la Comisión Europea o por los Estados miembros para concretas tipologías de contratos, se presumirá justificada la toma en consideración con la aplicación de los criterios básicos.

b) Indicar que la **normativa sectorial de la Unión Europea podrá establecer objetivos de compra publica verde o criterios mínimos de sostenibilidad para su incorporación obligatoria** en el proceso de preparación de los contratos públicos, y/o establece parámetros de ponderación mínima, en aquellos contratos con impacto significativo en los objetivos de sostenibilidad y resiliencia de la Unión Europea. La definición técnica de estos criterios ambientales para concretas prestaciones será desarrollando por actos delegados de la Comisión. Valorar si es necesario concretar el procedimiento para el desarrollo de estos criterios. Valorar la posibilidad, y en qué condiciones, los Estados miembros pueden establecer criterios obligatorios más exigentes de compra sostenible que los fijados por la UE o establecer criterios nacionales, voluntarios u obligatorios, para otras tipologías contractuales.

Asimismo, en esta nueva visión estratégica guiada por los parámetros de calidad debe avanzarse hacia un modelo que ponga en valor, como se impulsa desde las Instituciones europeas, la responsabilidad corporativa (o social) de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (siglas en inglés para «*Environmental, Social and Governance*») promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno)[10].

4. DESPEJAR LAS DUDAS SOBRE EL ALCANCE Y SIGNIFICADO DE LA VINCULACIÓN DE CRITERIOS AL OBJETO DEL CONTRATO

A la luz de la jurisprudencia TJUE, debería precisarse el concepto de vinculación con el objeto del contrato, de modo que quede claro que podrán utilizarse cláusulas contractuales destinadas a generar rendimiento social y ambiental en la ejecución de la concreta prestación, aunque no tengan impacto en el rendimiento económico u operativo en la prestación (de

10. Se evita, así, un dumping social y se promueve un «auténtico» mercado competitivo desde el respeto a los principios del Estado social.

acuerdo con la doctrina de las sentencias Concordia Bus Finland, C-513/99, Wienstrom, C-448/01 o Tim, C-395/18**,** de 30 de enero de 2020).

Algunos Tribunales administrativos de recursos contractuales en España están haciendo una interpretación restrictiva de la vinculación con el objeto del contrato, generando inseguridad jurídica a los órganos de contratación y desincentivando, o imposibilitando, la integración de la perspectiva estratégica en la contratación pública. Estos Tribunales solo admiten criterios de adjudicación que permiten medir el rendimiento económico u operativo de la prestación, rechazando aquellos que remiten exclusivamente a una mejora del rendimiento social o ambiental, generando valor social, pero sin un impacto en la mejora de la calidad operativa de la concreta prestación. De este modo, se está impidiendo el efecto útil de la Directivas, en la medida en que se dificulta el uso criterios o cláusulas ambientales (energía de fuentes renovables, uso de materiales de carácter reciclado, emisiones de gases de efecto invernadero, madera de origen de bosques sostenibles, etc.) o sociales (integración de personas con discapacidad en los contratos de servicios, o de criterios de igualdad de género), que no generan impacto en la calidad operativa de la prestación; que son buena parte de ellos.

Así, resultaría muy conveniente un artículo propio sobre esta función como el que **se propone (como indica la citada Carta de Zaragoza):**

> **Artículo: Compra pública estratégica**.
>
> «1. La compra pública se convierte en una herramienta para cumplir con los objetivos de la Agenda Verde Europea, con los objetivos del Tratado de París, luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, combatir la contaminación y promover la economía circular. En materia social, la compra pública debe ser responsable: debe regular las retribuciones mínimas del personal, prever la obligación de subcontratación con colectivos sociales vulnerables, garantizar plazos máximos de pago a proveedores, fomentar la contratación de colectivos en riesgo de exclusión social y la colaboración con entidades del Tercer Sector, promover la estabilidad y calidad en el empleo, mejorar la seguridad y salud laboral, promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres garantizando la conciliación familiar y laboral; asegurar la accesibilidad universal; definir criterios de comercio justo y evitar la adquisición de productos que causen deforestación en el marco del Acuerdo multilateral sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC y la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, entre otras cuestiones.
>
> 2. En la adjudicación de estos contratos se atenderá como elemento preferente para determinar la oferta más ventajosa, o en su caso, de negociación

de la oferta, al mayor valor añadido desde la perspectiva de calidad y de garantía de continuidad, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad de los servicios o suministros, así como su rentabilidad. El criterio precio no podrá ser en ningún caso determinante.

3. Se podrán incluir exigencias y criterios que aporte valor, aun de forma indirecta, para cumplir de forma responsable la concreta prestación, admitiendo elementos de carácter social y ambiental. Se motivará y justificará en el expediente el valor de los distintos requerimientos que se utilicen, que no podrán tener por objeto falsear la competencia ni distorsionar el mercado. En especial se consideran válidos cualquier criterio o condición que permita corregir el desempleo juvenil, así como los que fomenten rendimientos ambientales y la compra de proximidad de alimentos. Entre las obligaciones de cualquier licitación se exigirá el cumplimiento del principio de no causar un daño significativo al medioambiente (principio DNSH por sus siglas en inglés, *"Do No Significant Harm")*, así como las condiciones específicas vinculadas a este principio en la normativa vigente. Quien no supere un umbral mínimo de estos criterios quedará excluido de la licitación.

4. Con relación a las PYMES, podrá utilizarse este criterio de compra responsable como exigencia de umbral de acceso a determinados contratos públicos por su importe.

5. En todo contrato se aplicarán las previsiones del *Reglamento (UE) n.º 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 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».

Además, la nueva normativa debe recoger y dotar de suficiente efectividad a las dispersas menciones a la contratación pública estratégica que se establecen en otro tipo de disposiciones, especialmente en el ámbito del medioambiente. Sirva, por ejemplo, el apartado 5 del artículo 15 bis de la Directiva (UE) 2018/2001, relativa al fomento de las energías renovables, en relación del uso de la contratación pública como forma de colaboración entre las autoridades locales y las comunidades de energías renovables[11]. O la novedosa referencia a los criterios de resiliencia que se contienen en el Reglamento (UE) 2024/1735 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establece un marco de medidas para reforzar el ecosistema europeo de fabricación de tecnologías de cero emisiones netas.

11. También, por su relevancia, las siguientes Directivas: Directiva 2012/27, de eficiencia energética (art. 6); Directiva 2019/1161, sobre vehículos de transporte por carretera limpios (que modifica la Directiva 2009/33, art. 90); y Directiva 2010/31, de eficiencia energética de edificios.

5. EL PRINCIPIO DE RESILIENCIA Y SU INFLUENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Se considera oportuno definir el alcance del principio de resiliencia en la actividad contractual de los poderes adjudicadores, como una vía para garantizar el suministro de materiales y productos en sectores esenciales (materias y tecnologías de transición ecológica, sector sanitario, por ejemplo), en coherencia con las previsiones recientemente introducidas en diversas normas sectoriales de la UE. Más allá de este objetivo, la futura norma podría explorar las posibilidades de utilización de los criterios de **proximidad** o el manejo de criterios como las «cadenas cortas de contratación» en sectores esenciales para la resiliencia de la sociedad (como el sector alimentario). Clarificar el **uso de la huella de carbono**, como metodología para integrar, de modo automático y objetivo, el consumo energético y las emisiones de gases de efecto invernadero, y los costes vinculados, en las decisiones de compra del sector público.

6. CLARIFICACIÓN CONCEPTUAL DE PRINCIPIOS Y DE LOS ÁMBITOS SUBJETIVO Y OBJETIVO DE APLICACIÓN

La nueva normativa debe ser muy clara en lo relativo a quienes se aplican las normas (concepto de poder adjudicador) y a qué tipo de prestaciones (no todo es contrato público y su concreción debe ser uniforme en Europa: ejemplo: servicios de abogados). Igualmente interesa necesaria clarificación de lo que es contrato y lo que es autoorganización, así como los requisitos y límites a la figura de los encargos a medios propios.

Sería también conveniente proceder a **una adecuada delimitación del significado de los principios aplicables a la contratación pública**, incluyendo, entre los tradicionales de transparencia y competencia (entendida como regulación eficiente), el principio de proporcionalidad, el principio de calidad (alineado al valor y no al precio) o el principio del resultado, vinculado al interés general siguiendo, por ejemplo, el modelo del artículo 1 del Código italiano de contratos públicos reformado en marzo de 2023.

En especial, se debe insistir en **la importancia del principio de buena administración como elemento sobre el que pivotar el diseño y control de la contratación pública** (STJUE de 7 de noviembre de 2024, asunto C-683/22). Todo ello, recordando que los conceptos «comunitarios» deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE (en la interpretación de los conceptos y principios de la contratación pública no es admisible la práctica de «lectura» formal descontextualizada o la que,

mediante juicios de valor, propone soluciones jurídicas claramente alejadas de los fines públicos de la regulación).

7. EFICIENCIA Y FLEXIBILIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN

Se propone la articulación de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos adjudicar contratos transparentes y cualitativamente competitivos lo más fácilmente posible, en función de la mejor relación calidad/precio *(value for money).* Conviene repensar con previsiones claras los **modelos colaborativos (facilitando los sistemas tipo *target costing*, o equivalentes)** que permitan armar contratos complejos en el ámbito de infraestructuras y explotación de servicios públicos desde una óptica de colaboración entre las diferentes partes y donde prima la mejor prestación, con un modelo de transparencia de retribución de costes objetivos, frente a la inercia (y contrastada ineficiencia) de rebaja de precios.

Igualmente debería incluirse regulación de las **técnicas de análisis de datos y sistemas predictores en las licitaciones públicas** utilizando *Machine Learning* (ML) e Inteligencia Artificial (IA), cuestión donde ya existe madurez tecnológica y capacidad para mejorar los procesos. Por otra parte, un correcto cumplimiento del principio de transparencia exige que toda la publicidad se haga exclusiva y obligatoriamente mediante formatos abiertos y reutilizables, requisito que debería recogerse necesariamente en la normativa europea. En la era del análisis de datos y las técnicas de *big data*, no se entendería que fuese de otra forma, en orden a extraer el máximo provecho de la utilización de datos disponibles en materia de contratación pública y en línea con la normativa europea de reutilización de la información del sector público.

La nueva normativa **debe prever el uso intensivo de la tecnología como elemento de renovación profunda del sistema de contratación.** Pese a la decidida apuesta por la contratación electrónica que aparentemente se contenía en las Directivas de 2014, hace falta un esfuerzo más profundo de incorporar estas a los procesos de contratación pública para que la innovación tecnológica pueda traducirse en verdadera innovación administrativa, y no en una digitalización de la burocracia. Y aquí **lo determinante debe ser la mejor solución técnica de forma que el componente precio debe ser un aspecto residual.**

Desde una perspectiva normativa, el sistema europeo de compra pública debe garantizar un marco de seguridad jurídica adecuado para la adquisición e integración de sistemas tecnológicos avanzados y de inteli-

gencia artificial en la actividad del sector público. A este respecto, resulta imprescindible una mención expresa en el texto normativo que regule este tipo de adquisiciones, asegurando su coherencia tanto con el Reglamento de Inteligencia Artificial como con las cláusulas contractuales tipo elaboradas por la Comisión Europea para la contratación de estos sistemas.

En particular, debe analizarse si la contratación pública de inteligencia artificial requiere la positivación de determinados elementos contenidos en dichas cláusulas tipo o si, por el contrario, la adaptación del Reglamento a los procedimientos de compra pública plantea especificidades que deban ser objeto de regulación diferenciada. Entre estas cuestiones, cabe considerar la posibilidad de extender las garantías previstas para los sistemas de alto riesgo o la necesidad de establecer restricciones sobre la procedencia de los proveedores, especialmente en sectores estratégicos del sector público donde se requiera limitar la participación de entidades radicadas en terceros países ajenos a la Unión Europea y su posible influencia indirecta en la toma de decisiones públicas.

Asimismo, en aquellos casos en los que los sistemas adquiridos incluyan inteligencia artificial generativa, tengan capacidad de incidir en la toma de decisiones públicas o se implementen en sectores críticos, resulta necesario prever mecanismos que aseguren que el sector público mantiene en todo momento el control sobre las decisiones adoptadas.

Finalmente, ante la disparidad de criterios en la clasificación contractual de la adquisición de sistemas de inteligencia artificial entre los países miembros, resulta oportuno valorar la necesidad de establecer criterios unificadores que permitan determinar con precisión si estos contratos deben encuadrarse dentro de la categoría de suministro o de servicios.

8. EL FOCO DE LA CONTRATACIÓN DEBERÍA ESTAR EN LA CORRECTA EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y EN PRESTAR ATENCIÓN AL RESULTADO

Existe una falta de claridad sobre el concepto de riesgo y ventura, pues en situaciones imprevisibles, que van más allá del «aleas» comercial ordinario, el poder adjudicador traslada —al menos en España— ese riesgo en su totalidad al contratista, lo que rompe el principio de honesta equivalencia de lo pactado. Interesa reforzar el concepto de la garantía de la «rentabilidad razonable» que es un elemento esencial en todo procedimiento que moviliza inversión privada. Por otra parte, en modo alguno puede asumirse como válida una opción que pongan en riesgo la correcta prestación de los «servicios públicos». Ni resulta razonable que la autoridad pública concedente

opte por transferir riesgos económicos superiores a las que se asumen en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)[12].

Así, en relación a la correcta ejecución del contrato debe superarse la inercia a considerar que el contrato es estático (de especial transcendencia en contratos de larga duración) para lo debería incluirse una previsión que permita, conforme **al principio clásico de «honesta equivalencia» de lo pactado** el restablecimiento (adaptación) de las condiciones pactadas a circunstancias sobrevenidas imprevisibles ajenas al riesgo o ventura ordinario, incluyendo la fuerza mayor y las actuaciones de otros poderes públicos que inciden de forma sustancial en las condiciones pactadas (como ha previsto el artículo 9 del Código italiano de Contratos Públicos de 2023).

Para valorar la correcta ejecución de los contratos públicos sería también conveniente promover la **publicación de los resultados finales de los contratos, donde conste información relevante como el precio finalmente pagado, la existencia o no de modificaciones contractuales o el momento de finalización del contrato**, así como la existencia de contratos menores vinculados al contrato principal. De esta manera se podrá comprobar si la ejecución del contrato ha sido adecuada o, en caso contrario, tomar las medidas pertinentes.

Un paso más en este sentido sería **publicar los impactos conseguidos mediante la ejecución del contrato**. Así, si se había previsto un impacto social, ambiental, innovador, laboral o de otro tipo y se había diseñado el pliego en atención al logro de dichos impactos, sería conveniente publicar al finalizar el mismo (o tras el plazo necesario para comprobar sus efectos) los resultados alcanzados.

9. ESTRATEGIA EUROPEA DEL CONTROL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Revisión del modelo de control mediante la elaboración de una **Estrategia Europea del Control de la Contratación Pública** que, sobre criterios interpretativos uniformes del significado de los principios y conceptos, incorpore un moderno modelo de auditoría que posibilite el equilibrio entre eficacia y garantía, promoviendo una arquitectura del control profesionalizada y que permita la fiscalización en tiempo real. Un control que, con la utilización de la Inteligencia Artificial, debe superar la inercia de la super-

12. Como bien advierte la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, apartados 77 y 80. El matiz es importante, pues solo así se consigue no desincentivar la iniciativa privada. Hay que, lograr, por tanto, un equilibrio en el reparto de riesgos.

visión formal para atender a controlar el resultado de la licitación. Por ello convendría actualizar el marco normativo europeo implementado por las Directivas «recursos» para extender su ámbito de aplicación a todas las fases, tanto precontractuales como contractuales, reforzando la condición suspensiva de las decisiones hasta su resolución por un órgano independiente.

En relación con el **cumplimiento del principio de integridad**, asimismo podría resultar interesante prever la posibilidad de recurrir a herramientas como los **pactos de integridad** en ciertos contratos caracterizados por sus especiales condiciones (cuantía económica muy elevada, ámbito material sensible, situaciones previas de corrupción o falta de integridad, etc.). Estos pactos permiten al órgano de contratación recurrir a sujetos o entidades externas para que realicen un seguimiento de las fases de la licitación o de la ejecución del contrato que se consideren más problemáticas.

10. EL REFUERZO DE LOS MODELOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y PÚBLICA-PÚBLICA PARA PRESERVAR LA ESENCIA «SOCIAL» DE LAS POLÍTICAS EUROPEAS

Existe un claro contexto europeo a favor de la movilización de la inversión privada para el adecuado desarrollo de los objetivos y políticas públicas. Políticas públicas alineadas con la Agenda Social Europea, como seña de identidad del modelo económico y político europeo, que supone una mayor demanda de servicios e infraestructuras de los ciudadanos y que aconseja un modelo de cooperación entre lo público y lo privado para, de forma conjunta, poder desplegar modernas políticas públicas en las infraestructuras, la movilidad, la sostenibilidad o la vivienda[13]. En este contexto, los modelos colaborativos con el sector privado se presentan como un instrumento principal.

13. En la Adenda enviada por el Gobierno de España (diciembre 2022), el nuevo tramo consignado pretende 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. Ya en las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea, de 9 de junio de 2022, sobre el desarrollo de la contratación pública sostenible, se considera esencial un planteamiento gradual y armonizado para la introducción de disposiciones estratégicas para la contratación pública con objeto de lograr los objetivos de la UE en materia medioambiental y climática. Y en las Conclusiones del Consejo Europeo de los días 26 y 27 de octubre de 2023, se insta a «desarrollar la ventaja competitiva de la UE en tecnologías digitales y limpias, centrándose por ejemplo en la innovación, la investigación, la educación y las capacidades» y «reducir las dependencias críticas clave y diversificar las cadenas de suministro por medio de asociaciones estratégicas» (1 EUCO 14/23, 27.10.2023).

Sin embargo se constata cierta incertidumbre sobre estos modelos que requiere una especial atención. Por lo que se refiere a la Directiva 2014/23/UE sería conveniente añadir alguna claridad al concepto de riesgo operacional como elemento clave del concepto de concesión de obras y concesión de servicios. La OIReScon[14] ha identificado este aspecto como una de las causas (no la única) que explican la baja utilización de esta figura contractual en España. En efecto, en el Informe Especial de supervisión relativa a los contratos de concesión, aprobado a fines de noviembre de 2023 destaca la reducida importancia que tienen los contratos de concesión en el conjunto de la contratación pública en España, ya no solo en el año 2022, sino en todos los datos que ofrece la serie histórica analizada en el citado Informe y que arranca en el año 2018. El peso de las concesiones sobre el total de la contratación pública de 2022, en importe económico, se limita al 3,88 % del total de licitaciones, y el número de expedientes se reduce hasta el 1,37 %.

Se constata la necesidad de clarificar los conceptos de riesgo de demanda y de suministro (oferta) que utiliza la Directiva de concesiones, que tanto problema está ocasionando. En nuestra opinión, de una parte, se debería coordinar con los tipos de riesgo del Sistema de Cuentas Europeo, que habla de riesgos de construcción, demanda y disponibilidad; y, de otra, propiciar una concepción flexible de las concesiones, que admita la transmisión al concesionario sólo del riesgo de disponibilidad (que permita poner en valor la calidad operativa de la prestación), como se admite en las propias Normas SEC-2010, cuyo apartado 20.284 señala que «los riesgos y beneficios corresponden al operador si el riesgo de construcción y la demanda o los riesgos de disponibilidad han sido transferidos de manera efectiva».

Hay que advertir que la falta de claridad de los tipos de riesgos que conforman el conecto de «riesgo operacional» fue puesta de manifiesto de forma temprana por el Banco Europeo de Inversiones[15], especialmente en lo que respecta al riesgo de suministro. Hay que añadir que desde la entrada en vigor de la Directiva de concesiones el TJUE no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta materia[16]. La clarificación que aquí se reclama puede favorecer una mayor aplicación de la figura concesional y así cumplir

14. La OIReScon tiene como finalidad velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 332 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
15. Vid. PPPs and Procurement. Impact of the new EU Directives, abril 2016, disponible en https://www.eib.org/en/publications/epec-ppps-and-procurement
16. En la citada Sentencia del TJUE Sharengo, C-486/21, se abordan importantes aspectos de la Directiva 2014/23 pero no el que aquí se comenta.

uno de los objetivos que se tuvo en vista por el legislador europeo, es decir, favorecer la colaboración público-privada.

Por otra parte hay que advertir de la práctica de modelos que descargan de forma «descompensada» los riesgos sobre el socio privado. **Tensar de forma indebida los riesgos o la rentabilidad (que es la retribución de inversiones que aportan valor) conducen o una ineficiencia del modelo (la TIR siempre será más elevada encareciendo la operación) o, peor, o un fracaso del mismo lo que, en modo alguno, será un ejemplo de buena administración.**

Conviene un nuevo **diseño, moderno y confiable, de colaboración público-privada**. Es esencial que la *fee* (rentabilidad) sea de mercado, y que la arquitectura jurídica preserve una rentabilidad razonable y confiable[17]. En ciertos casos sería conveniente, según el tipo de prestación, optar por una «tasa de rentabilidad libre de riesgo», que se suele establecer por relación a la rentabilidad de la deuda pública a largo plazo —que es superior a la de la deuda pública a medio o corto plazo— dado que es una inversión igualmente garantizada por el Estado.

Es preciso, igualmente, definir con mayor precisión las fórmulas de colaboración público-pública. Las líneas que separan el Derecho de la organización y el Derecho de la contratación pública, y que marcan el propio ámbito de aplicación de las normas de la Unión Europea, no siempre se han dibujado con un trazo nítido. De hecho, una parte relevante de la doctrina del TJUE sobre contratación pública se ha dedicado, no sin algunas contradicciones, a tratar de definir estos límites. Y es que, la aplicación casuística de determinadas categorías en un ámbito material en el que los Derechos nacionales no guardan excesiva similitud ha provocado que existiera gran incertidumbre sobre el ámbito de aplicación de la normativa. En este contexto, la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública trató de garantizar la seguridad jurídica, consciente el legislador europeo de que hacía «falta precisar en qué casos los contratos celebrados en el sector público no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública»[18]. De esta forma estableció una serie de reglas específicas sobre los acuerdos entre poderes adjudicadores cuyo objeto fue codificar y, en algunos casos, mati-

17. La respuesta jurídica adoptada por España en relación con las alzas de precios derivadas de las últimas incertidumbres no parece la más adecuada. La técnica de la Ley de desindexación y la revisión de precios tienen una función diferente, y su aplicación formal y descontextualizada tiene efectos claramente ineficientes. Lo mismo con la interpretación restrictiva al equilibrio financiero tanto por *factum principis* (limitado a la decisión del poder adjudicador concedente) como los casos extramuros del vínculo contractual de la fuerza mayor como del riesgo imprevisible.

18. Considerando 31.

zar el Derecho pretoriano existente[19]. No obstante, en la actualidad debe avanzarse más en la delimitación conceptual de las formas de relación entre poderes adjudicadores que están exentas de la Directiva. Por un lado, es preciso definir el concepto de transferencia de competencias a raíz, entre otras de la STJUE de 18 de junio de 2020, Asunto C-328/19, Porin Linja. Por otro lado, debería valorarse si la a referencia a los instrumentos o servicios técnicos (considerando 34) no permite en realidad establecer excepciones no justificadas a la regulación del art. 12 de la Directiva.

11. LA NECESIDAD DE PROFUNDIZAR EN LA UNIFICACIÓN EUROPEA DEL COMPLETO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Por primera vez en el Derecho de la Unión Europea sobre contratación pública, las Directivas de 2014 regulan tanto las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos —que era su histórico y exclusivo ámbito de preocupación en todas las normas anteriores—, como las fases de ejecución y resolución de los mismos, novedosamente abordadas en la cuarta generación de directivas, no así en la jurisprudencia del TJUE que ya contaba con una importante doctrina al respecto, como por ejemplo sobre los modificados contractuales[20].

Se trata de una decisión trascendente de las Directivas, que permite abordar como un todo el Derecho de la contratación pública y resaltar la importancia decisiva de la ejecución del contrato para el cumplimiento del objeto del contrato y las prestaciones pactadas, lo que resulta esencial en la compra estratégica.

Así lo exige también el principio de buena administración aplicado a la gestión del contrato público, sobre el que se ha pronunciado, recordamos, el TJUE en su sentencia de 17 de noviembre de 2022 (Asunto C-54/21, EU:C:2022:888), que destaca también que del mismo se deriva la obligación de motivación y la necesidad de ponderación del principio de protección de la información confidencial con las exigencias de la tutela judicial efectiva.

En este sentido, debe resaltarse el desarrollo de formularios y documentos normalizados que unifican los procedimientos de contratación en

19. GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «Las relaciones "contractuales" entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública», en *La nueva contratación pública: actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo*, coordinado por Marcos Almeida e Isaac Martín, 2015, pp. 111-140.

20. Sentencias tan importantes como la del TJUE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99 P, Succhi di Frutta SpA (EU:C:2004:236) y la del Tribunal General de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, España contra Comisión Europea (EU:T:2013:49).

la Unión Europea y la necesidad de que pueda actualizarse el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), cuya regulación tiene ya muchos años (Reglamento (CE) 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprobó el CPV) así como su función, aclarando que no implica la directa consideración como contrato público en todo caso de dicha prestación.

Igualmente convendría la actualización del Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, que aprueba el formulario normalizado del documento europeo único de contratación (DEUC), una de las medidas más importantes de simplificación procedimental y de reducción de cargas administrativas para el impulso de la participación de las PYME en la contratación pública.

12. REFORZAR LA REGULACIÓN DE LA FASE DE EJECUCIÓN

Como hemos señalado en el apartado anterior, una de las novedades relevantes de las Directivas de 2014 consistió en incluir un capítulo específico relativo a la ejecución de los contratos. Con ello, cuajaba en sede normativa la paciente labor jurisprudencial del TJUE que ya a partir de su sentencia de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99, Succhi di Frutta SpA (ECLI:EU:C:2004:236) había dejado claro que durante la fase de ejecución contractual pueden producirse situaciones que comprometan la realización de los principios y objetivos que persigue la normativa europea de contratación pública.

La revisión de la normativa de 2014 propicia avanzar en este estadio y dar un paso más, para garantizar la efectividad de dichos principios y objetivos. Así, parece oportuno imponer a los Estados miembros la obligación de prever medidas concretas de control del seguimiento en la ejecución de los contratos que celebren los poderes adjudicadores.

Existen varias razones para ello, pero la más evidente radica en tener en cuenta que si un contrato se ha adjudicado a una determinada oferta por considerarla la más ventajosa a la vista de su concreta configuración en comparación con el resto de las propuestas presentadas, atentaría contra el principio de competencia (competencia entre operadores económicos) y de igualdad de trato, que no fuese ejecutada en sus propios términos. La oferta fue seleccionada como la mejor por las condiciones de ejecución del contrato que planteaba; por lo que, si en la práctica no se materializan dichas condiciones, quizás otras ofertas de las presentadas que sí se hubiesen ejecutado en sus términos resultarían, en última instancia, mejores.

Al margen de otras medidas encaminadas a verificar la correcta ejecución de los contratos, una figura clave en este cometido es la que ya existe de forma obligatoria en distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y comúnmente denominada «responsable del contrato». Es decir, una persona o unidad de personas que tienen encomendada la función de verificar si el contrato se está ejecutando en los términos en que se adjudicó. Esta figura, de una parte, por los motivos expuestos, debiera tener naturaleza obligatoria en todos los Estados miembros, como mínimo en el marco de los contratos que alcancen las cuantías de la regulación armonizada. De otra, debe imponerse también que la persona o unidad de personas que asuman estas funciones acrediten tener una capacitación suficiente vinculada con las prestaciones objeto del contrato. Es una práctica lamentablemente no infrecuente, que se atribuyan las funciones de seguimiento contractual a una única persona sin atender a las concretas prestaciones objeto del contrato. Si no se cuenta con la capacitación técnica adecuada, difícilmente se podrá cumplir satisfactoriamente la finalidad que persigue esta figura.

Por otra parte, si bien el principio de transparencia luce con brillo propio y deslumbrante en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/UE, su efectividad práctica requiere extender su alcance más allá de la fase de adjudicación contractual.

13. CLARIFICAR EL RÉGIMEN DE LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL

En línea con lo explicado acerca del respeto por los principios de competencia e igualdad de trato, es notorio la importancia de conocer las diversas vicisitudes que pueden producirse durante la ejecución del contrato. Esto tiene interés tanto desde el punto de vista de la competencia por el contrato en la fase de licitación, como desde el punto de vista de la rendición de cuentas a la sociedad de la actuación de los poderes adjudicadores. Así, por ejemplo, resulta del máximo interés para todos los operadores económicos que participaron en la licitación conocer cualquier eventual modificación del contrato que se produzca. Al efecto, la obligación impuesta por la Directiva 2014/24/UE de publicar un anuncio al respecto (art. 72.1. último párrafo) limitada a las modificaciones incluidas en las letras b) y c) del artículo 72.1 resultan insuficientes. Por un lado, porque las obligaciones de publicidad deberían alcanzar a cualquier tipo de modificación, incluidas las previstas en los pliegos (por ejemplo, para que los operadores económicos puedan controlar que la modificación acordada responde a las previsiones contractuales o que no altera la naturaleza global del contrato).

Además, **es imprescindible que por vía normativa se imponga que la obligación de transparencia en la publicación del modificado se lleve a cabo, en todo caso, con carácter previo al inicio de su materialización**, de modo tal que los licitadores, además de conocerlo, puedan reaccionar, en su caso, contra el mismo y se cumpla la obligación prevista en el artículo 1.1.4.º de la Directiva 665/1989/CEE que exige «garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible», haciendo posible, además, de ser preciso, que puedan adoptarse medidas provisionales.

En otro orden de cosas, pero en relación también con los modificados contractuales, en la medida en que la nueva normativa siga utilizando el concepto de naturaleza global del contrato como límite absoluto infranqueable para admitir la modificación, en aras de la seguridad jurídica, debería recoger una explicación conceptual suficiente que dé pautas para su correcta aplicación.

La aplicación del principio de transparencia en la fase de ejecución del contrato no se detiene en la obligación de publicar los modificados contractuales. Es obvio que una mala ejecución de un contrato puede tener consecuencias más allá incluso del mismo. Así, se deriva, por ejemplo, de lo previsto en el artículo 57.4, g) de la Directiva 2014/24/UE cuando permite a los poderes adjudicadores excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando «haya mostrado deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de un requisito de fondo en el marco de un contrato público anterior, de un contrato anterior con una entidad adjudicadora o de un contrato de concesión anterior que hayan dado lugar a la terminación anticipada de ese contrato anterior, a indemnización por daños y perjuicios o a otras sanciones comparables». Así pues, de cara a facilitar el cumplimiento de estas previsiones, la nueva normativa que se apruebe debería imponer la publicación de, al menos, las vicisitudes más relevantes que pueden afectar a la imposición de este tipo de exclusiones contractuales (ejemplos: imposición de penalidades o de indemnización de daños y perjuicios; o, naturalmente, la rescisión del contrato).

Las anteriores son decisiones vinculadas con la ejecución contractual que reclaman una obligación de transparencia (necesidad de publicarse). Ello sin perjuicio de que otras informaciones, tales como los informes periódicos que deben elaborar los responsables del contrato y en los que se va documentando el grado de ejecución del negocio, puedan también estar sometidas a publicidad.

14. FOMENTAR LA UTILIZACIÓN RACIONAL DE LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN

La compra pública de innovación (CPI), definida en el artículo 2.1.22) de la Directiva 2014/24/UE, pretende afrontar retos y necesidades reales, pero para los que el mercado no tiene una solución que cumpla con los requisitos de calidad, rendimiento y precio fijados por el órgano de contratación. Sus características conllevan que la utilización de esta forma de contratar no sea la habitual, puesto que solamente se recurrirá a ella cuando el mercado no pueda ofrecer una solución disponible que cumpla con los requisitos previamente establecidos.

No obstante, en un contexto como el actual, en el que la tecnología y la inteligencia artificial entendida en un sentido amplio desarrollan cada vez soluciones más innovadoras, sería relevante revisar la forma de desarrollar y/o adquirir este tipo de soluciones.

Para ello consideramos adecuado llevar a cabo una serie de medidas:

a) Establecer como **obligatorio el recurso a las consultas preliminares del mercado con carácter previo a iniciar un proceso de CPI,** ya que supone una garantía adicional de acierto y eficiencia en esa posible futura licitación.

b) **Reforzar la exclusión de aplicación de la normativa de contratación de la UE respecto a la compra pública precomercial (CPP)**, a la par que se apunten posibles mecanismos flexibles y simplificados de esta forma de co-desarrollo de nuevas soluciones de I+D. Esta medida parece necesaria puesto en que muchos Estados miembros la inercia y la falta de conocimiento hacen que se apliquen los mismos procedimientos de adjudicación de las directivas y los mismos requisitos y controles, pese a que en muchas ocasiones no es necesario y de hecho al tratarse de un contrato de servicios de I+D no debería ser así.

c) **Simplificar y aclarar la regulación del procedimiento de asociación para la innovación (API)**. Pese a ser una herramienta idónea para desarrollar y adquirir, en un mismo procedimiento, las soluciones innovadoras, su utilización en la práctica ha sido muy escasa. En España, por ejemplo, existen únicamente 4 licitaciones que se han llevado a cabo conforme a esta modalidad en los más de 10 años de vigor de las Directivas y los 7 años de aplicación de la LCSP. En este sentido también sería positivo que el procedimiento de asociación para la innovación fuera cofinanciado por la UE, como pasa

en la actualidad con la CPP, puesto que es la modalidad que permite realmente llegar de la idea al mercado y puede suponer un claro beneficio para la mejor prestación de los servicios públicos.

d) **Regular de forma clara los Derechos de propiedad intelectual e industrial (DPI) vinculados a los procesos de CPI,** de forma que tanto los poderes adjudicadores como los operadores económicos conozcan con carácter previo a estos procedimientos, qué aspectos deben tener en cuenta sobre los DPI preexistentes y los generados o co-generados a lo largo del contrato y su explotación posterior.

15. LA COMPRA DE SALUD Y SERVICIOS A LAS PERSONAS REQUIERE DE REGÍMENES ESPECÍFICOS

El sector salud (y el de los servicios a las personas) necesita de previsiones singulares más claras. La revisión del modelo de compra pública en salud, en la que el paciente es el principal pilar del sistema, resulta necesaria para conseguir una mejor calidad, una rápida respuesta terapéutica, una flexibilidad de soluciones atendiendo al resultado y una fácil incorporación de las innovaciones. En especial, deben promoverse elementos de sostenibilidad ambiental como aspectos irrenunciables[21]. El objetivo es conseguir la mayor eficacia sanitaria, que pivota sobre el principio de la atención al paciente, basada en valor (resultados) en un contexto también de necesidad de sostenibilidad económica (pero no necesariamente de ahorro en todo caso). Con este objetivo hay que defender la oportunidad de cambios tanto en la adquisición de servicios y tecnología sanitaria (superando los límites del contrato de suministro) como en la adquisición de medicamentos (o vacunas).

La creación de valor en salud (VBHC) debe ser parte de la estrategia de la contratación pública, armonizando tanto el valor clínico de las innovaciones terapéuticas promovidas por la industria, como un valor económico para el propio sistema sanitario. En esta nueva arquitectura de prestación de servicios sanitarios que incorpora innovación en la gestión o en la solución tecnológica, una posibilidad interesante ya aludida es, sobre la estructura de un contrato de servicios, articular acuerdos de riesgo compartido,

21. En el sector salud, la huella climática equivale a un 4,4% de las emisiones globales netas. La mayor parte de las emisiones, un 71 %, corresponde a la cadena de suministro del sector de la salud, es decir de la producción, el transporte, el uso y la disposición de bienes y servicios que el sector consume, tales como productos farmacéuticos y otras substancias químicas, alimentos y productos agrícolas, dispositivos médicos, equipos hospitalarios e instrumentales. Por ello, en la adquisición de medicamentos y vacunas la reducción de este impacto debe ser un criterio determinante.

que resultarán especialmente indicados en supuestos de compra de servicios sanitarios innovadores. En estos casos, la determinación del precio del servicio dependerá de los resultados de salud o del cumplimiento de objetivos previamente determinados, que operan como incentivos de una mejor ejecución la cual comporta mayor calidad de la prestación.

La utilización de un sistema de retribución vinculado en el ámbito sanitario en el modelo del *Value-Based HealthCare* (VBHC) pasa no sólo por medir los resultados, sino por medir correctamente las cosas correctas, y supondría abandonar en algunos casos el pago por volumen o procedimiento (*fee-for-service*) a favor de un modelo de «pago en salud por resultado conseguido». Este mecanismo puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles como son las sanitarias. Para esto resulta esencial establecer desde un primer momento y de forma consensuada los indicadores de cumplimiento. Estos indicadores deberán ser concretos y objetivables, de forma que no suponga un grave problema determinar a lo largo de la ejecución del contrato si se han logrado o no y en qué medida se han conseguido los objetivos preestablecidos. Además, los indicadores deberán depender del trabajo que pueda realizar el contratista, ya que no puede hacerse depender su retribución de causas ajenas al mismo o en las que no tenga capacidad de incidir.

En este sentido y con la finalidad de incorporar mecanismos más eficientes de riesgo compartido o pago por resultado, materializando plenamente el principio de «*value for money*», debe distinguirse entre la duración de un contrato de suministro de tracto sucesivo, como plazo en que se otorga a un contratista el monopolio de la venta de un determinado producto a un poder adjudicador y el tiempo o plazo en que los efectos de un medicamento o terapia puedan tenerse en cuenta a efectos de pagos por resultado en sus diferentes modalidades.

La normativa sobre adquisición pública (y su concreta aplicación práctica) debe ser un instrumento para impulsar la transformación y modernización de nuestro sistema sanitario, donde se deben incorporar criterios de calidad e innovación (en clave europea) que propicien una competencia sana en el mercado y aseguren la predictibilidad para garantizar la correcta prestación siempre, insistimos, desde la óptica de mejorar la calidad asistencial y la atención de los pacientes. Esto aconseja incorporar como elemento de la decisión contractual la «solución asistencial» que comprende el conjunto de prestaciones que se contratan para obtener un resultado o efecto deseado que aporte una mejor respuesta o valor a un reto o necesidad del sistema sanitario, debiendo ese objetivo justificar la conveniencia y

coherencia de la contratación conjunta de una pluralidad de prestaciones desde la perspectiva del mejor cumplimiento.

En todo caso, los objetivos estratégicos en la contratación pública de medicamentos o servicios de tecnología no deben limitarse a estimular la competencia para conseguir mejores precios en el medio y largo plazo, sino que es preciso asegurar el suministro, tener la preparación necesaria para afrontar crisis e incorporar criterios ambientales a la fabricación y distribución de medicamentos. Esta «relectura» exige un cambio de mentalidad de los distintos actores implicados para abandonar la práctica del precio más bajo como factor determinante para la selección de un único proveedor y avanzar hacia un modelo multi-criterio, apoyado en el valor, y multi-adjudicatario (opción que se postula en el citado informe sobre *Best Practices in Public Procurement of Medicines*), donde la decisión final se debe compartir entre el gestor público y el médico prescriptor con la mirada final puesta en el paciente y su mejora atención. La compra pública de salud debe permitir tanto preservar las notas de sostenibilidad financiera, como buscar la equidad del modelo, lo que exige una visión transversal del «mercado público de la salud y de la adquisición de medicamentos» que se aleje de propuestas que descansan en el precio más bajo, lo que podría llegar a poner en riesgo notas esenciales de un modelo sanitario público como el español, caracterizado por la universalidad y calidad asistencial[22]. El ahorro en la compra de servicios y suministros sanitarios, insistimos, debe contribuir a mantener, e incluso a ampliar, la cobertura, no a erosionar su calidad y sostenibilidad.

16. FOMENTAR LA PROFESIONALIZACIÓN DE LAS PERSONAS INVOLUCRADAS EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Para articular una adecuada estrategia en contratación pública, desde la perspectiva de inversión que pone la atención en los resultados, es necesario contar con los adecuados medios materiales y, sobre todo, con la mejor capacitación y *auctoritas*, de los gestores públicos que debe liderar ese nuevo

22. Desde la perspectiva del Derecho comunitario, el precio *per se* no es un elemento esencial del contrato público, aunque sí lo es el carácter oneroso de la prestación. El precio incluso podría no existir, como se admite en el artículo 67.2 de la Directiva de contratación pública de 2014. En consecuencia, en mercados regulados en los que hay una previa fijación administrativa (como sucede en España con la fijación administrativa, tras negociación, del precio de financiación para el conjunto del Sistema Nacional de Salud, podría incluso ser sustituido en las licitaciones por el concepto de rentabilidad o relación calidad-precio y decidir la adjudicación de las adquisiciones de medicamentos únicamente con base en otros criterios, como plazos de entrega, garantías de calidad, seguimiento de los resultados u otros.

modelo de compra públicas. Tanto la Comisión Europea como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) llevan años impulsando herramientas para mejorar la preparación de los distintos sujetos implicados en los procesos de contratación pública, sin embargo, los resultados de estas iniciativas son todavía escasos.

Con la finalidad de lograr mejores resultados en este ámbito se podría considerar la implementación obligatoria en todos los poderes adjudicadores de las medidas establecidas por la OCDE en el documento *Professionalising the public procurement workforce: A review of current initiatives and challenges*[23]. Tal y como se explica en el resumen del documento, éste se centra en seis elementos clave de la profesionalización del personal de contratación pública: (i) evaluación del estado actual de la profesionalización (ii) desarrollo de una estrategia de profesionalización (iii) desarrollo de un modelo y un marco de certificación (iv) desarrollo de sistemas de capacitación (v) establecimiento de mecanismos de incentivos, y (vi) promoción de enfoques de colaboración con centros de conocimiento.

En los apartados anteriores hemos señalado que la contratación pública es un pilar fundamental de la gobernanza estratégica y de la prestación de servicios, dada su relevancia en la estructura del gasto público y su impacto directo en el bienestar social. Esta actividad gubernamental representa una proporción significativa de los recursos estatales, lo que exige una gestión eficiente, transparente y alineada con objetivos de política pública. En este contexto, **la profesionalización de la contratación pública se erige como una herramienta clave tanto para la prevención de la corrupción como para la reducción de ineficiencias, contribuyendo a la optimización de los fondos públicos que se movilizan con todo contrato público.** La profesionalización implica dotar a los responsables de la contratación de competencias técnicas, jurídicas y estratégicas, así como de criterios éticos sólidos, que les permitan tomar decisiones informadas y orientadas al interés general. Un sistema de contratación basado en la formación continua, la especialización y el mérito reduce los riesgos de manipulación, favorece la implementación de mejores prácticas y fortalece la rendición de cuentas.

Desde una perspectiva institucional, la OCDE reconoce que la contratación pública juega un rol estratégico en la sociedad, no solo asegurando el uso eficiente de los recursos, sino también impulsando políticas públicas esenciales para alcanzar objetivos prioritarios, como el desarrollo sostenible, la innovación y la cohesión social. En este sentido, la profesionalización

23. OECD (2023), «Professionalising the public procurement workforce: A review of current initiatives and challenges», OECD Public Governance Policy Papers, No. 26, OECD Publishing, Paris.

del sector no solo mejora la eficiencia administrativa y la calidad del gasto, sino que también promueve la confianza ciudadana en la gestión pública, consolidando un modelo de gobernanza más transparente, equitativo y efectivo.

Junto a lo anterior, en la Unión Europea contamos con la herramienta ProcurCompEU, la cual establece el Marco Europeo de Competencias para los profesionales de la contratación pública. La aplicación obligatoria de esta herramienta sería de gran utilidad para conocer el estado de conocimiento y experiencia de los profesionales vinculados a la contratación pública y para diseñar estrategias vinculadas a mejorar los aspectos que sean necesarios.

En este escenario de necesaria profesionalización convendría poner en valor las experiencias de excelencia en la gestión de la compra pública, como incentivo a la mejora de las Administraciones y como elemento de rendición de cuentas a la ciudadanía. Un modelo de certificación pública puede ser una excelente herramienta para poder conseguir este objetivo. En este **punto Universidades y centros profesionales de formación deben alinear esfuerzos y estrategias donde debería haber un claro liderazgo institucional que indique el camino, los tiempos y los recursos necesarios. Y donde se identifique claramente quienes deben ser los impulsores y supervisores de la profesionalización**, impidiendo la existencia de un perverso mercado secundario de modelos de profesionalización no validados institucionalmente y carentes de credibilidad cualitativa.

IV. PARTICIPANTES EN LA ELABORACIÓN DEL PRESENTE DOCUMENTO

Gimeno Feliu, José María (gimenof@unizar.es). Universidad de Zaragoza.

Moreno Molina, José Antonio (joseantonio.moreno@uclm.es). Universidad de Castilla-La Mancha.

Gallego Córcoles, Isabel (isabel.gallego@uclm.es). Universidad de Castilla-La Mancha.

Noguera de la Muela, Belén (bnoguera@ub.edu). Universidad de Barcelona.

Valcárcel Fernández, Patricia (pvalcarcel@uvigo.es). Universidad de Vigo.

García-Álvarez García, Gerardo (galvarez@unizar.es). Universidad de Zaragoza.

Bernal Blay, Miguel Ángel (mabernal@unizar.es) Universidad de Zaragoza.

Medina Arnaiz, Teresa (tmedina@ubu.es). Universidad de Burgos.

Pernas García, Jose (jpernasg@udc.es). Universidad de A Coruña.

Fernández Acevedo, Rafael (racevedo@uvigo.es). Universidad de Vigo.

De Guerrero Manso, Carmen (carmeng@unizar.es). Universidad de Zaragoza.

Razquin Lizarraga, Martin (martin.razquin@unavarra.es). Universidad pública de Navarra.

Lazo Vitoria, Ximena (Ximena.lazo@uah.es). Universidad de Alcalá.

Hernández González, Francisco (fcohdez@ull.es). Universidad de La Laguna.

Miranzo Díaz, Javier (javier.miranzo@uclm.es). Universidad de Castilla-La Mancha.

Díaz Bravo, Enrique (ediaz8@us.es). Universidad de Sevilla.

Cozzio, Michele (michele.cozzio@unitn.it). Universidad de Trento. Observatorio di Diritto comunitario e Nazionale sugli appalti pubblici.

4

Orientaciones y propuestas para la reforma de las directivas de la UE sobre contratos públicos y concesiones. El informe del Observatorio italiano (Trento)

Michele Cozzio
Coordinador del Observatorio de Derecho Comunitario y Nacional sobre Contratos Públicos
Universidad de Trento (Italia)

SUMARIO: I. EL PROCESO DE EVALUACIÓN Y REFORMA DE LAS NORMAS EUROPEAS. II. LA CONSULTA PROMOVIDA POR LA COMISIÓN EUROPEA. *1. Las características del cuestionario en línea de la Comisión.* III. LA PARTICIPACIÓN DEL OBSERVATORIO ITALIANO EN LA CONSULTA EUROPEA Y LOS RESULTADOS. *1. Algunas características de la consulta del Observatorio. 2. Resultados sobre la participación. 3. Simplificación y flexibilidad. 4. Digitalización y contratación electrónica (eProcurement). 5. Transparencia, integridad y lucha contra la corrupción. 6. Profesionalización de las entidades adjudicadoras. 7. Sostenibilidad ambiental y social. 8. Innovación. 9. Acceso de las pymes y competencia. 10. Análisis de las respuestas por categoría.* IV. ALGUNAS INDICACIONES PARA LA FUTURA REVISIÓN DE NORMAS. *1. Armonización de las normas y los estándares digitales. 2. Formación y profesionalización de las entidades adjudicadoras. 3. Simplificación burocrática y reducción de cargas formales. 4. Promoción de la innovación. 5. Contratos verdes y socialmente responsables. 6. Apoyo a las PYME. 7. Transparencia y anticorrupción. 8. Emergencias y seguridad de los suministros.* V. CAMBIOS EN CURSO DEL CONTEXTO. *1. Perspectivas en*

materia de «autonomía estratégica abierta». 2. Perspectivas en materia de sostenibilidad. VI. ¿QUÉ PERSPECTIVAS?

I. EL PROCESO DE EVALUACIÓN Y REFORMA DE LAS NORMAS EUROPEAS

En diciembre de 2024, la Comisión Europea inició una consulta sobre la eficacia y adecuación de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE sobre contratos públicos y concesiones. El objetivo de esta iniciativa es recopilar datos, opiniones y sugerencias con vistas a formular, también en función de los resultados obtenidos, una propuesta de revisión del marco normativo orientada a la modernización y simplificación, especialmente en los sectores estratégicos (como la asistencia sanitaria, la energía y la seguridad), así como en los ámbitos tecnológicos y de innovación.

Que la iniciativa de la Comisión sea el preludio de una inminente reforma no sorprende. De hecho, en parte, ya se esperaba.

Desde hace tiempo, el legislador europeo ha acostumbrado a realizar revisiones sistemáticas de la normativa en este ámbito con una cadencia decenal: así ocurrió con las directivas de segunda generación en los años noventa, con las de tercera generación en 2004 y con las de cuarta generación en 2014[1]. Ahora bien, si consideramos que las directivas actualmente vigentes datan de 2014 y que el procedimiento para su aprobación en Bruselas suele durar unos dos años, resulta fácil comprender por qué esta iniciativa llega «con retraso».

Por otro lado, no puede afirmarse que en el último quinquenio hayan escaseado los motivos que han distraído las agendas políticas de la UE y de los Estados miembros.

Es menestar señalar que, tras los tres años de emergencia sanitaria ocasionada por el virus denominado «Covid-19» (que tuvo un impacto muy

1. Sobre el tema, véase recientemente G. Benacchio, *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, Padova, 2024, 345 ss.; también G. Benacchio, *Verso le direttive di quarta generazione*, en G. Benacchio, M. Cozzio (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012, 3-28; F. Mastragostino, E. Trenti, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, en F. Mastragostino, G. Piperata (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, Torino, 2024, 1 ss.; J. A. Moreno Molina, *La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos*, en J. M. Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2012*, Cizur Menor, 2013, 115-164.

fuerte en el mercado de los contratos públicos)[2], se suscitó la emergencia de la guerra en Ucrania (con repercusiones en el aumento de precios de muchas materias primas, del gas y de la energía) y, más recientemente, por los cambios y tensiones geopolíticas[3] que amenazan equilibrios comerciales consolidados y plantean escenarios de gran incertidumbre.

Por último, la renovación del Parlamento Europeo tras las elecciones de 2024 hizo políticamente necesario un período de pausa antes de poner en marcha la «maquinaria» para revisar el marco normativo de un sector que siempre ha sido estratégico para el crecimiento económico, la innovación y la cohesión social.

Precisamente el Parlamento, renovado tras los resultados electorales de principios de verano, eligió el 18 de julio de 2024 con amplia mayoría (401 votos a favor, 284 en contra, 15 abstenciones y 7 votos nulos) a Ursula von der Leyen como presidenta de la Comisión Europea[4] para el período 2024-2029. En lo que aquí interesa, la elección del Parlamento expresa un mensaje político claro: proceder con la reforma de la normativa del sector.

La votación a favor de Ursula von der Leyen fue precedida por la presentación del programa con las líneas estratégicas de acción que la recién

2. Sobre el tema, véase M. Cozzio, N. Parisi, *L'emergenza sanitaria causata dal Covid-19: l'impatto (attuale e futuro) sul sistema nazionale dei contratti pubblici*, en *Il diritto dell'economia*, 2021, 1, 37 ss.; también S. Arrowsmith, L. Ra Butler, A. La Chimia, C. Yukins (ed. by), *Public Procurement Regulation in (a) crisis? Global lessons from the Covid-19 pandemic*, Londra, 2021. Aunque la reacción de los Estados miembros fue rápida y estuvo marcada por decisiones particularmente innovadoras (desde la compra conjunta a nivel europeo de las vacunas, hasta la elaboración de instrumentos de financiación excepcionales como el Next Generation EU asociado a la elaboración de los Planes Nacionales de Recuperación y Resiliencia, y la adopción conjunta de la estrategia RePowerEU en materia de abastecimiento energético), es fácil comprender hasta qué punto este contexto ha tensionado los sistemas nacionales de contratación pública, aplazando cualquier ambición de revisión del marco normativo. En general, la pandemia puso de manifiesto los límites culturales y jurídicos del sistema, haciendo urgentes intervenciones de simplificación y agilización. Sobre el tema, véase J. M. Gimeno Feliu (dir.), M.ª del Carmen de Guerrero Manso (coord.), *Congreso internacional: el desafio de la recuperacion y el papel de la contratación pública*, Cizur Menor, 2022; también G. Benacchio, G.F. Cartei, M. Cozzio, M.E. Comba, F. Fracchia, N. Parisi, *Mettere il risultato al centro dei contratti pubblici*, in *lavoce.info*, deciembre de 2021.

3. Sobre el tema, véase J. M. Gimeno Feliu, *Hacia una nueva contratación pública en clave geoestratégica: la brújula de la competitividad en Europa al servicio de las políticas públicas*, en *Observatorio de Contratación Pública*, 2025.

4. Recordemos que, mediante una votación posterior celebrada el 27 de noviembre de 2024, el pleno del Parlamento Europeo aprobó al conjunto del Colegio de Comisarios. La nueva Comisión asumió sus funciones el 1 de diciembre de 2024.

elegida presidenta pretende seguir durante su mandato de cinco años[5]. El documento identifica un eje fundamental basado en la competitividad de la economía europea y la prosperidad sostenible, a alcanzar mediante una radical simplificación y aceleración de las actividades económicas[6].

Al mismo tiempo, el programa traza un período de intervenciones públicas masivas («la acción de la Comisión se orientará a apoyar las inversiones»), cuya implementación requiere mejorar el funcionamiento de los contratos públicos. «Un aumento de la eficiencia del 1 % en los contratos públicos» —recordaba von der Leyen— «podría suponer un ahorro anual de 20.000 millones de euros. Se trata de una de las principales palancas para desarrollar bienes y servicios innovadores y crear mercados líderes en el ámbito de las tecnologías limpias y estratégicas».

5. El documento *La elección de Europa. Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2024-2029* marca las directrices de la acción de la Comisión en un momento histórico crucial, si es cierto —como recordó la Presidenta— que «los próximos cinco años definirán el papel de Europa en el mundo durante los próximos cinco decenios. Decidirán si seremos nosotros quienes moldeemos nuestro futuro, o si dejaremos que lo moldeen los acontecimientos o terceros. En un mundo caracterizado por la adversidad y la incertidumbre, creo que Europa debe optar por mantenerse unida y atreverse a pensar y actuar en grande. Para estar a la altura del legado de nuestro pasado, para ofrecer resultados en el presente y para preparar una Unión más fuerte de cara al futuro.» El programa sigue las orientaciones de la *Agenda Estratégica 2024-2029*, aprobada el 27 de junio de 2024 por el Consejo Europeo, mediante la cual los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros establecen las prioridades y orientaciones de la UE para el ciclo institucional 2024-2029. La Agenda se estructura en torno a tres pilares: una Europa libre y democrática, una Europa fuerte y segura, y una Europa próspera y competitiva. El texto de la Agenda Estratégica está disponible en el portal web del Consejo Europeo.

6. A continuación, algunos de los pasajes clave extraídos de las Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2024-2029: «Debemos reforzar nuestro Mercado Único en todos los sectores. Necesitamos menos obligaciones de información, menos burocracia, más confianza, una mejor aplicación de las normas y autorizaciones más rápidas. Y me aseguraré de que esto ocurra de manera visible y medible, porque solo lo que se mide se lleva a cabo. Por ello, encargaré a cada Comisario que se comprometa a concretar la reducción de cargas. Y nombraré a un Vicepresidente encargado de coordinar este trabajo y de informar anualmente sobre los avances. Haré de la rapidez, la coherencia y la simplificación prioridades políticas fundamentales en todas nuestras acciones. Cada Comisario tendrá la tarea de centrarse en la reducción de las cargas administrativas y en la simplificación de la ejecución: menos burocracia e informes, más confianza, mejor aplicación de las normas y procedimientos de autorización más ágiles. Sobre esta base, presentaremos propuestas para simplificar, consolidar y codificar la normativa, con el fin de eliminar eventuales solapamientos y contradicciones, manteniendo al mismo tiempo elevados estándares. La legislación futura deberá simplificarse y diseñarse teniendo en cuenta a las pequeñas empresas y con un espíritu de solidaridad. Esto se logrará en particular mediante un nuevo control relativo a las pymes y la competitividad, que contribuirá a evitar cargas administrativas innecesarias sin renunciar a estándares elevados».

Sobre esta base, las conclusiones de la presidenta fueron tajantes: «Propondré una revisión de las directivas sobre contratación pública que permita dar preferencia a los productos europeos en las licitaciones convocadas en determinados sectores estratégicos y contribuya a garantizar a la ciudadanía un valor añadido de la UE, así como la seguridad en el suministro de tecnologías, productos y servicios esenciales. La revisión modernizará y simplificará las normas en materia de contratación pública, prestando especial atención a las startups y los innovadores de la UE»[7].

La consulta lanzada por la Comisión el pasado 13 de diciembre, por tanto, no sorprende.

Otras señales de que pronto se pondría en marcha la maquinaria europea para la reforma de la normativa sobre contratos públicos y concesiones surgen de dos importantes documentos programáticos.

El primero es el informe de Mario Draghi *sobre el futuro de la competitividad europea*, presentado el pasado 9 de septiembre de 2024. El encargo de redactar dicho informe fue conferido por la Comisión Europea, y la presidenta von der Leyen declaró en sus *Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2024-2029* que seguirá las recomendaciones del informe[8].

El informe pone de relieve los cambios en curso a nivel mundial e identifica tres áreas principales de intervención para la UE: *i.* acelerar la innovación para apoyar el crecimiento; *ii.* avanzar en la descarbonización sin renunciar al aumento de la competitividad; *iii.* incrementar la seguridad en un contexto geopolítico inestable, reduciendo las dependencias.

Draghi subraya la necesidad de revisar la perspectiva con la que la Unión Europea ha «mirado y aplicado la competitividad». La orientación que emerge apunta a confirmar la competencia como uno de los principios rectores de la normativa, pero al mismo tiempo evitar que esta se convierta en un elemento que perjudique a las empresas y a la economía europea. Más concretamente, la sugerencia es reforzar la solución de las contrata-

7. Vease U. von der Leyen, *Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2024-2029*, cit., p. 13.

8. El Informe está estructurado en una Parte A, que consta de seis capítulos, en los cuales se expone la Estrategia de competitividad para Europa, y en una Parte B, dividida en dos secciones dedicadas, respectivamente, a las políticas sectoriales (son diez: energía, materias primas críticas, digitalización y tecnologías avanzadas, redes de banda ancha y alta velocidad, tecnologías informáticas e inteligencia artificial, semiconductores, industrias de alta intensidad energética, tecnologías limpias, automoción, defensa, espacio, industria farmacéutica, transportes) y a las políticas horizontales (son cinco: acelerar la innovación, cerrar la brecha de habilidades, apoyar las inversiones, renovar la competencia, fortalecer la gobernanza).

ciones conjuntas entre Estados miembros, tomando como ejemplo la compra conjunta de vacunas a nivel europeo[9].

El segundo documento programático de referencia es el informe de Enrico Letta, *MUCH MORE THAN A MARKET. Speed, Security, Solidarity. Empowering the single market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU citizens*. El informe —presentado en abril de 2024— dedica un amplio espacio a la contratación pública, subrayando especialmente la necesidad de: *i.* reforzar la competencia; *ii.* reducir la duración de los procedimientos de adjudicación; *iii.* aumentar y facilitar la participación de las pymes; *iv.* hacer más vinculante el uso del criterio de la oferta económicamente más ventajosa; *v.* mejorar la gestión de los datos y el seguimiento del comportamiento del mercado de contratos públicos, incluso perfeccionando las metodologías y tecnologías mediante inteligencia artificial; *vi.* dar prioridad al capital social y aprovechar la contratación pública para fomentar el desarrollo sostenible.

El informe Letta también destaca las limitaciones derivadas de la excesiva fragmentación de las normativas nacionales, ante las cuales se señala la conveniencia de «considerar la posibilidad de transformar las normas sobre contratación pública en un reglamento, reduciendo así la fragmentación en los Estados miembros»[10].

Entre los actos adoptados por la nueva Comisión en sus primeros 100 días de actividad se encuentra también el *Pacto por una Industria Limpia*, que planifica y programa temporalmente:

— *estrategias de acción.* Es el caso, por ejemplo, del sector energético con el *Plan de acción para una energía a precios asequibles* (también

9. En particular, surge la indicación de promover la escalabilidad y hacerla posible. Los principales competidores de la UE, observa Draghi, operan con economías a escala continental, logran aprovechar las economías de escala para atraer mayores inversiones y ganar cuotas de mercado en los sectores estratégicos. Europa también tiene una dimensión comparable, pero la fragmentación interna representa un obstáculo. Actualmente, los gobiernos europeos colaboran poco en los contratos públicos —menos del 20% del gasto es resultado de compras conjuntas— y se centran poco en fortalecer nuestro mercado: de hecho, casi el 80% de los contratos recientes se han adjudicado a operadores de países fuera de la UE. Para afrontar los nuevos desafíos en materia de defensa y seguridad, es esencial —señala Draghi— aumentar los contratos conjuntos, mejorar la coordinación del gasto, garantizar la compatibilidad de los equipos militares y reducir significativamente nuestra dependencia del exterior. Ver la intervención de M. Draghi en la *High-Level Conference on the European Pillar of Social Rights*, organizada por la Presidencia belga del Consejo de la Unión Europea en La Hulpe, el 15 y 16 de abril de 2024. Durante la conferencia, Draghi anticipó el contenido del *Informe sobre el futuro de la competitividad de la Unión*.

10. E. Letta, *MUCH MORE THAN A MARKET. Speed, Security, Solidarity. Empowering the single market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU citizens*, 2024, p. 44 e ss.

presentado el pasado 26 de febrero), del sector de productos industriales con bajas emisiones (con la previsión de incentivos fiscales y normativos), y del sector laboral con el *Plan Unión de las Competencias* para colmar la brecha de cualificaciones en la industria;

— *instrumentos económicos.* Por ejemplo, la previsión de un *Banco para la descarbonización industrial*, con el objetivo de movilizar 100.000 millones de euros en financiación;

— *intervenciones normativas.* En particular, se prevé una *Ley europea sobre economía circular* y la reforma de las Directivas en materia de contratación pública. Al respecto, el documento anticipa que «la Comisión presentará una propuesta de revisión del marco normativo en materia de contratación pública en el cuarto trimestre de 2026, que permitirá establecer criterios de sostenibilidad, resiliencia y preferencia europea en los contratos públicos de la UE para los sectores estratégicos»[11].

II. LA CONSULTA PROMOVIDA POR LA COMISIÓN EUROPEA

Como ya ocurrió en anteriores reformas (con las directivas de 2004 y 2014), el proceso de revisión va precedido de una amplia campaña de consultas públicas, con la que se recogen opiniones y valoraciones de los participantes.

Están previstas diversas modalidades de participación, mediante la presentación de: comentarios abiertos (como en el caso del documento presentado por el *Observatorio de Contratación Pública* de España —Universidad de Zaragoza); contribuciones de grupos de expertos de la Comisión y de otras instituciones de la UE (las denominadas *consultas dirigidas*)[12]; respuestas a

11. Véase la Comunicación de la Comisión Europea, *Pacto por una Industria Limpia: una hoja de ruta conjunta para la competitividad y la descarbonización*, COM(2025) 85 final, del 26 de febrero de 2025, parte pt. 3.1, indica que la revisión de las directivas en materia de contratación pública y concesiones tendrá como objetivo simplificar la aplicación de los procedimientos por parte de las autoridades adjudicadoras, especialmente aquellos que introducen medidas para incentivar los niveles de rendimiento de las empresas en cuanto a las emisiones de CO_2 basadas en el ciclo de vida de bienes y servicios. Por último, véase también la Comunicación de la Comisión Europea, *El mercado único: nuestro mercado interno europeo en un mundo incierto. Una Estrategia para hacer que el mercado único sea sencillo, fluido y fuerte*, COM(2025) 500 final, del 21 de mayo de 2025.

12. Véase R. Caranta, *Coherence in the EU Public Procurement Directives. A Study into the Internal Coherence between the Objectives, the Principles and the Provisions in the EU Public Procurement and Concessions Directives*, Luxemburgo, 2025; W.A. Janssen, *The Coherence of Public Procurement Legislation in the European Union. A Study for the EU Commission into the External Coherence between the Public Procurement Directives and other Legislative Instruments Regulating Public Procurement*, Luxemburgo, 2025.

un cuestionario en línea (como en el caso del documento presentado por el *Observatorio de Derecho Comunitario y Nacional sobre Contratación Pública* de Italia— Universidad de Trento).

1. LAS CARACTERÍSTICAS DEL CUESTIONARIO EN LÍNEA DE LA COMISIÓN

En este contexto, la Comisión ha presentado un cuestionario en línea abierto a operadores, autoridades, agentes sociales y particulares, compuesto por más de 50 preguntas con respuestas múltiples predefinidas y con la posibilidad de incluir observaciones libres. El objetivo, como ya se ha señalado, es recoger datos, opiniones y reacciones sobre la eficacia y adecuación de las actuales Directivas 2014/23, 2014/24 y 2014/25 de la Unión en términos de competitividad del mercado, sostenibilidad social y medioambiental, innovación, gobernanza e integridad.

Más concretamente, el cuestionario pretende evaluar las directivas según cinco aspectos clave:

— *eficacia:* capacidad de las directivas para alcanzar sus objetivos (es decir: promover la competencia en el mercado único; favorecer la participación de las pymes en los procedimientos de contratación; simplificar y flexibilizar los procedimientos; garantizar la transparencia e integridad del gasto público; optimizar el uso de los fondos públicos; hacer más ecológica, social e innovadora la economía de la UE);

— *eficiencia*: análisis de los costes y beneficios derivados de la aplicación de las directivas para los poderes adjudicadores y los operadores económicos, incluidas las pymes;

— *pertinencia:* capacidad de las directivas para responder a la evolución del contexto y a las necesidades de administraciones, operadores y usuarios;

— *coherencia:* evaluación de la coherencia interna de las directivas y de su compatibilidad con otras iniciativas normativas de la UE;

— *valor añadido:* capacidad de las directivas para armonizar leyes y prácticas nacionales reduciendo la fragmentación jurídica y aportando beneficios efectivos (por ejemplo, en términos de competencia leal en todo el mercado único, aplicación de políticas de la UE, transparencia).

Hay unas características del cuestionario de la Comisión que se pueden destacar.

I. Sencillez de las preguntas.

La comprensión de las preguntas no requiere conocimientos específicos. Por ejemplo, se pregunta: *¿Han contribuido las directivas a aumentar la competencia en el mercado de la contratación pública?* o *¿Han facilitado las directivas la presentación de ofertas por parte de las pymes?* o bien *¿Han incentivado las directivas a las administraciones a adjudicar contratos verdes? ¿socialmente sostenibles? ¿innovadores?*

Además, en la mayoría de las preguntas se ofrecen respuestas múltiples predefinidas (con diferentes grados entre los extremos «Sí, mucho» y «No, en absoluto»). Esta configuración constituye un factor de simplificación y accesibilidad del cuestionario.

Este aspecto es especialmente relevante, ya que la contratación pública es una materia notoriamente técnica, no sólo desde el punto de vista jurídico, cuya comprensión real requiere conocimientos adecuados. En este sentido, debe valorarse positivamente el esfuerzo por elaborar un cuestionario lo más accesible posible.

Sin embargo, no se puede dejar de señalar que esta facilidad es más aparente que real, ya que las respuestas deberían basarse en el conocimiento de datos (que no siempre están fácilmente disponibles) y/o en una experiencia prolongada en la materia y en el impacto de la legislación europea.

II. Evaluación de la percepción subjetiva.

Las respuestas proporcionan información sobre la percepción de los encuestados. Se trata, en otras palabras, de datos basados en indicadores cualitativos y subjetivos. Esta característica de la consulta es ciertamente positiva, ya que permite obtener una imagen directa y muy elocuente de cómo se valora (o, mejor dicho, se percibe) el grado de eficacia y adecuación de las directivas de la UE[13].

13. La evaluación de la Comisión también se complementará con otros métodos de consulta dirigidos a evaluar elementos objetivos (detectables a través de datos), en particular mediante: investigaciones documentales; examen de la literatura existente y de los informes, estudios y análisis disponibles (incluido el informe de la Comisión *sobre el funcionamiento de la directiva 2014/23/UE*, COM/2023/ 460 final, 28 de julio de 2023); datos proporcionados por las bases de datos sobre contratación pública (incluida la Gazeta Oficial de la UE sobre Contratos Públicos – TED, el espacio de datos de contratación pública, las bases de datos nacionales sobre contratos públicos); decisiones del Tribunal de Justicia de la UE.

III. Enfoque en cuestiones generales.

Otra característica del cuestionario es el nivel de detalle de las preguntas.

Tal como aclara la Comisión: «el objetivo de la consulta es recopilar pruebas, información, datos y reacciones en profundidad y de alta calidad sobre el grado de eficacia de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE. También tiene como fin determinar si las directivas siguen siendo adecuadas y suficientes para alcanzar los objetivos estratégicos de la UE».

Sin embargo, cabe señalar que las preguntas nunca abordan aspectos técnicos concretos o soluciones específicas. Los temas tratados se refieren a los objetivos generales de las directivas, como por ejemplo: la discrecionalidad, la apertura del mercado, la garantía de competencia, la capacidad para perseguir objetivos estratégicos (sostenibilidad e integridad), y la coherencia del marco normativo.

***

La consulta en línea de la Comisión se lanzó el 14 de diciembre y concluyó el 7 de marzo de 2025. Los resultados finales de todo el proceso de consulta han sido publicados muy recientemente por la Comisión Europea, y se tendrán en cuenta en la fase posterior de elaboración de la propuesta de revisión de las Directivas[14].

14. Véase Comisión Europea, *Evaluation of Directive 2014/23/EU on Concessions, Directive 2014/24/EU on Public Procurement and Directive 2014/25/EU on Utilities*, SWD(2025) 332 final, del 14 de octubre de 2025. Al remitirnos a la lectura del informe, presentamos a continuación un extracto de las conclusiones: «Las Directivas de 2014 establecieron normas sobre cómo contratar bienes, servicios y obras, diseñadas para garantizar una competencia justa y obtener la mejor relación calidad-precio, al tiempo que se optimizan los resultados sociales y se contribuye a la lucha contra la corrupción. Aunque estos objetivos se han alcanzado parcialmente, las normas de procedimiento son ampliamente percibidas como complejas e insuficientemente flexibles para permitir que las autoridades contratantes persigan eficazmente sus objetivos de inversión pública.La inclusión de disposiciones en materia de contratación en la legislación sectorial de la UE y su interacción con las Directivas de 2014 han generado, además, preocupaciones sobre la coherencia y la consistencia normativa, complicando aún más la contratación pública. Con la reforma de 2014, la legislación sobre contratación pública se ha convertido en una herramienta para la consecución de objetivos estratégicos de política pública. Aunque la aplicación de la contratación estratégica es desigual entre los Estados miembros, la contratación verde, innovadora y social sigue siendo una prioridad estratégica, como se subraya en el Clean Industrial Deal y en la Competitiveness Compass.

III. LA PARTICIPACIÓN DEL OBSERVATORIO ITALIANO EN LA CONSULTA EUROPEA Y LOS RESULTADOS

El *Observatorio de Derecho Comunitario y Nacional sobre Contratación Pública* de la Universidad de Trento se activó para participar en la consulta de la Comisión Europea, respondiendo al cuestionario en línea.

Optamos por participar con respuestas que no reflejan la opinión de individuos aislados, sino una posición compartida y elaborada a partir de las contribuciones de diferentes actores, todos ellos implicados de diversas formas en el mercado de la contratación pública.

Con este fin, seleccionamos una muestra de 100 perfiles cualificados, representativos de cuatro categorías (académicos y magistrados; abogados y otros profesionales; entidades adjudicadoras; operadores económicos), a quienes se invitó a participar mediante un cuestionario en línea, anónimo y muy similar al de la Comisión.

Los resultados incorporados a la consulta europea reflejan así la opinión común mayoritaria emergida de las respuestas recibidas.

El objetivo fue recoger una visión coral sobre los temas abordados, dando prioridad a interlocutores con experiencia en la materia.

A partir de los datos recogidos, se elaboró un informe que expone los principales puntos de vista expresados por los participantes, mediante un

---

El marco de contratación, además, se encuentra bajo presión para incorporar nuevas prioridades estratégicas, como la seguridad económica y la autonomía estratégica. Sin embargo, persisten las desigualdades en el acceso a los mercados, ya que, en ocasiones, se permite que empresas no europeas participen en licitaciones de la UE sin que las empresas europeas se beneficien de un acceso recíproco a los mercados. Los recientes acontecimientos geopolíticos subrayan la importancia de una legislación sobre contratación que respalde la autonomía estratégica.

La transparencia y la calidad de los datos son esenciales para una gobernanza eficaz, una toma de decisiones estratégicas informada y la lucha contra la corrupción. La evaluación muestra mejoras significativas en materia de transparencia, pero la existencia de lagunas y la baja calidad de los datos, tanto a nivel de la UE como nacional, dificultan orientar la inversión pública conforme a los objetivos políticos y supervisar las actividades de contratación para prevenir la manipulación de licitaciones (*bid-rigging*).

El aumento continuo de la complejidad de la contratación durante el período de evaluación refuerza la necesidad de contar con personal altamente cualificado en las autoridades contratantes. Las inversiones anteriores en la profesionalización y el desarrollo de capacidades del personal de contratación han tenido un impacto positivo, pero no han sido suficientes para maximizar los efectos estratégicos y alcanzar los objetivos de política pública. Estas lecciones indican que el actual marco de contratación pública no es lo suficientemente ágil, coherente ni estratégicamente orientado como para responder de manera eficaz a los desafíos actuales y emergentes»

análisis tanto cuantitativo como cualitativo de las respuestas, organizadas por áreas temáticas (simplificación y flexibilidad; digitalización; transparencia, integridad y lucha contra la corrupción; profesionalización; sostenibilidad ambiental y social; innovación; apoyo a las pequeñas y medianas empresas).

La participación de distintas categorías de operadores permitió contrastar sensibilidades y perspectivas diversas sobre los temas tratados, poniendo de manifiesto coincidencias y discrepancias.

El informe incluye también una serie de observaciones y propuestas que se presentan al debate que, en los próximos meses, acompañará el proceso de revisión de las directivas[15].

1. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LA CONSULTA DEL OBSERVATORIO

Dos reflexiones preliminares explican la motivación de nuestra elección metodológica.

En primer lugar, el hecho de que las preguntas del cuestionario europeo fueran de fácil comprensión no implica que las respuestas lo fueran también. Al contrario, consideramos que se requería un conocimiento sólido de la materia, lo que implicaba contar preferentemente con interlocutores expertos, con experiencia consolidada en el ámbito de la contratación pública.

En otras palabras, personas que, a través del tiempo y la práctica, hayan desarrollado una valoración y una percepción fiables sobre los efectos de las normas europeas, los problemas que generan y su adecuación a los cambios del contexto. De lo contrario, existe el riesgo de que las respuestas ofrezcan una imagen distorsionada, coherente con la percepción individual del encuestado, pero alejada de la realidad.

En segundo lugar, debe señalarse que la percepción de los encuestados varía en función de la categoría a la que pertenecen. En el ámbito de la

15. El Informe está finalmente acompañado por una serie de Anexos que contienen los resultados de la consulta tanto en forma agregada como desagregada, para cada una de las categorías de los participantes. Estos documentos constituyen una fuente de información disponible para quienes deseen profundizar en las respuestas a las preguntas del cuestionario. El Informe y los Anexos están disponibles en línea en el portal web del Observatorio (www.osservatorioappalti.unitn.it, sección Doctrina>> > Profundizaciones).

contratación pública, estas categorías pueden ser, por ejemplo, operadores económicos, funcionarios de entidades adjudicadoras, magistrados, etc.

Teniendo en cuenta estas particularidades, la consulta del Observatorio se organizó según los siguientes criterios:

— dar prioridad a interlocutores con experiencia en la materia;

— ampliar la participación a las distintas categorías de actores implicados en el mercado de la contratación pública, con el objetivo de recoger una visión plural de los temas tratados en el cuestionario;

— no modificar, salvo que fuese necesario, los contenidos del cuestionario elaborado por la Comisión, para facilitar el análisis cruzado y la comparación de resultados.

El cuestionario elaborado por el Observatorio reproduce fielmente, en lengua italiana, el de la Comisión Europea, compuesto por 50 preguntas agrupadas por áreas temáticas.

Se trataba principalmente de preguntas cerradas con respuestas múltiples predefinidas, con distintos niveles de acuerdo («Sí, mucho», «Sí», «Neutral», «No», «En absoluto», «No lo sé»).

Además, se ofrecía la posibilidad de dejar comentarios abiertos en cada una de las secciones temáticas.

Como se ha señalado, invitamos a completar el cuestionario a una muestra de 100 personas cualificadas, equitativamente distribuidas entre las siguientes cuatro categorías:

1. *juristas académicos y magistrados*, con competencias especializadas en el plano jurídico y en la resolución de litigios en materia de contratación pública; representan tanto la perspectiva jurídico-científica como la del poder judicial, directamente implicado en la resolución de conflictos en este ámbito;

2. *abogados y otros profesionales*, como ingenieros, asesores técnicos o contables, que prestan asistencia a empresas y/o administraciones; aportan una visión práctica de los problemas más habituales, incluidos aquellos generados por la normativa europea;

3. *entidades adjudicadoras*, tanto administraciones públicas como organismos de derecho público, es decir, las autoridades responsables de redactar los pliegos y gestionar los procedimientos de contrata-

ción; son los sujetos encargados de los procesos de adjudicación y directamente implicados en la gestión contractual;

4. *operadores económicos* (adjudicatarios de contratos públicos), empresas y otros profesionales que participan en licitaciones como proveedores de bienes, servicios u obras.

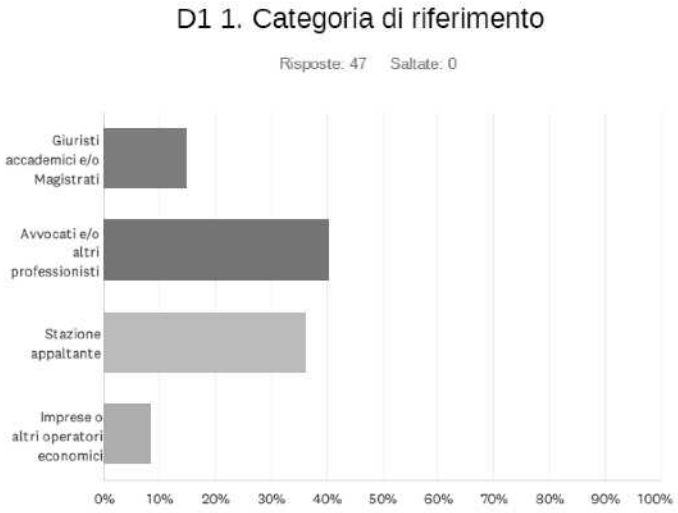
Las respuestas se recogieron de forma anónima, sin posibilidad de rastrear la dirección IP de los participantes.

El análisis de las respuestas se realizó mediante herramientas estadísticas descriptivas (como frecuencias y porcentajes de respuesta) y, cuando resultó útil, con apoyo gráfico. Los comentarios abiertos fueron analizados mediante técnicas de análisis de contenido y agrupación semántica (clustering), para identificar los temas recurrentes. Esto permitió complementar los resultados cuantitativos con una perspectiva cualitativa.

En los siguientes apartados se exponen las principales tendencias que surgieron del análisis de las respuestas, tanto de forma agregada como desagregada, destacando las principales divergencias entre las cuatro categorías de participantes.

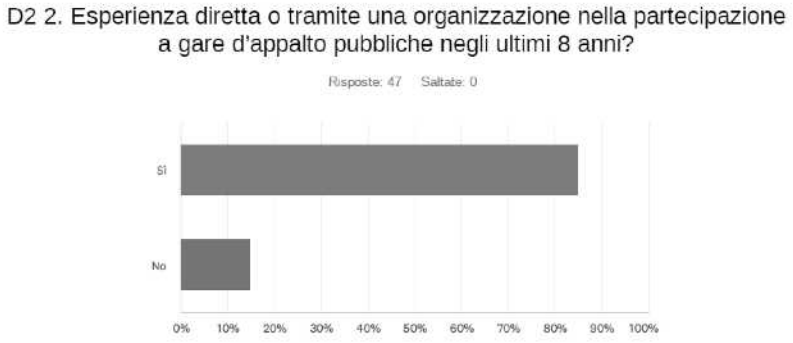
2. RESULTADOS SOBRE LA PARTICIPACIÓN

La consulta permaneció abierta durante 18 días (del 5 al 23 de febrero). A la invitación, enviada a 100 personas en todo el territorio nacional, respondieron 47 participantes, distribuidos entre las cuatro categorías de la siguiente manera: 15% juristas académicos y magistrados; 40% abogados y otros profesionales; 36% funcionarios de entidades adjudicadoras; 9% empresas / operadores económicos.



La mayor parte de los participantes (85 %) declara haber tomado parte directamente (o a través de su organización) en licitaciones públicas en los últimos ocho años, y el 79 % afirma haber gestionado procedimientos de contratación durante el mismo período.

Esta caracterización demuestra que los participantes cuentan con una experiencia cualificada.



En cuanto al tipo de contrato, los datos muestran que el 40 % de los participantes está principalmente implicado en contratos de suministro o servicios por encima de los 140.000 euros, mientras que el 24 % opera en el sector de obras o concesiones por un valor superior a los 5,5 millones de euros.

El 4-5 % se concentra en los sectores especiales (agua, energía, transporte) por encima de los 440.000 euros, y finalmente el 30 % trabaja principalmente en el mercado de contratos por debajo del umbral comunitario.

Con respecto al mercado de referencia, el área geográfica predominante de los participantes es el norte de Italia (69 %), mientras que entre el 27 % y el 30 % actúa a nivel nacional, y solo una pequeña parte (2-3 %) trabaja exclusivamente en regiones del centro o sur del País.

3. SIMPLIFICACIÓN Y FLEXIBILIDAD

Uno de los objetivos de la revisión de las directivas es hacer los procedimientos de contratación más ágiles y adaptables. Sin embargo, ante la pregunta ¿Las directivas han simplificado las normas sobre contratación pública?, solo el 43 % de los participantes considera que ha percibido una mejora efectiva en términos de simplificación, mientras que el 19,5 % opina que las normas siguen siendo excesivamente complejas, y el 28 % se declara neutral.

De las respuestas a otras preguntas se desprende que la simplificación se debe en gran medida a la introducción de procedimientos telemáticos, a la digitalización y al Documento Europeo Único de Contratación (DEUC).

Entre los factores que obstaculizan la simplificación se mencionan: dificultades interpretativas en la transposición nacional, excesivo formalismo (por ejemplo, en lo relativo a las causas de exclusión) y la coexistencia de normativas nacionales fragmentadas.

En cuanto a la flexibilidad de los procedimientos, el 43 % valora positivamente la posibilidad de elegir entre distintos tipos de procedimiento (abierto, restringido, diálogo competitivo, asociación para la innovación, negociado), mientras que el 33 % mantiene una posición neutral. El resto de la muestra (menos del 20 %) adopta una postura crítica.

4. DIGITALIZACIÓN Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA (EPROCUREMENT)

La digitalización de la contratación pública (eProcurement) emerge como una de las innovaciones más mencionadas, aunque no faltan opiniones divergentes sobre sus efectos. Por un lado, el 51,1 % afirma que ha con-

tribuido a reducir las cargas administrativas; por otro, solo el 8,9 % considera que ha acelerado los plazos de adjudicación.

Numerosos comentarios indican que la transición al formato digital ha coexistido, en lugar de sustituir, a los procedimientos en papel, lo que ha provocado un aumento de la carga burocrática en lugar de una verdadera simplificación.

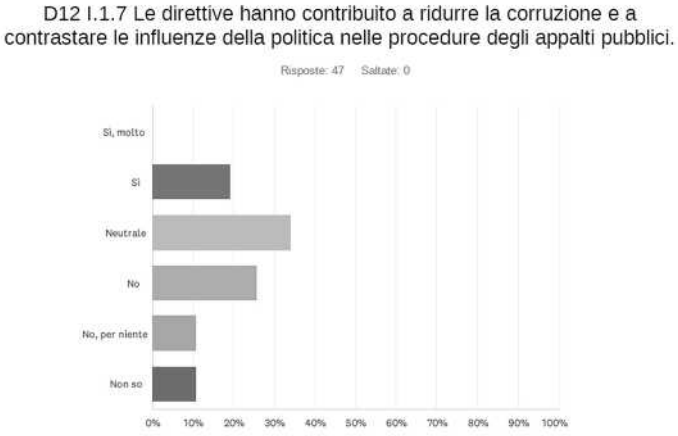
En otras palabras, se trataría de una situación híbrida en la que la digitalización se aplica de forma parcial, superponiéndose a los procedimientos tradicionales. Algunas entidades adjudicadoras, especialmente las de menor tamaño, tienen dificultades para utilizar plataformas avanzadas de eProcurement por falta de formación o recursos tecnológicos.

5. TRANSPARENCIA, INTEGRIDAD Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Uno de los temas centrales de la normativa europea es la lucha contra la corrupción y la promoción de la transparencia.

Sin embargo, solo el 19,1 % de los encuestados considera que las directivas han contribuido de forma tangible a reducir los riesgos de corrupción, mientras que el 34 % se muestra neutral y el 36 % (suma de quienes respondieron «No, en absoluto» y «No») se muestra en desacuerdo (véase la figura siguiente).

En los comentarios se señala que persisten fenómenos de colusión y abusos de poder.

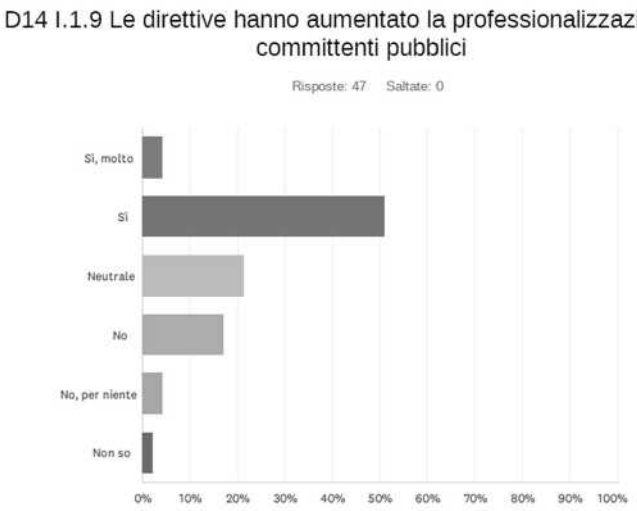


Según algunos profesionales, el problema no radica tanto en las normas como en su aplicación efectiva y en los mecanismos de control.

6. PROFESIONALIZACIÓN DE LAS ENTIDADES ADJUDICADORAS

Un dato positivo se observa en relación con la capacitación de las administraciones contratantes: más del 50 % de los participantes ha percibido una mejora en la profesionalización, especialmente en los grandes centros de compras.

Sin embargo, los organismos más pequeños tienen dificultades para aplicar procedimientos complejos como el diálogo competitivo o la asociación para la innovación.



De los comentarios abiertos emerge la queja de quienes siguen señalando carencias en la formación (especialmente en contextos locales o periféricos), lo que dificulta la adopción de procedimientos más avanzados (diálogo competitivo, asociación para la innovación). A menudo, los funcionarios prefieren opciones tradicionales, por temor a impugnaciones o errores formales.

7. SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL Y SOCIAL

En cuanto a la sostenibilidad, la mayoría (55 %) indica que las directivas han incentivado efectivamente las contrataciones verdes.

Sin embargo, no faltan reservas: muchos señalan que el aumento de certificaciones obligatorias y de los Criterios Ambientales Mínimos (CAM), aunque útiles para la protección del medioambiente, a veces se traducen en costes adicionales para las empresas y en una mayor complejidad de las ofertas, especialmente para las pymes.

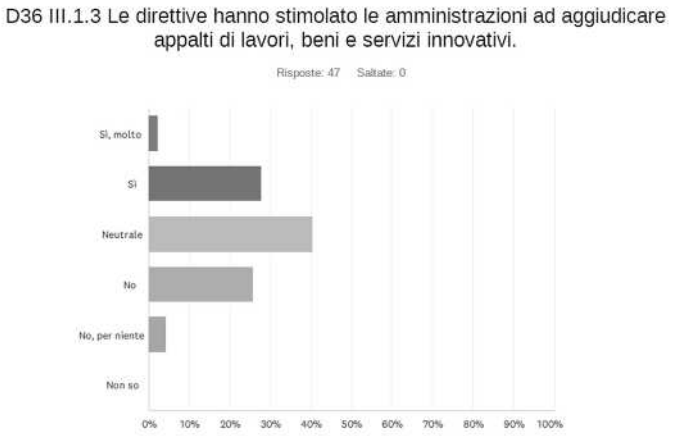
Del mismo modo, en relación con los contratos socialmente responsables, más del 53 % está de acuerdo con el impulso positivo de las directivas, aunque también hay quienes mantienen una posición neutral o no responden (35 %).

De los comentarios abiertos se desprende la dificultad de verificar la conformidad y la eficacia real de estos criterios.

8. INNOVACIÓN

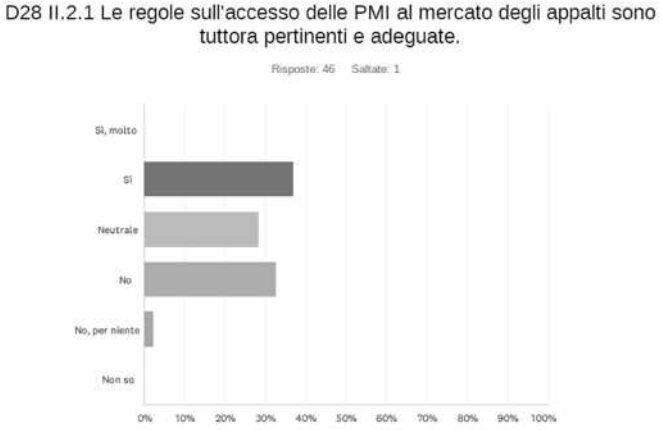
En cuanto a la innovación, solo el 30 % considera que las directivas han promovido efectivamente soluciones innovadoras en los procedimientos de contratación.

Al respecto, se señala que la asociación para la innovación y el diálogo competitivo son mecanismos poco utilizados, debido, entre otras cosas, a: la complejidad contractual y organizativa, incertidumbres sobre la propiedad intelectual, falta de competencias específicas en las entidades contratantes, temor a impugnaciones por «excesiva discrecionalidad» y resistencia a experimentar métodos de compra que se alejan de los esquemas tradicionales.



9. ACCESO DE LAS PYMES Y COMPETENCIA

Más del 56 % afirma que el nivel de competencia garantizado por las directivas es elevado, aunque, en respuesta a otra pregunta, se pone de manifiesto que las pymes siguen encontrando barreras significativas, en particular en lo que respecta a: requisitos de capacidad técnica y financiera demasiado exigentes, escasa tendencia a dividir los contratos en lotes, y procedimientos largos y costosos desde el punto de vista documental.



En los comentarios abiertos se propone llevar también el debate al ámbito de los contratos por debajo del umbral: no solo por el peso cuantitativo que estos tienen en el gasto público, sino sobre todo porque su gestión suele estar en manos de entidades con estructuras limitadas y niveles de profesionalización bajos. De ahí la invitación a identificar disposiciones que simplifiquen su actividad, especialmente en los «institutos fronterizos» entre contratos por encima y por debajo del umbral, así como en ciertos mecanismos procedimentales importantes, y que valoricen el papel de las pymes.

10. ANÁLISIS DE LAS RESPUESTAS POR CATEGORÍA

El párrafo presenta el análisis de las opiniones de las cuatro categorías de participantes. El estudio realizado puso de manifiesto algunos puntos de convergencia y divergencia.

I. Juristas académicos y magistrados (15 % de la muestra)

Se centran principalmente en la coherencia del marco normativo y en las perspectivas de mejora; al mismo tiempo, no faltan observaciones relativas a la interpretación de las normas. De las respuestas destacan algunos puntos relevantes:

— *la seguridad jurídica*. Una parte significativa aprecia que las directivas actuales han proporcionado un marco de referencia más claro que el de las directivas anteriores (2004/17/CE y 2004/18/CE); no obstante, se señala que persisten diferencias notables en la transposición nacional, lo que plantea problemas para una aplicación uniforme entre Estados miembros y podría dar lugar a litigios ante los tribunales;

— *la integración con los principios de la UE*. El grupo valora especialmente el impulso que han dado las directivas a la transparencia, el nivel de competencia, la adecuación de las normas sobre integridad y la coherencia del marco normativo;

— *las dificultades en la fase de ejecución*. Muchos integrantes de esta categoría subrayan la necesidad de reforzar el vínculo entre la fase de adjudicación y la fase de ejecución del contrato. Señalan que las directivas actuales se centran principalmente en los procedimientos de licitación, descuidando la fase de ejecución.

II. Abogados y otros profesionales (40 % de la muestra)

Este grupo —el más numeroso— incluye asesores legales, contables, ingenieros y arquitectos que asisten a empresas o administraciones en procedimientos de contratación. Su perspectiva está profundamente enraizada en la operatividad cotidiana y en los aspectos técnicos de los procedimientos. A continuación, los puntos clave identificados:

— *digitalización aún ineficaz*. La crítica más frecuente se refiere al eProcurement, considerado válido en teoría pero poco integrado con otros sistemas de verificación (bases de datos nacionales, plataformas, etc.). Los abogados critican que la carga documental sigue siendo pesada y, en algunos casos, duplicada;

— *exceso de formalismo*. Muchos profesionales expresan preocupación por el riesgo de exclusión debido a errores formales. Consideran que esto se debe a una transposición nacional excesivamente burocratizada, que reduce el potencial simplificador de las directivas;

— *corrupción e influencias políticas*. Aunque las normas sobre transparencia se han reforzado, algunos profesionales sostienen que la corrupción no se combate solo con normas más estrictas, sino con controles eficaces y una cultura de la legalidad. En general, prevalece el escepticismo respecto a que unas normas más rigurosas sean suficientes para frenar las influencias ilícitas, especialmente en la fase de diseño y definición de requisitos.

III. . Entidades adjudicadoras (36 % de la muestra)

Este grupo incluye a los actores públicos encargados de gestionar las licitaciones. La muestra recoge tanto grandes entidades centrales (ministerios, agencias nacionales) como administraciones locales y empresas municipales. Las opiniones expresadas se centran principalmente en:

— *relación calidad/precio*. Muchas entidades reconocen que las directivas, en teoría, promueven el uso de criterios cualitativos; sin embargo, una parte significativa sigue optando por el precio más bajo, por facilidad de gestión y por miedo a litigios relacionados con la discrecionalidad en la evaluación de la calidad;

— *profesionalización*. Muchos responsables del procedimiento y funcionarios se quejan de una falta de formación y de una elevada carga de trabajo. Esto dificulta la aplicación de procedimientos

innovadores como el diálogo competitivo o la asociación para la innovación;

— *flexibilidad*. Las entidades adjudicadoras más grandes muestran mayor soltura en la gestión de procedimientos flexibles, mientras que las medianas y pequeñas se sienten menos seguras a la hora de alejarse de los procedimientos estándar, por temor a cometer errores procedimentales.

IV. Operadores económicos (8-9 % de la muestra)

Es el grupo más heterogéneo, ya que incluye tanto pymes como grandes grupos empresariales, y también el que cuenta con menos participantes en la consulta. Aunque las posiciones varían en función del tamaño de la empresa, existen algunos elementos comunes. Los temas principales identificados son:

— *acceso a las licitaciones y división en lotes*. Las pequeñas empresas reconocen que las directivas permiten dividir los contratos en lotes, lo que facilita la participación de las pymes. Sin embargo, en la práctica, esta división no se utiliza con la frecuencia necesaria, lo que penaliza la competencia;

— *complejidad documental*. Otras empresas se quejan del aumento de las certificaciones y requisitos formales, en parte debido a los Criterios Ambientales Mínimos (CAM) y a las normas sociales, que pueden traducirse en costes adicionales difíciles de asumir.

— *innovación*. Algunas empresas —especialmente en el sector tecnológico— valoran positivamente la posibilidad de participar en asociaciones para la innovación, pero critican la escasa predisposición de las entidades adjudicadoras a utilizar procedimientos complejos y la falta de claridad sobre la propiedad intelectual derivada.

Todas las categorías coinciden en señalar que el marco normativo nacional no facilita la consecución de los objetivos de simplificación y flexibilidad establecidos por las directivas europeas, debido a su complejidad y exceso de formalismo.

En cuanto a la digitalización: aunque hay una valoración positiva general de las herramientas en línea, persisten dudas sobre su utilidad real si no se supera la duplicación de procedimientos en papel y digitales.

En cuanto a los contratos verdes y sociales: todos reconocen el impulso de las directivas hacia la sostenibilidad; sin embargo, los costes y requisitos adicionales generan problemas, especialmente para las pymes.

En cuanto a la lucha contra la corrupción: magistrados y juristas académicos perciben una mejora general, mientras que abogados y empresas son más escépticos, alegando que la corrupción persiste en mecanismos que las directivas no han abordado plenamente.

IV. ALGUNAS INDICACIONES PARA LA FUTURA REVISIÓN DE NORMAS

1. ARMONIZACIÓN DE LAS NORMAS Y LOS ESTÁNDARES DIGITALES

Las diferentes soluciones normativas entre los Estados miembros representan un punto crítico. La fase de revisión de las directivas debería centrarse en la elaboración de estándares europeos para la digitalización y en el monitoreo del mercado de contratos públicos, también con el fin de reducir las incertidumbres interpretativas.

- Garantizar una mayor uniformidad jurídica, también en la fase de ejecución de los contratos.
- Ampliar el ámbito de aplicación de las normas de la UE en el umbral inferior.
- Formalizar en la normativa de la UE conceptos relevantes para los objetivos de las políticas comunes (por ejemplo, «interés transfronterizo cierto», «cláusula de prelación», «negociación privada»).
- Reducir la estratificación normativa, también mediante formas de reorganización y coordinación de las normas sectoriales (contratos verdes, instrumentos de defensa comercial, descarbonización) que integran la legislación europea sobre contratos públicos
- Incentivar plataformas integradas e interoperables a nivel de la UE.
- Promover bases de datos unificadas.

2. FORMACIÓN Y PROFESIONALIZACIÓN DE LAS ENTIDADES ADJUDICADORAS

Para aprovechar adecuadamente las potencialidades de las normas europeas, es necesario garantizar una mayor competencia de las entidades

adjudicadoras. Esto es especialmente relevante para procedimientos innovadores como la asociación para la innovación, así como para la correcta aplicación de los criterios ambientales y sociales.

— Potenciar el apoyo europeo para la realización de programas de formación con recursos dedicados.

— Promover el «marco común de competencias para los profesionales de los contratos públicos» (ProcurCompEU).

3. SIMPLIFICACIÓN BUROCRÁTICA Y REDUCCIÓN DE CARGAS FORMALES

A pesar de los objetivos de simplificación de los procedimientos, muchos participantes lamentan el aumento de la complejidad.

— Revisar los requisitos documentales y valorar las formas de verificación automatizadas.

— Regular la exclusión automática, ya prevista en muchos ordenamientos de los Estados miembros.

— Favorecer el paso efectivo a la digitalización.

4. PROMOCIÓN DE LA INNOVACIÓN

El porcentaje de sujetos que consideran que las directivas son efectivas para promover la innovación es bastante bajo (28,9%). La experiencia demuestra que la creación de procedimientos como el diálogo competitivo o las asociaciones para la innovación requiere un esfuerzo considerable de diseño y gestión, no siempre sostenible por las administraciones.

— Publicar guías sobre propiedad intelectual y reparto de riesgos.

— Promover mecanismos de tutoría o asesoría técnica.

— Introducir incentivos económicos para las entidades adjudicadoras que opten por estos procedimientos.

5. CONTRATOS VERDES Y SOCIALMENTE RESPONSABLES

La sostenibilidad ambiental y social representa una de las novedades más ambiciosas de las directivas, en línea con la estrategia europea de desarrollo sostenible. De la consulta emerge un apoyo generalizado a los crite-

rios verdes y sociales, pero también la preocupación de que puedan aumentar los costos y la complejidad.

- Garantizar que los CAM (Criterios Ambientales Mínimos) sean proporcionales a los tipos de licitación, evitando imponer cargas insostenibles.
- Identificar esquemas de certificación creíbles y controles incisivos sobre los sujetos que otorgan dichas certificaciones (en particular, con respecto a las emisiones de CO_2).
- Favorecer la aplicación de cláusulas sociales de manera más flexible, integrando también parámetros de equidad salarial, inclusión de categorías desfavorecidas y paridad de género.

6. APOYO A LAS PYME

Un aspecto crucial para el mercado de los contratos públicos es el papel de las pequeñas y medianas empresas, que a menudo se encuentran en una posición desfavorecida en los concursos.

- Reforzar el uso de la subdivisión en lotes.
- Permitir procedimientos de licitación reservados (aunque solo parcialmente) para las PYME.
- Permitir premios para los proveedores locales.
- Monitorear la participación en las licitaciones y la adjudicación de contratos a las PYME.

7. TRANSPARENCIA Y ANTICORRUPCIÓN

Las normas introducidas por las directivas refuerzan la transparencia y tienden a prevenir conductas corruptas. Sin embargo, los participantes subrayan que estas reglas no siempre son suficientes, ya que, muchas veces, la corrupción se da en la fase de programación de las compras o en la fase de ejecución.

- Establecer/reforzar reglas para compartir datos e información sobre los contratos públicos de todos los Estados miembros.
- Reforzar las formas de monitoreo y los controles cruzados entre las autoridades de supervisión.
- Definir métodos de protección de los sistemas de denuncia de irregularidades (*whistleblowing*).

8. EMERGENCIAS Y SEGURIDAD DE LOS SUMINISTROS

El reciente pasado ha mostrado la importancia de contar con herramientas rápidas para la compra de bienes y servicios esenciales. Muchos participantes observan que las directivas ya prevén excepciones para emergencias, pero que, a menudo, la burocracia impide hacer uso de ellas de manera oportuna.

— Definir con mayor claridad los márgenes de derogación aplicables a situaciones de crisis/emergencia.

— Definir mecanismos de compra centralizada para categorías específicas de bienes estratégicos (por ejemplo, en el sector sanitario).

V. CAMBIOS EN CURSO DEL CONTEXTO

El último trienio ha estado marcado por numerosas iniciativas legislativas de la UE que han tenido un impacto significativo en el derecho europeo de los contratos públicos. Estas iniciativas se desarrollan a lo largo de dos ejes principales, que deben considerarse cuidadosamente en la fase de reforma del marco normativo[16].

1. PERSPECTIVAS EN MATERIA DE «AUTONOMÍA ESTRATÉGICA ABIERTA»

El primer eje remite a la renovación de la estrategia y de la política comercial europea en un contexto internacional sacudido por tensiones que lo hacen cada vez más multipolar y competitivo.

La renovación afecta a la normativa sobre contratos públicos, una vía importante para el acceso al mercado europeo de empresas, bienes y servicios

16. Véase recientemente W.A. Janssen, *The Coherence of Public Procurement Legislation in the European Union*, cit. El estudio confirma que la materia de los contratos públicos ya no está regulada únicamente por las directivas sobre contratación pública: la legislación europea en este ámbito incluye otras 62 directivas y reglamentos de la UE y analiza cómo estos nuevos instrumentos jurídicos interactúan con las directivas sobre contratación pública. En concreto, el estudio divide estos nuevos instrumentos jurídicos en dos categorías: las normas relativas a la contratación pública ecológica y social y las normas relativas al comercio y la industria. Estos actos legislativos sectoriales incluyen un número limitado de disposiciones en materia de contratación pública en un contexto legislativo más amplio, no relacionado con la contratación pública, que se refiere a la consecución de objetivos medioambientales, sociales y comerciales. Este tipo de fragmentación, advierte el estudio, puede dar lugar a normas ineficaces, poco claras o incluso contradictorias entre sí, por lo que, en el proceso de revisión del marco normativo, es necesario realizar un esfuerzo («un enfoque ómnibus») para superar las incoherencias y definir un conjunto coordinado entre todos los instrumentos legislativos implicados.

procedentes de terceros países y, recíprocamente, para el acceso a los mercados de dichos países por parte de empresas, bienes y servicios de la UE.

El acceso al mercado europeo está en el centro de la estrategia comercial. Las novedades consisten en la introducción de una serie de condicionalidades (para acceder al mercado) basadas en el respeto de valores, intereses y objetivos propios del sistema europeo, con referencia a temas como el crecimiento sostenible, la mitigación de las dependencias, el respeto de los derechos fundamentales, el Estado de derecho, la apertura a la cooperación internacional y las garantías de reciprocidad.

El acceso al mercado se configura, por tanto, como una potente palanca de negociación equilibrada por condicionalidades y garantías de reciprocidad establecidas por la UE, mediante nuevas soluciones de *hard law* (reglamentos y directivas) que la Comisión Europea califica como instrumentos de defensa comercial[17].

2. PERSPECTIVAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD

El segundo eje se refiere a las decisiones del legislador europeo para orientar el mercado de los contratos públicos en apoyo de los objetivos de desarrollo sostenible.

Hasta ahora, el derecho europeo de los contratos públicos ha permitido una sostenibilidad activable principalmente de forma discrecional, en su mayoría por administraciones de gran tamaño y con personal altamente cualificado.

Este contexto está atravesando una fase de profundos cambios: nos encontramos en medio de un verdadero *tsunami* normativo —impulsado por el *Pacto Verde Europeo*, el *Plan de Inversiones para una Europa Sostenible*, el *Plan de Acción de la UE para la Economía Circular* y ahora el *Pacto por una Industria Limpia*— que prevé la introducción sistemática a nivel europeo de la obligación de contratos públicos con criterios verdes mínimos, en relación con productos y servicios clave para los objetivos climáticos y de economía circular.

El legislador europeo está introduciendo, por tanto, disposiciones obligatorias en diversas iniciativas sectoriales, lo que cambia el enfoque de la regulación de los contratos públicos sostenibles. Esto hace que el panorama

17. Véase M. Cozzio, *La nueva política comercial de la Unión Europea (UE) y sus efectos en la contratación pública internacional*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2024, 1, pp. 283-301; también J. M. Gimeno Feliu, *Hacia una nueva contratación pública en clave geoestratégica: la brújula de la competitividad en Europa al servicio de las políticas públicas*, cit., 2025.

jurídico sea más complejo, con un conjunto de normas relevantes situadas fuera de las directivas sobre contratos públicos.

Las nuevas obligaciones reflejan también un cambio significativo en el perímetro de la normativa europea: si antes regulaba principalmente las modalidades de ejecución de los procedimientos (es decir, cómo comprar), ahora configura un derecho más sustancial que interviene en lo que se debe comprar[18].

VI. ¿QUÉ PERSPECTIVAS?

A la luz de los cambios en curso en el contexto europeo e internacional, es natural preguntarse si las iniciativas europeas seguirán orientándose hacia los objetivos anteriormente mencionados.

No puede ocultarse, de hecho, que desde enero de 2025 las políticas promovidas por el nuevo Presidente de los Estados Unidos están replanteando temas y soluciones que hasta hace poco parecían consolidados, generando dudas y debates en todo el mundo.

Es cierto que las últimas iniciativas presentadas por la Comisión Europea el 26 de febrero de 2025 (véanse los *Paquetes Ómnibus I*[19] y *II*[20] y el *Plan*

18. Vease J. Pernas Garcia, M. Cozzio, *Il contributo delle politiche europee in tema di transizione verde alla formazione di un nuovo diritto sostanziale degli appalti pubblici*, en *Riv. Trim. App.*, 2023, 4, 1521-1534; también M. Cozzio, E. Caruso, Contratación pública sostenible: entre el derecho europeo y el nuevo código italiano, en *FORO Revista de Derecho*, 2025, 27-45, número especial dedicado al tema *Contratación pública estratégica, social, ambiental y económicamente responsable*; X. Lazo Vitoria, *El desafío regulatorio de la contratación pública ecológica en el marco del «europa choice» y en un contexto internacional cambiante*, nel numero speciale della rivista *Actualidad Juridica ambiental*, 2025, nr. 155/2, que recoge los Actos del IV Congreso Internacional Compra Pública Verde y Cambio Climático, celebrado el 2 y 3 de octubre de 2024 en la Universidad de Alcalá.

19. El denominado *Paquete Omnibus I* recoge las siguientes medidas: (i) la Directiva (UE) 2025/794 de 14 de abril de 2025 *por la que se modifican las Directivas (UE) 2022/2464 y (UE) 2024/1760 en lo que respecta a las fechas a partir de las cuales los Estados miembros deben aplicar determinados requisitos de presentación de información sobre sostenibilidad y de diligencia debida por parte de las empresas*; (ii) la propuesta de directiva que *modifica las directivas 2006/43/CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 y (UE) 2024/1760 en lo que respecta a ciertos requisitos relacionados con la información sobre sostenibilidad corporativa y el deber de diligencia de las empresas en materia de sostenibilidad*, COM(2025) 81 final; (iii) el Reglamento (UE) 2025/2083 de 8 de octubre de 2025 *por el que se modifica el Reglamento (UE) 2023/956 en lo que respecta a la simplificación y el refuerzo del Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono*.

20. El denominado *Paquete Omnibus II* recoge las medidas contenidas en la propuesta de reglamento que *modifica los Reglamentos (UE) 2015/1017, (UE) 2021/523, (UE) 2021/695*

Estratégico para una Industria Limpia[21]) confirman que la sostenibilidad sigue siendo prioritaria en la agenda política y económica de la Unión.

Sin embargo, debe reconocerse que muchas de las medidas contenidas en los Paquetes Ómnibus I y II demuestran la voluntad del legislador de la UE de flexibilizar las políticas en materia de descarbonización y sostenibilidad, en favor de otras centradas exclusivamente en el apoyo a la competitividad de las empresas.

Estas incertidumbres emergentes también se reflejan en los documentos que se están preparando para debatir la reforma de las normas europeas en materia de contratos públicos y concesiones.

Cabe mencionar la *Resolución sobre la contratación pública* (ref. 2024/2103/INI), aprobada por amplia mayoría (432 votos a favor, 95 en contra y 124 abstenciones) por el Pleno del Parlamento Europeo reunido en Estrasburgo el 9 de septiembre de 2025.

La Resolución es un documento político en el que el Parlamento de la UE indica al Consejo y a la Comisión Europea su posición con respecto a los objetivos y prioridades que deberían inspirar la reforma de la normativa sobre contratos públicos. En este sentido, se esperaba que la Resolución del Parlamento Europeo «marcara el rumbo» de las decisiones que caracterizarán la futura normativa. Sin embargo, la lectura de la Resolución revela un panorama diferente.

El texto aprobado en el Pleno se asemeja más a una larga y variada lista de deseos expresados por las fuerzas políticas que a un documento de orientación capaz de esbozar los principios y criterios rectores para la elaboración de nuevas normas.

El texto final parece ser el resultado de un compromiso funcional para la búsqueda de un amplio consenso más que para la definición de opciones normativas sustantivas. No en vano, la Resolución fue aprobada por una amplia mayoría, pero solo después de que su contenido inicial fuera profundamente modificado por más de 800 enmiendas presentadas durante el proceso de aprobación.

---

y (UE) 2021/1153 en lo que respecta al aumento de la eficiencia de la garantía de la Unión conforme al Reglamento (UE) 2021/523 y la simplificación de los requisitos de información, COM(2025) 84 final.

21. Véase Comisión Europea, *Pacto por una Industria Limpia...*, cit.

No se puede decir que la Resolución sea incompleta: se examina toda la normativa sobre contratos públicos, pero lo que destaca no son tanto las novedades como las posiciones contradictorias y difícilmente conciliables.

La diversidad de orientaciones se aprecia no solo en los aspectos micro, relativos a la definición de normas y soluciones individuales, sino también en los aspectos macro, relativos a la configuración del sistema.

La falta de visiones compartidas se hace evidente tan pronto como se pasa a definir soluciones más específicas. De hecho, prevalecen las divergencias: sobre cuán obligatorios deben ser los criterios; sobre cuán rígida debe ser la preferencia europea; sobre cuánto espacio se debe dejar a los Estados miembros para las decisiones nacionales; sobre cuánto deben simplificarse los instrumentos para la transparencia y la integridad.

El debate en el Pleno, previo a la votación de la Resolución, también demuestra lo fragmentada que sigue estando la posición de las distintas fuerzas políticas sobre los puntos centrales de la normativa. Todo ello hace pensar que solo estamos al comienzo de la fase de debate y confrontación sobre los temas y las decisiones que orientarán la reforma de las normas europeas.

En esta fase de construcción de una visión común renovada sobre las normas europeas en materia de contratación pública, podemos señalar tres líneas de acción.

La primera va en la dirección de alimentar el debate sobre estos temas tanto a nivel supranacional como nacional, con el fin de hacer emerger y canalizar visiones, prioridades y soluciones. No se trata solo de una cuestión de oportunidad para ejercer presión en la fase ascendente de la elaboración de las normas, sino de la capacidad de representar posiciones y propuestas para mejorar e influir en la calidad de la futura legislación. En el debate debe destacarse el papel que pueden y deben desempeñar las empresas en el apoyo a determinadas visiones, políticas y soluciones, que no deben ser expresión de intereses particulares, sino que deben contribuir a mejorar la calidad del marco normativo.

La segunda línea de acción requiere acelerar el proceso de reforma de las normas europeas. La Comisión Europea tiene previsto publicar las propuestas de nuevas normas en el último trimestre de 2026, a lo que seguirá el proceso de aprobación (1-2 años) y el posible período de transposición a las legislaciones de los Estados miembros (1-2 años).

Se trata de plazos razonables en el marco de un proceso ordinario de revisión normativa europeo, especialmente en lo que se refiere al impor-

tante tema de los contratos públicos. Sin embargo, son plazos que no parecen tener en cuenta las necesidades actuales del contexto, que plantea retos urgentes para la economía europea.

En este sentido, es más oportuno que nunca adelantar los plazos.

Esta es también la indicación formulada por Mario Draghi en su intervención en la conferencia de alto nivel organizada por la Comisión Europea en Bruselas el pasado 16 de septiembre de 2025: «En el ámbito de la regulación, la Unión debe actuar con mayor rapidez y decisión [...] demostrando que sabe adaptarse a un panorama en rápida evolución».

En algunos ámbitos cruciales, recuerda Draghi, se necesitan reformas profundas (de competencias, procesos de toma de decisiones y financiación) que requieren tiempo, «un tiempo», observa, «que quizá no tengamos».

La contratación pública es uno de los ámbitos cruciales: «es la herramienta más poderosa para crear mercados», concluye Draghi, que invita a los Estados miembros a la cohesión: «el éxito dependerá de la armonización entre los Estados (empezando por la armonización de las normas, nota del editor), sin la cual la contratación pública corre el riesgo de caer en el proteccionismo nacional y no garantizar la escalabilidad necesaria».

Por último, no hay que olvidar que estamos viviendo una fase de cambios tan profundos como tumultuosos. Por un lado, asistimos a decisiones imprevistas en materia de sostenibilidad, comercio internacional y, en general, en el ámbito de la política exterior, que están redefiniendo equilibrios consolidados. Por otro lado, están surgiendo nuevas alianzas entre Estados como alternativas para la cooperación internacional y la gobernanza global.

Se trata de cambios profundos que, como hemos recordado, están llevando a la UE a revisar las prioridades y los objetivos de sus políticas, con consecuencias también para los contratos públicos.

Las nuevas normas europeas, tanto las ya adoptadas como las que se están preparando, parecen orientarse hacia nuevas palabras clave: defensa comercial, seguridad económica, resiliencia estratégica, autonomía estratégica, preferencia por los bienes y servicios europeos.

Es bastante evidente que la aplicación concreta de los conceptos subyacentes a estas nuevas palabras clave pone en tela de juicio muchos de los principios tradicionales del mercado europeo de la contratación pública, históricamente basado en la apertura, la transparencia y la competencia leal.

II

Sujetos que participan en la contratación pública, protección de la competencia y elementos clave

5

Indemnización a los licitadores perjudicados por las actuaciones de los tribunales de recursos contractuales: vías para hacer valer el derecho al resarcimiento

Gerardo García Álvarez
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Zaragoza (España)

SUMARIO: I. CARACTERIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES. II. LOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLES A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ESPAÑOLAS. III. RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR LA ANULACIÓN DE LA RESOLUCIÓN ESTIMATORIA DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES. *1. Posibles hechos dañosos que hacen surgir la responsabilidad.* A) Retraso en la resolución del recurso especial. B) Anulación judicial de la resolución del tribunal de contratos: ¿es preciso un error cualificado? *2. Ejercicio de la acción de responsabilidad. 3. Legitimación.* A) Legitimación activa. B) Legitimación pasiva. a) Responsabilidad de la Administración contratante. b) Responsabilidad de la Administración pública a la que se adscribe el tribunal contractual. *4. Ejercicio de la acción de responsabilidad con posterioridad a la anulación de la decisión estimatoria del tribunal de recursos contractuales: la STSJ de País Vasco de 31 de enero de 2023.* 4.1. Lesión indemnizable. 4.2. Conceptos indemnizables: inclusión del beneficio industrial, exclusión de los gastos generales. IV. UN FUNDAMENTO ALTERNATIVO DE LA INDEMNIZACIÓN: LA INEJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA CONTENCIOSO-ADMI-

NISTRATIVA DE CONDENA. STS 267/2025, DE 11 DE MARZO DE 2025, CONDENA A LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE. V. CONCLUSIONES.

I. CARACTERIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES

Los tribunales de recursos contractuales han marcado un antes y un después en la aplicación de la legislación española de contratos públicos. Antes de su creación se recurría poco y el recurso era poco efectivo: una jurisdicción contencioso-administrativa poco acostumbrada a recursos en esta materia y, por tanto, poco familiarizada con la compleja legislación de contratación pública tendía a una deferencia excesiva con la Administración, lo que a su vez contribuía a que se recurriese menos. Ese panorama cambiaría a raíz de la promulgación de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras. Como se recordaba en la parte expositiva de la Ley, la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, había modificado sustancialmente las Directivas 89/665/CEE, de 21 de diciembre y 92/13/CEE de 25 de febrero, que regulaban los recursos en materia de contratación tanto con referencia a los contratos del Sector Público, como con respecto de los que celebren las entidades contratantes en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Con esa reforma se buscó reforzar los efectos del recurso que puedan interponer candidatos y licitadores que intervengan en los procedimientos de adjudicación, «contando con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz». Con esa finalidad, en la Directiva se preveían medidas como la suspensión del acuerdo de adjudicación hasta que transcurra un plazo suficiente para que los interesados puedan interponer sus recursos. También que la suspensión de los acuerdos de adjudicación se mantenga hasta que se resuelva sobre el fondo del recurso o, al menos, sobre el mantenimiento o no de la suspensión.

Los tribunales de recursos contractuales son órganos jurisdiccionales a efectos de la interposición de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea Puede recordarse que, entre otras, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015, asunto C-203/14, dictada en ocasión de la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic, se hizo un pleno

reconocimiento a los órganos y tribunales resolutorios de los recursos especiales de contratación pública como «órganos jurisdiccionales» en el sentido que a este concepto se le da en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de acuerdo con el cual, «[c]uando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo». Criterio confirmado en la sentencia de 20 de septiembre de 2018, Montte SL contra Musiken.

De acuerdo con el Derecho de la Unión Europea, los órganos de recursos contractuales tienen que tener unas garantías de profesionalidad, continuidad e independencia que los califican como órganos jurisdiccionales. Entre otras cosas, las decisiones de los órganos de recursos contractuales necesariamente ponen fin a la vía administrativa, sin que quepa contra sus decisiones recurso administrativo alguno, ni ordinario, ni extraordinario, ni revisión de oficio de sus actos, menos por otro órgano de la Administración pública en la que formalmente se incardinan, sin perjuicio del control pleno de sus decisiones por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo; pero no por la propia Administración Pública objeto de control. Es claro en este sentido el artículo 56 LCSP, que incorpora a nuestro ordenamiento interno las prescripciones del Derecho de la Unión Europea:

> «1. Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
>
> 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la resolución será directamente ejecutiva.
>
> 3. No procederá la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso. Tampoco estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control interno de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito.
>
> Los órganos competentes para la resolución del recurso podrán rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos, incluida la resolución del recurso».

En la ya citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015 se reconoce el carácter jurisdiccional en tanto estos tribunales tienen una específica regulación legal, carácter de órganos per-

manentes e independientes, por el carácter obligatorio de su jurisdicción y por el carácter contradictorio del procedimiento, además de estar sus resoluciones estrictamente dirigidas a la aplicación de normas jurídicas recordando el propio Tribunal de Justicia que ya se había pronunciado en este sentido en su anterior Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, Asunto C-54/96, sin que sea un obstáculo para su consideración como jurisdiccional el hecho que sea un órgano administrativo.

En este sentido es clave su independencia. Respecto al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, es definido como «órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias» (art. 45.1 LCSP). Independencia que se refuerza con la inamovilidad que deriva de la designación de sus miembros, que sólo podrán ser removidos de sus puestos por las causas legalmente previstas (art. 45.4 de la LCSP). Respecto a los órganos equivalentes que pueden crear las comunidades autónomas y determinadas entidades locales, aunque es cierto que la legislación básica estatal se expresa de un modo más amplio, se les exige también, en todo caso, que se trate de órganos independientes; añadiéndose que «[el] nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad» (art. 46.1 LCSP).

Teniendo en cuenta los datos anteriores, la STS de 23 de octubre de 2014 declaró:

> «Así, pues, la perspectiva desde la que debemos enjuiciar este litigio es la querida por los legisladores europeo y, en consonancia con él, español. Esto es, la de preservar la funcionalidad de este mecanismo de garantía prejudicial en el que, por los rasgos que definen legalmente al órgano que lo aplica y al procedimiento del que se sirve, concurre una *cualificada presunción de legalidad y acierto, superior, si se quiere, a la que con carácter general se predica de la actuación administrativa*» (fundamento jurídico sexto).

En todo caso, esa presunción a que hace referencia el Tribunal Supremo es una de las presunciones que los procesalistas denominan «de hombre» o «de experiencia», en el sentido de que procede de la propia experiencia del juez, no de una previsión normativa, por lo que puede variar si la apreciación de las cualidades profesionales de los miembros del tribunal de recursos contractuales varían.

Pese al carácter jurisdiccional de los tribunales de recursos contractuales desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, desde una perspec-

tiva de Derecho nacional, son órganos administrativos. En cuanto a su régimen interno, pueden destacarse algunos aspectos de su régimen jurídico:

— Órganos administrativos, aunque formados por especialistas cualificados y dotados de autonomía funcional.

— Carentes de personalidad jurídica.

— Adscritos a una Administración pública.

— sus decisiones no puede ser objeto de revisión de oficio de los actos administrativos

— No pueden ser parte demandada en un proceso contencioso-administrativo. Lo será la Administración a la que pertenezca el poder adjudicador, si la resolución del recurso ha sido desestimatoria; o la parte privada a la que favorece la resolución, si el recurso ha sido estimatorio. Aunque formalmente en la mayor parte de los casos sea un órgano de la Administración General del Estado o de la Administración de la Comunidad Autónoma, si la adjudicación o acto equivalente recurrido no es de un órgano de la propia Administración, el Abogado del Estado o el letrado de la Comunidad Autónoma no comparece para defender sus resoluciones.

— Sin embargo, la Administración contratante sí que puede impugnar sus decisiones, incluso si es la propia Administración a la que el tribunal contractual esté adscrito, en este caso sin necesidad de declaración de lesividad.

II. LOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLES A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ESPAÑOLAS

En los últimos treinta años se ha evolucionado de una dualidad de regímenes de responsabilidad de las Administraciones públicas, que podían ser civil o patrimonial (es decir, de Derecho público), a la unificación del régimen de la responsabilidad patrimonial. En la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 se estableció una dualidad de regímenes de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, según actuara en régimen de Derecho público o en relaciones de Derecho privado, además de reconocerse la posibilidad de exigir directamente por los ciudadanos la responsabilidad civil de los funcionarios, incluso por actuaciones realizadas en ejercicio de sus funciones públicas, cuando mediara dolo, culpa o negligencia grave, lo que dio lugar a una dualidad de jurisdicciones que a partir de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de

las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el legislador se ha empleado a fondo para reducir a un régimen unitario de responsabilidad patrimonial de Derecho público y competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En este sentido, el artículo 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP):

> «Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad».

Complementado por el artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ):

> «Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. [...].
>
> Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.
>
> También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas».

No obstante, cuando hablamos de responsabilidad «patrimonial» de la Administración, estamos hablando de un régimen específico de responsabilidad «civil extracontractual» aplicable a las entidades del sector público. La responsabilidad «contractual» de entes públicos y entidades del sector público tiene su propio régimen.

En cuanto a los criterios para la determinación de ante qué tipo de responsabilidad estamos, el Consejo de Estado señaló en su Dictamen 1703/2004, de 28 de octubre, que:

> «el mecanismo resarcitorio que prevén los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 puede tener su origen en cualquier tipo de actividad administrativa (actividades administrativas formales, actividades materiales e incluso la inactividad administrativa), *con la única excepción de la actividad contractual de la Administración*. La responsabilidad que eventualmente pudiera surgir para la Administración en el seno de una relación contractual en la que sea parte *podría ser exigida por la vía jurisdiccional correspondiente (contencioso-administrativa o civil, según la naturaleza del contrato en cuestión), pero no mediante el mencionado mecanismo de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992*».

En la Sentencia de 25 de julio de 2000, recurso núm. 368/1996, el Tribunal Supremo procedió a la delimitación de la responsabilidad patrimonial de la Administración respecto de la derivada de relaciones obligacionales, señalando que «siendo en realidad ambos tipos de responsabilidad claramente diferenciables en su naturaleza y régimen jurídico, pues como dice la Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1999, "la responsabilidad extracontractual supone la existencia de una determinada actividad administrativa que, incidentalmente, y al margen de cualquier relación jurídica previamente constituida, provoca unos daños a determinada persona que ésta no tiene el deber jurídico de soportar", mientras que *la responsabilidad contractual es la que deriva del incumplimiento —por una de las partes contratantes — de un deber estipulado en el contrato*». No es un pronunciamiento aislado, sino que en muchas otras sentencias el Tribunal Supremo ha incidido en las diferencias entre responsabilidad patrimonial y contractual, entre ellas en las sentencias de la Sala Tercera, sección quinta, de 21 de febrero de 2006, recurso núm. 959/2002 o de la sección séptima de 22 de mayo de 2012, recurso núm. 1638/2011.

En este último caso, puede ser un régimen privado, en el supuesto de contratos privados de la Administración, como son —entre otros— los suscritos por entidades del sector público constituidas con arreglo al Derecho privado: los efectos y extinción de esos contratos se rigen por el Derecho privado, con competencial del juez civil; también las consecuencias del incumplimiento por las partes del contrato.

Alternativamente, puede ser un régimen público, para el que no existe una regulación específica. Sin embargo, en tales casos hay un régimen disperso por la LCSP y su normativa de desarrollo, en que se regulan supuestos específicos y también un régimen específico del procedimiento, al que se

aplicarán las previsiones del art. 97 RCAP y la exigencia de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.

Cabe recordar que hay diferencias sustantivas y procedimentales en la regulación de los dos tipos de responsabilidad de las Administraciones públicas, contractual y patrimonial.

Con respecto a la responsabilidad contractual, en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) la responsabilidad contractual de la Administración no es objeto de una cláusula general, sino que se con-templa para supuestos concretos. Puede citarse la regulación del pago de intereses de demora y los costes de cobro, si el contratista ha presentado la factura debidamente y la Administración se demora en el cumplimiento de la obligación de abonar su precio (artículo 198.4 LCSP); la suspensión de la ejecución de los contratos, supuesto en que tiene que formalizarse un acta de suspensión (artículo 208); el exceso de mediciones (la variación que en una ejecución correcta de la obra se produzca en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto), siempre que, en global, no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio del contrato inicial (artículo 242.4, i) o, más genéricamente, el *incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato* que determine su resolución, con obligación de pagar los daños y perjuicios que por esta causa se irroguen al contratista (artículo 213.2).

Sobre la articulación procedimental de la responsabilidad contractual se ha ocupado el Consejo de Estado, entre otros, en los dictámenes 162/2016, de 7 de abril; 1041/2017, de 20 de octubre, y 337/2021, de 24 de junio, entre otros, en los que considera de aplicación el artículo 97 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), relativo a la resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos. Esta doctrina se recoge también en informes de órganos consultivos autonómicos, como los dictámenes núm. 106/2019, de 14 de octubre; 401/2020, de 22 de septiembre; 422/2020, de 29 de septiembre, y 57/2021, de 2 de febrero, de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid. Resumiendo esta posición, en el Dictamen 280/2022, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña se señala respecto al procedimiento del art. 97 RGLCAP lo siguiente:

> «El artículo 97 del Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, aprobado mediante el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), comentado por este órgano consultivo, en sede de interpretación contractual, entre otros, en los dictámenes 115/2022 y

> 164/2022, establece algunas reglas procedimentales aplicables en caso de que surjan incidencias entre la Administración y el contratista, en la ejecución del contrato, por diferencias en su interpretación o por la necesidad de modificar las condiciones contractuales. Para solucionar dichas incidencias hay que tramitar un expediente contradictorio, que debe incluir preceptivamente los siguientes trámites: incoación a propuesta de la Administración o a petición del contratista; audiencia del contratista; informe del servicio competente; informe, en su caso, de la asesoría jurídica; informe, si procede, de la intervención; resolución motivada del órgano que haya suscrito el contrato, y notificación al contratista de esta resolución. Se prevé un plazo de cinco días hábiles para realizar las actuaciones indicadas relativas al trámite de audiencia y los diversos informes».

Por el contrario, otros órganos consultivos han concluido que no existe un procedimiento específico normativamente previsto para tramitar las reclamaciones de responsabilidad contractual, de tal manera que consideran de aplicación las normas generales de procedimiento establecidas en la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común (en este sentido pueden citarse los dictámenes 244/2021, 632/2021, 52/2022 y 132/2022 del Consejo Consultivo de Andalucía).

En todo caso, se aplicará lo dispuesto en la disposición final cuarta, 2, LCSP, lo que comporta un silencio administrativo negativo:

> «En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, al ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, cumplimiento o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado esta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver».

A falta de plazo expreso, en virtud de la aplicación del art. 21.3 de la LPC como norma supletoria (disposición final cuarta, 1, LCSP), el procedimiento deberá ser resuelto y notificado en un plazo de tres meses.

La responsabilidad contractual de la Administración surge ante un daño generado al contratista por el incumplimiento de una obligación derivada del contrato. A diferencia de la responsabilidad patrimonial, que se basa en la existencia de un daño causado por la actuación de la Administración que sea real, efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que el interesado no tenga el deber de soportar, al margen de cualquier contrato, en el caso de la responsabilidad contractual el daño en que se fundamenta la reclamación es el incumplimiento de una obligación nacida de un contrato

entre la Ad-ministración contratante y la empresa contratista. Es por tanto necesario un incumplimiento objetivo para que pueda hablarse de responsabilidad contractual.

Hay casos ciertamente dudosos: la responsabilidad contractual se ha invocado con ocasión de acuerdos o encargos ilegales. El Consejo de Estado ha mantenido en múltiples dictámenes que la vía de la revisión de oficio es la más adecuada para satisfacer las deudas contraídas con el contratista por los servicios prestados en tales casos, singularmente en casos de contratación verbal (pueden citarse, entre otros, dictámenes 1724/2011, 1056/2019 y 86/2021). Sin embargo, el propio Consejo de Estado, particularmente en casos de prórrogas indebidas de contratos, ha acudido a la responsabilidad contractual en aplicación del artículo 191.3, c) de la LCSP, que somete a dictamen las «reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual» (entre otros, en los dictámenes 1035/2018 y 606/2020). No obstante, en tales casos también ha considerado en ocasiones la responsabilidad patrimonial (extracontractual) como adecuada para abonar al contratista los servicios prestados al amparo de una contratación irregular (dictámenes 363/2000, 1842/2007 y 841/2010).

En todos los casos anteriores, es preciso el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente. De aplicarse los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, preceptos correspondientes a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, la competencia del Consejo de Estado o del respectivo Consejo Consultivo, por aplicación del artículo 81.2 LPC, cuando la reclamación supere los 50 mil euros (o cantidad inferior dispuesta por el legislador regional). En el caso de responsabilidad patrimonial, la competencia deriva del artículo 191.3, c) LCSP, en el que se establece:

> «No obstante lo anterior, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación: [...] c) Las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros. Esta cuantía se podrá rebajar por la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma».

Cuando estemos ante una nulidad de los actos preparatorios del contrato —los relativos a la licitación y adjudicación— la responsabilidad es patrimonial, no contractual. Puede recordarse que en el artículo 42.1 de la LCSP, que regula los efectos de la declaración de nulidad de los actos pre-

paratorios de los contratos o de la adjudicación, se establece que cuando sea firme el contrato debe entrar en fase de liquidación y tiene que determinarse la eventual indemnización de daños y perjuicios a favor de la parte que los haya sufrido y a cargo de la parte que resulte culpable. Sin embargo, pese a su ubicación sistemática, en ese precepto no se está regulando una responsabilidad contractual de la Administración. Mediante Auto de 12 de febrero de 2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, el Tribunal Supremo admitió en casación la cuestión de «determinar si la declaración de nulidad de contratos celebrados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, constituye título jurídico para reclamar a la Administración —por vía de la responsabilidad patrimonial— el importe de las facturas emitidas y no pagadas por los servicios efectivamente prestados con base en los contratos declarados nulos, o, por el contrario, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual». Esta cuestión fue resuelta en la Sentencia 1555/2021, de 21 de diciembre, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección quinta), en los siguientes términos (FJ 5):

> «La declaración de nulidad de contratos celebrados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido constituye título jurídico para reclamar a la Administración —por vía de la responsabilidad patrimonial— el importe de las facturas emitidas y no pagadas por los servicios efectivamente prestados con base en los contratos declarados nulos; pero, aun en ese caso, solo procederá reconocer el derecho a la indemnización si se acreditare la concurrencia de los requisitos exigidos al efecto normativa y jurisprudencialmente *conforme al régimen jurídico propio de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, entre ellos, señaladamente, el de la antijuridicidad del daño*, esto es, que el particular no tenga el deber jurídico de soportar ese daño de acuerdo con Ley».

Dentro de este cuadro general la responsabilidad que puede derivar del funcionamiento de los tribunales administrativos de reclamaciones contractuales se encuadra en principio en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, que puede ser una responsabilidad por actos administrativos, cuando una resolución de un tribunal contractual sea anulada por el respectivo Tribunal Superior de Justicia o por la Audiencia Nacional, o una responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración pública (aunque el retraso se pueda manifestar en un acto administrativo tardío), cuando estemos ante supuestos de retrasos injustificados en la resolución del recurso especial.

III. RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR LA ANULACIÓN DE LA RESOLUCIÓN ESTIMATORIA DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES

En el marco descrito, se plantean no obstante problemas de diverso tipo, que van a examinarse a la vista de diversas sentencias de tribunales superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional e informes de órganos consultivos de las comunidades autónomas. Como ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en sentencia que se cita más adelante, se trata de un régimen bien conocido, pero de una regulación insuficiente.

1. POSIBLES HECHOS DAÑOSOS QUE HACEN SURGIR LA RESPONSABILIDAD

Como ya se ha dicho, los casos que se han producido hasta la fecha —dejando de lado por el momento la indemnización que pueda surgir de un incidente de ejecución en que se declare la imposibilidad de ejecución del fallo—, serán el retraso injustificado en la resolución del recurso y la anulación judicial de una resolución estimatoria del tribunal de recursos contractuales.

A) Retraso en la resolución del recurso especial

El plazo de resolución es de dos meses, de acuerdo con el artículo 57.4 LCSP, ahora bien, no se trata de un mero incumplimiento del plazo. ¿Cuándo el retraso en resolver un asunto es excesivo? Habrá que aplicar los criterios generales al caso concreto, en función de la existencia o no de circunstancias que conviertan el supuesto en especialmente complejo. Entre las circunstancias que «disculpen» el retraso no puede estar la insuficiencia de medios, puesto que esto se encuadraría en un funcionamiento anormal de la Administración.

En este sentido la Sentencia núm. 44/2017, de 24 de enero, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que se incide especialmente en la falta de dificultades específicas en el caso o de circunstancias que hubieran podido llevar a una suspensión del cómputo de los plazos para resolver.

La resolución impugnada ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi fue la Orden dictada el 29 de mayo de 2014 por el Departamento de Hacienda y Finanzas del Gobierno vasco que desestimaba la reclamación de responsabilidad patrimonial que se reclamaba en concepto de daños y perjuicios derivados de la demora en la eficacia de la adjudicación del contrato de servicios de transporte y asistencia a emer-

gencias sanitarias para la red de transporte sanitario urgente de la Comunidad Autónoma, originada por el retraso en la tramitación de los recursos interpuestos. De acuerdo con la sentencia:

> «[el OARC] Es un órgano jurisdiccional no judicial, no se integra en el Poder Judicial ni ejerce las funciones propias de éste, ni le resultan aplicables la LOPJ ni las leyes procesales más que, respecto de estas últimas, en cuanto afecte a la posible intervención en el proceso. Por lo tanto, no solo está vinculado por los plazos (art. 47 de la Ley 30-1992) sino también por la responsabilidad por los daños que su inobservancia puedan causar, entre otros la demora en la solución de los recursos que se le planteen, de hecho, ya antes apuntamos que la Ley 3-2011 determina la responsabilidad de la Administración por la demora en la adjudicación de contratos dando muestra con ello de la trascendencia que tiene el respeto a los mismos en esta materia en razón a los intereses públicos y en la misma medida económicos que están presentes en su desarrollo. Es cierto que el art. 63.3 de la Ley 30-1992 establece que el mero exceso en el plazo no implica la anulabilidad de la resolución pero igualmente lo es que el art. 139 de la misma nos dice que tanto el funcionamiento normal como el anormal de la Administración pueden dar lugar a la responsabilidad, en suma, el acto será válido pero sin perjuicio de la responsabilidad que pueda resultar, una y otra —validez y responsabilidad — son perfectamente compatibles; habrá que analizar si concurren los restantes presupuestos de la responsabilidad y esto lo haremos en un apartado posterior. Y si lo anterior, fundado no en disposiciones especiales sino en las generales del Derecho Administrativo, nos permite concluir como hemos hecho, más aún si acudimos a las que específicamente regulan los recursos especiales en materia de contratación, desde las Directivas a la legislación concreta que las transpone, pues si algo destaca en ellas es la necesidad de que las actuaciones se desenvuelvan con rapidez consciente de los enormes intereses económicos presentes».

B) Anulación judicial de la resolución del tribunal de contratos: ¿es preciso un error cualificado?

Los problemas se plantean no cuando un tribunal de recursos contractuales confirma erróneamente la resolución adoptada por la Administración contratante y posteriormente ambos —Administración contratante y tribunal contractual— son corregidos por una sentencia estimatoria, supuesto en el que los eventuales daños serán sin duda imputables a la Administración contratante. El problemático es el supuesto en el que el tribunal contractual estima el recurso, pero posteriormente el recurso contencioso-administrativo contra su decisión es estimado, volviéndose a la resolución original de la Administración contratante.

La primera cuestión que se plantea es sí el error de derecho que ha llevado a la anulación judicial tiene que ser un error especialmente cualificado o el mero hecho de la anulación sería título de imputación de la responsabilidad a la Administración, si se dan el resto de las circunstancias necesarias para apreciar la responsabilidad.

Un planteamiento alternativo de la misma cuestión es si el daño derivado de la anulación de una resolución es en sí mismo antijurídico, o existiría una obligación jurídica de soportar cuando se haya hecho una aplicación razonada y razonable del Derecho aplicable, aunque esta interpretación no haya prevalecido finalmente.

En el sentido de exigir un error grosero de apreciación se han pronunciado los órganos consultivos consultados con ocasión de procedimientos de responsabilidad patrimonial, es decir, el Consejo Consultivo de Aragón y la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña. El primero considera expresamente aplicable por analogía el régimen de la responsabilidad patrimonial del Poder Judicial por error judicial, exigiendo por tanto un carácter grosero, evidente del error que ha llevado a la anulación judicial. La segunda sigue el razonamiento anterior en cuanto a sus consecuencias, aunque no aplique con tanta rotundidad la analogía con el error judicial. En este sentido pueden recordarse los criterios establecidos por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en sentencias como la de 8 de febrero de 2021 (recurso núm. 9/2020):

> «La doctrina jurisprudencial consolidada, recogida, entre otras muchas, en reciente STS de 3 de diciembre de 2020 (recurso n.º 44/2019) viene declarando que el proceso por error judicial regulado en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como consecuencia del mandato contenido en el artículo 121 de la Constitucional no es una tercera instancia o casación encubierta "... en la que el recurrente pueda insistir, ante otro Tribunal, una vez más, en el criterio y posición que ya le fue desestimado y rechazado anteriormente", sino que éste sólo puede ser instado con éxito cuando el órgano judicial haya incurrido en una equivocación "... manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la Ley"».

En consecuencia:

> «...en relación con el error judicial en la interpretación o aplicación de la Ley, hemos señalado que sólo cabe su apreciación cuando el órgano judicial ha "actuado abiertamente fuera de los cauces legales", realizando una "aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido"».

Por el contrario:

> «No existe error judicial cuando el Tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica, ni cuando se trate de interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico o, dicho de otro modo, que no cabe atacar por este procedimiento excepcional conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales, dado que no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductores de un factor de desorden, originador del deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de declarar la culpabilidad del juzgador».

De seguirse esa posición, la responsabilidad por error aplicable a los tribunales contractuales resultaría rigurosamente excepcional. Sin embargo, esa posición tiene sentido cuando se trata de error judicial, porque se trata de impedir que esa vía de reclamación de responsabilidad se convierta en una instancia más de recurso contra las decisiones judiciales, resultando lógico que se enfatice su carácter excepcional.

Por otra parte, ni los tribunales superiores de justicia, ni la Audiencia Nacional, ni finalmente el Tribunal Supremo, se han planteado la cuestión en tales términos. Lo que sí se examina por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la Sentencia núm. 40/2023, de 31 de enero, es la aplicación de un *margen de tolerancia* en los casos de anulación de resoluciones de recursos.

A partir de esta formulación, la cuestión es: ¿existe un margen de tolerancia en el caso ilegalidades de carácter menor de los actos administrativos? La posición más ortodoxa niega la existencia de un margen de tolerancia: si como consecuencia de la anulación de un acto administrativo se dan los requisitos de daño efectivo y económicamente evaluable, existirá derecho a una indemnización.

Sin embargo, la jurisprudencia, en supuestos de anulación de anulación judicial de la denegación de autorizaciones administrativas de los tipos más diversos ha venido considerando que en determinados casos esa anulación judicial no es un hecho susceptible de generar responsabilidad patrimonial de la Administración. El razonamiento formal es que, dada la «estructura problemática de la ciencia del Derecho», determinados derechos que dependen de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados no preexisten a su reconocimiento administrativo y judicial. Por tanto, la necesidad de acudir al juez para obtener la autorización no generará derecho a indemnización cuando la denegación fuera motivada, «razonada y razonable».

Pueden ponerse como ejemplos la división de una casa unifamiliar en suelo del que se duda de su clasificación como urbano o no urbanizable o de la apertura directa de una farmacia en un «núcleo farmacéutico» cuyo reconocimiento se basa, no en estar a distancia del núcleo principal del municipio o en un accidente natural, sino en una calle ancha, con mucho tráfico y pocos semáforos.

Sin embargo, existe una clara matización en los casos de ejercicio de potestades discrecionales o aplicación de conceptos jurídicos indeterminados para autorizaciones o licencias. Pueden citarse en este sentido pronunciamientos como las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1996 (RJ 1996, 987), denegación de apertura de farmacia; de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8203), licencia de apertura de granja avícola; de 28 de junio de 1999 (RJ 1999, 7143), autorización de exhibición cinematográfica, etc.). Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores, como la STS de 17 de febrero de 2015, rec. 2335/2012, a propósito de la denegación de la autorización de una regulación de empleo[1].

Pese al razonamiento formal, lo que parece subyacer son razones de equidad: la interpretación dudosa, resuelta a favor del privado, resulta excesivo que además comporte una indemnización.

La aplicación de esa jurisprudencia al supuesto de la anulación del tribunal vasco de contratos es examinada por el Tribunal de Justicia, que no la rechaza como concepto, pero sí en su aplicación al caso concreto. El razonamiento sería que la necesidad de acudir al juez para obtener la adjudicación de un contrato a la que se tiene derecho no generaría derecho a indemnización si la exclusión por el tribunal de contratos fue razonada y razonable. No obstante, no deja de ser una extensión de una línea jurisprudencial que no se ha aplicado con anterioridad fuera del campo de las autorizaciones en sentido amplio, respecto a las que los tribunales contencioso-administrativos aplican criterios interpretativos *pro cives*, favoreciendo el desarrollo de actividades privadas cuando hay dudas interpretativas.

Ciertamente, hay supuestos específicos en que la doctrina se ha aplicado fuera de su ámbito tradicional, como la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, n.º 1445/2017, de 27 de septiembre, Rec. 1777/2016, a propósito de la anulación de una norma reglamentaria (dos últimos párrafos del

1. G. GARCÍA-ÁLVAREZ (2006): «La modulación de la responsabilidad de la Administración en determinados casos de ejercicio ilegal de potestades urbanísticas», Revista de Administración Pública núm. 169, pp. 157-188. Recientemente, G. DOMÉNECH PASCUAL (2022): «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales: A favor de la doctrina del margen de tolerancia», Revista de Administración Pública, núm. 219, pp. 59-106.

artículo 81 y del Anejo 19 de la Instrucción EHE-08, sobre hormigón estructural, regulada por el Real Decreto 1247/2008, de 18 de julio).

En todo caso, como apunta el profesor Alfredo Galán, en el caso de los tribunales de contratos parece existir una «deferencia judicial», dado su carácter imparcial y especializado, por lo que la anulación de sus decisiones no se produce sino en supuestos en que el error cometido aparece nítidamente ante el juez. Por consiguiente, no parece que la doctrina del «margen de tolerancia» vaya a encontrar aquí un campo fértil para arraigar[2].

2. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Se trata de una responsabilidad derivada de los actos administrativos, sea por su carácter extemporáneo o por su anulación. Por tanto, debe recordarse los previsto en el artículo 67.1 LPC:

> «[...] El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o *el acto que motive la indemnización* o se manifieste su efecto lesivo. [...]
>
> En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por *anulación* en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, *el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva*».

En el caso de una reclamación de responsabilidad patrimonial, la competencia para tramitar y resolver en el procedimiento de responsabilidad patrimonial no corresponde al tribunal de recursos contractuales, sino a la Administración pública a la que esté adscrito. El tribunal contractual es un órgano administrativo y carece de personalidad jurídica propia. Sus actos se imputan a la Administración pública a la que se adscribe, también a efectos de resolver sobre la existencia de responsabilidad.

No obstante, en la mayor parte de los casos, la pretensión de indemnización se acumula a la pretensión de anulación de la resolución del tribunal de recursos contractuales, como reconocimiento de una situación jurídica individualizada en lo que son recursos de plena jurisdicción. En este tipo de procesos, la pretensión de indemnización puede plantearse ante el tribunal contencioso-administrativo incluso si no se ha suscitado en vía administrativa (otra cosa son los supuestos en los que la indemnización se pretende como *alternativa* a la anulación, en cuyo caso sí es imprescindible su

2. A. GALÁN GALÁN: «Responsabilidad patrimonial por daños causados como consecuencia del funcionamiento de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales», Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local «Josep María Esquerda» 2024.

planteamiento previo en vía administrativa). En todo caso, la articulación como pretensión accesoria en procesos de plena jurisdicción en los que la acción principal es de anulación, ha condicionado procesalmente en ocasiones la resolución sobre el fondo.

3. LEGITIMACIÓN

A) Legitimación activa

La legitimación activa corresponde al perjudicado por la resolución anulada. Puede ser la empresa recurrente, que ha sido excluida indebidamente del procedimiento de licitación de un contrato a cuya adjudicación tenía derecho. ¿Puede ser también la Administración que se haya visto perjudicada como consecuencia de esa resolución? (aunque esta es una construcción de alcance teórico, porque de los casos examinados, en ninguno el sujeto que reclamaba la indemnización era una Administración pública).

Como es sabido, la legislación vigente se refiere a «los particulares» como sujeto del derecho a indemnización. En este sentido el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público:

> «Los *particulares* tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. [...]»

El mismo término utilizado en el artículo 106.2 de la Constitución:

> «Los *particulares*, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

El término se arrastra desde el artículo 121.1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa:

> «Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los *particulares* sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo».

Sin embargo, la jurisprudencia ha aclarado que la falta de referencias legales a los daños que pueda sufrir una Administración pública constituye una laguna del ordenamiento jurídico, que debe integrarse entendiendo subsumidos los distintos entes públicos de la Administración en la posibilidad de reclamar por los daños que hayan sufrido.

El Tribunal Supremo se pronunció expresamente en este sentido en la Sentencia de 14 de octubre de 1994 (recurso núm. 7318/1990 (RJ 1994, 8741), pudiendo citarse en el mismo sentido las sentencias de 8 de junio de 2000 (recurso contencioso-administrativo núm. 744/1996 (RJ 2000, 7383), y 26 de junio de 2001 (recurso de casación núm. 2616/1997 (RJ 2001, 6690), que se apoyan expresamente en la anterior.

B) Legitimación pasiva

Excluida una responsabilidad patrimonial del propio tribunal de recursos contractuales, dado que se trata de un órgano que carece de personalidad jurídica (y de presupuesto o patrimonio propio), se abren diversas posibilidades en cuanto al legitimado pasivamente en el ejercicio de la acción de responsabilidad.

En el caso más habitual, de una empresa que recurrió ante el tribunal administrativo de recursos contractuales y se benefició de su resolución al resultar como consecuencia adjudicataria del contrato —beneficio posteriormente demostrado ilegítimo—, cuando se declara la nulidad de esa resolución del tribunal contractual, esa adjudicación resulta ser contraria a derecho, lo que podría extenderse a los beneficios obtenidos por el recurrente y contratista transitorio (a veces, de facto definitivo, si cuando se declara la invalidez de la decisión del tribunal contractual, la ejecución del contrato ya ha concluido). Podría por tanto plantearse la responsabilidad de ese contratista transitorio e ilegítimo. Lo que ocurre es que la empresa recurrente está actuando en el ejercicio legítimo de un derecho y se le aplica un régimen de responsabilidad extracontractual de Derecho privado, es decir, por dolo, culpa o negligencia.

Podría plantearse también que fuera la Administración contratante, en la medida en que acordó la adjudicación del contrato —cierto que una orden del tribunal administrativo de recursos contractuales— a quien ha resultado no tener derecho a ello, beneficiándose de la prestación realizada por ese contratista a la postre ilegítimo. En este sentido, puede recordarse que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es objetiva.

Finalmente, podría considerarse responsable a la Administración a la que está adscrito el tribunal administrativo de recursos contractuales, precisamente por razón de esa adscripción: de acuerdo con la teoría del órgano, sus actos y las consecuencias de sus actos se imputan a la persona jurídica a la que pertenece o en la que se integra.

En el artículo 21.3 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), al regular la legitimación de las partes en el proceso contencioso-administrativo, niega que el tribunal administrativo de recursos contractuales pueda tener la consideración de parte demandada:

> «En los recursos contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público los citados órganos no tendrán la consideración de parte demandada, siéndolo las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49».

El artículo 49 LJCA regula el emplazamiento de los demandados. En consecuencia, de acuerdo con este precepto legal, en estos supuestos serán parte demandada «las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto».

En consecuencia, cuando la decisión de la Administración contratante haya sido confirmada por el tribunal contractual, será ésta la que ostentará la consideración de demandada. Por el contrario, si esa decisión ha sido anulada, será el recurrente que se haya visto favorecido por esa anulación, pasando a ser adjudicatario, quien tendrá la consideración de parte demandada.

La Administración Pública a la que se adscribe el tribunal contractual no es por ese hecho parte demandada: el Abogado del Estado o el Letrado de la Comunidad Autónoma no comparecen para defender la legalidad del acuerdo adoptado. Esto queda en manos de la Administración contratista o, lo que resulta un tanto extraño, en manos de una parte privada, por el hecho de haber sido favorecida por la resolución —el acto administrativo — emanado del tribunal contractual.

a) Responsabilidad de la Administración contratante

Aunque pueda parecer contraintuitivo en un primer momento, hay casos en los que la Administración contratante, cuya decisión había sido anulada por el tribunal contractual pero posteriormente ha sido restaurada

por un tribunal contencioso-administrativo, ha sido considerada responsable de indemnizar al frustrado o tardío contratista legítimo conforme al régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

En este sentido, la Sentencia de 24 de julio de 2019, de la Audiencia Nacional. Lo discutido era la adjudicación por el Instituto Nacional de Artes Escénicas y de la Música (INAEM) de un contrato de servicios de publicidad de sus actividades durante la temporada 2016-2017. El segundo clasificado recurrió ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que anula la adjudicación en octubre de 2016. La adjudicataria original, perjudicada por el acuerdo del TACRC, recurrió a la Audiencia Nacional, que estimó el recurso mediante la citada Sentencia de 24 de julio de 2019, es decir, mucho después de expirado el plazo del contrato recurrido. Aparece como demandado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y también comparece como parte demandada la Administración General del Estado. En la Sentencia se reprocha al Abogado del Estado que haya «eludido expresamente su personación, sin que lo hiciera, por tanto, en representación del INAEM, que era la Administración contratante; y habiendo hecho lo propio la referida mercantil [la segunda clasificada que recurrió ante el tribunal contractual y terminó ejecutando el contrato], pese a que consta estar emplazada» (fundamento jurídico quinto). Al estar concluida la ejecución del contrato en el momento en que se sustancia el recurso, ni Administración General del Estado ni empresa adjudicataria se molestaron en comparecer.

Al ejercitar una pretensión de plena jurisdicción, el demandante solicita también al tribunal que le reconozca una indemnización por el beneficio industrial del 6% (o, subsidiariamente, el importe que el Tribunal considere adecuado). De acuerdo con la Audiencia Nacional:

> «además de anularse la resolución del TACRC objeto de impugnación y confirmar en consecuencia el inicial acto de adjudicación en favor de IRIS-MEDIA, deberá también reconocérsele, dentro de la vertiente de plena jurisdicción de su pretensión, el derecho a obtener la indemnización correspondiente».

En cuanto a su importe,

> «la Sala considera más prudente diferir la cuantificación de la indemnización para el período de ejecución de sentencia, fijándose ya como base para determinar el beneficio dejado de percibir el 6% de la retribución satisfecha a ADSOLUT por el contrato de referencia durante un año» (fundamento jurídico undécimo).

En el fallo se declara la responsabilidad del INAEM:

> «reconocer el derecho de dicha parte a que el INAEM le indemnice por el beneficio industrial dejado de obtener, el cual se determinará en el período de ejecución conforme a las bases expresadas en el fundamento de derecho undécimo de esta sentencia».

Por tanto, pese a que la sentencia lo que hace es confirmar la decisión inicial de la Administración contratante —y no le impone las costas procesales— se le declara responsable de indemnizar. No obstante, ha de tenerse en cuenta que la persona jurídica a la que se imputa la responsabilidad es una entidad dependiente de la Administración General del Estado, a la que se adscribe también el tribunal contractual cuya decisión anula la Audiencia Nacional, por lo que quizá esta decisión tiene diversas lecturas posibles.

Por ello es más significativo el caso resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia núm. 232/2015, de 14 mayo de 2015.

El contrato de «gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria de la ciudad de Alcobendas» fue adjudicado a la empresa «Acciona Servicios Urbanos SL». Otra empresa («Compañía Española de Servicios Auxiliares SA, CESPA») recurrió al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que en abril de 2014 estimó el recurso, descartó la oferta de Acciona y ordenó la adjudicación a la siguiente clasificada. El recurso de Acciona es estimado por Sentencia de 14 de mayo de 2015, con Acciona como parte demandante, CESPA como demandada y el Ayuntamiento de Alcobendas como codemandado, pues compareció para oponerse al recurso contencioso-administrativo.

Acciona, además de pedir la anulación de la resolución del tribunal contractual y la confirmación de la adjudicación del contrato a su favor, solicita también el reconocimiento como situación jurídica individualizada de la indemnización por el beneficio industrial del que se ha visto privada durante el tiempo en que no ha sido adjudicataria del contrato. El Tribunal Superior de Justicia estima también esta pretensión, declarando la responsabilidad del Ayuntamiento de Alcobendas, que deberá «indemnizar a Acciona Servicios Urbanos SL en el 6% del beneficio industrial por el tiempo en que indebidamente se ha visto privada de prestar el servicio». Es indemnización tiene carácter sustitutorio, al no haber ejecutado completamente y con normalidad el contrato quien era el legítimo adjudicatario.

El Tribunal Superior de Justicia confirma por tanto la resolución inicial del Ayuntamiento y, por ello, aunque le imputa la responsabilidad patri-

monial, no le impone las costas: «No procede imponer costa alguna al Ayuntamiento de Alcobendas, ya que, como él afirma (...), en ningún momento compartió ni la admisión del recurso especial por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública ni los argumentos y conclusiones de la resolución del citado Tribunal (...), impugnada en los presentes autos, habiéndose visto obligada a acatar dicha resolución y modificar su anterior criterio con el fin de no ocasionar perjuicios a los ciudadanos de Alcobendas» (fundamento jurídico cuarto).

El Tribunal Superior de Justicia ha podido verse forzado por los términos en que se había planteado la *litis*: la plena restitución de los derechos del adjudicatario legítimo hacía precisa la indemnización, pero la Comunidad de Madrid no era parte demandada en el proceso y no habría podido ser condenada sin producir indefensión. En vez de diferir la compensación a un procedimiento de reclamación de responsabilidad posterior, ante la Comunidad de Madrid, se acuerda la indemnización conforme a la Administración que había sido parte en el proceso (y que se había opuesto al recurso contencioso-administrativo). No obstante, veremos que el Tribunal Supremo también ha considerado posible cargar la indemnización a la Administración contratante, pero lo hace con un fundamento distinto, la regulación de la inejecución de sentencias contencioso-administrativas.

b) Responsabilidad de la Administración pública a la que se adscribe el tribunal contractual

No obstante, en otros casos la pretensión de indemnización se ha rechazado al entender que la responsabilidad le corresponde a la Administración a la que se adscribe el tribunal contractual y no haber sido esta demandada. En este sentido el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en la Sentencia núm. 355/2016, de 13 de julio de 2016.

Una comarca adjudica el servicio de control de calidad del agua de consumo humano. La segunda clasificada recurre al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que estima y excluye al primero. El recurso del excluido es estimado por el TSJ. La parte demandada es únicamente la empresa recurrente ante el TACPA y que durante más de tres años había prestado el servicio. Fueron parte demandante la empresa excluida por el TACPA y la Comarca de la Hoya de Huesca.

Respecto a esta última, el demandado planteó una excepción de falta de legitimación activa en aplicación del artículo 20, a) LJCA:

> «No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública:

a) Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente.

b) Los particulares cuando obren por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella.

c) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan. Se exceptúan aquellos a los que por Ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración».

Sin embargo, entre otros argumentos el TSJ aduce el artículo 19.4 LJCA:

> «Las Administraciones públicas y los particulares podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público sin necesidad, en el primer caso, de declaración de lesividad»

La demandada también pidió la inadmisión de la demanda por haberse dirigido contra el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón, puesto que éste no puede ser parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.3 LJCA, que establece que los tribunales contractuales «no tendrán la consideración de parte demandada» en los recursos adoptados contra sus decisiones. El TSJ considera el art. 21.3 «muy poco explicable en términos procesales, pues deja las decisiones de un órgano ayunas de prueba y de defensa propia ante un Tribunal jurisdiccional y, en el mejor de los casos, encomendando la prueba y defensa a una parte del procedimiento». Por otra parte, el TSJ considera dentro de sus poderes rechazar la pretensión de tener al TACPA como parte demandada y considerar únicamente como tal a la empresa beneficiaria.

El TSJ estima parcialmente el recurso, anula la resolución del TACPA y declara la validez del acuerdo original de la Comarca de la Hoya de adjudicación del contrato a la primera empresa. La empresa recurrente pide también el reconocimiento de situación jurídica individualizada y, en tal concepto, una indemnización, pretensión inicialmente dirigida contra la Administración demandada —el TACPA— y en conclusiones contra la empresa demandada.

La pretensión inicial era que «la Administración demandada» le abone una indemnización en concepto de daños. Esta misma empresa, en su escrito de conclusiones, afirma que la referencia hecha a «la Administración

demandada» es un error y que, en realidad, lo que debería decirse es que se condene al pago de esa indemnización a la empresa adjudicataria.

El TSJ rechaza que la empresa a la que se adjudicó el contrato tras la resolución del TACPA pueda ser responsable de la indemnización, puesto que no ha dictado el acto que origina el daño:

> «No cabe que la demandada en este proceso, por *mor* de lo dispuesto en el artículo 21.3 de la LJCA, la empresa adjudicataria, aun estimando la demanda, sea la responsable de indemnización de los daños y perjuicios producidos por el acto recurrido y ello por la sencilla razón de que ella no ha dictado el acto que produce el daño y, por lo tanto, no puede ser responsable del perjuicio producido por éste» (fundamento jurídico quinto).

La responsabilidad debe atribuirse a la Administración de adscripción del TARC:

> «La Sala considera que la Administración responsable del perjuicio ocasionado por una resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, sería la Administración de la Comunidad Autónoma que es la que creó el Tribunal y la que tutela y financia su funcionamiento, además de estar adscrito al Departamento correspondiente del Gobierno de Aragón. Y ello en atención a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón» (fundamento jurídico quinto).

Sin embargo, el Tribunal concluye que no cabe atribuir responsabilidad a la Administración autonómica, por la razón de que la parte demandante no ha solicitado expresamente su condena al pago de la indemnización, no tenía obligación de personarse en el proceso y se generaría indefensión.

En esta línea, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña rechaza la pretensión de indemnización en la Sentencia núm. 77/2020, de 15 de enero de 2020 porque no se ha demandado expresamente a ninguna Administración, esto es, ni a la Administración de adscripción ni a la Administración contratante. El contrato en el origen del caso era un contrato de mantenimiento de edificios públicos del Ayuntamiento de Vila-seca. Adjudicado, una empresa que había obtenido idéntica puntuación que la adjudicataria, interpuso recurso especial ante el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, que lo estima. Contra esa resolución, la primera adjudicataria interpuso recurso contencioso-administrativo. Sólo fueron parte en el proceso ambas empresas. El TSJ estima parcialmente el recurso y confirma la adjudicación municipal del contrato. Respecto a la pretensión de una indemnización por el beneficio industrial del 6%, el TSJ se refiere a la falta de regulación específica. El tribunal contractual es de naturaleza adminis-

trativa y, por ello, «la conclusión no puede ser otra que el régimen de responsabilidad patrimonial de sus actos se somete a los artículos 106 de la Constitución, artículo 91 y 92 de la Ley 39/2015 (...) y 32 y siguientes de la Ley 40/2015 (...), siendo competencia de la Administración de la Generalitat para conocer y resolver la reclamación, todo ello en relación con el artículo 21.3 de la LJCA de derivarse controversia jurisdiccional posteriormente» (fundamento jurídico cuarto, apartado 4). En este sentido, cita expresamente la Sentencia núm. 355/2016, de 13 de julio de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

El TSJ se plantea la hipótesis de que el demandante hubiera dirigido su pretensión indemnizatoria contra el Ayuntamiento, lo que debería ser rechazado: «su actuación fue ajustada a Derecho, de modo que, pese a ello, se vería obligada a soportar el pago de una indemnización por una actuación administrativa correcta (...) sólo modificada por la decisión del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público». Además, al no haber sido parte en el proceso, no podría ser condenado sin producir indefensión. Por ello concluye que no procede «efectuar pronunciamiento por lo que se refiere a la fijación de la indemnización de daños y perjuicios» (fundamento jurídico cuarto).

Debe recordarse que aunque la Directiva Recursos prevé expresamente la indemnización como elemento para dar plena efectividad al sistema de recursos, permite que un Estado miembro establezca la exigencia de que se anule la decisión dañosa con carácter previo al reconocimiento de la indemnización.

4. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CON POSTERIORIDAD A LA ANULACIÓN DE LA DECISIÓN ESTIMATORIA DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES: LA STSJ DE PAÍS VASCO DE 31 DE ENERO DE 2023

Por Sentencia núm. 40/2023 de 31 de enero, el declaró la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma Vasca por los perjuicios sufridos por un licitador como consecuencia de la Resolución 99/2016 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (OARC), que lo excluyó de una licitación del Ayuntamiento de Bilbao, adjudicando al segundo mejor postor, resolución posteriormente anulada judicialmente por el propio Tribunal Superior (Sentencia núm. 109/2018 de 27 de marzo, ECLI:ES:TSJPV:2018:1129, Recurso contencioso-administrativo núm. 678/2016).

La sentencia resuelve varias cuestiones: si el perjuicio derivado de haber perdido un tiempo sustancial de ejecución del contrato constituye en sí

mismo una lesión indemnizable; cuáles serían los conceptos que entrarían en el cálculo de esa indemnización; si habiéndose producido un cambio en la composición de la UTE excluida por el OARC y declarada adjudicataria por el TSJ, ello afectaría a la legitimación para reclamar la indemnización. Una cuestión previa que en la sentencia apenas se argumenta, al parecer por considerarla evidente, es que la eventual responsabilidad patrimonial corre a cargo de la Comunidad Autónoma Vasca, en cuyo organigrama se encuadra el OARC, no del Ayuntamiento de Bilbao, cuya decisión inicial de adjudicar fue finalmente confirmada por el TSJ.

Fue objeto de licitación la ejecución de la Ordenanza de aparcamiento regulado del Ayuntamiento de Bilbao, lo que incluía la instalación de parquímetros. Respecto a estos surge el conflicto: el pliego de prescripciones técnicas exigía que éstos pudieran funcionar en unas condiciones de humedad del 95 por ciento, aunque no precisar en la oferta que modelo se pretendía instalar. Pese a ello, la empresa que resultó adjudicataria detallaba los parquímetros que proyectaba instalar, añadiendo una serie de datos técnicos y el folleto comercial del fabricante. Respecto a este último, los servicios técnicos señalaron una discrepancia, puesto que en él se garantizaba capacidad de funcionamiento hasta el 90 por ciento de humedad. Pese a ello, la mesa de contratación seleccionó al licitador con mayor puntuación.

El segundo recurrió al OARC, que entendió que la oferta del adjudicatario presentaba una incongruencia insalvable y lo excluyó, adjudicando directamente al segundo mejor clasificado. La UTE excluida recurrió al TSJ alegando que el documento en que se había fundamentado la exclusión era un mero folleto comercial y que en los certificados técnicos aportados apoyando la oferta técnica, pese a no ser obligatorio detallar el parquímetro que se instalaría, se especificaba que era capaz de funcionar con condiciones de humedad del 95 por ciento. El TSJ considera que se podría haber pedido una aclaración de la oferta, que ello no habría perjudicado las exigencias de igualdad y no discriminación de los licitadores y que el no haberlo hecho ni la mesa de contratación ni el OARC no puede perjudicar al primer adjudicatario, por lo que anula la resolución tribunal contractual y declara adjudicatario al que lo había sido inicialmente.

Ante esa situación y habiendo perdido tres años durante los que no pudo realizar la ejecución del contrato, la empresa adjudicataria dirigió reclamación de responsabilidad al Gobierno Vasco, desestimada de forma expresa.

4.1. Lesión indemnizable

Respecto a la existencia de lesión, es decir, daño antijurídico, efectivo, individualizado y evaluable económicamente, el Tribunal Superior de Justicia utiliza el estándar o margen de tolerancia que el Tribunal Supremo viene aplicando, habitualmente para las autorizaciones administrativas denegatorias, que había sido alegado por la asistencia letrada del Gobierno Vasco. El TSJ se apoya en las SSTS de 19 de febrero de 2008 (recurso 967/2004) y la de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011), que cita textualmente:

> «Tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuridicidad del daño, que se plasma, entre otras, en sentencias de 5-2-96, 4-11-97, 10-3-98, 29-10-98, 16-9-99 y 13-1-00, que en definitiva *condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados en el ejercicio de facultades discrecionales o integración de conceptos jurídicos indeterminados*».

Aplicándolo al caso concreto, el TSJ afirma:

> «Esto es, ante una oferta que el OARC entendía que no era clara, lo razonable y proporcionado, era haberle concedido un trámite para aclaraciones o subsanación, máxime, cuando, como dice la STSJPV "No es razonable pensar que la UTE recurrente ofrezca, como no podía ser menos, so pena de contravenir el PPT, el suministro del parquímetro en condiciones de humedad del 95% y a la vez, refiera ese compromiso a un parquímetro que incumpla manifiestamente ese requisito."
>
> En definitiva, cabe afirmar que *la actuación del OARC en la Resolución de la que trae causa la presente reclamación de responsabilidad patrimonial,* ***excedió los límites de la razonabilidad y proporcionalidad***, pues, como ha quedado expuesto, en vez de acordar la exclusión del procedimiento de licitación, debió requerir a la demandante para subsanar o aclarar su oferta, sobre todo, cuando había resultado la adjudicataria del contrato».

4.2. Conceptos indemnizables: inclusión del beneficio industrial, exclusión de los gastos generales

En lo que se refiere a un porcentaje los «gastos generales», que había sido reclamado por la UTE adjudicataria, el TSJ rechaza su inclusión en la indemnización. En la sentencia se argumenta que se trata de «gastos que se devengan por la prestación del servicio contratado y no por su inejecución». Incluir como partida indemnizatoria el «gasto existencial» de la empresa

durante el tiempo en que no estaba ejecutando el contrato, «no deja de suponer una artificial reduplicación de tales perjuicios». A mayor abundamiento, la reclamación de esta partida se había hecho con base en abstracciones contables, pero «*en ningún caso la recurrente singulariza los desembolsos efectivamente realizados a causa de la inejecución del contrato*, ni aporta la documentación que, directamente referida a tales gastos, ponga de manifiesto el montante de su costo, carga de la prueba que incumbía al demandante». En suma, el Tribunal expresa un criterio general contrario a la indemnización de gastos existenciales de la empresa, pero en todo caso quien debe probar la existencia de costes y su relación con la ilegal inejecución del contrato es el reclamante, que no lo ha hecho.

Cuestión distinta es la del lucro cesante, que el Tribunal Superior de Justicia equipara al beneficio industrial y éste normativamente fijado en un 6 por ciento:

> «...entiende esta Sala que tal indemnización de perjuicios, consiste en el lucro cesante, concretándose *ese lucro cesante en el llamado beneficio industrial, que desde siempre se ha considerado que es 6% del presupuesto de ejecución material*, y así lo recogía el artículo 131.1.b del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo en Sentencias de su Sección 4.ª de 2 de Julio de 2004 (recurso n.º 3885/2000), de 15 de noviembre del año 2004 (recurso n.º 6812/2001), de 19 de julio de 2005 (recurso n.º 6852/2001) y 26 de enero de 2006 (recurso n.º 4600/2001).
>
> Por tanto, el parámetro de referencia para el cálculo de la indemnización será el de la pérdida del beneficio industrial, que se concreta en el porcentaje del 6% sobre el presupuesto de ejecución material del contrato por el plazo de 33 meses y medio (desde el 16 de septiembre de 2.016 hasta el 1 de julio de 2.019), plazo sobre el que no existe discrepancia y *sin que resulte acogible la tesis del Gobierno Vasco de que dicha partida indemnizatoria debe exigirse al Ayuntamiento de Bilbao, toda vez que*, como ya se expuso líneas arriba, *la actuación del Consistorio no ha sido declarada disconforme a derecho, sino todo lo contrario*, confirmada su validez por la meritada sentencia de esta Sala 109/2018, de 27 de noviembre (rec. n.º 678/2016)».

IV. UN FUNDAMENTO ALTERNATIVO DE LA INDEMNIZACIÓN: LA INEJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE CONDENA. STS 267/2025, DE 11 DE MARZO DE 2025, CONDENA A LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE

Entre los hechos que dan lugar al caso es especialmente relevante la resolución de 4 de abril de 2017 del «Tribunal Catala`de Contractes del Sector Públic», por la que estimó el recuso especial en materia de contratación

interpuesto por Optima Facility Services SL contra su exclusión de la licitación del contrato de servicios de limpieza y recogida selectiva de los edificios y locales municipales adscritos a las gerencias y distritos del Ayuntamiento de Barcelona (Lotes 1 a 10).

Lo recurrido era la exclusión de Optima por considerar su oferta anormal o desproporcionada, acordada el 16 de noviembre de 2016. En la misma fecha, a la empresa Multianau, SL se le adjudicaron dos lotes. Como consecuencia de la estimación del recurso interpuesto por Optima ante el Tribunal Catalán de Contratos, que entendió demasiado rigurosa la exclusión, Optima hubo de ser readmitida y se le adjudicaron los dos lotes que inicialmente había obtenido Multinanau mediante resolución de 27 de julio de 2017 del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona

Multianau había ya recurrido la decisión del tribunal de contratos ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, aunque se le denegó la medida cautelar de suspensión del acuerdo del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público. El Ayuntamiento de Barcelona no recurrió la resolución del Tribunal Catalán de Contratos. Como consecuencia, Optima ejecutó el contrato, en los dos lotes adjudicados, hasta su expiración, el 30 de junio de 2019.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, mediante Sentencia 182/2020, de 21 de enero de 2020 (recurso contencioso-administrativo 198/2017), estimó el recurso de Multianau y anuló la resolución del Tribunal de Contratos, consideró correcta la exclusión de Optima, ordenando la retroacción del procedimiento al momento anterior a la valoración de las ofertas presentadas, excluyéndose la realizada por Optima, para que se hiciera una nueva adjudicación.

El Ayuntamiento de Barcelona promovió un incidente de inejecución de la sentencia. Fue resuelto por auto de la Sección 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de enero de 2021, por el que se declaró la imposibilidad de ejecutar la sentencia, pero también se denegó la indemnización sustitutoria solicitada por Multianau. Ese auto fue recurrido en casación por Multianau.

El Tribunal Supremo considera que no resulta aplicable la legislación de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino las disposiciones legales sobre inejecución de sentencias contencioso-administrativas (FJ 7):

> «No nos encontramos aquí ante una reclamación por responsabilidad patrimonial dirigida frente a una Administración Pública al amparo de los preceptos que señala el Ayuntamiento (artículos 106 de la Constitución, 91 y 92

> de la Ley 39/2015, y 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público) sino ante una pretensión compensatoria planteada de conformidad con lo previsto en el artículo 105.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; esto es, formulada por la parte favorecida por una sentencia cuya ejecución ha devenido imposible. Y, siendo este el caso, están fuera de lugar las alegaciones del Ayuntamiento referidas a su falta de culpabilidad y en las que identifica al Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público como "Administración responsable"».

En el precepto citado por el Tribunal Supremo, el artículo 105.2 LJCA, se establece:

> «Si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y *adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno*».

De acuerdo con el Tribunal Supremo, el hecho de que sea el Ayuntamiento de Barcelona el órgano obligado al cumplimiento de la sentencia —aunque no fue parte en el proceso, puesto que sólo compareció como demandada la empresa «favorecida» por la decisión del tribunal de recursos contractuales—, comporta que ante la imposibilidad material de ejecución de la sentencia, puesto que el contrato está completamente ejecutado, sea ésta Administración la que deba hacerse cargo de la indemnización (FJ 7):

> «Establecido así que en la presente controversia se examina pretensión indemnizatoria planteada al amparo de lo dispuesto en el artículo 105.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, entendemos que el abono de la compensación corresponde al Ayuntamiento de Barcelona, en tanto que órgano de contratación. Y a ello no cabe oponer la "falta de culpabilidad" que el Ayuntamiento aduce en su defensa pues la indemnización que se contempla en el citado artículo 105.2 no se fundamenta en un criterio de responsabilidad subjetiva (culpa) sino que opera sobre un parámetro objetivo como es el de la compensación a la parte favorecida por una sentencia que no puede ejecutarse».

El problema, claro, es que resulta muy dudoso que el Ayuntamiento de Barcelona sea la parte favorecida por la sentencia que decide un proceso en el que no fue parte. La resolución del tribunal catalán de recursos contractuales fue estimatoria del recurso contra una decisión del Ayuntamiento de Barcelona, por lo que si hubiera decidido participar en el proceso, muy

probablemente lo habría hecho como demandante, no como demandado. De hecho, el Tribunal Supremo enfatiza que el Ayuntamiento habría podido recurrir la decisión del tribunal de contratos, pero no lo hizo. No obstante, si lo hubiera hecho, la sentencia habría sido igualmente inejecutable. El Tribunal Supremo reconoce hasta cierto punto ese hecho —que achaca a que la «redacción del artículo 21.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa resulta escasamente clarificadora a la hora de señalar quién ha de ser parte demandada en los procesos en que se impugnen las resoluciones de los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales»—, pero considera que lo determinante es a quien incumbe la responsabilidad de ejecutar una sentencia que no es posible ejecutar en sus propios términos:

> «Sin embargo, es indudable que, en tanto que órgano promotor de la licitación y adjudicador del contrato, el Ayuntamiento de Barcelona era responsable de ejecutar la sentencia que anuló la resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y ordenó la retroacción del procedimiento para que se formulase una nueva adjudicación. Y, precisamente en esa condición, el Ayuntamiento compareció ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia y promovió incidente aduciendo que la sentencia era de imposible ejecución.
>
> De lo anterior resulta que, con independencia de la equívoca redacción del artículo 21.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es indudable que el Ayuntamiento de Barcelona, órgano adjudicador del contrato, era responsable de ejecutar la sentencia, lo que lo coloca en la posición de Administración obligada al pago de la indemnización que se fije, conforme a lo previsto en el artículo 105.2 de la misma Ley, en el caso de que resulta imposible la ejecución de la sentencia».

Para el cálculo de la indemnización, el Tribunal Supremo aplica por analogía los artículos 308 y 309 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que resultaba aplicable al contrato *ratione temporis*. Es decir, acude a las previsiones establecidas para la resolución del contrato de servicios sin culpa del contratista, entre otras causas por el desistimiento de la Administración (art. 308, b), lo que da pie al Tribunal Supremo para aplicar el artículo 309.3:

> «En el caso de la letra b) del artículo anterior el contratista tendrá derecho al 10 por 100 del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener».

Por consiguiente, considera indemnizable la pérdida del beneficio industrial, que valora en el 10 por ciento de lo facturado por la ejecución del contrato.

De aplicarse la vigente LCSP, de acuerdo con el artículo 313, en el caso de desistimiento o suspensión por la Administración de un contrato de servicios, la indemnización en concepto de beneficio industrial dejado de percibir por el contratista sería de un 3 por ciento si no se ha iniciado la ejecución y de un 6 por ciento si ésta se ha iniciado. Un 10 por ciento puede parecer excesivo, un 3 por ciento podría considerarse excesivamente poco, sobre todo porque en un caso como el examinado por el Tribunal Supremo, de anulación indebida de una adjudicación, no tiene mucho sentido diferenciar entre supuestos en los que se ha iniciado la ejecución y aquellos en los que no (que serán todos). En este sentido, el criterio de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional de aplicar un 6 por ciento en todos los casos —un porcentaje que en algún caso se califica de «tradicional»— parece intuitivamente más adecuado.

Por lo demás, el Tribunal Supremo cita las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2010 (asunto C-314/09) y de 6 de junio de 2024 (asunto C-547/2022). La primera, en el sentido de que la Directiva Recursos se opone a que la indemnización en este tipo de asuntos se condicione al carácter culposo de la actuación de la Administración y la segunda en que la indemnización debe comportar una «compensación íntegra» de los daños.

V. CONCLUSIONES

Los tribunales de recursos contractuales son —con carácter general— órganos independientes del poder adjudicador y de los órganos que puedan intervenir en el procedimiento de contratación[3] y con funciones materialmente jurisdiccionales[4]. No obstante, también son órganos administrativos que se insertan en la organización de la Administración General del Estado,

3. Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras, art. 2.9.
Un juicio globalmente favorable, aunque apuntando deficiencias, en M. VILLALTA REIXAC (2022): «Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales», Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 18, pp. 119-136.

4. De acuerdo con la Directiva Recursos, si el órgano que conoce el recurso no tiene naturaleza jurisdiccional, su actuación deberá poder impugnarse ante un órgano jurisdiccional, en el sentido del actual artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de

la Administración de la Comunidad Autónoma o, en ocasiones, incluso en la Administración local.

En caso de recurso contencioso-administrativo, las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales no son defendidos por un letrado de la Administración matriz: los tribunales de contratos no pueden en ningún caso ser demandados ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Demandado será la Administración o particular a quien la resolución favorezca: es decir, la Administración contratante si la resolución del tribunal de contratos es desestimatoria, la empresa recurrente si esa resolución ha sido estimatoria. En el segundo caso, es perfectamente posible que la Administración contratante sea el demandante. Incluso es perfectamente posible que ni demandante ni demandado sean una Administración pública (como en el caso de la STS de 11 de marzo de 2025).

La acción de responsabilidad patrimonial de la Administración puede acumularse a la acción de nulidad o puede ejercitarse posteriormente. En el primer caso, se plantea la cuestión de quién será responsable si se dan los requisitos para la existencia de responsabilidad patrimonial: la Administración contratante, que puede no ser parte en el proceso, ser codemandante, pero que muy raramente en estos casos será parte demandada; o la Administración a la que se adscribe el tribunal de recursos contractuales, si no coincide con la Administración contratante, pero ésta nunca será parte en el proceso contencioso-administrativo.

Siendo un órgano independiente —o que debería ser y actuar con independencia—, la imputación de la responsabilidad a la Administración matriz podría venir de una *culpa in eligendo*, si no fuera porque la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro sistema se basa en un derecho de indemnidad patrimonial frente a las actuaciones administrativas reconocido en la Constitución y, por tanto, es un sistema de responsabilidad objetiva. La teoría del órgano, el hecho de que cualquier acto o resolución dictado por uno de sus órganos se imputan a la Administración en la que el órgano se inserta, es suficiente para imputar la responsabilidad.

---

la Unión Europea, a efectos de poder plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La referencia al carácter jurisdiccional a efectos del artículo 267 del TFUE precisa del cumplimiento conjunto de varios requisitos: órganos de creación legal; carácter permanente, en oposición a constituidos ad hoc para un asunto concreto; jurisdicción obligatoria y decisiones vinculantes; procedimiento contradictorio, regulado normativamente; y, por último, que sean independientes. En la Sentencia de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme, as. C-203/14, el Tribunal de Justicia reconoció a un órgano de recursos contractuales español la posibilidad de plantear la cuestión prejudicial.

Sin embargo, en algunas ocasiones la responsabilidad patrimonial se ha imputado a la Administración contratante, incluso si no coincidía con la Administración en la que se integra el órgano.

En cuanto al régimen de la responsabilidad, se trata de una responsabilidad por acto administrativo, en las cuales la aplicación de un «margen de tolerancia» es habitual. No obstante, cuando se produce una anulación de la resolución de adjudicación de la Administración y se hace en función de un rigorismo formal que desconoce el principio de proporcionalidad, ello supondrá la responsabilidad patrimonial de la Administración. En caso de pérdida de período de ejecución, se aplicará de una forma casi automática la indemnización por pérdida del beneficio industrial, cifrado las más de las veces en un 6 por ciento de la facturación correspondiente al período. Será posible incorporar otros conceptos indemnizatorios, pero será preciso probar la existencia de una pérdida real y su relación con la resolución anulada.

Sin embargo, existe una vía alternativa para que el contratista frustrado de forma antijurídica obtenga reparación: la declaración de imposibilidad de una sentencia de condena y la consiguiente indemnización sustitutoria. Se trata del único pronunciamiento del Tribunal Supremo en esta materia y, en los términos en los que la doctrina jurisprudencial está formulada, parece comportar siempre y en todo caso la imputación de la obligación de indemnizar a la Administración contratante. En tal caso, se aplicarán analógicamente las reglas previstas para la resolución del contrato sin culpa del contratista.

La casuística examinada muestra incoherencias en la regulación de los tribunales contractuales. En su momento se pretendió aproximar su régimen al de un juez de primera instancia, pero se trata de órganos administrativos cuya Administración matriz nunca será parte como tal en el proceso contencioso-administrativo cuando se impugnen sus decisiones. Ello dificulta considerablemente una imputación clara de un deber de indemnización, que por una vía o por otra, normalmente exigirá como consecuencia de las previsiones del Derecho de la Unión Europea. Ciertamente, la responsabilidad de las Administraciones públicas en nuestro Derecho es objetiva, pero es necesaria una causa de imputación del daño: en el caso resuelto por la STS 267/2025, de 11 de marzo de 2025, puede apreciarse que las decisiones del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público —anulando una exclusión correcta— y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña —denegando la medida cautelar de suspensión del acuerdo del tribunal contractual— tuvieron una influencia determinante en el hecho de que la sentencia de este último terminara por ser inejecutable. Quien parece haber

tenido una influencia comparativamente mucho menor, es el Ayuntamiento de Barcelona.

Parece pues necesario reflexionar y muy probablemente reformar —quizá mejor, retocar— el régimen de responsabilidad de los tribunales admiadministrativos de recursos contractuales.

Apéndice. Sentencias y resoluciones citadas

1. Informes de órganos consultivos: asimilación al régimen del error judicial

Dictamen núm. 48/2018, del Consejo Consultivo de Aragón.

Dictamen núm. 170/2019 de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña.

2. Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional: aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración pública

A. País Vasco

Sentencia núm. 44/2017, de 24 de enero, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco recurso núm. 246/2015, ECLI:ECLI:ES:TSPV:2017:125. Estima la reclamación de responsabilidad planteada como procedimiento autónomo por dilaciones indebidas. Conceptos indemnizatorios.

Sentencia núm. 40/2023, de 31 de enero, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, recurso núm. 684/2020, ECLI:ECLI:ES:TSPV:2023:594. Estima la reclamación de responsabilidad patrimonial ejercitada con posterioridad a la anulación judicial de la resolución estimatoria del órgano de recursos contractuales, declarando la existencia de responsabilidad de la Administración de adscripción del órgano de recursos contractuales.

B. Madrid

Sentencia núm. 232/2015, de 14 mayo de 2015, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. recurso núm. 301/2014, ECLI:ES:TSJM:2015:4673. Declara la responsabilidad de la Administración contratante.

C. Aragón

Sentencia núm. 355/2016, de 13 de julio de 2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, recurso núm. 64/2013 y su acumulado núm. 69/2013,

ECLI:ES:TSJAR:2016:986. Responsabilidad de la Administración de adscripción, denegada por razones procesales.

D. Cataluña

Sentencia núm. 77/2020, de 15 de enero de 2020, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. recurso núm. 239/2016 (ECLI:ES:TSJCAT: 2020:5952). Responsabilidad de la Administración de adscripción, denegada por motivos procesales.

Sentencia núm. 182/2020, de 21 de enero de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recurso núm. 198/2017 (ECLI:ES:TSJCAT:2020:5252). Solicitud de indemnización en ejecución de sentencia.

E. Audiencia Nacional

Sentencia de 24 de julio de 2019, de la Audiencia Nacional. recurso núm. 1098/2016, Ponente D. Santos Honorio De Castro García (ECLI:ES:AN: 2019:3413). Responsabilidad de la Administración contratante.

3. Tribunal Supremo: indemnización sustitutoria por la imposibilidad de ejecutar la sentencia anulatoria de la resolución del tribunal de recursos contractuales

Auto de 27 de octubre de 2022, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Supremo, recurso núm. 7303/2021, Ponente Sr. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo (ECLI:ES:TS: 2022:14746A), admite el recurso de casación.

Sentencia 267/2025, de 11 de maro de 2025, recurso de casación núm. 7303/2021, ECLI:ES:TS:2025:992.

6

Nueva era en la política comercial de la UE en materia de contratación pública: primeros efectos de las sentencias del TJUE Kolin y Qingdao y algunas incertidumbres

M.ª Eugenia López Mora
Doctora en Derecho
Profesora asociada Derecho Administrativo UB

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO NORMATIVO: DE LA EVOLUCIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA A LOS INSTRUMENTOS Y MECANISMOS REGULATORIOS ACTUALES. III. POSICIÓN DEL TJUE: IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE. *1. Sentencia Kolin.* 1.1. Supuesto planteado en la Sentencia Kolin. 1.2. Posición del Abogado General. 1.3. Principales pronunciamientos de la Sentencia Kolin. 1.4. Reflexiones de la Sentencia Kolin. 1.5. Actuaciones posteriores a la Sentencia Kolin. *2. Sentencia Qingdao.* 2.1. Supuesto de hecho planteado en la Sentencia *Qingdao*. 2.2. Conclusiones del Abogado General. 2.3. Pronunciamientos de la Sentencia. 2.4. Reflexiones de la Sentencia *Qingdao*. IV. CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA.

Desde los últimos años existe un cambio de posición y orientación por parte de la Unión Europea en la política comercial respecto a las licitaciones públicas, como se aprecia en el plano regulatorio a raíz de la aprobación del Reglamento ICI y el Reglamento FSR y también se refleja a nivel jurisprudencial en las recientes Sentencias *Kolin* y *Qingdao* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las nada desdeñables consecuencias del nuevo rumbo

preferencial de la política comercial europea en aras a proteger y velar por el correcto funcionamiento del mercado europeo requieren un análisis de los recientes pronunciamientos jurisprudenciales.

I. INTRODUCCIÓN

La política comercial de la Unión Europea (UE) ha ido evolucionando desde su creación como Comunidad Económico Europa en 1957 mediante el Tratado de Roma con una unión aduanera y política comercial común, adaptándose a los diversos cambios provocados por diferentes acontecimientos y etapas, pasando de una amplia tolerancia en la participación a un cambio de rumbo en los últimos años hacia la compra pública preferencial como se va a analizar en este trabajo.

Para poder apreciar la nueva dirección de la política comercial europea, es menester hacer un breve repaso a las principales etapas hasta el presente. Así, de manera sintética, cabe hacer referencia a una primera etapa relativa a la creación propiamente de la Política Comercial Común (PCC) que alcanza el período entre 1957 a 1990, con la creación de la Comunidad Económica Europea —CEE— que comportó la eliminación de aranceles internos y el establecimiento de un arancel común (Unión Aduanera de 1968) y la participación en rondas del GATT para reducir barreras comerciales (período comprendido entre 1960 y 1990).

A continuación, precedió una etapa de expansión y de mayor liberalización durante el período 1990 a 2000, mediante la Ronda de Uruguay, la creación de la Organización Mundial del Comercio —OMC— en la que la Unión Europea —UE— adoptó un enfoque multilateral, la firma del Tratado de Maastricht (1993) consolidando así la competencia exclusiva de la UE en política comercial y la firma de acuerdos bilaterales y regionales con países en desarrollo, especialmente, América Latina, Asia y África.

En el año 2008 se produjo la crisis económica mundial, que comportó un aumento en medidas antidumping y antisubsidios, especialmente contra China, aunque la UE mantuvo su compromiso con el comercio libre. En este período que comprendió hasta 2020, se firmó el Tratado de Lisboa (2009) reforzando la autoridad de la UE en acuerdos comerciales y otorgó al Parlamento Europeo un mayor control, el Tratado Transatlántico entre la Unión Europea y Estados Unidos —TTIP— que resultó fallido con EEUU; el Acuerdo Económico y Comercial Global —CETA— con Canadá, el Acuerdo de Asociación Económica entre la Unión Europea y Japón —JEFTA— con Japón y Mercosur.

Es a partir del año 2020, cuando realmente se empieza a replantear la tradicional posición de la UE de resultas de diferentes acontecimientos. Así, con el Brexit surge un mayor énfasis de la autosuficiencia comercial; con la epidemia COVID-19 se priorizó dotar de mayor atención a la autonomía estratégica frente a la masiva participación de empresas originarias de estados que han ido adoptando enfoques contractuales proteccionistas —muy evidente con la compra de material sanitario en el período de la pandemia—, y a las cadenas de suministro; además, empiezan a surgir tensiones con China y con EEUU, la guerra en Ucrania con sanciones a Rusia, la reducción de la dependencia energética y políticas de relocalización de cadenas de suministro, la estrategia Global Gateway y el mecanismo de ajuste en frontera por carbono. Todo ello marca el período actual lleno de retos y desafíos.

Especialmente el panorama geopolítico se intensifica desde el inicio de 2025 con la política proteccionista de adoptada por el presidente de los Estados Unidos[1] que comporta la imposición de aranceles, surgen preocu-

1. Como consecuencia de las decisiones del presidente de Estados Unidos anunciadas el 2 de abril de 2025, que se ha denominado el «día de la liberación» o «liberation day», consistentes en elevar de manera muy exponencial los aranceles respecto de la RPC y la UE y la entrada en vigor de los aranceles impuestos a México y Canadá, el panorama comercial internacional se está endureciendo puesto que estas restricciones tendrán un impacto significativo. Es lo que se considera una posible «guerra comercial». La respuesta desde la UE fue inminente, el 3 de abril de 2025 la presidenta de la Comisión Europea Ursula Von der Leyen comunicó que la política de los aranceles no es la solución a las asimetrías existentes provocadas porque algunos países se están aprovechando indebidamente de las normas actuales y tiende la mano para negociar con los Estados Unidos y eliminar los obstáculos al comercio transatlántico que aún existen. Por ello, anunció la adopción inminente de un primer paquete de contramedidas en respuesta a los aranceles sobre el acero y nuevas contramedidas para proteger los intereses y empresas si fracasan las negociaciones, incidiendo que no se puede absorber el exceso de capacidad mundial ni aceptar el dumping en nuestro mercado. Sobre los efectos negativos del escenario provocado por la política de aranceles señaló las indeseables consecuencias que podrá provocar a la economía mundial: la incertidumbre se disparará y provocará el auge de un mayor proteccionismo, consecuencias serán nefastas para millones de personas en todo el mundo y los países más vulnerables y para los consumidores de todo el mundo, millones de ciudadanos tendrán que hacer frente a un mayor gasto para los alimentos, los medicamentos costarán más, así como el transporte, la inflación aumentará, odas las empresas —grandes y pequeñas— sufrirán desde el primer día debido a una mayor incertidumbre, la interrupción de las cadenas de suministro y la burocracia onerosa y el coste de las relaciones comerciales con los Estados Unidos aumentará considerablemente. Es evidente pues que el tema comercial internacional está muy agitado y las posibles consecuencias son de gran calado en todos los sentidos, afectando a importantes sectores e impactando a las empresas y consumidores. Por ello, desde la UE se insiste en la necesidad de adecuar más aún la regulación jurídica a la vista del escenario actual del comercio transatlántico.

paciones en el marco del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC y otros acuerdos comerciales. Todo ello pone de manifiesto que si bien hasta 2020 la UE ha seguido una clara apuesta por el libre comercio, en los últimos años, como veremos, está girando hacia una política comercial de carácter preferencial[2].

II. MARCO NORMATIVO: DE LA EVOLUCIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA A LOS INSTRUMENTOS Y MECANISMOS REGULATORIOS ACTUALES

La normativa de la UE en materia de contratación pública se ha ido caracterizando por promover y procurar una amplia concurrencia en las licitaciones públicas con el objeto de la obtención de la mayor calidad precio. Este planteamiento abierto es el que se ha ido reflejando en las Directivas de contratación pública.

Ya en las primeras Directivas de contratación, Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras y la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros, buscaron eliminar barreras nacionales y garantizar la igualdad de acceso a los contratos públicos.

Con la aprobación de los posteriores paquetes de directivas de contratación, tampoco se establecieron medidas respecto a la participación de licitadores extranjeros terceros en las licitaciones de bienes y servicios, por lo que los Estados miembros disponían de total libertad para articular respuestas en ausencia de acuerdos Internacionales.

En especial, en este trabajo cabe hacer referencia a las Directivas de cuarta generación más focalizadas en el carácter estratégico de la contratación, y haciendo referencia expresa a la situación de los países signatarios de determinados acuerdos. Así, en 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, se prevé:

2. GIMENO FELIU, J. M. en «*Hacia una nueva contratación pública en clave geoestratégica: la brújula de la competitividad en Europa al Servicio de las políticas públicas*», publicado el 17 de marzo de 2025 en el Observatorio de Contratación Pública. https://www.obcp.es/opiniones/hacia-una-nueva-contratacion-publica-en-clave-geoestrategica-la-brujula-de-la

— el Considerando 1 de la Directiva 2014/24/UE hace referencia al respeto por parte de las autoridades de los Estados miembros de los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y en particular, cita los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia,

— el Considerando 17 recuerda el objetivo del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre Contratación Pública —ACP— y que los poderes adjudicadores deben cumplir las obligaciones que les imponen estos acuerdos, aplicando la Directiva a los operadores económicos de terceros países que sean signatarios de los mismos,

— el Considerando 135 ya prevé que: «*Habida cuenta de los actuales debates sobre disposiciones horizontales aplicables a las relaciones con terceros países en el contexto de la contratación pública, la Comisión debe supervisar estrechamente las condiciones del comercio mundial y evaluar la posición competitiva de la Unión*».

— El artículo 25 de la Directiva, titulado «Condiciones relativas al ACP y otros acuerdos Internacionales», ya contempla que: «*En la medida en que se les apliquen los anexos 1, 2, 4 y 5 y las notas generales correspondientes a la Unión Europea del apéndice I del ACP, así como otros acuerdos internacionales que vinculen a la Unión, los poderes adjudicadores concederán a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de los signatarios de esos acuerdos un trato no menos favorable que el concedido a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de la Unión*»,

Mientras que en la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, encontramos las siguientes previsiones respecto a la participación de operadores de otros países en las licitaciones públicas:

— El Considerando 2 apuesta por garantizar la apertura a la competencia de la contratación a entidades que operan en los sectores del agua, energía, los transportes y los servicios postales, por lo que considera conveniente elaborar disposiciones de coordinación y garantizar el efecto de los principios del TFUE, y en particular la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, y los principios de se derivan de éstos:

principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

— El Considerando 27 hace referencia al ACP para establecer un acuerdo multilateral de derechos y obligaciones equilibrados en materia de contratación pública, con miras a conseguir la liberalización y la expansión del comercio mundial[3].

— El artículo 36 prevé que las entidades adjudicadoras tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad, sin discriminaciones y actuarán de manera transparente y proporcionada, contiene explícitamente.

— El artículo 43 recuerda la obligación de «trato no menos favorable»[4] a los operadores económicos cubiertos por acuerdos, de acuerdo con los anexos 3, 4 y 5 y las notas generales correspondientes a la Unión Europea del apéndice I del ACP y por los demás acuerdos internacionales por los que está obligada la UE.

— El artículo 45 garantiza que cualquier operador económico interesado podrá presentar una oferta en respuesta a una convocatoria de licitación.

— El artículo 85 hace referencia a las normas sobre el tratamiento de las ofertas que incluyan productos originarios de terceros países.

— Y el artículo 86 prevé las relaciones más amplias con terceros países.

De acuerdo con este planteamiento, queda reflejada en las Directivas de cuarta generación la posición tradicional de tolerancia pragmática del acceso de los operadores económicos de terceros países en busca de reciprocidad.

3. En el mismo sentido el Considerando 17 de la Directiva 2014/24/UE.

4. A nivel interno, el Real decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores, de seguros privados, de planes y fondos de pensiones, del ámbito tributario y de litigios fiscales, prevé en la Disposición adicional primera, titulada Cláusula de trato no menos favorable que: «*Las entidades contratantes pertenecientes al Sector Público concederán en los procedimientos de adjudicación de los contratos de obra, de suministro o de servicios, a los operadores económicos procedentes de Estados que tengan acuerdos internacionales que vinculen a la Unión Europea o al Estado, un trato no menos favorable que el concedido a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de la Unión Europea*».

En este estudio, también cabe hacer referencia al ACP promovido por la OMC 1994 —versión que fue revisada 2014[5]—, que supone una apertura recíproca de los mercados de contratación pública.

En 2019 la Comisión Europea publicó una guía para terceros países con el objeto de aclarar la facultad de los Estados miembros para rechazar ofertas de terceros países que no tienen derecho a participar en una contratación pública específica en virtud del ACP u otro acuerdo.

Posteriormente, la UE implementó dos medidas para restringir el acceso de terceros países a la contratación pública de la UE. En concreto, fue a partir de 2019, fruto de las asimetrías existentes en los mercados de contratación pública, cuando el Consejo decidió que la UE también debía salvaguardar sus intereses frente a las prácticas desleales de terceros países haciendo pleno uso de los instrumentos de defensa comercial y de las normas de contratación pública, así como garantizar una reciprocidad[6] efectiva en la contratación pública con terceros países. En concreto, el Consejo pidió que se reanudasen los debates sobre el instrumento de contratación pública internacional de la UE. Además, con el fin de frenar estas asimetrías desde la UE se apostó por la aplicación de medidas restrictivas, incluso con carácter represivo, restringiendo la participación de acuerdos internacionales, dirigida a fomentar la reciprocidad y la conclusión de acuerdos internacionales.

Si bien, el ACP supuso una apertura recíproca de los mercados de contratación pública, a la vista de que muchos países no se adhirieron y que muchos contratos no se encontraban cubiertos por éstos, ello propició que desde la UE ofreciera una respuesta común dado que determinados países continuaban teniendo cerrados sus mercados, Por ello, y de acuerdo con el artículo 207 del TFUE, se aprobó el Reglamento (UE) 2022/1031[7] del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de junio de 2022, 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 apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores

5. ESTEBAN RÍOS, J, en «Contratos públicos y límites para los licitadores, bienes y Servicios de países terceros: Evitar la "competencia desleal" para reforzar el marco interior», en *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 217, pp. 175 a 216, 2022.
6. GIMENO FELIU, J. M., «Modelos colaborativos en obras públicas y su viabilidad jurídica en España con el marco normativo vigente», *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 60, Zaragoza, 2023, pp. 43.
7. Para un mayor conocimiento de este instrumento, se remito al trabajo de ESTEBAN RIOS, J., «El instrumento de contratación internacional: régimen y problemática de la armonización europea frente al proteccionismo en los contratos públicos», publicado en *Revista catalana de dret públic*, núm. 66, 3 de febrero de 2022.

económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países (instrumento de contratación internacional –ICI) (DO 2022, L 173, p. 1; en lo sucesivo «Reglamento ICI») que entró en vigor el 29 de agosto de 2022[8].

El Reglamento ICI establece una serie de medidas restrictivas que afectan a los licitadores, bienes y servicios originarios de Estados con los que la UE no tiene un acuerdo de contratación pública, que restringen su participación con miras a una mejora de la competitividad de la producción europea y un reforzamiento del mercado interior, si bien estas medidas tienen un ámbito de aplicación limitado, previa tramitación de un procedimiento contradictorio complejo que exige la verificación de diversas circunstancias habilitantes. Para ello, otorga a la Comisión el poder de imponer, como último recurso, medidas para restringir el acceso a los procedimientos de contratación pública de la UE para las empresas, los bienes y los servicios de los países no pertenecientes a la UE.

En este contexto, se intensifica el papel y las funciones de la Comisión sin perjuicio de la necesaria intervención de las autoridades nacionales para recibir y remitir a la Comisión las notificaciones o declaraciones para excluir de los procedimientos a aquellos licitadores para los que la Comisión imponga una prohibición de participación. En todo caso, a la vista de este principio de primacía de la competencia exclusiva de la UE, desplazando la legislación interna, los Estados miembros no establecerán medidas paralelas a las previstas.

De acuerdo con el Considerando 3, destaca la importancia de garantizar la reciprocidad en el acceso a los mercados de contratación pública entre la UE y terceros países, la UE mantiene así un enfoque de apertura hacia los mercados internacionales, pero este debe ser equilibrado. Existen países terceros que restringen el acceso a sus propios mercados, lo cual puede generar una competencia desleal para los operadores económicos de la UE. Por ello, el Reglamento busca corregir estas asimetrías mediante un marco que permita responder a tales restricciones. Mientras que el Considerando 10 se refiere al objetivo de mejorar la posición negociadora de la UE en las relaciones comerciales internacionales, proporcionando un instrumento que permita a la Comisión adoptar medidas específicas contra los países

8. De acuerdo con el artículo 12 del Reglamento ICI, que estipula que la Comisión debe publicar directrices en un plazo de seis meses a partir del 29 de agosto de 2022, a fin de facilitar la aplicación de ese mismo Reglamento por parte de los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras, así como de los operadores económicos, el 21 de febrero de 2023 se publicó en el DOUE (C-64/7) la Comunicación de la Comisión para facilitar la aplicación del Reglamento ICI por parte de los poderes adjudicadores, las entidades adjudicadoras y los operadores económicos.

terceros que mantengan prácticas discriminatorias. El enfoque se basa en el diálogo y la cooperación, priorizando soluciones negociadas, pero también incluye la posibilidad de aplicar medidas restrictivas si estas negociaciones no tienen éxito.

El objeto del Reglamento ICI es el de regular el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones en la UE y apoyar las negociaciones de la Comisión para obtener un acceso más justo y recíproco para los operadores económicos de la UE en los mercados de contratación pública de terceros países. Se señala que su propósito es el de asegurar la equidad y la apertura mutua, protegiendo los intereses estratégicos de la UE en materia de contratación pública.

Mientras que el artículo 6, relativo a las medidas en relación con el acceso de bienes y servicios de terceros países, establece que la Comisión puede imponer medidas de restricción sobre el acceso de ciertos bienes, servicios o empresas de países terceros a los contratos públicos en la UE si se detectan prácticas discriminatorias por parte de esos países, a saber:

— Las medidas pueden incluir restricciones totales o parciales para participar en licitaciones específicas, siempre que se aprecie algún tipo de barrera del tercer país frente a los operadores, bienes o servicios originarios de la UE se pretendan participar en contratos públicos o concesiones.

— La Comisión debe evaluar el impacto de estas restricciones, garantizando que sean proporcionales y no afecten negativamente a la economía de la UE.

— También se prevé la posibilidad de excepciones si las medidas afectan de manera desproporcionada a ciertos sectores o si existen razones de interés público.

En general, estas medidas tienen un efecto represivo, pues restringen la participación de ciertos licitadores, bienes y servicios de países, cuyos mercados de contratación plantean limitaciones a los operadores, bienes y servicios europeos, pero a su vez también promueven la reciprocidad.

En el mismo año 2022, se procedió a aprobar el Reglamento (UE) 2022/2560, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior (en adelante, Reglamento FSR), consciente la UE de la falta de control de las asistencias que un operador económico que desarrolla actividades en

el mercado interior recibe de un tercer país, afectando por tanto el normal funcionamiento del mercado interior, y de la competitividad y provocando distorsiones, como puso de manifiesto el Libro blanco sobre el establecimiento de condiciones equitativas en lo que respecta a las subvenciones extranjeras COM (2020) 253 final, de la Comisión Europea, de 17 de junio de 2020.

De manera sintética, el Reglamento FSR atribuye a la Comisión poderes para verificar si en un determinado ámbito existe una subvención extranjera distorsionada[9] ya sea directa o indirecta y, de ser así, adopte medidas oportunas[10]. Incluso se otorga la facultad de prohibir la adjudicación de un contrato a un operador económico que se haya beneficiado de una subvención extranjera que distorsione el mercado interior, sin distinguir entre operadores económicos cubiertos por el acuerdo y otros operadores económicos de terceros países. En este punto, hay que señalar que el concepto subvenciones[11] se maneja de manera amplia, entendido como toda contribución financiera que bajo cualquier forma suponga ventajas para un operador económico.

El Reglamento FSR[12] tiene como objetivo proporcionar un marco procedimental claro para que la Comisión investigue y evalúe las subvenciones otorgadas por países no miembros de la UE a empresas que operan dentro del mercado interior, especialmente en contextos como operaciones de concentración y procedimientos de contratación pública.

Entre las disposiciones clave del reglamento que hacer especial mención a las que hacer referencia a:

9. KLASSE M. & YUKINS C., The EU Foreign Subsides Regulation: Implications For Public Procurement And Some Collateral Damage, GW Legal Studies Research Paper, n.º 2023-18 Pascal Friton, 65 Goucment Contractor1163, (Marc 22, 2023) Thomsom Reuters.
10. Para un mayor conocimiento del tema, me remito al trabajo de ESTEBAN RÍOS, J., en «Hacia un mayor control de la Unión sobre las licitaciones nacionales: la respuesta europea frente a las subvenciones de países terceros», pp. 303 a 331 en *Observatorio de los Contratos Públicos* 2023, Gimeno Feliu J.; (coord.) y De Guerrero Manso, M. C. (coord.) Ed. Aranzadi, 2023.
11. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983.
12. En palabras de Stéphane Séjourné, vicepresidente ejecutivo para la Prosperidad y la Estrategia Industrial: «*La contratación pública representa una piedra angular de la economía europea y debe protegerse frente a posibles distorsiones derivadas de las subvenciones extranjeras. El Reglamento sobre subvenciones extranjeras constituye un instrumento vital para garantizar una competencia leal y transparente, y fomentar la igualdad de condiciones en los contratos públicos. Las próximas directrices mejorarán la comprensión por parte de las empresas de las repercusiones del Reglamento en su funcionamiento y contribuirán a un cumplimiento más fluido y eficaz de sus disposiciones en todo el mercado interior.*»

— Los plazos para la presentación de observaciones: tras la apertura de una investigación exhaustiva, la Comisión fijará un plazo, generalmente no superior a un mes, para que las partes interesadas presenten sus observaciones.

— La realización de entrevistas: la Comisión puede entrevistar a personas relevantes y registrará dichas entrevistas, proporcionando una copia a la persona entrevistada para que formule observaciones.

— Las declaraciones orales durante inspecciones: durante las inspecciones, la Comisión puede solicitar explicaciones al personal de una empresa o asociación, las cuales serán documentadas y compartidas con la entidad correspondiente.

Además, el Reglamento FSR detalla las obligaciones de transparencia e información que la Comisión puede imponer a las empresas investigadas, incluyendo la provisión de información sobre contribuciones financieras extranjeras recibidas y la participación en operaciones de concentración o procedimientos de contratación pública.

A la vista de lo regulado, se refuerza la capacidad de la Comisión ya sea mediante el control *ex ante* —a través, entre otras, de solicitudes de información e inspecciones— como *ex post* —imposición de multas, medidas represivas, entre otras medidas— para garantizar que las subvenciones extranjeras no distorsionen la competencia en el mercado interior de la UE, asegurando así condiciones equitativas para todas las empresas que operan en la Unión. Este mayor papel de la Comisión a su vez comporta un desplazamiento de las autoridades nacionales.

La importancia de estos instrumentos estriba pues en otorgar poderes a la Comisión para restringir o prohibir el acceso a los mercados de contratación pública a los operadores económicos de terceros países. Igualmente, cabe destacar el incremento de las funciones que la UE va asumiendo en aras a desarrollar una actuación administrativa supranacional plena[13], sustrayéndolas a las autoridades nacionales. En concreto, la UE ya no solo va a ocuparse de aprobar normas que condicionan la intervención de los Estados miembros, sino que también ejecuta políticas de interés comunitario mediante la tramitación de procedimientos administrativos y la emisión de decisiones puramente europeas.

13. FUENTETAJA PASTOR, J. A., *La Administración europea. La ejecución europea del Derecho y las políticas de la Unión*, Civitas, Madrid, 2007; ARROYO JIMÉNEZ, L., El Derecho Administrativo Europeo como sistema, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* núm. 1; Marcial Pons pp. 175 a 205, 2020.

Al respecto, cabe plantearse si estos nuevos procedimientos y controles van a suponer más burocracia y más regulación respecto a la ya existente. Sin embargo, atendiendo a las acciones y a las políticas externas, cabe entender que resultan necesarios para asegurar precisamente la compra estratégica comercial de la UE que se va a intensificar especialmente a partir del año 2025.

En este trabajo sobre la compra pública preferencial, también cabe traer a colación el Informe Especial núm. 28/2023 del Tribunal de Cuentas Europeo titulado Mejorar la competencia equitativa y eficaz para los contratos públicos en la UE adjudicados para obras, bienes y servicios (C/2024/3521 DOUE 3 de junio de 2024) al proponer la «*revisión de la Directiva sobre contratación pública, permitiendo que se dé preferencia a los productos europeos en la contratación pública en determinados sectores europeos en la contratación pública en determinados sectores estratégicos. Contribuirá a garantizar el valor añadido de la UE para nuestros ciudadanos, junto con la seguridad del suministro de tecnologías, productos y servicios vitales. También modernizará y simplificará nuestras normas de contratación pública, en particular teniendo en cuenta las empresas emergentes y los innovadores de la UE*».

Al hilo de este estudio, también debemos hacer referencia a las ORIENTACIONES POLÍTICAS PARA LA PRÓXIMA COMISIÓN EUROPEA 2024-2029 en las que la presidenta de la Comisión Úrsula Van der Leyen propuso la adoptación de preferencias en su orientación política para una nueva Comisión en julio de 2024, revisar Directivas que permitan dar preferencia a los productos europeos en la contratación pública en determinados sectores estratégicos, e incide en la necesidad de dar un nuevo enfoque de la política de competencia, más orientada a los objetivos comunes de la UE y que apoye más a las empresas que se expanden en los mercados mundiales, garantizando siempre unas condiciones de competencia equitativas.

Como consecuencia de las alianzas político-económicas existentes, en especial, atendiendo a la actual postura más agresiva y la competencia económica desleal de la República Popular de China (RPC), su amistad incondicional con Rusia y la dinámica de su relación con Europa, reflejan y justifican una transformación desde la cooperación hacia la competencia. Por lo que se hace notar la existencia de una instrumentalización de todo tipo de políticas, desde la energía hasta la migración y el clima. Atendiendo a lo anterior, se reconoce que el orden internacional de la UE está sufriendo desgaste y las instituciones mundiales han perdido eficacia, por lo que se señala que la nueva política exterior y de seguridad de la UE debe concebirse teniendo en cuenta esta realidad, con toda la intensidad del marco geopolítico existente.

Sobre la necesidad de dotar de músculo al mercado europeo, el Informe Letta titulado «*Mucho más que un mercado: velocidad, seguridad, solidaridad: Empoderar el mercado único para ofrecer un futuro sostenible y prosperidad para todos los ciudadanos de la UE*» (abril de 2024), abordó con detalle la política de contratación pública de la UE. En especial, cabe destacar que se abogó por un «Mercado Único Circular» para apoyar la sostenibilidad ambiental y económica «*mediante el fomento de modelos de negocio innovadores y comportamientos de los consumidores*». En el informe se pedía que se establecieran estrategias de contratación que alinearan el gasto público con objetivos más amplios, especialmente en materia de innovación y sostenibilidad. Por último, el informe Letta pide que se refuercen las capacidades administrativas en materia de contratación pública para mejorar la eficacia y la rendición de cuentas en la aplicación de las estrategias de la UE.

Y sobre el papel y futuro de la competitividad de la UE se emitió otro informe de la Comisión Europea dirigido por el ex primer ministro italiano Mario Draghi, «*El futuro de la competitividad de la UE*» (octubre de 2024*).* El informe de Draghi argumentó que los Estados miembros de la UE deberían aprovechar la contratación pública para impulsar la competitividad europea. Para ello, entre otros extremos, el informe instó a los Estados miembros a «*favorecer a las empresas europeas de defensa competitivas*» sobre los proveedores estadounidenses, que dominan el mercado europeo de defensa. Respecto a la política económica exterior relativa al comercio, se señala la necesidad de ofrecer garantías de reciprocidad y condiciones de competencia equitativas.

En definitiva, la política comercial de la UE se está redefiniendo hacia un rumbo preferencial como se aprecia de la regulación y de los informes referenciados, y que queda reforzado con la actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —TJUE—.

III. POSICIÓN DEL TJUE: IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

Expuesto el marco normativo y las recientes orientaciones de la política comercial de la UE, me voy a focalizar en el alcance y la transcendencia de la jurisprudencia[14] del TJUE en las Sentencias de 22 de octubre de 2024, *Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ* —en adelante *Kolin* (C-652/22)— y en la Sentencia de 13 de marzo de 2025 *CRRC Qingdao Sifang Co. Ltd y Astra Vagoane Călători SA* (C-266/22) —en adelante, Sentencia *Qingdao*—.

14. LÓPEZ MORA; M. E., en «Jurisprudencia del TJUE sobre el acceso y derechos de los operadores económicos de terceros países en las licitaciones de la UE» publicado el

Al respecto, y como cuestión previa, cabe insistir en la importancia de la jurisprudencia del TJUE, pues como ha definido el profesor GIMENO FELIU[15], la jurisprudencia del TJUE constituye una «*auténtica fuente del Derecho y dinamizadora en la plasmación efectiva de los principios referidos en esta materia*», siendo positivizada de manera frecuente en la regulación jurídica.

1. SENTENCIA KOLIN

El interés de la Sentencia *Kolin*, dictada el 22 de octubre de 2024, es triple pues (i) trata por primera vez en sede jurisprudencial la situación jurídica de los operadores económicos de terceros países que desean presentar ofertas en una licitación pública tramitada por un Estado miembro (ii) se ocupa aunque sea de manera indirecta, del papel de los Estados miembros, tema crucial máxime atendiendo al progresivo poder que se dota a la Comisión en detrimento de éstos, y (iii) enjuicia un tema procesal, relativo precisamente a si el TJUE debía abordar las anteriores cuestiones o, si por el contrario eran salvables, puesto que el fondo del asunto versaba propiamente en un supuesto de un posible trato desigual entre empresas licitadoras que no en el tema del acceso de estos operadores económicos.

1.1. Supuesto planteado en la Sentencia Kolin

Con el objeto de aportar claridad en este estudio, me referiré en primer lugar a las conclusiones del Abogado General, no sin antes precisar que el litigio versa entorno al recurso presentado por la empresa turca Kolin contra la adjudicación de un contrato público en Croacia para la construcción de una infraestructura ferroviaria, alegando un trato desigual en comparación con otros licitadores. En concreto, esta empresa se manifestó contraria al hecho que el órgano de contratación permitiera a la empresa que finalmente resultó adjudicataria, aportase determinada documentación en un momento procedimental posterior al plazo de presentación de las ofertas, por lo que solicitó al TJUE que precisase las circunstancias en las que, una

17 de marzo de 2025 en el *Observatorio de Contratación Pública* https://www.obcp.es/noticias/jurisprudencia-del-tjue-sobre-el-acceso-y-derechos-de-los-operadores-economicos-de
y en «Sentencias del TJUE *Kolin* y *Qingdao* ¿Nuevos retos para los poderes y entidades adjudicadores?» Publicado en *El Consultor Contratación Administrativa* el 2 de abril de 2025, accessible en https://link.in/g2Rez3gr

15. GIMENO FELIÚ, J. M., en «La "codificación" de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», en *REDA* núm. 172, julio-septiembre 2015, pp. 81 a 122. Resulta también de interés el trabajo de COZZIO, M. «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, pp. 89 a 116.

vez expirado el plazo de presentación de ofertas, las entidades adjudicadoras pueden pedir a los licitadores, en virtud de la Directiva pertinente en materia de contratación pública, que aporten correcciones o clarificaciones a su oferta inicial.

Así las cosas, propiamente el asunto se centraba en enjuiciar los límites de la discrecionalidad de la entidad adjudicadora para solicitar a la empresa que resultó adjudicataria documentación adicional que demostrase que cumplía los requisitos de capacidad técnica y profesional pertinentes, una vez que la decisión de adjudicación original hubiera sido anulada por deficiencias en la documentación inicial. Por tanto, la cuestión prejudicial se refería a una serie de cuestiones que pretendían determinar propiamente los límites de la discrecionalidad de la entidad adjudicadora para solicitar y considerar dicha documentación complementaria en una fase tan tardía del procedimiento. En particular en relación con una posible vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación, interpretados, en su caso, en relación con el derecho a una buena administración en virtud del artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea —CEDF—.

Como dato clave en este litigio, cabe señalar que Turquía no tiene un acuerdo internacional en materia de contratación pública con la UE, ni en el ACP, ni en ningún otro acuerdo que confiriese reciprocidad (como señaló el apartado 48 de la Sentencia), extremo que no resulta inane como veremos.

1.2. Posición del Abogado General

En este supuesto, el Abogado General Sr. Anthony Michael Collins en fecha 7 de marzo de 2024 declaró la inadmisibilidad de la cuestión planteada, sintéticamente sobre la base de los siguientes fundamentos:

— Dado que Kolin es una empresa de un país tercero que no tiene un acuerdo en materia de contratación pública con la UE, no puede invocar las disposiciones de la Directiva 2014/25/UE para impugnar la decisión de adjudicación. Por lo tanto, concluyó que la petición prejudicial debería ser declarada inadmisible.

— Solo los operadores económicos establecidos en países que sean parte en el ACP o en otros acuerdos internacionales vinculantes para la UE pueden invocar las disposiciones de la Directiva sobre contratación pública. De acuerdo con lo anterior, añadió que dado que Turquía no es parte en dichos acuerdos, Kolin no tiene derecho a participar en igualdad de condiciones en los procedimientos de contratación pública de la UE.

— La política comercial común, que incluye la regulación de la contratación pública con países terceros, es competencia exclusiva de la UE. Sentado lo anterior, afirmó que los Estados miembros no pueden ampliar unilateralmente la aplicación de las normas de la UE permitiendo que operadores económicos de países terceros sin acuerdos pertinentes participen en procedimientos de licitación.

— Aunque la UE no haya ejercido su competencia exclusiva para determinar si los operadores económicos de terceros países no cubiertos pueden participar en tales procedimientos, los Estados miembros no pueden invocar este hecho para recuperar la competencia para actuar en este ámbito.

Las implicaciones de las conclusiones del Abogado General no son baladí, ni desde el punto de vista del escenario actual del acceso de las empresas de países terceros sin acuerdos específicos con la UE en materia de contratación pública que sugiere que no pueden beneficiarse de las disposiciones de las directivas europeas en este ámbito, ni desde el punto de vista procesal como veremos. Se incide pues en las conclusiones en la necesidad desde la UE que dichos países negocien acuerdos internacionales si desean que sus operadores económicos participen en igualdad de condiciones en los procedimientos de contratación pública dentro de la Unión Europea.

1.3. Principales pronunciamientos de la Sentencia Kolin

Sentadas las conclusiones del Abogado General, información y contexto necesarios para apreciar y comprender la postura y el pronunciamiento del TJUE, cabe analizar los principales pronunciamientos que contiene esta Sentencia.

En primer lugar, desde el punto de vista procesal, propiamente podría sorprender que el TJUE haya tenido que entrar a estudiar los temas de acceso a la licitación por un operador económico de un tercer Estado, cuando de facto no fue una cuestión alegada por las partes. Sin embargo, ya se ha tenido la ocasión de exponer que el Abogado General analizó esta cuestión y de manera previa, enjuiciando sobre la admisibilidad del recurso. Ello no ha de resultar ajeno o extraño en determinados ordenamientos como el nuestro, en el que las cuestiones de orden público han de ser ventiladas previamente, pues de concurrir, ya no sería necesario entrar en el fondo del asunto[16].

16. Así, el artículo 55.2 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

Por lo tanto, la determinación de la falta de jurisdicción del Tribunal se examina de oficio y de manera previa (apartados 38 y 39) en el sentido de analizar si ese operador económico de un país tercero con el que no hay acuerdos de los reseñados, puede realmente invocar para su defensa el ordenamiento de la UE, en este supuesto, la Directiva 2014/25/UE. Pudiera parecer que el juicio es innecesario o que incluso sea de oportunidad, pero resulta una cuestión necesaria previa analizar si ciertamente concurren circunstancias obstativas tal y como analiza el Abogado General, amén de resultar necesario para determinar la concreta normativa a aplicar en estos casos específicos.

Dicho lo anterior, cabe avanzar en el sentido que para analizar la procedencia o no de la admisión del recurso, el TJUE diferencia diferentes escenarios en los que se pueden encontrar los operadores económicos de los terceros países tanto desde el punto de vista del acceso a la licitación, como de la defensa jurídica en función de si éstos han suscrito un acuerdo internacional que prevea la reciprocidad e igualdad (apartados 41 a 45). En concreto, distingue:

1) Que sean parte del ACP o de otros convenios internacionales: en estos supuestos la UE está vinculada a los mismos, de manera que se garantiza de manera recíproca su acceso, esto es, el de los operadores económicos de la UE a los contratos públicos en estos países, y a su vez, el de los operadores económicos de dichos países terceros a los contratos públicos en la UE. Y, en la medida que así se refleje, las entidades adjudicadoras de los Estados miembros deben conceder a los operadores económicos de los terceros países que sean parte en el acuerdo, un «trato no menos favorable» que el concedió a los operadores económicos de la UE, por lo que de acuerdo con el Considerando 27 de la Directiva 2014/25/UE, podrán invocar las disposiciones de dicha Directiva.

   Por lo tanto, la UE está vinculada a determinados países terceros por acuerdos internacionales —entre otros, por el ACP— que

Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, prevé que el órgano encargado de resolver el recurso, tras la reclamación y examen del expediente administrativo, ya podrá declarar su inadmisión cuando constare de modo inequívoco y manifiesto de concurrir cualquiera de los siguientes supuestos expresamente previstos: incompetencia del órgano para conocer del recurso, la falta de legitimación del recurrente o de acreditación de la representación de la persona que interpone el recurso en nombre de otra, mediante poder que sea suficiente a tal efecto, haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44, la interposición del recurso, una vez finalizado el plazo establecido para su interposición.

garantizan el acceso de los operadores económicos a los contratos públicos de manera recíproca y por igual.

2) En el caso del resto de terceros países que no hayan suscrito acuerdos comerciales recíprocos, el TJUE sostiene que (i) si bien el derecho de la UE no se opone a que, a falta de medidas de exclusión adoptadas por la Unión, en ausencia de acuerdos adoptados, esos operadores económicos sean admitidos a participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público regulado por la Directiva 2014/25, sin embargo (ii) sí que se opone a que dichos operadores económicos puedan, en el marco de su participación en tal procedimiento, invocar la Directiva y exigir así la igualdad de trato de su oferta con respecto a las presentadas por los licitadores de los Estados miembros y por los licitadores de los terceros países que formen parte del ACP u otros convenios internacionales. Ello significa que el derecho previsto en el artículo 45 de la Directiva 2014/25/UE relativo que cualquier operador económico interesado podrá presentar una oferta en respuesta a una convocatoria de licitación, no se extiende a estos operadores de terceros países, ni tendrán derecho a invocar el amparo de la Directiva.

En este punto, pues, el TJUE modula el alcance previsto en el artículo 45 de la Directiva 2014/25/UE inicialmente planteado en términos amplios —«En los procedimientos abiertos, cualquier operador económico interesado podrá presentar una oferta en respuesta a una convocatoria de licitación…»—, y ello sobre la base que, si se efectúa una interpretación literal y generalista supondría garantizar a esos operadores que no tienen suscrito un acuerdo en términos de reciprocidad e igualdad, un acceso igual a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de la Unión, lo que pugna precisamente con la política de compra comercial preferente, a saber, garantizar una competencia no falseada, basada en el principio de igualdad de trato y de acuerdo con el Considerando 10 del Reglamento ICI[17].

17. Este Considerando indica: «*Los compromisos internacionales de acceso al mercado adquiridos por la Unión frente a terceros países en el ámbito de los contratos públicos y de las concesiones requieren, entre otras cosas, la igualdad de trato de los operadores económicos de dichos terceros países. Por consiguiente, las medidas adoptadas con arreglo al presente Reglamento solo podrán aplicarse a los operadores económicos, bienes o servicios de terceros países que no sean parte en el Acuerdo plurilateral de la OMC sobre Contratación Pública o en acuerdos comerciales bilaterales o multilaterales celebrados con la Unión que incluyan compromisos sobre el acceso a los mercados de contratos públicos o de concesiones, o a los operadores económicos, bienes o servicios de países que sean parte en dichos acuerdos, pero únicamente en relación con los procedimientos de contratación pública de bienes, servicios o concesiones que no estén cubiertos por esos acuerdos. De conformidad con las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y según se aclara en la Comunicación*

Así las cosas, las consecuencias para los operadores económicos de países terceros que, como Turquía, no hayan celebrado dicho acuerdo internacional con la UE son:

a) No se garantiza su acceso.

b) No pueden participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público en la Unión reclamando la igualdad de trato con respecto a los licitadores de los Estados miembros o de los países terceros vinculados por tal acuerdo.

c) No pueden invocar las disposiciones de la Directiva pertinente en materia de contratación pública para impugnar la decisión de adjudicación del contrato de que se trate.

d) Pueden ser excluidos y, en caso contrario, de admitirse podrán preverse disposiciones para un «ajuste de la puntuación resultante» [18] de la comparación entre las ofertas realizadas por dichos operadores y las presentadas por otros operadores (apartados 47 y 63).

Por lo tanto, la Sentencia Kolin (apartado 46) añade esta matización del principio de igualdad al supuesto específico de compra pública con estos operadores económicos, y ello partiendo de la jurisprudencia consolidada del TJUE que ahonda que el principio de igualdad responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos. En este sentido, cabe traer a colación el apartado 81 de la Sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland* (C-513/99), y que tiene como objetivo, en particular favorecer el desarrollo de una competencia efectiva; Sentencia de 3 de junio de 2021, *Rad Service y otros* (C-210/20) apartado 43 y Sentencia de 13 de junio de 2024, *BibMedia (*C-737/22), apartado 30, señalando estas dos últimas que implica, entre otras cosas, la obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones, tanto en el momento en que pre-

---

de la Comisión, de 24 de julio de 2019, titulada "Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE", los operadores económicos de terceros países que no sean partes en un acuerdo que prevea la apertura del mercado de contratación de la Unión, o cuyos bienes, servicios y obras no estén cubiertos por un acuerdo de ese tipo, no tienen asegurado el acceso a los procedimientos de contratación en la Unión y pueden ser excluidos de ellos.»

18. Dentro de las medidas previstas en el artículo 6 del Reglamento ICI: «*En la medida ICI contemplada en el apartado 1, la Comisión podrá decidir [...] que se restrinja el acceso de operadores económicos, bienes o servicios de un tercer país a procedimientos de contratación pública, exigiendo a los poderes adjudicadores o a las entidades adjudicadoras que: a) impongan un ajuste de puntuación a las ofertas presentadas por operadores económicos originarios de ese tercer país, o b) excluyan las ofertas presentadas por operadores económicos originarios de ese tercer país*».

paran sus ofertas, como en el momento en que estas se someten a la evaluación del mencionado poder adjudicador.

En efecto, de acuerdo con el objetivo del principio de igualdad, cabe concluir que la interpretación efectuada por el TJUE se alinea en su principal finalidad, a saber, garantizar la igualdad de condiciones en el trato conferido a los operadores económicos en atención a la reciprocidad existente. En estos casos, las «condiciones no menos favorables» se aplicarán únicamente para los países que hayan celebrado un acuerdo internacional en términos de reciprocidad e igualdad, pues de lo contrario comporta la infracción del artículo 43 de la Directiva 2014/25/UE.

3) Al hilo de lo anterior, en segundo lugar, el TJUE se adentra en el nada indiferente debate de la competencia para adoptar actos de acceso en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de los operadores económicos de un tercer país que no haya celebrado un acuerdo internacional con la UE que garantice el acceso igual y recíproco a los contratos públicos. Para ello, fija las siguientes premisas:

— la competencia en materia de comercio internacional es exclusiva de la UE. El Tribunal sostuvo que solo la UE es competente para decidir qué operadores económicos tienen acceso a los mercados de contratación pública europeos pues estas decisiones se toman mediante la negociación y celebración de acuerdos internacionales. Esta competencia exclusiva de la UE se basa en el artículo 3 del TFUE, cuyo apartado 1 e) enumera la «política comercial común» entre los ámbitos de competencia exclusiva de la UE y el apartado 2 indica además que «la Unión también tendrá competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando su celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión o sea necesaria para permitir a la Unión ejercer su competencia interna, o en la medida en que su celebración pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas». Esta política se articula con más detalle en los artículos 206 y 207 del TFUE.

  En concreto, el TJUE reconoce que todo acto de alcance general destinado específicamente a determinar las modalidades de participación de los operadores económicos de un tercer país en los procedimientos de contratación pública en la UE puede tener efectos directos e inmediatos en el comercio de bienes y servicios entre dicho tercer país y la Unión Europea, de modo que entra dentro de la competencia exclusiva de la Unión Europea (apartado 57).

Y hace remisión al artículo 86 de la Directiva 2014/25/UE y al Reglamento ICI en relación con la adopción de «medidas de alcance general que puedan adoptarse respecto de operadores económicos de un tercer país que no haya celebrado un acuerdo internacional con la Unión Europea» (apartado 59).

En conclusión, el TJUE reconoce que la UE es competente para adoptar un acto de alcance general relativo al acceso.

— Como consecuencia de lo anterior, se indica que los Estados miembros no están facultados para legislar o adoptar actos jurídicamente vinculantes de alcance general por lo que respecta a dicho acceso, ni siquiera cuando la Unión no haya adoptado actos aplicables en este ámbito, ni están facultados para aplicar las disposiciones nacionales que transpongan las normas contenidas en dicha Directiva a los operadores económicos de países terceros que no hayan celebrado con la Unión un acuerdo internacional de ese tipo. Además el TJUE afirma que las autoridades nacionales no pueden interpretar las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva 2014/25/UE en el sentido de que se aplican también a operadores económicos de terceros países que no hayan celebrado un acuerdo de este tipo con la UE, que hayan sido admitidos por una entidad adjudicadora a participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público en el Estado miembro de que se trate, so pena de vulnerar el carácter exclusivo de la competencia de la Unión en este ámbito.

4) A falta de esos actos, determina que corresponde a la *entidad adjudicadora evaluar*, caso por caso si procede admitir la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de operadores económicos de países terceros que no hayan celebrado un acuerdo internacional con la Unión en materia de contratos públicos, que no haya celebrado un acuerdo internacional con la Unión que garantice el acceso igual y recíproco a los contratos públicos y, en el caso de que decida tal admisión, si procede prever un ajuste de la puntuación resultante de la comparación entre las ofertas realizadas por dichos operadores y las presentadas por otros operadores. Los poderes y entidades adjudicadores pueden permitir dicha participación solo «en ausencia de actos adoptados por la Unión Europea» (apartado 63).

5) Finalmente, otro tema de gran calado abordado por la Sentencia es el relativo al *derecho aplicable* en el supuesto que estos operadores económicos impugnen el desarrollo del procedimiento, pues su recurso solo puede ser

examinado a la luz del Derecho nacional, y no del Derecho de la Unión. El TJUE señala a este respecto que las autoridades nacionales no pueden exigir a las autoridades adjudicadoras que apliquen a los operadores económicos de países terceros que no hayan celebrado un acuerdo internacional con la Unión las disposiciones nacionales de transposición de las normas contenidas en la Directiva sobre contratación pública. Por consiguiente, declara la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial y concluye que si bien las modalidades de trato de los operadores económicos deben ser conformes con determinados requisitos, como los de transparencia o proporcionalidad[19], un recurso de uno de ellos dirigido a denunciar el incumplimiento de tales requisitos por parte de la entidad adjudicadora, solo puede examinarse a la luz del Derecho nacional, que no del Derecho de la Unión.

1.4. Reflexiones de la Sentencia Kolin

El impacto de la Sentencia *Kolin* es incuestionable y ello desde diferentes puntos de vista:

I. Desde el punto de vista de la *política comercial preferencial*:

En primer lugar, la Sentencia aplica y reconoce las limitaciones para operadores de países terceros, en el sentido que las empresas de países que no hayan suscrito acuerdos internacionales en materia de contratación pública con la UE en términos de reciprocidad e igualdad, tendrán restricciones para participar en igualdad de condiciones o trato en licitaciones públicas dentro de la UE, en aras a garantizar el acceso equitativo a procedimientos de contratación pública. Ello manifiesta que la voluntad es la de *fomentar que se suscriban estos acuerdos internacionales, de acuerdo con la finalidad del Reglamento ICI y Reglamento FSR*. En efecto, para acceder al mercado de contratación pública de la UE en condiciones de igualdad, es esencial que los países terceros negocien y establezcan acuerdos internacionales específicos en esta materia.

En segundo lugar, esta Sentencia refuerza la posición de la UE quien detenta la competencia exclusiva en la regulación de su mercado interno de acuerdo con el Reglamento ICI y, en concreto, la facultad de adoptar medidas para excluir la participación de operadores económicos de determinados países con el fin de obligarles a negociar el acceso recíproco a los respectivos mercados de contratación pública. Así las cosas, las funciones de los Estados miembros se ven relegadas y, en último término, reconoce a los

19. De acuerdo con el apartado 66 de la Sentencia, «*Si bien es concebible que las modalidades de trato de tales operadores deban ser conformes con determinados requisitos como los de transparencia o proporcionalidad*».

poderes y entidades adjudicadores permitir dicha participación «*en ausencia de actos adoptados por la Unión Europea*» (apartado 63). Sobre este este punto, surgen dudas en cuento a (i) su encaje respecto a la configuración del Reglamento ICI que otorga como hemos analizado a la Comisión el poder de imponer medidas para restringir el acceso y (ii) si los poderes y entidades adjudicadores están preparados para asumir estas facultades de tanto calado[20].

II. Desde el punto de vista *régimen jurídico*:

Como ya se ha apuntado, una de las primeras consecuencias a partir de la Sentencia *Kolin*, de resultas de la aplicación plena del principio de igualdad y del principio de reciprocidad, es que la Directiva 2014/25/UE no es aplicable a operadores de países terceros que no hayan firmado un acuerdo vigente con la UE en esta materia, sino que se deberá estar a los dictados del *derecho nacional*, ergo, cabe entender que tampoco serán de aplicación las Directivas de recursos[21], pues su ámbito de aplicación es precisamente en los supuestos en los supuestos en los que sean de aplicación las Directivas de contratación[22].

Pues bien, en atención a dicho pronunciamiento, comoquiera que a estas alturas, todos los Estados miembros deberían haber transpuesto las Directivas de contratación del año 2014, cabe plantearse si existe derecho nacional «puro», esto es, que no sea fruto de la transposición de las Directivas europeas y, en caso contrario, qué legislación nacional se deberá aplicar. Partiendo que el «trato menos favorable» dependerá de la legislación nacional del Estado miembro que se trate, cabe reprochar que no queda delimitado

20. LÓPEZ MORA, M.ª E., en «Sentencias del TJUE *Kolin y Qingdao...*» *op. cit*.

21. Es decir, sentado que se aplica derecho nacional que no las Directivas de contratación públicas, el ámbito jurídico de aplicación se ciñe a la regulación nacional en todos los aspectos.

22. **La Directiva 2007/66/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, se aplica **a todos los procedimientos de contratación pública** en los que se considere que un operador económico ha sido afectado por una decisión de adjudicación que infrinja la legislación sobre contratación pública. Si bien, de acuerdo con su marco regulatorio concreta que: «*1. La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 10 a 18 de dicha Directiva. (.../...) 2. Los Estados miembros velarán por que no se produzcan discriminaciones entre las empresas que puedan alegar un perjuicio en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato a causa de la distinción que hace la presente Directiva entre las normas nacionales que transponen el Derecho comunitario y las demás normas nacionales*».

el alcance de cuanto «menos favorable» será. De nuevo surge la duda de cómo se garantizará por lo menos el derecho defensa, por lo que de la Sentencia del TJUE surgen dudas e incertidumbres que deberán ser tratadas por la UE.

1.5. Actuaciones posteriores a la Sentencia Kolin

Dictada la Sentencia *Kolin*, la Comisión emitió el Informe COM(2025) 5 final, titulado «Informe de la Comisión en virtud del artículo 5, apartado 4, del Reglamento (UE) 2022/1031 sobre la investigación, en el marco del Instrumento de Contratación Internacional, relativa a las medidas y prácticas de la RPC en el mercado de contratación pública de productos sanitarios», publicado el 14 de enero de 2025[23].

En dicho documento, se expone que la Comisión Europea ha investigado las prácticas de la RPC en el mercado de contratación pública de dispositivos médicos y que, a raíz de dichos estudios, ha identificado medidas y prácticas que han causado una restricción grave y recurrente al acceso de los operadores económicos de la Unión Europea, sus bienes y servicios, al mercado de contratación pública de la RPC. En concreto, detectó la existencia de (i) asignación de ayudas financieras que distorsionan la competencia (subvenciones estatales) (ii) exigencias que favorecen a los proveedores nacionales (requisitos de contenido local); (iii) obstáculos que limitan el uso de tecnologías extranjeras (restricciones a la propiedad intelectual) y (iv) procedimientos burocráticos que dificultan la participación de empresas de la UE (obstáculos administrativos). Y constata que estas prácticas han afectado negativamente a las empresas de la UE, limitando su capacidad para competir en igualdad de condiciones en el mercado chino de dispositivos médicos.

Además, junto con el informe principal, se publicó un documento de trabajo de los servicios de la Comisión (SWD(2025) 2 final) que detalla los hallazgos fácticos de la investigación, señalando que la RPC distorsiona y no observa las políticas europeas como la medioambiental y la social, por lo que se comunica que la Comisión Europea evaluará las medidas a adoptar en respuesta a estas prácticas, que podrían incluir la imposición de medidas restrictivas en el ámbito de la contratación pública internacional, conforme al Reglamento ICI.

También, la Comisión Europea publicó el pasado 5 de marzo de 2025 una convocatoria de datos para recabar información sobre los principales

23. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/es/ip_25_252/IP_25_252_ES.pdf

objetivos, el ámbito de aplicación y el contexto de las próximas Directrices relativas a la aplicación del Reglamento FSR. De lo estudiado, se trata por tanto de un primer paso hacia la publicación de las Directrices a más tardar el 13 de enero de 2026, conforme a lo dispuesto por dicho reglamento con la finalidad de dotar de seguridad jurídica, transparencia y la previsibilidad en la aplicación del Reglamento FSR por parte de la Comisión.

2. SENTENCIA *QINGDAO*

Tan solo cinco meses desde la Sentencia *Kolin*, el 13 de marzo de 2025, el TJUE dictó la Sentencia *Qingdao* (asunto C-266/22), en la que se confirman los principales pronunciamientos del TJUE por la que se afianza la posición jurisprudencial en este tema. Procedamos pues a analizar dicha Sentencia.

2.1. Supuesto de hecho planteado en la Sentencia *Qingdao*

Este asunto versa sobre una licitación relativa a la adquisición de veinte trenes eléctricos interregionales nuevos, denominados RE IR, y de los servicios de mantenimiento y reparación necesarios para el funcionamiento de dichos trenes y que involucraba a las empresas CRRC Qingdao Sifang Co. Ltd y Astra Vagoane Călători SA en un litigio contra la Autoritatea pentru Reformă Feroviară (Autoridad para la Reforma Ferroviaria) y Alstom Ferroviaria SpA.

El resultado de la licitación fue la exclusión de la agrupación de empresas formada por una empresa china, adjudicando el contrato a Alstom Ferroviaria. El motivo de la exclusión fue que la sociedad líder de la agrupación de empresas, CRRC Qingdao Sifang, no estaba comprendida en el concepto de «operador económico» en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra jj), de la Ley de Contratos Públicos, en su versión modificada por el OUG n.º 25/2021, por tener su domicilio social en la RPC (Decreto ley n.º 25/2021, por el que se modifican y complementan diversas normas en materia de contratación pública).

Al respecto, la Curtea de Apel Bucureşti (Tribunal de Apelaciones de Bucarest, Rumanía) el 20 de abril de 2022 planteó una cuestión prejudicial al TJUE centrada en la interpretación de varios artículos de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. En concreto, solicitó al TJUE que aclarara si una normativa nacional que modifica la definición de «operador económico» y que entra en vigor después de la publicación de un anuncio de licitación, excluyendo a una empresa establecida en un tercer país que no es signatario

de un acuerdo internacional en el sentido del artículo 25 de la Directiva 2014/24/UE, es compatible con el derecho de la UE.

2.2. Conclusiones del Abogado General

Las principales conclusiones de 11 de mayo de 2023 del Abogado General Athanasios Rantos son las siguientes:

— Los operadores económicos de terceros Estados como la RPC que no sean signatarios de un acuerdo contemplado en al artículo 25 de la Directiva 2014/24/UE y en el artículo 43 de la Directiva 2014/25/UE, no están comprendidos en el ámbito de aplicación *ratione personae* de estas Directivas y no disfrutan de los derechos establecidos en las mismas.

— La tesis de la exclusión parece estar avalada por la interpretación teleológica del artículo 25 de la Directiva 2014/24/UE, y traduce la estrategia de reciprocidad adoptada por la UE en el marco de la política comercial común, y muy concretamente en sus relaciones con la RPC.

— En todo caso, toda reivindicación de dichos operadores económicos de los principios de seguridad jurídica, y de protección de la confianza legítima deberá basarse en el Derecho nacional.

2.3. Pronunciamientos de la Sentencia

Como ya se ha señalado, el TJUE sigue la senda ya fijada en la Sentencia *Kolin* en el sentido que una vez aclarado que, atendiendo al supuesto de hecho, se debe aplicar la Directiva 2014/25/UE que no la Directiva 2014/24/UE, señala:

1) La UE está vinculada con los terceros países con los que se haya suscrito acuerdos en términos de igualdad y reciprocidad, de manera que, de acuerdo con el artículo 25 de la Directiva, han de conferir un trato «no menos favorable» (apartado 56, siguiendo a lo ya indicado en los apartados 41 y 42 de la Sentencia *Kolin*). Por ello, el derecho que el artículo 27 de la Directiva 2014/24/UE reconoce a todo operador económico interesado, se ha de matizar en los supuestos de continua mención, puesto que garantizaría el mismo trato que a los estados que sí han suscrito dichos acuerdos (apartado 58 de esta Sentencia, en el sentido ya indicado en los apartados 46 y 47 de la Sentencia *Kolin*). A dichos terceros Estados no se les garantiza el acceso, incluso pueden ser excluidos (apartado 59 de

esta Sentencia, en el mismo sentido que los apartados 45 y 47 de la Sentencia *Kolin*).

2) Todo acto de alcance general que tenga por objeto específico determinar las modalidades de exclusión o de acceso de los operadores económicos de un tercer país es competencia exclusiva de la UE, de acuerdo con el artículo 3 del TFUE (apartado 60 de esta Sentencia, en el mismo sentido que el apartado 57 de la Sentencia *Kolin*). Por lo que la UE es la única competente para adoptar un acto de alcance general relativo al acceso, en procedimientos de adjudicación de contratos públicos de los operadores económicos de un tercer país que no hayan celebrado un acuerdo internacional con la UE que garantice un acceso igual y recíproco a los contratos públicos: estableciendo bien el acceso o bien excluyéndolos o prevea un ajuste (apartado 61 de esta Sentencia, en el mismo sentido que en el apartado 61 de la Sentencia *Kolin*).

3) Como quiera que la UE no ha facultado a los Estados miembros para legislar o adoptar actos jurídicamente vinculantes sobre el acceso, ni ha adoptado actos de esta naturaleza (apartado 62 de esta Sentencia, en el mismo sentido que el apartado 62 de la Sentencia *Kolin*), corresponde a las entidades adjudicadoras evaluar si procede admitir en un procedimientos de adjudicación de un contrato público a los operadores económicos de un tercer país que no haya celebrado un acuerdo internacional con la UE que garantice el acceso igual y recíproco a los contratos públicos (apartados 63 de esta Sentencia en el mismo sentido que los apartados 64 y 63 y 65 de la Sentencia *Kolin*).

4) En estos supuestos no existe un reconocimiento de un «*trato no menos favorable*», debiendo de existir una diferencia objetiva entre las dos situaciones, solo puede examinarse de acuerdo con el derecho nacional (apartados 66 y 64 de esta Sentencia, en el mismo sentido que el apartado 66 de la Sentencia *Kolin*) si bien conforme a determinados principios y exigencias, como el principio de seguridad jurídica y el de protección a la confianza legítima.

2.4. Reflexiones de la Sentencia *Qingdao*

Con la Sentencia *Qingdao* se afianza la postura adoptada por el TJUE en la Sentencia *Kolin* en lo que concierne a la política comercial[24], si bien se

24. Resulta de gran interés el documento oficial emitido por la Comisión el 15 de mayo de 2025 como consecuencia de las consultas recibidas precisamente de resultas de esta

mantienen algunas dudas en cuanto al trato concreto de estos operadores económicos de terceros países que no han suscrito acuerdos en términos de reciprocidad e igualdad, pues no delimita cuanto «menos favorable» será el derecho a observar.

En efecto, respecto al alcance de lo que se deberá entender por «trato menos favorable», hasta el momento se sabe que se deberá estar a la regulación del derecho nacional y en la Sentencia *Qingdao* apunta que también se tendrá en cuenta como mínimo el principio de seguridad jurídica y confianza legítima[25]. Ahora bien, para la determinación del «derecho nacional» que no sea el transpuesto de resultas de la transposición de las directivas de contratación, debiera resultar pacífico que, como mínimo, se deberá estar a lo previsto en el artículo 6 del CEDF en cuanto al derecho a un «proceso equitativo»[26]. Por lo tanto, si bien no se estará a un principio de igualdad de trato, igual de favorable que con los operadores de terceros países con

jurisprudencia del TJUE. Destacan las respuestas y sugerencias respecto al ámbito de aplicación, es especial, las relativas que afecta no únicamente a los contratos armonizados sino a todos los contratos sobre la base que esta cuestión del acceso hace referencia a la política comercial; a las exclusiones de los operadores económicos de terceros países y al alcance de su derecho de defensa – al sugerir que estos operadores económicos de terceros estados «*no gozan de ningún derecho derivado de la legislación de la UE sobre contratación pública*», entre otros extremos. También apunta que el ICI puede solventar las lagunas jurídicas que surjan respecto de las situaciones de consorcios, subcontratistas, recurso a otras capacidades —afirmando que la decisión la tendrán los poderes o entidades adjudicadores—, y en el ajuste de puntuación. Este documento que se puede consultar en
https://webgate.ec.europa.eu/circabc-ewpp/d/d/workspace/SpacesStore/0e5f20cf-6e13-42e6-a132-7a78488ef6cb/file.bin

25. Recordemos que en el apartado 66 de la Sentencia *Kolin*, se alude a los requisitos de transparencia y de proporcionalidad.

26. Dicho precepto establece que: «*1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan* o *en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación*

los que sí existente los acuerdos internacionales en términos de reciprocidad por las razones de continua mención, sí que parece que se deberá observar esta «equidad» a la que hace referencia el CEDF, amén de los principios y requisitos mencionados en las Sentencias *Kolin* y *Qingdao*.

Siguiendo con este orden de consideraciones, tampoco queda concretado el supuesto en el que, admitido dicho operador económico, si posteriormente se le «excluye», en base a qué motivos se podrá adoptar esta decisión[27]. Menos aún, no se aborda el supuesto en el que, admitido a la licitación, posteriormente se le pueda «*ajustar la puntuación*»[28], posibilidad que si bien está prevista en el Reglamento ICI, hubiera sido oportuno aclarar el alcance de dicha medida.

Al respecto, cabe considerar que el «trato menos favorable» que reconoce el TJUE se alinea con el contenido del artículo 6.6 del Reglamento ICI pues ya prevé que la Comisión puede decidir restringir el acceso de los operadores económicos, los bienes o los servicios de un tercer país a los procedimientos de contratación pública exigiendo a los poderes adjudicadores tanto el ajuste de puntuación a las ofertas presentadas por operadores económicos originarios de esos terceros países o excluir las ofertas presentadas por operadores económicos originarios de ese tercer país.

Sobre la disminución de las facultades de los Estados miembros en estos temas, hasta el punto que la jurisprudencia del TJUE de manera reiterada afirma que no están facultados para legislar o adoptar actos jurídicamente vinculantes de alcance general respecto al acceso, de lo expuesto cabe entender que su actuación quedará limitada a la configuración y el diseño en la fase previa para fijar sus preferencias y prioridades en las licitaciones, en concreto, en la determinación de la solvencia, criterios de adjudicación, condiciones especiales de ejecución y prescripciones técnicas. Y si bien en el Reglamento ICI prevé que compete a la Comisión la determinación de estos supuestos de acceso y exclusión, recordemos que el TJUE reconoce

---

e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.»

27. De acuerdo con el precitado Documento de la Comisión de 15 de mayo de 2025, la decisión de excluir a los operadores económicos de terceros países no tiene por qué estar prevista en los pliegos, e indica con ocasión de tratar los derechos de estos operadores económicos —en mi opinión, no se expresa así el TJUE en la Sentencia *Kolin*—, que no son aplicables los principios de transparencia y proporcionalidad previstos en la legislación de la UE (punto 6.2). De nuevo, pues, surgen dudas e interrogantes sobre dichas sugerencias.

28. En este punto, el Documento de 15 de mayo de 2025 se remite bien al artículo 6.8 del Reglamento ICI, bien sugiere que puede decidir aplicar cualquier mecanismo de ajuste que considere adecuado para un procedimiento de contratación pública especifico.

que mientras la UE no dicte actos al respecto, serán los poderes y entidades adjudicadores quienes decidirán sobre el acceso y exclusión en estos supuestos. En este punto también se advierte la necesidad de dotar de una mayor claridad y orientación respecto a las facultades de estos poderes y entidades adjudicadores sobre tan transcendente decisión.

Finalmente, y no por ello de menor relevancia, surge la duda de la posible afectación de esta jurisprudencia respecto a los supuestos de bienes y servicios originarios de países no cubiertos por convenios en términos de reciprocidad, pues es una cuestión que no queda abordada por el TJUE que se centra en los operadores económicos y no en los bienes y servicios. Al respecto, no debería sorprender esta cuestión pues es de sobra conocido que por esta vía quedan comprometidas principalmente las políticas medio ambientales y sociales de la UE, amén de afectar también al principio de competencia. No es lo mismo un producto elaborado dentro de la UE cumpliendo toda la batería de normativa aplicable, que el elaborado fuera de la UE, no lo es. Aceptar sin ningún reparo o garantía dichos bienes o servicios hacen claudicar los intereses protegidos en la UE[29], deviniendo su legislación poco efectiva y eficaz.

IV. CONCLUSIÓN

La UE está intensificando su política comercial preferencial a la vista de las asimetrías existentes en aras a salvaguardar los intereses europeos frente a las prácticas desleales existentes. Con el Reglamento ICI y el Reglamento FSR se apostó por una uniformidad en el tratamiento de las cuestiones de la participación de los operadores económicos de terceros países que no hubieran suscritos acuerdos en términos de reciprocidad y, partiendo de dicha regulación, la jurisprudencia del TJUE intensifica más dicho posicionamiento como se ha expuesto. En todo caso, ante las incertidumbres y dudas que suscita dicha jurisprudencia, se reclama una mayor concreción de la normativa nacional, principios y requisitos a aplicar; los supuestos en los que los poderes adjudicadores y entidades deberán decidir sobre el acceso o exclusión de aquellos operadores económicos; los contornos del

29. El artículo 85 de la Directiva 2014/25/UE sobre servicios públicos establece las normas para la adjudicación de un contrato de suministro que incluya también productos originarios de países no incluidos en el ámbito de aplicación. Este artículo establece que las ofertas presentadas para la adjudicación de un contrato de suministro podrán ser rechazadas cuando la proporción de productos originarios de países no incluidos supere el 50 % del valor total de los productos que constituyen la oferta. Además, si dos o más ofertas son equivalentes (considerándose equivalentes hasta un 3% de diferencia de precio), se dará preferencia a las ofertas que no puedan ser rechazadas. En una nueva regulación, cabrá si el umbral del 50% indiscriminado en todos los sectores resulta coherente con estas políticas comerciales.

«trato menos favorable» que estos poderes económicos podrán invocar en su defensa, así como la posible afectación de esta jurisprudencia a los bienes y servicios que provienen de estos operadores económicos.

De lo expuesto, hasta el momento si bien la UE no «garantiza» la participación de los operadores económico de terceros países con los que no se ha suscrito acuerdos en términos de reciprocidad, no se veta absolutamente, de manera que en función del sector y del supuesto concreto que se trate, puede que ni el acceso, ni el derecho a aplicar en estos supuestos sea estricto, consciente la UE que en determinados supuestos puede que deba recurrir a esos operadores económicos, porque no existen en el mercado europeo, antes de tener que declarar desierta la licitación dejando de dar respuesta a una necesidad pública. Ello refleja el carácter estratégico de la compra comercial preferencial adoptada, pues no se pretende imponer un proteccionismo, sino endurecer la regulación actual, poner freno a las asimetrías existentes. Este planteamiento se alinea pues con la finalidad de impulsar el mercado europeo, como señala el informe Letta.

En el momento actual, caracterizado por el intenso entorno geopolítico y el período de evaluación de las Directivas de contratación pública para la nueva regulación de la contratación pública, cabe reflexionar y fijar el nuevo horizonte de la compra pública comercial que mejor garantice los intereses europeos. Ello supone importantes desafíos y, a su vez, precisa de orientaciones prácticas robustas que acompasen las medidas en defensa de la política comercial de la UE.

V. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO JIMÉNEZ, L. (2020), El Derecho Administrativo Europeo como sistema, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* núm. 1; Marcial Pons pp. 175 a 205.

COZZIO, M. (2013) «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.) y BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Civitas, pp. 89 a 116.

ESTEBAN RÍOS, J. (2022) en «Contratos públicos y límites para los licitadores, bienes y Servicios de países terceros: Evitar la "competencia desleal" para reforzar el marco interior», en *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 217, pp. 175 a 216, 2022.

(2022) «El instrumento de contratación internacional: régimen y problemática de la armonización europea frente al proteccionismo en los contratos

públicos», publicado en *Revista catalana de dret públic*, núm. 66, 3 de febrero de 2022.

(2023) «Hacia un mayor control de la Unión sobre las licitaciones nacionales: la respuesta europea frente a las subvenciones de países terceros», p. 303 a 331 en *Observatorio de los Contratos Públicos* 2023, Gimeno Feliu J.; (coord.) y De Guerrero Manso, M. C. (coord.) Ed. Aranzadi, 2023.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1983) *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.

FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2007) *La Administración europea. La ejecución europea del Derecho y las políticas de la Unión*, Civitas, Madrid.

GIMENO FELIÚ, J. M. (2025) «*Hacia una nueva contratación pública en clave geoestratégica: la brújula de la competitividad en Europa al Servicio de las políticas públicas*», publicado el 17 de marzo de 2025 en el Observatorio de Contratación Pública.

https://www.obcp.es/opiniones/hacia-una-nueva-contratacion-publica-en-clave-geoestrategica-la-brujula-de-la

(2023) «Modelos colaborativos en obras públicas y su viabilidad jurídica en España con el marco normativo vigente», *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 60, Zaragoza, 2023, pp. 43.

(2015) en «La "codificación" de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», en *REDA* núm. 172, julio-septiembre 2015, pp. 81 a 122.

KLASSE, M. & YUKINS C. (2023) The EU Foreign Subsides Regulation: Implications For Public Procurement And Some Collateral Damage, GW Legal Studies Research Paper, n.º 2023-18 Pascal Friton, 65 Goucment Contractor1163 (Marc 22, 2023) Thomsom Reuters.

LÓPEZ MORA; M. E. (2025) «Jurisprudencia del TJUE sobre el acceso y derechos de los operadores económicos de terceros paises en las licitaciones de la UE» publicado el 17 de marzo de 2025 en el *Observatorio de Contratación Pública*.

https://www.obcp.es/noticias/jurisprudencia-del-tjue-sobre-el-acceso-y-derechos-de-los-operadores-economicos-de

(2025) «Sentencias del TJUE *Kolin* y *Qingdao* ¿Nuevos retos para los poderes y entidades adjudicadores?» Publicado en *El Consultor Contratación Administrativa* el 2 de abril de 2025, accessible en https://link.in/g2Rez3gr

7

Los certificados de buena ejecución como medio de acreditación de la solvencia técnica de los contratistas: la necesidad de su regulación para evitar la discriminación entre licitadores [1]

Miguel Ángel Bernal Blay
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. LA SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL Y SU ACREDITACIÓN POR LOS CONTRATISTAS. EN ESPECIAL, LOS CERTIFICADOS DE BUENA EJECUCIÓN. *1. Excepciones y alternativas a los certificados de buena ejecución. 2. Sobre el momento de acreditar la solvencia técnica (y por tanto, de aportar los certificados). 3. Los certificados de buena ejecución «ajenos». 4. ¿Y qué hay de la acreditación de su solvencia técnica por los subcontratistas?* II. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL CERTIFICADO: ¿QUÉ CONTENIDO DEBEN REFLEJAR LOS CERTIFICADOS DE BUENA EJECUCIÓN? *1. Los elementos subjetivos de los certificados (I): ¿quién debe expedir los certificados? 2. Los elementos subjetivos de los certificados (II): ¿a*

1. El presente trabajo es un resumen de mi *Trabajo de Fin de Máster* presentado al Máster de Formación Permanente en Contratación Pública (60 ECTS) cursado en la Universidad de Castilla La Mancha durante el curso académico 2024-2025. Desde aquí mi agradecimiento a todos los profesores —compañeros— que a lo largo de casi nueves meses me han sometido a un proceso de «reciclaje» en la materia, y en especial a su Director, José Antonio Moreno Molina, y a los coordinadores Isabel Gallego y Javier Miranzo, a los que aprecio todavía más después de comprobar en primera persona el cuidado con el que preparan las actividades y contenidos del Máster, buscando siempre la excelencia y ofrecer la mejor capacitación para los profesionales de la contratación pública.

quién van referidos? *3. El elemento formal del certificado: condiciones relativas a la firma de los certificados.* III. LA NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LOS CERTIFICADOS DE BUENA EJECUCIÓN PARA EVITAR LA DISCRIMINACIÓN ENTRE LICITADORES. ALGUNAS PROPUESTAS. *1. Los certificados de buena ejecución deberían ser emitidos de oficio por el responsable del contrato a la finalización de su ejecución. 2. El contenido de los certificados de buena ejecución debería normalizarse, y el modelo de certificado incorporarse a la regulación la contratación pública. 3. Los certificados de buena ejecución emitidos por entidades del sector público deberían ser objeto de publicidad. 4. Los certificados de buena ejecución emitidos por entidades del sector público deberían ser objeto de inscripción de oficio en el Registro de licitadores. 5. Los certificados de buena ejecución presentados en un procedimiento anterior de la misma entidad contratante deberían poder ser objeto de reutilización en procedimientos de adjudicación posteriores. 6. Las entidades del sector público no deben rechazar certificados de buena ejecución porque en ellos no se refleje literalmente la identidad de prestaciones con las que son objeto de contratación.*

Una conversación figurada (o no) entre un operador económico y el que fuera responsable de su contrato:

(contratista, C) – ¡Buenos días Juan!

(responsable del contrato, RC) – *Buenos días, ¿quién eres?*

C – Soy Paco, de la empresa A. No sé si te acuerdas, pero ganamos una licitación que tu entidad licitó hace ahora unos cuatro años para el servicio X....

RC – Ah sí, si me acuerdo de ti, quedamos muy contentos con el trabajo que hicisteis ¿qué se te ofrece?

C – Pues nada, que hemos ganado una licitación de otra entidad, y nos piden que acreditemos nuestra solvencia técnica con certificados de buena ejecución de trabajos similares....

RC – ¿y?

C – Que me preguntaba si nos podrías hacer un certificado de aquel servicio que os prestamos...

RC – ¿Pero no os hice uno ya?

C – Efectivamente, y lo hemos presentado, pero nos dicen que no se indica en el mismo que la ejecución fuera correcta, ni se concreta el alcance de los trabajos, porque solo pone el título del contrato.... Así que nos han dado tres días para subsanar.

RC – Pero qué tiquis-miquis son algunos....

C – Ya.... Tampoco figura el CPV que identifica la prestación realizada.

RC – ¿y dónde pone que eso tiene que figurar en los certificados? En fin.... mira, yo ya no estoy en aquella unidad de contratación porque hicieron un concurso de traslados y nos han movido a todos, así que no puedo ayudarte...

C – ¿y el órgano de contratación?

RC – Uy, a ella la cesaron después de las elecciones.

C – Entonces ¿contacto con los actuales gestores de la unidad de contratación para que me hagan el nuevo certificado?

RC – Si, eso es. Pero ten en cuenta que los que están allí son todos nuevos, y nadie sabe si ejecutasteis bien o mal...no sé quién va a querer firmar algo que no le consta... ¿cuántos días dices que tienes para subsanar?

I. LA SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL Y SU ACREDITACIÓN POR LOS CONTRATISTAS. EN ESPECIAL, LOS CERTIFICADOS DE BUENA EJECUCIÓN

Uno de los principales —si no el más importante— requisito de aptitud para contratar con las entidades del sector público es contar con solvencia técnica o profesional. Es cierto que para algunos contratos, dicha solvencia se presume al contratista (contratos menores), y que en otros se libera a los licitadores de su acreditación (cuando se utilice el procedimiento abierto simplificado en su modalidad abreviada —art. 159.6.b de la Ley 9/2017—, de contratos del sector público (LCSP), y en general, para los contratos de obras cuyo valor estimado no exceda de 80.000 euros y para los contratos de los demás tipos cuyo valor estimado no exceda de 35.000 euros —salvo que en los pliegos del contrato se establezca de modo expreso su exigencia— como indica el art. 11.5 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Pero lo ordinario es que quienes participan en un procedimiento de licitación deban acreditar su solvencia técnica o profesional mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación, de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la Ley de contratos (art. 86 LCSP).

Entre esos «documentos que se determinen por el órgano de contratación, de entre los previstos en los artículos 87 a 91 LCSP» sobresale uno, que es objeto de demanda generalizada, y a menudo indiscriminada, por las entidades contratantes. Me refiero a los «certificados de buena ejecución» que se mencionan en los artículos 88.1.a (para la acreditación de la solvencia técnica o profesional en contratos de obras), 89.1.a (para contratos de suministros) y 90.1.a (para contratos de servicios). Estos documentos se configuran como un medio de acreditación de la solvencia técnica o profesional, lo cual no debe confundirse con el propio requisito de solvencia al que se refieren, y que también habrá de ser definido por el órgano de contratación.

Los certificados de buena ejecución son el documento para acreditar el requisito de solvencia técnica relativo a la «experiencia» de los licitadores[2]. O mejor dicho, son el medio de acreditar la previa realización de obras, suministros, servicios o trabajos de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato al que se concurre, y que constituyen el indicador de «capacidad» de un licitador para acometer los trabajos en que consiste el contrato al que concurre. Por lo tanto, cuando se haya elegido como requisito de solvencia, en la cuantía mínima que se diga, la regla general es que quien desee resultar adjudicatario de un contrato público habrá de acreditar su experiencia —exhibiendo los certificados de buena ejecución de trabajos anteriores— ante el órgano de contratación.

1. EXCEPCIONES Y ALTERNATIVAS A LOS CERTIFICADOS DE BUENA EJECUCIÓN

La regla antedicha encuentra sin embargo algunas excepciones, y también se prevén desde la Ley de contratos algunas alternativas para la acreditación de la experiencia a través de «certificados de buena ejecución».

Así, a las antecitadas presunciones generales de solvencia que se han citado antes, se añade el supuesto previsto en los artículos 88.2, 89.1.h y 90.4 LCSP que, en los contratos no sujetos a regulación armonizada, libera a las empresas de nueva creación (las que tengan una antigüedad inferior a cinco años) de acreditar su solvencia en base a su experiencia (ejecución previa de un número determinado de obras, suministros o servicios). Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de esos contratos deberán establecer otros requisitos de solvencia —y por tanto otros documentos dife-

2. La Directiva 2014/24/UE señala con respecto a la capacidad técnica y profesional que «Los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado» (art. 58.4).

rentes a los certificados de buena ejecución— para ese tipo empresas, de entre los recogidos igualmente en los artículos 88, 89 y 90 LCSP.

Por su parte, el artículo 86.1 párrafo 2 LCSP ofrece la posibilidad de admitir documentos alternativos a los certificados de ejecución, siempre y cuando se trate de contratos que no estén sujetos a regulación armonizada el órgano de contratación. En esos casos, además de los certificados de buena ejecución, podrá admitir de forma justificada otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 87 a 91. Aunque no se afirma expresamente en el texto legal, debe entenderse que si es en el pliego de cláusulas administrativas particulares el lugar en el que se deben concretar los requisitos de solvencia técnica y definir los medios para su acreditación, será en ese mismo lugar donde hayan de preverse también los medios de prueba alternativos, incorporándose así a «la Ley del contrato». Pero, quizás consciente de la imposibilidad de prever todos los medios alternativos posibles, el legislador introdujo la previsión de que «cuando por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado» (art. 86.1 párrafo 3 LCSP). Se remite por tanto al criterio discrecional del órgano de contratación la decisión de determinar tanto cuándo un operador no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas «por una razón válida», como de apreciar si los documentos que presente resultan —o no— «apropiados» para justificar la solvencia. A nuestro juicio, tal remisión, por su elevado margen de discrecionalidad, abre la puerta bien a conductas arbitrarias (si el criterio de admisibilidad es demasiado restrictivo), bien a la discriminación entre operadores económicos (si el criterio de admisibilidad de esos medios alternativos es demasiado laxo). Como ejemplo de ello, podemos señalar la no consideración como medio de justificar la correcta realización de un contrato de una copia del documento de formalización del mismo —aun firmado por el órgano de contratación por entender que esos documentos solamente acreditan la adjudicación de los contratos, pero no su efectiva ejecución a satisfacción de las Entidades contratantes, que era lo que se precisaba justificar (Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 206/2023). Decisiones tan discrecionales como la adoptada en el caso descrito vienen a configurar lo que denominamos «inmunidades del poder adjudicador», adaptando el título del conocidísimo trabajo del Maestro García de Enterría[3].

3. La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), Revista de administración

2. SOBRE EL MOMENTO DE ACREDITAR LA SOLVENCIA TÉCNICA (Y POR TANTO, DE APORTAR LOS CERTIFICADOS)

Una de las novedades que introdujo la Ley 9/2017, de contratos del sector públicos, se refería al *momentum* en el que los licitadores debían acreditar su solvencia (tanto económica como técnica, circunstancia que afecta, por lo que se refiere a esta segunda, al momento en el que se deben presentar los certificados de ejecución, cuando el medio de solvencia técnica elegido por el órgano de contratación sea la experiencia[4].

En este sentido, la LCSP dispone en su artículo 140 que las proposiciones —en el procedimiento abierto— o las solicitudes de participación —en restringidos y procedimientos con negociación— irán acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación, en la que el licitador ponga de manifiesto, entre otras cosas, que cumple los requisitos de solvencia técnica o profesional exigidos. Por lo tanto, en principio, no es necesario presentar los certificados de buena ejecución para licitar, sin que será posteriormente, al propuesto como adjudicatario, a quien se le exijan, como dispone posteriormente el artículo 150.2. De no presentar esos certificados correctamente, y previo otorgamiento de trámite de subsanación, en su caso, el licitador se expone a una penalidad del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, además de a la posible incoación de un procedimiento para su declaración de prohibición de contratar por haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor, siempre que medie dolo, culpa o negligencia (artículo 71.2.a LCSP). En estos casos, se procederá a solicitar los certificados de buena ejecución —como el resto de documentos acreditativos de la solvencia— al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

Decíamos que, en principio, no es necesario presentar los certificados de buena ejecución para licitar, aunque la propia LCSP reconoce que tanto el órgano de contratación como la mesa pueden pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración responsable, o «cuando resulte necesario para

pública N.º 38, 1962, pp. 159-208, accesible a texto completo desde https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112627.pdf

4. Recordemos que uno de los objetivos pretendidos por la LCSP era precisamente el de simplificar los trámites y con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores. Según se indica en la Exposición de Motivos de la LCSP, «el proceso de licitación debe resultar más simple, con la idea de reducir las cargas administrativas de todos los operadores económicos intervinientes en este ámbito, beneficiando así tanto a los licitadores, como a los órganos de contratación».

el buen desarrollo del procedimiento» (art. 150.3 LCSP). Una facultad que es ejercida con carácter «preventivo» en no pocas ocasiones, al establecer muchos órganos de contratación la obligación de presentar, junto con la declaración responsable/DEUC, los correspondientes documentos acreditativos del cumplimiento de la solvencia del licitador (lo cual incluye los certificados de ejecución de trabajos anteriores). En muchos casos se argumenta que con ello se pretende agilizar el procedimiento, y no proponer la adjudicación del contrato a quien no tiene la solvencia requerida, analizando esa solvencia con carácter previo. Pero justo esa práctica es la que se pretendía evitar por la LCSP, manifestando precisamente en su Exposición de Motivos que se debían reducir las cargas administrativas de los operadores económicos participantes en los procedimientos de adjudicación.

En cualquier caso, esa obligación de presentación previa de los documentos acreditativos de la solvencia debería aparecer motivada en el expediente de contratación, tal y como puede deducirse de lo dispuesto en el art. 116.4.c LCSP, algo que rara vez se hace. La práctica, una vez más, pone de manifiesto que en pocas —por no decir ninguna— ocasiones los órganos de contratación justifican las razones de conveniencia «para el buen desarrollo del procedimiento» que justifican el establecimiento de esta carga a todos los participantes en un procedimiento de contratación.

3. LOS CERTIFICADOS DE BUENA EJECUCIÓN «AJENOS»

No debe olvidarse la posibilidad de que un licitador acredite su propia solvencia técnica haciendo uso de la solvencia de terceros que no van a intervenir en la ejecución del contrato, posibilidad que recogen tanto la normativa europea como nacional sobre contratos públicos. Efectivamente, el artículo 75 LCSP reconoce que «para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incursa en una prohibición de contratar».

No debe olvidarse que, en estos casos la entidad que presta la solvencia al licitador también deberá presentar una declaración responsable/DEUC en la que figure la información pertinente para estos casos (art. 140.1.c LCSP), y que el licitador deberá indicar en la suya que recurre a las capacidades de un tercero para acreditar su solvencia. Esa referencia al recurso a las capacidades y solvencia de terceros no es subsanable *a posteriori* (*Vid*, entre otros, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos

Contractuales 401/2025), aunque si que puede sustituirse al tercero que presta la solvencia, identificado en el momento de presentar la oferta, por otro, en el momento de ser propuesto como adjudicatario del contrato (Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 59/2024), considerando que se trata de una subsanación y no una modificación de la oferta.

4. ¿Y QUÉ HAY DE LA ACREDITACIÓN DE SU SOLVENCIA TÉCNICA POR LOS SUBCONTRATISTAS?

En todo momento la LCSP se refiere a la acreditación de su solvencia técnica por parte de los contratistas, pero ¿qué hay de la experiencia que adquieren quienes intervienen en la ejecución de los contratos como subcontratistas? Cuando desde la LCSP se declara como uno de sus objetivos el de facilitar el acceso a las PYMES a la contratación pública (que participan normalmente como subcontratistas), llama poderosamente la atención que no se hayan establecido en la LCSP ninguna medida tendente a reconocer su participación en la ejecución de los contratos públicos para que, progresivamente, puedan ir adquiriendo experiencia que exhibir como solvencia técnica o profesional y participar como licitadores en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

Por ese motivo deben aplaudirse iniciativas como la que recoge la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, que regula en su artículo 46 la emisión de certificados de buena ejecución para los subcontratistas, señalando que «Las empresas subcontratistas y proveedoras podrán solicitar de la contratista principal un certificado que refleje el alcance técnico y económico de su participación en un contrato de obras, servicios y suministros, y manifieste la conformidad o disconformidad de la ejecución de la parte subcontratada». La contratista principal vendrá obligada a su expedición en el plazo máximo de diez días hábiles, y el certificado deberá presentarse para su validación por el órgano de contratación[5].

Estos certificados podrán ser utilizados para acreditar la solvencia técnica en los procedimientos de adjudicación en los que participe la empresa

5. Esta disposición no es original, sino que hunde sus raíces en el Proyecto de Ley, que entonces era «*de organización* y uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón» que no llegó a ver la luz por disolverse las Cortes de Aragón antes de las elecciones autonómicas de 2019. En la sección dedicada a la «Promoción de la participación de las pequeñas y medianas empresas y trabajadores autónomos» se incluía un artículo 35 dedicado a los «certificados de correcta ejecución» con idéntica redacción que la que ahora tiene el artículo 46 de la Ley 11/2023.

subcontratista o proveedora, y constituyen —en nuestra opinión— la mejor medida de apoyo a las PYMES para fomentar el acceso de las mismas a la contratación pública.

Elementos de los certificados de buena ejecución.

Más allá de los aspectos generales que se han expuesto en el apartado anterior, ni la LCSP ni el resto de normas que regulan la contratación pública en España (sus normas reglamentarias de desarrollo, o la normativa autonómica) establecen una regulación completa del régimen de los «certificados de buena ejecución». Y en torno a dicha figura no son pocos los problemas que pueden derivarse, como ponen de manifiesto algunos conflictos que se han elevado para su solución a los órganos de recurso especial en materia de contratación. Dichos órganos, a nuestro juicio, carecen de un sustento legal sólido para decidir sobre las cuestiones que afectan a dichos certificados, y por ello sus decisiones, además de ser cuestionable la extensión general de su criterio (siempre resuelven en función de las circunstancias del caso, o del certificado concreto, mejor dicho) pueden incurrir en excesos (*ultra vires*) al establecer criterios sobre los elementos de los certificados de buena ejecución que sólo a la regulación corresponde.

II. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL CERTIFICADO: ¿QUÉ CONTENIDO DEBEN REFLEJAR LOS CERTIFICADOS DE BUENA EJECUCIÓN?

Como ya dijimos anteriormente, la figura de los «certificados de buena ejecución» se recoge en los artículos 88.1.a (para la acreditación de la solvencia técnica o profesional en contratos de obras), 89.1.a (para contratos de suministros) y 90.1.a (para contratos de servicios) de la LCSP. Por lo que se refiere a su contenido, las referencias no son uniformes. Así, en el caso de los de obras, el art. 88 indica que los certificados «indicarán el importe, las fechas y el lugar de ejecución de las obras y se precisará si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y se llevaron normalmente a buen término». En el caso de los de suministro y de servicios, nada se especifica en los artículos 89 y 90 sobre su contenido (paradójicamente el medio de acreditar la experiencia en estos contratos es una relación de los principales suministros, servicios o trabajos realizados, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, en la que se indique —en la relación, no en el certificado— el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos). Los certificados, en estos casos, vendrán a acreditar esos trabajos realizados.

Como puede verse, la regulación del contenido de los certificados de buena ejecución, además de no ser uniforme, es muy parca. Esto hace que la práctica de su emisión sea muy heterogénea entre las diversas entidades contratantes, circunstancia que puede derivar en la imposibilidad de comparación de los presentados por unos u otros licitadores, cuando su extensión y contenidos puedan diferir, aunque se refieran a una prestación idéntica.

Dicho problema podría solventarse si se normalizara un modelo de certificado de buena ejecución, y posteriormente fuera incluido como un modelo más de los que aparecen como Anexos en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas[6]. Una solución que dependería únicamente del titular de la potestad reglamentaria, el Gobierno, sin necesidad de modificar de nuevo la Ley de contratos del Sector público, que requiere de articular una mayoría parlamentaria.

La definición de ese modelo debería ser el corolario de la regulación del contenido de los certificados de buena ejecución. Para ello podría partirse de la regulación de los certificados de buena ejecución que se deben presentar para obtener la clasificación empresarial, a los que se refiere el artículo 47 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En efecto, para obtener la clasificación empresarial —necesaria sólo para la contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros, aunque puede utilizarse con carácter voluntario para la acreditación de la solvencia técnica o profesional en algunos contratos de servicios— las empresas deben tramitar un procedimiento ante el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o ante los órganos autonómicos equivalentes. En el procedimiento de clasificación, junto con su solicitud, los interesados deben acompañar una serie de documentos para acreditar la experiencia en la ejecución de trabajos relacionados con las actividades de los subgrupos de clasificación solicitados (apartado 7 del artículo 47):

> *«...A) Para los contratos de obras: por cada subgrupo que solicite la empresa presentará relación de las obras correspondientes a esa actividad, realizadas durante los últimos cinco años, indicando si los trabajos se han llevado a cabo directamente o*

6. En los Anexos del Reglamento ya se incluyen modelos normalizados para la presentación de garantías (Anexos III y IV), avales (anexo V) y seguros de caución (anexo VI), o de certificaciones de obras (Anexo XI).

mediante subcontratos. La relación se acompañará de los certificados de buena ejecución de las más importantes.

Los certificados cumplirán las siguientes condiciones:

a) *Describirán sucintamente los trabajos realizados, con la información relevante sobre las cantidades y valores de aplicación y con expresión de las características que los definen y de los materiales empleados.*

b) *Incluirán confirmación de que la totalidad de la obra contratada ha sido satisfactoriamente terminada.*

c) *Los certificados de obras realizadas para las Administraciones públicas se expedirán por el director de la obra y serán refrendados con la conformidad de la entidad contratante.*

d) *Los certificados de ejecución de obras realizadas para entidades privadas se expedirán por el director de la obra y serán refrendados con la conformidad de la entidad contratante.*

e) *Los certificados de ejecución de obras realizadas en gestión propia se expedirán por el director de la obra y serán visados por el correspondiente Colegio Oficial.*

f) *Los certificados a que se refiere este apartado serán redactados de manera que contengan la totalidad de los datos que se exponen en los modelos que figuren en el expediente formulario tipo de tramitación de la clasificación de la empresa.*

B) Para los contratos de servicios: por cada subgrupo que solicite, la empresa presentará relación de los servicios correspondientes a esa actividad realizados durante los últimos tres años, indicando si los trabajos se han llevado a cabo directamente o mediante subcontratos. Irán acompañados de los certificados de buena ejecución.

Los certificados cumplirán las condiciones siguientes:

a) *Describirán sucintamente los trabajos realizados, con la información relevante sobre los valores de aplicación y los plazos de ejecución correspondientes.*

b) *Los certificados de ejecución de servicios realizados para las Administraciones públicas se expedirán por persona responsable y serán refrendados con la conformidad de la entidad contratante.*

c) *Los certificados de ejecución de servicios realizados para entidades privadas se expedirán por persona responsable de su ejecución y serán refrendados con la conformidad de la entidad contratante.*

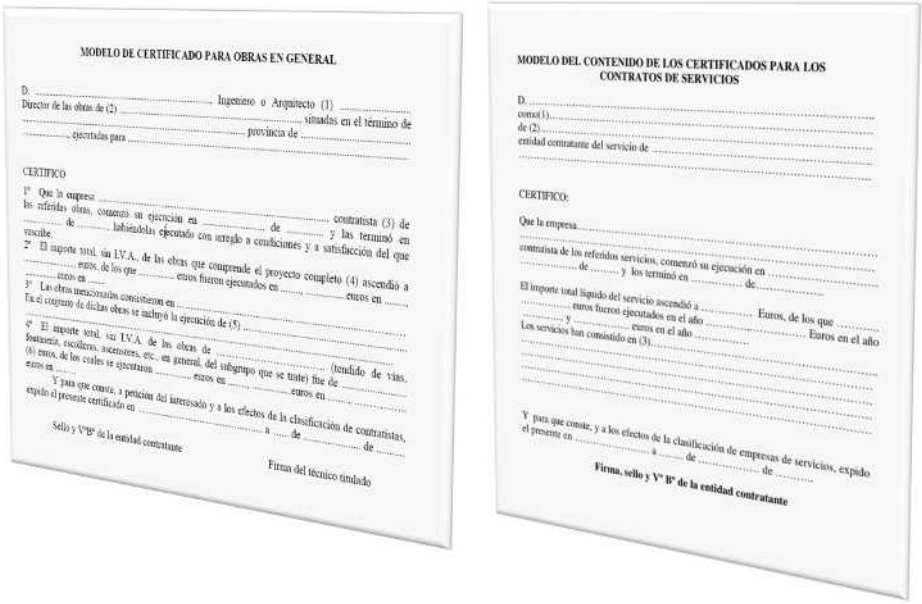
d) *Se podrán tener en cuenta los certificados de ejecución de servicios realizados en gestión propia, que sean expedidos por el director responsable.*

Los certificados a que se refiere este apartado serán redactados de manera que contengan la totalidad de los datos que se exponen en los modelos que figuren en el expediente formulario de la clasificación de la empresa...».

Esta regulación se completa con la remisión a los modelos que figuren en el «expediente formulario de la clasificación de la empresa» que establece la Dirección General de Patrimonio del Estado, a través de la Subdirección General de Clasificación de Contratistas y Registro de contratos, que es la encargada de tramitar los expedientes de clasificación. Los modelos normalizados de certificados de buena ejecución, tanto para obras como para servicios, se encuentran disponibles a través de internet[7], y se completan con unas instrucciones para su confección en el caso de los de obras[8] en las que se consigna la advertencia de que «*Los certificados que no cumplan alguno de los requisitos exigidos, indicados tanto en estas instrucciones como en las específicas que se encuentran en el modelo de certificado, que corresponda según el tipo de obra, NO SERÁN VÁLIDOS A EFECTOS DE CLASIFICACIÓN*» (mayúsculas incluidas en el original)[9].

De la regulación de los certificados de buena ejecución que se han de presentar para obtener la clasificación empresarial destacaría en este momento la previsión, en cuanto a su contenido, de que «*Describirán sucintamente los trabajos realizados, con la información relevante sobre los valores de aplicación y los plazos de ejecución correspondientes*», y curiosamente, sólo en el caso de los certificados relativos a obras se indica expresamente que «*Incluirán confirmación de que la totalidad de la obra contratada ha sido satisfactoriamente terminada*». Asimismo, la regulación habilita para que el modelo normalizado solicite otros datos adicionales, lo cual sucede, por ejemplo, en el caso de los modelos de certificados para los contratos de obras y servicios, en los que aparte de la descripción de los trabajos, se solicita la consignación de su importe total (sin IVA) o el «importe total líquido» (en el modelo de certificado de contratos de servicios), así como la distribución de su pago en las correspondientes anualidades.

7. https://eclasificacion.hacienda.gob.es/webclaem/aspx/doc_interes.aspx?opcion=doc Fecha de consulta 26 de abril de 2025.
8. Accesibles desde https://www.hacienda.gob.es/DGPatrimonio/sg%20clasificacion%20contratistas%20y%20registro%20contratos/instruccionescertificadosobras.pdf Fecha de consulta 26 de abril de 2025.
9. A título de curiosidad, se advierte en dichas instrucciones que «Cuando los certificados se compongan de varias hojas deben firmarse, sellarse y rubricarse todas ellas», circunstancia que a día de hoy resulta innecesaria cuando los certificados se emitan en documentos firmados posteriormente con certificados de firma electrónica, por lo que no vendría mal una actualización de dichas Instrucciones por la Subdirección General de Clasificación de Contratistas y Registro de contratos.



MODELO DE CERTIFICADO PARA OBRAS EN GENERAL

D. ..... Ingeniero o Arquitecto (1) .....
Director de las obras de (2) ..... situadas en el término de .....
..... provincia de .....
.....ejecutadas para .....
.....

CERTIFICO

1º Que la empresa ..... contratista (3) de las referidas obras, comenzó su ejecución en ..... de ..... y las terminó en ..... de ..... habiéndolas ejecutado con arreglo a condiciones y a satisfacción del que suscribe.

2º El importe total, sin I.V.A., de las obras que comprende el proyecto completo (4) ascendió a ..... euros, de los que ..... euros fueron ejecutados en ..... euros en .....

3º Las obras mencionadas consistieron en .....

4º El importe total, sin I.V.A. de las obras de ..... (tendido de vías, fontanería, escoleras, ascensores, etc., en general, del subgrupo que se trate) fue de ..... euros en ..... Y para que conste, a petición del interesado y a los efectos de la clasificación de contratistas, (6) euros, de los cuales se ejecutaron ..... euros en ..... euros en .....

expido el presente certificado en ..... a ..... de ..... de .....

Sello y Vº Bº de la entidad contratante

Firma del técnico titulado

MODELO DEL CONTENIDO DE LOS CERTIFICADOS PARA LOS CONTRATOS DE SERVICIOS

D. .....
como(1) .....
de (2) .....
entidad contratante del servicio de .....
.....

CERTIFICO:

Que la empresa .....
.....
contratista de los referidos servicios, comenzó su ejecución en .....
..... de ..... y los terminó en ..... de .....
El importe total líquido del servicio ascendió a ..... Euros, de los que .....
..... euros fueron ejecutados en el año ..... Euros en el año
..... y ..... euros en el año .....
Los servicios han consistido en (3).....
.....
.....
.....
.....
.....

Y para que conste, y a los efectos de la clasificación de empresas de servicios, expido el presente en ..... a ..... de ..... de .....

Firma, sello y Vº Bº de la entidad contratante

Como puede verse, en esos preceptos, encontramos una regulación con mayor detalle de los certificados de buena ejecución. Y de la misma podría partirse para regular los certificados de buena ejecución que hayan de presentar los licitadores para acreditar su solvencia técnica en el marco de los procedimientos de adjudicación, que es una finalidad diferente a la que aparece regulada en el artículo 47 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Esa diferente finalidad, esto es, acreditar la solvencia técnica en el marco de un procedimiento de adjudicación singular versus la clasificación de la empresa, de alcance general, así como la diferente competencia para pronunciarse sobre la suficiencia del certificado (en el primer caso la mesa de contratación, en el segundo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa) determinan, a mi juicio, que no resulte de aplicación supletoria la regulación del art. 47 RGLCAP cuando un determinado certificado se presente para acreditar la solvencia técnica en un contrato singular. De hecho, en las instrucciones para la confección de los certificados de buena ejecución de obras se indica que los que no cumplan los requisitos establecidos en dichas Instrucciones «*NO SERÁN VÁLIDOS A EFECTOS DE CLASIFICACIÓN*», lo cual no significa necesariamente que no puedan ser considerados válidos para la acreditación de solvencia técnica en un procedimiento de contratación singular.

En este sentido, me parece acertada la previsión de que el certificado incluya una descripción sucinta de los trabajos realizados. Puesto que resulta obligatorio consignar en los expedientes de contratación el código CPV que identifica las prestaciones objeto del contrato, los certificados de buena ejecución deberían incluir también su referencia, al menos cuando los trabajos sean ejecutados para el sector público[10]. Esta codificación, recordemos, es la que se utiliza para determinar si un suministro o un servicio realizado con anterioridad es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del nuevo contrato (art. 89.1.a y 90.1.a), y que en defecto de previsión en el pliego sobre las circunstancias de similitud de contratos, se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV. Esta codificación debería configurarse como obligatoria cuando el emisor del certificado sea una entidad del sector público, si bien no puede ser obligatoria cuando el certificado lo emita un sujeto privado, ya el CPV se estableció para normalizar las referencias utilizadas por los órganos de contratación y las entidades adjudicadoras para describir el objeto de sus contratos.

Algunos de los certificados que se emiten a día de hoy se limitan exclusivamente a consignar el título del contrato, tal como aparece consignado en el expediente de contratación, o anunciado en la Plataforma de Contratos del Sector Público, circunstancia que impide en la mayor parte de las ocasiones conocer el alcance de las prestaciones incluidas en su objeto. Un ejemplo de esa situación lo encontramos descrito en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núm. 206/2023, que considera acertada la no consideración como válido para acreditar la solvencia de un licitador de un certificado emitido por el Secretario de un Ayuntamiento por cuanto «el certificado no concreta ni el importe total de esos servicios, ni la parte de ese importe correspondiente al ejercicio 2021, ni la parte que correspondería específicamente a servicios o trabajos de iluminación, sonido, audiovisual y tareas de maquinaria escénica». Tampoco se consideraron válidos en aquella ocasión certificados emitidos por empresas privadas, por cuanto «los certificados presentados aluden, de forma genérica e indistinta, a servicios de... sin diferenciar entre las partes y los importes correspondientes a tareas de iluminación, sonido, audiovisual y tareas de maquinaria escénica, de un lado, y a otras actividades y, concretamente, al alquiler de los equipos, de otro». Sería por tanto deseable que los certificados incorporasen una descripción mayor de las prestaciones, o

10. Recuérdese que el artículo 2.4 LCSP indica que «a los efectos de identificar las prestaciones que son objeto de los contratos regulados en esta Ley, se utilizará el "Vocabulario común de contratos públicos", aprobado por el Reglamento (CE) n.º 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), o normativa comunitaria que le sustituya».

cuando menos, incluyesen un enlace o referencia a la Plataforma en la que se hayan publicado los pliegos del contrato, para poder deducir de dichos documentos el alcance de esos contratos y poder comparar si sus prestaciones resultan equivalentes a las del nuevo contrato.

Sin embargo, considero desproporcionado el requerimiento que formulan algunos pliegos de que en los certificados conste una específica experiencia. No obstante, mi opinión resulta en este punto contraria a la manifestada, por ejemplo, por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 222/2024, quien considera que la necesidad de que los certificados indiquen el tipo de experiencia a que se refieren es plenamente conforme con los pliegos, puesto que en ellos no se dispone que se valore cualquier tipo de experiencia sino únicamente la experiencia obtenida sobre ciertas actuaciones, lo cual hace necesario que el certificado precise el tipo de experiencia para así comprobar que se trata del tipo previsto en los pliegos. Si los pliegos exigen que en los certificados se consigne una determinada experiencia, sancionando con la exclusión de la oferta si no se confirma, a las empresas no les queda otra opción que la de solicitar nuevos certificados con la literalidad exigida por los órganos de contratación en cada licitación. Pero ¿tienen la obligación los emisores de los certificados de emitir nuevos certificados para completar o especificar lo ya dicho en los anteriores? ¿cuántas veces? ¿puede un licitador decidir lo que el emisor del certificado de buena ejecución ha de incluir? Desde mi punto de vista, la exigencia de que los certificados de buena ejecución deban incluir expresamente la referencia a unos determinados trabajos resulta desproporcionada, y coloca a los licitadores ante una «suerte de adivinación» para poder licitar. Y en no pocas ocasiones sospecho que ese tipo de prácticas esconden la voluntad de «orientar» la licitación hacia un concreto operador económico.

Otra cuestión ciertamente polémica es la de si los trabajos a los que se refiera el certificado de buena ejecución deben haber concluido, o no. Lo cierto es que respecto de tal circunstancia, el criterio a efectos de utilizar esos certificados para clasificarse como contratista de obras es bastante claro, ya que el artículo 47 del señala expresamente que en los certificados «*Incluirán confirmación de que la totalidad de la obra contratada ha sido satisfactoriamente terminada*», aunque de manera misteriosa, no se exige tal constatación en los certificados relativos a contratos de servicios.

Sobre esta cuestión, en relación con la acreditación de la solvencia en un procedimiento de adjudicación singular, la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales era muy clara respecto de cómo deben ser interpretadas en los pliegos y en la LCSP la referencia a las experiencias o los trabajos realizados, indicando que debe tratarse en todo caso

de trabajos «efectivamente realizados», lo cual no puede presumirse respecto de los servicios en ejecución (Resolución 1047/2022). En la posterior Resolución 358/2023 el mismo Tribunal declaró incorrecta la valoración del criterio relativo a la experiencia toda vez que se había valorado un trabajo cuya ejecución no estaba finalizada a fecha de fin de presentación de ofertas, circunstancia que pone de manifiesto dudas razonables sobre la efectiva ejecución de los trabajos declarados. Sin embargo, en la más reciente Resolución 95/2025 (siempre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) se viene a contradecir la citada doctrina. Aun reconociendo que los certificados utilizados por el adjudicatario del contrato se referían a trabajos todavía no finalizados en el momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas, considera el Tribunal que «ya había transcurrido un tiempo razonable en la tarea a valorar para tener por acreditada la experiencia requerida». Es decir, el Tribunal se convierte, caso a caso, en decisor de cuánto tiempo de ejecución de un contrato debe considerarse suficiente para tener por acreditada la experiencia en su realización, aun cuando su ejecución no haya finalizado, lo cual a mi juicio excede de sus funciones de revisión de la legalidad y congruencia con lo establecido en los pliegos tienen estos órganos de recurso.

Siguiendo con los contenidos que deberían incluir los certificados de buena ejecución, entiendo que resultaría de utilidad para tener por acreditada la buena ejecución de un contrato la expresión de las circunstancias que hayan podido acaecer durante la ejecución del mismo, tales como subcontratación[11], modificaciones, o más importantes, la imposición de penalidades al contratista o las causas de resolución en su caso. Respecto de estas dos últimas, en caso de no existir, debería consignarse expresamente tal circunstancia en los certificados con una fórmula del tipo «*Se hace constar que durante la ejecución de los trabajos no se impusieron al contratista penalidades ni el contrato fue resuelto de manera anticipada por causa a él imputable*» o similar.

En el caso de certificados de buena ejecución de contratos ejecutados por Uniones Temporales de Empresas, se debería consignar igualmente los porcentajes de participación de las empresas en las mismas para, a partir de esa información, deducir la solvencia técnica *real* de cada una de

11. Así se establece precisamente en la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuyo art. 46.2 establece expresamente que «Los certificados de buena ejecución expedidos por el órgano de contratación al contratista principal incluirán el porcentaje de subcontratación efectuada en la ejecución del contrato».

ellas[12], y no atribuirles la total de la UTE a cada una a título singular, con independencia de su nivel de participación en los trabajos.

1. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LOS CERTIFICADOS (I): ¿QUIÉN DEBE EXPEDIR LOS CERTIFICADOS?

Al regular los certificados de buena ejecución, la LCSP contempla expresamente la posibilidad de que sean emitidos por sujetos del sector público, o bien por entidades privadas. Ambos deben reputarse válidos. Incluso, a falta de certificado, la realización de los trabajos podrá acreditarse «mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación».

En el caso de los certificados emitidos por entidades del sector público, la LCSP indica que serán expedidos o visados por el «órgano competente», pero sin aclarar quién ha de serlo en concreto. Si la empresa deseara utilizar ese certificado para obtener su clasificación como contratistas de obras, el certificado debería expedirse por el director de la obra, y ser posteriormente refrendados con la conformidad de la entidad contratante. Los certificados relativos a contratos de servicios realizados para entidades del sector público deben ser expedidos por «persona responsable» y serán refrendados con la conformidad de la entidad contratante.

Por el contrario, cuando los certificados son emitidos por entidades privadas, la LCSP nada refiere sobre quién debe expedirlo («serán expedidos por éste», indica lacónicamente la Ley). Si acudimos nuevamente a la regulación de los certificados que se utilizan para obtener la clasificación, el art. 47 RGLCAP indica igualmente que se expedirán por el director de la obra y serán refrendados con la conformidad de la entidad contratante, aunque sea privada. Los certificados de ejecución de obras realizadas en gestión propia se expedirán por el director de la obra y serán visados por el correspondiente Colegio Oficial. Igual que en el caso de los de obras, los certificados de ejecución de servicios realizados para entidades privadas se expedirán por persona responsable de su ejecución y serán refrendados con la conformidad de la entidad contratante.

En el caso de los certificados de buena ejecución que se utilicen para acreditar la solvencia en un procedimiento de adjudicación puede parecer

12. No parece correcto, como está sucediendo actualmente en ocasiones, que se tenga por acreditada la solvencia técnica de una empresa por la totalidad del importe de ejecución de un contrato que conste en el certificado, si dicha empresa concurrió en UTE con otra u otras. A dicha empresa se le debería considerar acreditada solvencia solo hasta el porcentaje de su participación en la UTE, y no para la totalidad del importe de ejecución del contrato.

razonable que se exija, en el caso de los relativos a contratos de obras, que éstos vengan suscritos por el director facultativo de la obra, así como refrendados con la conformidad de la entidad contratante. Sobre este segundo aspecto, las instrucciones para la elaboración de los certificados que deben acompañar las solicitudes de clasificación empresarial indican que «si la entidad contratante fuera un Organismo público, los certificados estarán refrendados con el visto bueno de la dependencia que asuma las competencias en materia de contratación o, en su caso, por el superior jerárquico de quien dependa el firmante», es decir, por el órgano de contratación. Siendo una solución que me parece por supuesto aceptable, considero que deberían reputarse igualmente válidos, al menos respecto de los certificados que se utilicen con el fin de dar por acreditada la solvencia en un procedimiento de licitación singular, aquellos certificados que hayan sido emitidos por el Director Facultativo, sin necesidad de refrendo por el órgano de contratación. No en vano, el Director Facultativo en los contratos de obras es quien ejerce, por disposición legal, las funciones de responsable del contrato (art. 62.2 LCSP), y a quien corresponde, entre otras, «supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada», por lo que nadie mejor que esta figura para aseverar la correcta ejecución del contrato. Creo que el mismo criterio podría aplicarse a los certificados de buena ejecución de contratos de servicios emitidos por las entidades contratantes del sector público, correspondiendo a los responsables del contrato, y no a los órganos de contratación, la emisión de los certificados de buena ejecución.

En el caso de obras realizadas para el sector privado, nuevamente parece razonable que la expedición del certificado por parte del Director Facultativo sea un indicador válido de la experiencia del contratista. Y para el caso de los contratos de servicios, no queda más remedio que aceptar que alguien de la entidad para la que se hayan realizado pueda validar su correcta ejecución, si bien deberían consignarse en el documento su puesto dentro de la compañía o la relación que ostenta con la supervisión de la prestación de esos servicios.

2. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LOS CERTIFICADOS (II): ¿A QUIÉN VAN REFERIDOS?

No debemos olvidar que los certificados de buena ejecución se conciben en la LCSP como un medio de acreditación de la solvencia técnica de los operadores económicos. Por tanto, a ellos deben ir referidos dichos certificados.

Otra cosa distinta —en mi opinión— son los certificados que acreditan la experiencia de los recursos personales que los pliegos, en ocasiones, obligan a adscribir a la ejecución del contrato. Que el personal adscrito a la ejecución del contrato disponga de una determinada experiencia —una demanda muy extendida— no tiene a mi juicio un encaje perfecto entre los medios para acreditar la solvencia de los licitadores que recoge la LCSP, que cuando se refiere al personal que se adscribirá a la ejecución del contrato habla de sus «Títulos académicos y profesionales» pero en ningún caso de su experiencia (art. 88.1.b y c, 89.1.b y 90.1.b y e). Por eso los órganos de contratación suelen exigir esa experiencia del personal no como solvencia de la empresa, sino como un requerimiento de adscripción de medios, o como un criterio de adjudicación[13]. Tampoco en el artículo 76 LCSP, al regular la «concreción de las condiciones de solvencia» se alude a la experiencia previa del personal, sino simplemente a la relación nominal y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación. Para acreditar esa experiencia del personal, suele utilizarse una fórmula similar a la que se recoge en la LCSP para la experiencia del operador económico, del tipo «*La experiencia mínima se acreditará mediante certificados o documentos acreditativos de haber prestado servicios de asesoramiento en el ámbito de la contratación pública tanto a empresas privadas como a Administraciones Publicas u otros entes*».

El problema en estos casos se plantea cuando las Administraciones o los sujetos privados para los que se han prestado los servicios no hacen constar en los certificados de buena ejecución que emiten la relación nominal de trabajadores que han intervenido en la ejecución de los trabajos. Ello sucede en la mayoría de los casos porque no conocen la identidad de quienes participan en la ejecución de los trabajos, pero sobre todo, porque no hay ninguna disposición que obligue a la Administración a incluir en el certificado esa relación nominal de trabajadores. Lo curioso es que, a pesar de ello, los órganos de recurso no suelen plantearse la corrección de los pliegos que exigen la constatación en certificados emitidos por las entidades públicas o privadas receptoras de los trabajos de la identidad de los trabajadores participantes en los mismos, sino que suelen reprochar a los licitadores que utilicen otras medios indiciarios para acreditar tal participación. Así, a título de ejemplo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, tiene dicho que «a falta de constancia expresa en el certificado de buena ejecución

13. Posibilidad —la de utilizar la experiencia del personal adscrito a la ejecución del contrato como criterio de adjudicación— que aparece expresamente prevista 145.2.2 «siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución», algo que habrá de justificarse en el expediente de contratación.

aportado del nombre y apellidos de las personas que forman parte del equipo humano propuesto» (Resolución 1047/2022) no se puede considerar el certificado, puesto que el criterio de adjudicación valora «la experiencia de la persona concreta que se aporta». En un sentido similar, en su Resolución núm. 965/2023 el mismo Tribunal desestimó la validez de un certificado emitido a favor de la sociedad que no indicaba quién había intervenido en el proyecto, señalando que la autoría que se pueda derivar de la realización de un proyecto por la sociedad es atribuible a esta, no debiendo olvidarse tampoco que, siendo varios las personas que trabajan para la empresa, no todos tienen por qué intervenir en la misma medida.

Este tipo de prácticas derivan en un trato potencialmente discriminatorio para los operadores económicos, por cuanto, como decimos, no existe establecida en ninguna disposición —por el momento— la obligación de emitir los certificados de ejecución incluyendo la relación nominal de trabajadores que hubieran intervenido en la ejecución del contrato, ni los licitadores tienen posibilidad de determinar sus contenidos (para exigir que se consignen). Con ello, se abre la puerta a la «orientación» de los contratos hacia licitadores que —de manera misteriosa— hayan conseguido que sus trabajadores tengan certificada su participación en la ejecución de contratos públicos.

3. EL ELEMENTO FORMAL DEL CERTIFICADO: CONDICIONES RELATIVAS A LA FIRMA DE LOS CERTIFICADOS

La circunstancia de que los certificados de buena ejecución deban ser «expedidos» evoca inmediatamente la necesidad de hacer una breve reflexión sobre las condiciones de suscripción de los mismos. Se trata, la firma, de uno de los principales elementos formales, y sobre las condiciones de su estampación también han tenido oportunidad de pronunciarse algunos órganos de recurso especial.

Sobre esta cuestión resulta de interés el criterio establecido por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 41/2025. En el expediente que dio lugar al recurso especial (promovido contra la exclusión de la empresa potencialmente adjudicataria del contrato, por albergar dudas la mesa de contratación sobre la correcta acreditación de la solvencia técnica) se dio la circunstancia de que al licitador, en el trámite de justificación de su solvencia técnica, se le reprochaba que en seis de los certificados apareciese la firma *manuscrita* de su emisor. El Tribunal de Contratos aragonés señala en su Acuerdo que «no se puede excluir un certificado por no estar firmado digitalmente, pues

no lo exigen los Pliegos»[14], y ello porque los Pliegos constituyen Ley del contrato y vinculan a las partes, tanto a los licitadores, que deben ajustar sus proposiciones a lo que en ellos se indica (artículo 139 de la LCSP), como al órgano de contratación, que no puede actuar de forma contraria a lo que en ellos se prevé. No obstante lo anterior, el Tribunal refrenda la validez del certificado manuscrito al constatar que junto a la misma «aparece el número de DNI del representante, el CIF de la empresa, y el sello de la empresa, y en ellos se certifica el curso recibido, las horas del mismo, el importe y si se prestó o no a conformidad», información que considera suficientemente indiciaria de la validez del certificado[15].

En cualquier caso, como reflexión general, y tal y como tiene dicho el propio Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 476/2024, no advertimos que un compromiso con firma electrónica esté dotado de una mayor ejecutividad y eficacia que un compromiso firmado de manera autógrafa, de modo y manera que ambos tipos de firmas de los certificados deben presumirse válidos.

III. LA NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LOS CERTIFICADOS DE BUENA EJECUCIÓN PARA EVITAR LA DISCRIMINACIÓN ENTRE LICITADORES. ALGUNAS PROPUESTAS

A la vista de todas las circunstancias relatadas con anterioridad, la conclusión que a nuestro juicio se impone no es otra que la necesidad de regular, de manera urgente, los contenidos y condiciones de emisión de los certificados de buena ejecución que de ordinario se utilizan por los contratistas para acreditar su solvencia técnica. A continuación se formulan algunas propuestas, *lege ferenda*, que contribuirían —siempre a nuestro juicio— a mejorar el trámite de acreditación de la solvencia técnica por los contratistas cuando los órganos de contratación hayan elegido la experiencia previa en la realización de trabajos similares como requisito de solvencia, y sea necesaria acreditar su correcta ejecución.

14. El mismo criterio ha mantenido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 32/2023 y 476/2024. Diferente criterio manifestó sin embargo en su resolución 1070/2020, pero aquí era el propio pliego el que exigía expresamente que la documentación se firmara de manera electrónica.

15. No obstante lo anterior, el Tribunal deja a salvo la posibilidad de que, conforme a lo dispuesto en el art. 150.3 LCSP «si a la Mesa de contratación le ofrece algún tipo de duda la identificación, puede solicitar la aclaración pertinente, sin que esta actuación tenga naturaleza de segunda subsanación».

1. LOS CERTIFICADOS DE BUENA EJECUCIÓN DEBERÍAN SER EMITIDOS DE OFICIO POR EL RESPONSABLE DEL CONTRATO A LA FINALIZACIÓN DE SU EJECUCIÓN

La primera propuesta se refiere al establecimiento, con carácter obligatorio, de la emisión de oficio de certificados de buena ejecución —o por el contrario, relatando las incidencias que hubieran acaecido durante la misma— en todos los contratos públicos. Ahora mismo no se recoge en ninguna disposición —legal ni reglamentaria— la obligación de emitir esos certificados por parte de las entidades contratantes, ni mucho menos el plazo para ello, o la competencia para su expedición, más allá de una lacónica referencia incluida en los arts. 88, 89 y 90 LCSP de que «en su caso, dichos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente» de la que no tenemos constancia de su efectiva aplicación.

En este sentido, nuestra propuesta pasa por establecer normativamente la obligación de los responsables de los contratos de emitir de oficio los certificados de buena ejecución en el plazo de 5 días desde la finalización del contrato, y a su notificación al contratista en ese mismo plazo.

La falta de expedición del certificado en el plazo indicado debería tener la consideración de acto presunto, producido por silencio administrativo, de modo que pueda hacerse valer igualmente en otros procedimientos de licitación convocados por cualquier entidad del sector público en aplicación de lo establecido en el artículo 24.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. A tenor del mismo, la existencia de dichos «certificados presuntos» podrá ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido[16].

Desde nuestro punto de vista, resulta un tanto paradójico que las asociaciones empresariales no hayan exigido ya una medida de naturaleza similar, pues la falta de esos certificados determina la imposibilidad de que las empresas puedan acreditar su solvencia en futuras licitaciones, afectando a su competitividad.

16. En aplicación del citado precepto, este certificado se debería expedir de oficio por el órgano de contratación en el plazo de quince días desde que finalice la ejecución del contrato. Sin perjuicio de lo anterior, el interesado podrá pedirlo en cualquier momento, computándose el plazo indicado anteriormente desde el día siguiente a aquél en que la petición tuviese entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para resolver.

2. EL CONTENIDO DE LOS CERTIFICADOS DE BUENA EJECUCIÓN DEBERÍA NORMALIZARSE, Y EL MODELO DE CERTIFICADO INCORPORARSE A LA REGULACIÓN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Ya se ha apuntado anteriormente la necesidad de que el contenido de los certificados de buena ejecución sea normalizado, posibilidad que encontraría perfecto acomodo en lo dispuesto en el artículo 66.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Recogemos a continuación de manera sistematizada los contenidos que, a nuestro juicio, deberían consignarse en dichos certificados:

a) Entidad para la que se realizaron los trabajos.

b) Identidad de los contratistas. En el caso de certificados de buena ejecución de contratos ejecutados por Uniones Temporales de Empresas, los porcentajes de participación de las empresas en las mismas.

c) Alcance de las prestaciones, con identificación del título del contrato y descripción somera de los trabajos ejecutados.

d) Código CPV que identifica las prestaciones del contrato.

e) Importe de adjudicación (Sin IVA), y su distribución por anualidades.

f) Plazo de ejecución.

g) Indicación de si hubo subcontratación, y en su caso, el porcentaje de la misma e indicación de los subcontratistas.

h) En su caso, consignación de las penalidades impuestas al contratista, y las causas que las motivaron.

i) En su caso, indicación de las causas que motivaron la resolución del contrato, expresando si fueron imputables al contratista o no.

j) Cualesquiera otras que puedan resultar de interés o que solicite sean consignadas por el contratista (y de las que tenga o pueda tener constancia la entidad contratante).

3. LOS CERTIFICADOS DE BUENA EJECUCIÓN EMITIDOS POR ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO DEBERÍAN SER OBJETO DE PUBLICIDAD

Asimismo consideramos que los certificados de buena ejecución emitidos por entidades del sector público que incluyan los contenidos referidos en el apartado anterior podrían ser objeto de publicidad, por ejemplo, a través del perfil de contratante del órgano de contratación alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público. En el mismo se puede incluir «cualesquiera datos y documentos referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación» (art. 63.3), y los contenidos relacionados en el apartado 3 lo son con carácter de mínimos, de modo que podría añadirse otra información como la constatación pública de la correcta finalización del contrato, como sería el caso de estos certificados. Los contenidos propuestos en el apartado anterior son todos información pública, i incluyen datos de carácter personal, de modo que no hay impedimento para su publicación.

La publicación de estos certificados de buena ejecución vendría a dar información sobre la fase de ejecución de los contratos, ahora sumida en la más absoluta oscuridad, puesto que la única información pública relativa a esa fase es la de los anuncios relativos a las modificaciones que sufriera el contrato en su caso (art. 203.3 y 207 LCSP)[17].

Además, la publicación de los certificados de buena ejecución en la Plataforma de Contratos del Sector Público supondría una garantía de integridad de los mismos, evitando la proliferación de certificados falseados.

17. En el ámbito autonómico, la Ley 5/2017, de 1 junio, de Integridad y Ética Públicas incluyó un artículo (12 quinquies) en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón relativo a los anuncios de ejecución de los contratos. Según dicha disposición, concluida su ejecución, se debía añadir a los datos del perfil del contratante la información relativa al coste total y los plazos finales de ejecución; los modificados aprobados: su naturaleza, motivación, fecha e importe definitivo; las prórrogas: su plazo, fecha de inicio, motivación y la justificación de su aplicación; las empresas subcontratadas: la fecha de pago a estas por el adjudicatario principal y el cumplimiento de sus condiciones laborales y sociales; el informe sobre cumplimiento de las condiciones de ejecución del contrato y las medidas o los procedimientos iniciados en el supuesto de incumplimientos o ejecución defectuosa del contrato. No obstante, esa disposición ya no aparece contemplada en la Ley que la derogó, y actualmente vigente, la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

4. LOS CERTIFICADOS DE BUENA EJECUCIÓN EMITIDOS POR ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO DEBERÍAN SER OBJETO DE INSCRIPCIÓN DE OFICIO EN EL REGISTRO DE LICITADORES

Una buena manera de materializar y dotar de efectividad la previsión incluida en los arts. 88, 89 y 90 LCSP de que «en su caso, dichos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente» sería obligar a que los certificados de buena ejecución, una vez emitidos, fueran presentados también de oficio por la entidad emisora para su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (de la misma manera que se remiten de oficio a ficho Registro las prohibiciones de contratar). Hay que recordar que la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público —o en los Registro de Licitadores de una Comunidad Autónoma — acredita a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera y técnica o profesional, clasificación y demás circunstancias inscritas.

Hasta ahora, la inscripción de las circunstancias relativas a la solvencia técnica o profesional es voluntaria, y se practica a requerimiento del licitador interesado. Nuestra propuesta pasa por convertir esa inscripción en obligatoria —medida que, como la expresada en el apartado anterior— reforzaría la integridad de los certificados y evitaría su falsificación y que su práctica sea impulsada de oficio, directamente desde la entidad contratante, evitando la carga administrativa al interesado de solicitar por sí mismo la inscripción.

5. LOS CERTIFICADOS DE BUENA EJECUCIÓN PRESENTADOS EN UN PROCEDIMIENTO ANTERIOR DE LA MISMA ENTIDAD CONTRATANTE DEBERÍAN PODER SER OBJETO DE REUTILIZACIÓN EN PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN POSTERIORES

Como medida de simplificación de las cargas asociadas a la tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos —que es una aspiración manifestada en la Exposición de Motivos de la LCSP— debería generalizarse la posibilidad de reutilizar aquellos certificados de buena ejecución que los contratistas ya hubieran presentado con anterioridad ante órganos de contratación de la misma entidad contratante. Un ejemplo de tal previsión lo encontramos en el artículo 18 bis de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, introducido con ocasión de su reforma

en 2021, aunque el ámbito subjetivo de la reutilización se circunscribe allí únicamente al de cada órgano de contratación. Señala dicho precepto de la Ley navarra que «*la documentación acreditativa de la capacidad, representación, solvencia y habilitación empresarial o profesional de la que ya dispusiera el órgano de contratación, porque hubiera sido presentada por quien licita en el marco de un procedimiento anterior del que hubiera resultado adjudicatario, podrá ser reutilizada, siempre y cuando no hubiesen variado las circunstancias acreditadas y no hubieran transcurrido tres años desde la adjudicación del procedimiento anterior....*».

6. LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO NO DEBEN RECHAZAR CERTIFICADOS DE BUENA EJECUCIÓN PORQUE EN ELLOS NO SE REFLEJE LITERALMENTE LA IDENTIDAD DE PRESTACIONES CON LAS QUE SON OBJETO DE CONTRATACIÓN

Al objeto de evitar que los certificados de buena ejecución deban ser emitidos de manera sucesiva, para ajustar su contenido a los contenidos concretos que en cada licitación puedan demandar los órganos de contratación se ha de asentar el criterio —por ejemplo a instancias de los órganos consultivos en materia de contratación, y en su caso, por los órganos de recurso— de que no es precisa una coincidencia idéntica entre la prestación contractual consignada en el certificado de buena ejecución y el objeto del contrato en el marco del cual se aporte dicho certificado por el contratista para acreditar su solvencia técnica, bastando una semejanza entre ambos. Hay que tener en cuenta que los artículos 88, 89 y 90 lo que establecen es que los certificados se refiera a contratos anteriores «de igual o similar naturaleza» que los que constituyen el objeto del contrato, sin que sea exigible, por tanto, una coincidencia literal de los términos en que están descritas las actividades en el certificado.

En caso de que las mesas de contratación tengan dudas sobre la identidad de las prestaciones, debería poder, de oficio, utilizar cualquier medio válido para comprobar que las prestaciones objeto del nuevo contrato están comprendidas dentro del alcance del certificado de buena ejecución que se le haya presentado, por ejemplo, la información del contrato que obre en la Plataforma de Contratos del Sector Público. Si las dudas persistieran, y al amparo de lo establecido en el art. 176.1 LCSP, solicitar una aclaración de la oferta antes de proceder a la exclusión del licitador por no haber acreditado su solvencia técnica.

8

La Directiva de protección del denunciante: el margen de transposición estatal y sus implicaciones para la contratación pública

Javier Miranzo Díaz
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. LA FIGURA DEL DENUNCIANTE EN LA TRADICIÓN JURÍDICA EUROPEA E INTERNACIONAL. II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA Y EL MARGEN DE TRANSPOSICIÓN ESTATAL. *1. El ámbito subjetivo de aplicación. 2. Ámbito material de aplicación.* 2.1. Ámbito directo de aplicación material. 2.2. La Directiva del denunciante como norma de aplicación supletoria. 2.3. Sectores expresamente excluidos del ámbito de aplicación. 2.4. Implicaciones del ámbito de aplicación material diseñado por la Directiva. III. LA CONFIGURACIÓN DE LOS DISTINTOS NIVELES Y CANALES DE DENUNCIA. *1. Los canales internos. 2. Los canales externos. 3. La revelación pública.* IV. LA PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE Y DE LAS PERSONAS AFECTADAS. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA FIGURA DEL DENUNCIANTE EN LA TRADICIÓN JURÍDICA EUROPEA E INTERNACIONAL

Para entender en profundidad el sistema de protección del denunciante y valorar críticamente su incorporación al ordenamiento jurídico español, es necesario partir del análisis de sus fundamentos teóricos y de su evolución histórica. El término *whistleblowing* apareció en los años setenta en el ámbito de la ciencia política, inicialmente concebido como una decisión

moral del individuo que, anteponiendo el interés general al de la organización a la que pertenece, decide informar sobre actividades corruptas, ilícitas o nocivas[1]. En la década siguiente, el fenómeno comenzó a estudiarse desde la óptica del comportamiento organizacional, aunque sin abandonar su dimensión ética[2]. Ya en el siglo XXI, los estudios subrayaron la complejidad del fenómeno, destacando cómo su interpretación depende en gran medida del contexto jurídico, institucional y cultural en el que se inscribe[3].

La definición más influyente, y que ha servido de base a la normativa europea y española, es la propuesta por Near y Miceli en 1985[4], que entienden el *whistleblowing* como la comunicación, por parte de miembros actuales o pasados de una organización, de prácticas ilegales, inmorales o indebidas a autoridades competentes para investigarlas[5]. Este marco resulta especialmente útil para abordar la detección temprana de irregularidades en el ámbito de la contratación pública, donde los riesgos de fraude, colusión o manipulación de procedimientos son particularmente elevados.

Normativamente, los sistemas de protección al denunciante tienen sus raíces en el derecho anglosajón. Canadá, por ejemplo, legisló en 1993 sobre protección de empleados públicos denunciantes de corrupción[6]. En el Reino Unido, el *Public Interest Disclosure Act* de 1998 (reformado en 2013) se convirtió en un referente[7]. Estados Unidos, sin embargo, repre-

1. NADER, R., P. J. PETKAS, and K. BLACKWELL, «Whistle blowing: The report of the conference on professional responsibility», 1972, pp. VII y ss.
2. JONES, J. C., G. SPRAAKMAN, and C. SÁNCHEZ-RODRÍGUEZ, «What's in it for me? An examination of accounting students likelihood to report faculty misconduct», *Journal of Business Ethics,* 123, 2014, 645-67.; WATTS, L. L. and M. RONALD BUCKLEY, «A dual-processing model of moral whistleblowing in organizations», ibid.146, 2017, 669-83.
3. SCHMIDT, M., «"Whistle Blowing" regulation and accounting standards enforcement in Germany and Europe-An economic perspective», *International Review of Law and Economics,* 25 (2), 2005, 143-68.
4. NEAR, J. P. and M. P. MICELI, «Organizational dissidence: The case of whistle-blowing», *Journal of business ethics,* 4, 1985, 1-16, p. 4.
5. MUDRACK, P. E. and E. S. MASON, «Dilemmas, conspiracies, and Sophie's choice: Vignette themes and ethical judgments», *Journal of Business Ethics,* 118, 2013, 639-53, p. 644.
6. MCEVOY, J. P., «The legal response to whistleblowing in Canada: Managing disclosures by the "up the ladder" principle», *Whistleblowing-a comparative study*, 2016, 33-72, en p. 37.
7. GOBERT, J. and M. PUNCH, «Whistleblowers, the public interest, and the Public Interest Disclosure Act 1998», *The Modern Law Review,* 63 (1), 2000, 25-54.; THÜSING, G. and G. FORST, «Whistleblowing Around the World: A Comparative Analysis of Whistleblowing in 23 Countries», *Whistleblowing-A Comparative Study*, Suiza: Springer International Publishing, 2016, 3-30.

senta el ejemplo más consolidado[8], con hitos como el *False Claims Act* de 1863[9] —dirigido originalmente a contratistas privados que defraudaban al gobierno federal—, o las posteriores *Sarbanes-Oxley Act* (2002) y *Dodd-Frank Act* (2010), que consolidaron el estatuto del denunciante, incluyendo incentivos económicos y garantías frente a represalias.

Aunque como se ha expuesto, el origen se encuentra en sistemas de *Common Law*, otros países con tradiciones jurídicas distintas adoptaron medidas relevantes antes de la Directiva europea de 2019. Japón promulgó en 2004 su Whistleblower Protection Act, mientras que en Latinoamérica destacan Chile y Perú. En el caso chileno, la contratación pública jugó un papel relevante a través del sistema de denuncias de ChileCompra, que pese a ciertas limitaciones, constituyó una experiencia pionera en su ámbito[10]. Perú, por su parte, habilitó mecanismos de denuncia a través de la Defensoría del Pueblo, incorporando una dimensión institucional de apoyo al denunciante[11].

En Europa continental, Francia e Italia asumieron un papel destacado. Francia consolidó su sistema con la Ley Sapin II de 2016, que establece canales internos obligatorios y protección para quienes informen de amenazas al interés general, incluyendo en sectores sensibles como la contratación pública[12]. Italia comenzó antes, con el Decreto Legislativo 165/2001, centrado en los empleados públicos, y amplió su marco con la Ley Antico-

8. Estos orígenes han sido trazados de forma profusa por TARDÍO PATO, J. A., «Antecedentes, tramitación de la ley, finalidad y reparto competencial», in PÉREZ MONGUIÓ, J. M. and FERNÁNDEZ RAMOS, S. (eds.), *El nuevo sistema de protección del informante: Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Madrid: La ley, 2023, 2023, 21-42.

9. SANCLEMENTE ARCINIEGAS, J., «La protección jurídica de los denunciantes de actos de corrupción», *Revista Criterio Libre Jurídico,* 17 (2), 2020, 1-1.; CALLAHAN, E. S. and T. M. DWORKIN, «Do good and get rich: Financial incentives for whistleblowing and the False Claims Act», *Vill. L. Rev.*, 37, 1992, 273.; THÜSING, G. and FORST, G., op. cit.

10. Este sistema, por ejemplo, permitía denuncias de cualquier ciudadano de a pie, y no ofrecía un sistema de garantías tan sólido como el que plantea la tradición jurídica del denunciante que venimos analizando en cuanto a procedimiento, forma y garantías de la información o medidas de protección de los denunciantes. JIMÉNEZ, A. G., «El sistema electrónico de contratación pública chileno: Chilecompra», *Revista de administración pública,* (199), 2016, 363-88.

11. CHEVARRÍA, F. and M. SILVESTRE, *Sistemas de denuncia y protección de denunciantes de corrupción en América Latina y Europa*, Programa Eurosocial,2013.

12. Sobre el sistema de protección configurado en dicha normativa, puede verse D'AMBROSIO, L., «L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption: un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2», *Revue de science criminelle et de droit penal compare,* 1 (1), 2019, 1-24.

rrupción de 2012 y la Ley 179/2017, que extendió la protección al ámbito privado[13]. Ambas experiencias anticiparon elementos centrales de la Directiva europea y resultan particularmente significativas para el ámbito de la integridad institucional[14].

Sin embargo estas prácticas, lejos de ser iniciativas aisladas, se enmarcan en un proceso impulsado por organismos internacionales. Ya en 2003, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción exhortaba a los Estados a adoptar medidas de protección del denunciante[15], y la OCDE recomendaba reglas claras de denuncia como mecanismo prevenir conflictos de interés en el sector público[16]. Transparencia Internacional, por su parte, también ha ejercido una notable presión desde hace años, proponiendo principios legislativos internacionales desde 2013[17].

En el contexto europeo, el Consejo de Europa asumió un papel clave al aprobar en 2010 la Recomendación 1729, que supuso un punto de partida en la construcción de un marco común[18], y en un sentido similar, debe destacarse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha contribuido mediante una interpretación evolutiva del artículo 10 del CEDH (libertad de expresión), garantizando la protección, bajo determinadas circunstancias, de las personas que revelen irregularidades[19]. La sentencia *Guja vs.*

13. GARRIDO JUNCAL, A., «La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica,* (12), 2019, 126-51.
14. SANCLEMENTE ARCINIEGAS, J., *op. cit.*
15. Así, el Artículo 8.4 de la CNUCC insta a cada *Estado Parte también considerará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la posibilidad de establecer medidas y sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones.*
16. Las menciones a la promoción de una medidas de protección del informante se han sucedido con posterioridad en este organismo, aunque sin un desarrollo exhaustivo. TARDÍO PATO, J. A., op. cit. en p. 24.
17. El texto completo del informe puede consultarse en: https://images.transparencycdn.org/images/2013_WhistleblowerPrinciples_EN.pdf
18. KIŠŠOVÁ, S., «Protection of Whistleblowers by the European Union, the Council of Europe, and the European Court of Human Rights», *Slovak Yearbook of European Union Law,* 1, 2021, 25-36.
19. GARCÍA MORENO, B., «La figura del whistleblower», in GIMENO BEVIÁ, J. and LÓPEZ DONAIRE, B. (eds.), *La Directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, 29-52.; PAJARÓ CALVO, M., «La protección de las personas informantes como instrumento de fortalecimiento institucional. Régimen aplicable a los canales de información», in AYMERICH CANO, C. and PAJARÓ CALVO, M. (eds.), *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público: Especial referencia a las Entidades Locales*, La Ley (España), 2023, 27-65, p. 38-39.

Moldavia (2008) estableció los seis criterios esenciales para valorar la licitud de la denuncia: interés público de la información, veracidad, uso de canales internos, daño a la confianza institucional, motivación del denunciante y proporcionalidad de las sanciones. Y en el mismo sentido, estas pautas han sido reiteradas en casos como *Heinisch vs. Alemania* (2011) o *Halet vs. Luxemburgo* (2023), configurando un marco europeo de protección compatible con otras garantías como el secreto profesional o comercial.

La Unión Europea, pese a una cierta demora, acabó integrando esta figura en su agenda institucional. En el ámbito de la contratación pública, el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente* de 2011 ya identificaba la denuncia como un mecanismo útil para reforzar la integridad[20]. Esta línea se reforzó en 2017, cuando la Comisión Europea subrayó la necesidad de canales eficaces de denuncia en su estrategia para mejorar la eficiencia del mercado europeo de contratación. Ello culminó en la propuesta de Directiva presentada en 2018 y en la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1937, que por primera vez consagró un estatuto jurídico homogéneo para los denunciantes en el marco de las infracciones del Derecho de la Unión, con especial atención a los sectores con mayor riesgo, como el de la contratación pública[21].

II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA Y EL MARGEN DE TRANSPOSICIÓN ESTATAL

La Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo representa un hito decisivo en la consolidación de la estrategia de integridad como eje vertebrador del funcionamiento de la Unión Europea. Con ella, se impone a los Estados miembros una armonización intensa en materia de protección de los informantes, que obliga a superar diferencias normativas de calado, especialmente en países como España, que hasta entonces carecían de una regulación específica. La figura del denunciante, concebida durante décadas como una institución ajena a la tradición jurídica nacional,

20. El texto literal decía: *Se podría plantear también el desarrollo de herramientas específicas, como un teléfono gratuito o sistemas de notificación del fraude basados en Internet, para animar a los participantes u otras personas a proporcionar información sobre las faltas o irregularidades que se detecten. En el anuncio de licitación, la página web del poder adjudicador y otros medios de publicación podrían incluirse referencias al sistema por medio del cual el poder adjudicador o la autoridad de control pueden recibir información de fuentes anónimas o identificadas*.

21. COMISIÓN EUROPEA. *Estimating the Economic Benefits of Whistleblower Protection in Public Procurement*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la UE, 2017.

pasa así a integrarse plenamente en nuestro sistema, obligando a realizar reformas profundas tanto a nivel legislativo como organizativo.

Desde el punto de vista competencial, la base jurídica de esta Directiva es el artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que habilita al legislador europeo para adoptar medidas dirigidas a la aproximación de disposiciones nacionales que afecten al mercado interior. Tal y como ya ocurrió en el ámbito de la contratación pública —por ejemplo, con la Directiva 2014/24/UE—, la Unión Europea parte de la premisa de que la corrupción y las prácticas opacas representan una amenaza directa para la libre competencia y el buen funcionamiento del mercado único. En consecuencia, garantizar un umbral mínimo de protección a quienes denuncian irregularidades se convierte en un objetivo funcionalmente vinculado a la eficiencia y legalidad del sistema económico europeo. Esta lógica se extiende también a otros sectores particularmente sensibles —como el medio ambiente, la salud pública o los transportes— donde la información temprana sobre infracciones puede resultar clave para evitar daños de gran alcance.

1. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

Uno de los elementos más innovadores de la Directiva reside en la amplitud de su ámbito subjetivo de aplicación. A diferencia de otros instrumentos internacionales anteriores, que restringían la protección a personas con una relación laboral formal con la organización denunciada —como hacían, por ejemplo, la OCDE[22], la OIT[23] o la Convención europea sobre Derecho Civil contra la Corrupción[24]—, la Directiva europea acoge una concepción más inclusiva, alineada con el enfoque británico[25]. Así, toma como referencia el modelo del *Public Interest Disclosure Act* de 1998 y extiende su cobertura tanto al sector público como al privado, sin distinguir entre trabajadores con contrato laboral y otras formas de vinculación[26]. Esta expansión del concepto de denunciante resulta especialmente relevante en ámbitos como la contratación pública, donde operan habitualmente subcontratistas, asesores externos, profe-

22. Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros.
23. International Labour Organization Thesaurus (2005).
24. De nuevo puede verse un análisis más exhaustivo en TARDÍO PATO, J. A., *op. cit.*
25. VAN WAEYENBERGE, A. and Z. DAVIES, «The Whistleblower Protection Directive (2019/1937): A Satisfactory but Incomplete System», *European Journal of Risk Regulation*, 12 (1), 2021, 236-44.
26. BARNES, J., «An expanding frontier of Administrative Law: The public life of private actors (a functional approach)», *European Public Law*, 24 (3), 2018.

sionales autónomos y otros operadores cuya relación con las administraciones no siempre se formaliza a través de vínculos jurídicos clásicos.

De esta forma, el artículo 4 de la Directiva establece que tienen derecho a protección no solo los trabajadores asalariados o funcionarios, sino también los trabajadores autónomos (artículo 49 TFUE), los socios, administradores o miembros no ejecutivos de empresas, los voluntarios y los becarios, con independencia de si reciben o no remuneración. También incluye a las personas que prestan servicios bajo la dirección de contratistas, subcontratistas o proveedores. De nuevo, esta última previsión tiene un impacto evidente en la contratación pública, ya que permite que empleados de empresas adjudicatarias puedan acogerse a la protección en caso de detectar irregularidades dentro de la entidad adjudicadora.

Además, el legislador europeo ha optado por una delimitación subjetiva particularmente generosa, incluyendo no solo a personas con vínculos actuales con la entidad denunciada, sino también a quienes hayan cesado en dicha relación (art. 4.2) o incluso a quienes aún no la hayan iniciado, cuando hayan accedido a información relevante durante procesos de selección o negociación precontractual (art. 4.3). Por si fuera poco, también se extiende la protección a personas del entorno del denunciante —familiares, colegas o entidades jurídicas a las que esté vinculado— cuando exista riesgo de represalias indirectas.

Ahora bien, aunque la Directiva impone la obligación general de establecer canales internos de denuncia tanto en el sector público como en el privado, introduce algunas excepciones operativas. El artículo 8.9 permite a los Estados miembros eximir de esta obligación a municipios de menos de 10.000 habitantes o a entidades con menos de 50 empleados. Esta dispensa, no obstante, se limita al deber de contar con un canal interno, sin afectar al derecho de las personas vinculadas a esas entidades a acogerse al régimen de protección. En otras palabras, el hecho de que no exista un canal interno no implica que no se pueda acceder a la protección: simplemente, deberán utilizarse los cauces externos previstos en la normativa.

En conjunto, el ámbito subjetivo de la Directiva resulta muy amplio —aunque no absolutamente universal— y fija un contenido mínimo obligatorio para los Estados miembros. Estos no pueden restringir ni reinterpretar de forma reductiva los supuestos protegidos, aunque sí pueden ampliarlos si así lo desean. Esta configuración como legislación de mínimos tiene implicaciones importantes en la interpretación de la normativa nacional de transposición. De hecho, aunque se trata de una cuestión que excede el alcance de este pequeño trabajo, uno de los desa-

fíos más relevantes será determinar cómo se ha trasladado esta lógica expansiva al sistema de integridad español, y particularmente, cómo se aplica en sectores donde la colaboración público-privada es intensa como en la contratación pública.

2. ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN

Uno de los aspectos más determinantes y, al mismo tiempo, más problemáticos de la Directiva europea sobre protección de los denunciantes es su ámbito de aplicación material. La norma se construye en torno a la idea de que la protección solo se activa frente a infracciones del Derecho de la Unión Europea, dejando fuera aquellas situaciones que respondan a simples diferencias de criterio, valoraciones personales o formas alternativas de actuación. Esta exigencia no es un rasgo exclusivo del legislador europeo; otros ordenamientos, como el estadounidense, el polaco o el brasileño, adoptan enfoques similares al limitar la protección a casos de ilegalidad grave o cuando se producen situaciones de mala administración particularmente severas o con impacto económico significativo[27]. En el mismo sentido, Canadá o Croacia restringen la protección cuando la denuncia se refiere a actos del pasado[28].

La Directiva requiere, por tanto, que el hecho denunciado constituya —o se tenga una base razonable para creer que constituye— una vulneración del Derecho de la Unión, ya sea por acción o por omisión. Esta exigencia, unida a los criterios de razonabilidad y buena fe, pretende evitar el uso estratégico o malicioso del canal de denuncias para fines ajenos al interés público, como disputas personales o desacuerdos políticos[29]. Se trata de un equilibrio complejo, pues los estudios muestran que, si bien los marcos legales de denuncia pueden contribuir a reducir las irregularidades, también pueden erosionar la cooperación interna en las organizaciones y generar desconfianza, especialmente cuando se da un uso indebido de estos mecanismos[30].

El concepto de infracción, por tanto, se identifica formalmente con el de infracción del Derecho de la UE. Sin embargo, como se verá, el legislador opta por una configuración amplia de dicho concepto, tal como venía reclamando parte de la doctrina[31].

27. THÜSING, G. and FORST, G., *op. cit.* p. 63.
28. *Ibid*., en.
29. SINZDAK, G., «An analysis of current whistleblower laws: Defending a more flexible approach to reporting requirements», *Calif. L. Rev.*, 96, 2008, 1633.
30. WALLMEIER, N., «The hidden costs of Whistleblower protection», *Available at SSRN 3111844*, 2023.
31. SINZDAK, G., *op. cit.*

2.1. Ámbito directo de aplicación material

Para acotar el riesgo de indeterminación, el artículo 2 de la Directiva establece un listado de materias específicas en las que las denuncias se considerarán protegidas. Este listado incluye áreas como la contratación pública, los servicios y mercados financieros, la prevención del blanqueo de capitales, la seguridad de productos y transportes, la protección medioambiental y de la salud pública, la privacidad y seguridad de los datos personales, entre otras. Lo relevante aquí es que no se trata de categorías abiertas a interpretación subjetiva: la Directiva remite a un Anexo donde se enumeran de forma detallada más de 130 normas europeas que delimitan el contenido exacto de cada materia[32]. Esta técnica normativa otorga precisión, pero introduce también una cierta complejidad: se exige al denunciante una familiaridad con una maraña normativa que excede con mucho el conocimiento habitual de cualquier ciudadano.

Esta complejidad se incrementa si se atiende al considerando 19, que establece que «*cuando dichos actos de la Unión definen a su vez su ámbito de aplicación material mediante remisión a actos de la Unión enumerados en sus anexos, dichos actos también forman parte del ámbito de aplicación material de la presente Directiva*». Es decir, que todas las remisiones a actos delegados o desarrollos normativos que se realicen en esas 130 normas del Anexo de la Directiva de deberán entender como incluidas en el ámbito de aplicación. Se trata de una cláusula de extensión que garantiza coherencia interna y evita lagunas, pero que puede aumentar la inseguridad jurídica del denunciante. Para contrarrestar ese riesgo, el legislador introduce el principio de «creencia razonable», recogido en el considerando 32, según el cual se reconocerá protección incluso cuando el hecho denunciado no esté objetivamente incluido en el ámbito de aplicación, siempre que el denunciante tuviera motivos razonables para creer que sí lo estaba[33].

Otra particularidad es que el hecho denunciado puede referirse tanto a infracciones directas del Derecho europeo como a aquellos incumplimien-

32. Un estudio detallado sobre qué normativa incluiría cada una de estas materias puede consultarse en FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Ámbito de aplicación», in PÉREZ MONGUIÓ, J. M. and FERNÁNDEZ RAMOS, S. (eds.), *El nuevo sistema de protección del informante: Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Madrid: La ley: Bosch, 2023, 43-98.; o en RODRIGUEZ-VILABOA DEL CURA, B. B., «Ámbito material de aplicación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero. Especial referencia a la contratación pública», in AYMERICH CANO, C. and PARAJÓ CALVO, M. (eds.), *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público: Especial referencia a las Entidades Locales*, Las Rozas, Madrid: La Ley: El consultor de los Ayuntamientos 2023, 163-90.

33. Esta misma postura ha sido defendida por FERNÁNDEZ RAMOS, S., *op. cit.* en p. 52.

tos que se relacionan con los actos de la Unión y las áreas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, que distorsionen o vacíen de contenido el objeto o la finalidad de las normas y actos de las esferas contempladas. Así se desprende del considerando 19, que prevé que «se debe entender que la remisión a los actos del anexo incluye todas las medidas delegadas y de ejecución nacionales y de la Unión que se hayan adoptado con arreglo a dichos actos». De esta forma se incluyen también las medidas de ejecución y desarrollo nacional de los actos de la UE, ampliando el radio de cobertura de la Directiva pero generando, de nuevo, márgenes de indeterminación.

Este diseño normativo tiene una segunda implicación negativa: al construir el ámbito de aplicación sobre un listado exhaustivo, existe el riesgo de exclusiones injustificadas. Es el caso, señalado por la doctrina, de la protección medioambiental: mientras que el Reglamento sobre especies exóticas invasoras se encuentra incluido, no así el Reglamento sobre el comercio de especies protegidas, sin que exista una justificación aparente[34]. Pese a que la Directiva establece expresamente el carácter dinámico del Anexo, lo cierto es que los listados cerrados suelen arrastrar omisiones involuntarias difíciles de corregir con agilidad.

Con todo, esta técnica de *numerus clausus* puede valorarse positivamente en términos de seguridad jurídica, al permitir identificar de forma clara las infracciones denunciables y, por tanto, aquellas que quedan fuera del ámbito de protección.

Más allá del listado contenido en el artículo 2.1.a), la Directiva amplía su aplicación a otras dos categorías. La primera incluye las infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión, en línea con lo previsto en el artículo 325 del TFUE. Esta mención general abarca, sin especificar, todas aquellas normas que regulan la integridad en la ejecución presupuestaria y el uso de fondos europeos —como los de la PAC, los fondos FEDER o los Next Generation—, y en particular la Directiva (UE) 2017/1371 (Directiva PIF). La ausencia de una enumeración concreta en este punto introduce una notable diferencia respecto al apartado anterior, ya que plantea interrogantes interpretativos. Por ejemplo, el Reglamento (UE) 2020/2092, que establece el régimen de condicionalidad vinculado al Estado de Derecho, permite suspender fondos a los Estados miembros en caso de vulneraciones graves de principios básicos como la independencia judicial o la transparencia. Esto abriría la puerta a que ciertas reformas políticas internas fueran

34. FRENÁNDEZ RAMOS, S., «Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: Ámbito material de aplicación», *Revista General de Derecho Administrativo,* 63, 2023.

objeto de denuncia, lo que podría generar disfunciones en la práctica, al alejarse del objetivo técnico y administrativo de la norma.

La segunda categoría adicional, recogida en el artículo 2.1.c), hace referencia a todas las infracciones que afecten al mercado interior según el artículo 26.2 del TFUE. Aquí se incluyen expresamente las normas sobre competencia, ayudas de Estado e impuestos de sociedades, así como cualquier práctica que tenga como objetivo obtener ventajas fiscales que perviertan el sentido de la normativa. Esta cláusula es particularmente relevante, dado que los ámbitos del Derecho de la competencia y de las ayudas estatales son de los más desarrollados en el Derecho de la Unión, abarcando desde las reglas sobre libre circulación hasta aquellas relativas al *dumping*, el empleo transfronterizo o la fiscalidad agresiva.

Tanto en el caso de los intereses financieros de la Unión como en el del mercado interior, la técnica legislativa utilizada prescinde del método de listado detallado presente en el Anexo. En su lugar, opta por enunciados abiertos que remiten a conceptos jurídicos indeterminados. Esta opción normativa tiene ventajas —como la flexibilidad o la simplicidad—, pero introduce incertidumbre sobre la aplicabilidad efectiva de la Directiva en muchos supuestos. Dicha indeterminación puede desincentivar el uso de los canales de denuncia, o lo que es peor, dejar sin protección a quienes actúan con buena fe. Será tarea, en última instancia, de la jurisprudencia y de las autoridades competentes ir delimitando con precisión los contornos de estos conceptos.

2.2. La Directiva del denunciante como norma de aplicación supletoria

El ámbito material de aplicación, en su vertiente positiva, se cierra con lo que el artículo 3.1. de la Directiva llama Parte II del Anexo. Este artículo 3.1 delimita un ámbito de aplicación supletoria referido a los sectores ya cubiertos por normativa sectorial de la Unión Europea. Esta previsión, contenida en la Parte II del Anexo, identifica ámbitos como los servicios financieros, la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, la seguridad del transporte o determinadas actividades relacionadas con la extracción de petróleo y gas en alta mar. En estos casos, la Directiva solo se aplicará de forma complementaria, y únicamente si el asunto denunciado no está ya regulado por dicha normativa sectorial.

Esta convivencia entre normas generales y sectoriales genera un marco de protección jurídico fragmentado, incluso dentro de ámbitos temáticos similares. Por ejemplo, una denuncia relacionada con la Directiva 2007/36/CE sobre los derechos de los accionistas sí activaría la protección general

prevista en la Directiva 2019/1937. En cambio, si la denuncia afecta al Reglamento (UE) 2017/1129 sobre la publicación de folletos en los mercados regulados, se aplicará exclusivamente la normativa específica. Esta disparidad, aunque no supone una ausencia de protección, puede desincentivar las denuncias al dificultar la comprensión del régimen aplicable, especialmente en sectores técnicamente complejos como los financieros o la contratación pública con operadores financieros especializados.

2.3. Sectores expresamente excluidos del ámbito de aplicación

Para aportar claridad a este entramado, el legislador europeo incorpora también un listado negativo de materias excluidas. Estas exclusiones se detallan principalmente en los artículos 3.2 y 3.3, así como en varios considerandos del preámbulo.

De forma expresa, se excluyen del ámbito de la Directiva las materias relativas a la seguridad nacional —lo que podría incluir ciertos contratos públicos en sectores sensibles como la defensa—, la información clasificada, el secreto profesional de abogados y sanitarios, las deliberaciones judiciales y las normas de enjuiciamiento penal. Todas estas exclusiones obedecen a razones de soberanía nacional o de protección de principios fundamentales, como la confidencialidad profesional o la separación de poderes.

Adicionalmente, el considerando 22 permite que los Estados miembros excluyan también reclamaciones de carácter estrictamente interpersonal, como los conflictos laborales que no trascienden a una infracción del Derecho de la Unión. Esto refuerza la idea de que la Directiva se centra en la protección del interés general, no en la resolución de disputas particulares.

2.4. Implicaciones del ámbito de aplicación material diseñado por la Directiva

En definitiva, la Directiva configura un sistema compuesto por tres niveles de aplicación: un ámbito de aplicación positivo y mínimo (art. 2.1), uno supletorio pero obligatorio cuando no rige normativa sectorial (art. 3.1), y otro negativo, con exclusiones explícitas (arts. 3.2 y 3.3).

En el ámbito positivo, se impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la protección prevista, sin posibilidad de restringirla en su legislación nacional. Sin embargo, se permite su ampliación, de forma que los Estados puedan incorporar sectores adicionales —por ejemplo, determinados ámbitos de la contratación pública no mencionados expresamente— cuando lo consideren oportuno.

El segundo nivel, el ámbito supletorio, impide a nuestro juicio a los Estados extender la Directiva a sectores ya regulados por normas sectoriales europeas, y aque del artículo 3.1 sí parece desprenderse un carácter vinculante para los Estados miembros, pues la exclusión de la Directiva 2019/1937 está concebida para garantizar la coherencia de un sistema legislativo sectorial preexistente, que el legislador europeo entiende que podría estar en riesgo en caso de extenderse la aplicación de la normativa del denunciante. Se trata de un ejercicio de ponderación —decidir si conviene mantener las regulaciones sectoriales preexistentes— que ya ha sido realizado por el legislador europeo, que ha convenido relegar esta nueva directiva a un carácter supletorio, dejando al legislador nacional sin margen de apreciación en este sentido. Una ampliación a nivel nacional de la normativa general de protección del denunciante a estos ámbitos sectoriales en los que ya existe legislación europea específica, supondría sustituir al legislador europeo y contradecir una decisión ya adoptada en el proceso legislativo, lo que probablemente nos llevaría a incurrir en incumplimientos del Derecho de la Unión, al vaciar de contenido dichas normativas sectoriales que el legislador europeo ha querido preservar de forma expresa.

Por último, existe un ámbito de exclusión o delimitación negativa, contenido en los artículos 3.2 y 3.3, en el que el legislador europeo no impone una prohibición estricta, sino que más bien realiza una enumeración de materias especialmente sensibles —como la seguridad nacional, la información clasificada, el secreto profesional o las deliberaciones judiciales— cuya regulación sigue correspondiendo a los Estados miembros. En estos casos, la Directiva no obliga a incluirlas dentro del sistema de protección del denunciante, pero tampoco impide su inclusión si así lo desea el legislador nacional. De ahí que estos preceptos deban entenderse como una cláusula de deferencia hacia los Estados, permitiéndoles decidir si desean aplicar o no el régimen de protección a estos sectores.

Ahora bien, al incorporar los considerandos, el cuadro se complica. Aunque los considerandos carecen de fuerza jurídica vinculante, poseen un indudable valor interpretativo y, en este caso, matizan lo establecido en los artículos. Así, el considerando 24 permite a los Estados extender la protección a cuestiones de seguridad nacional, siempre que adopten medidas específicas para salvaguardar sus intereses esenciales. En cambio, el considerando 25 excluye expresamente de cualquier ampliación la información clasificada conforme a la Decisión 2013/488/UE, estableciendo un límite normativo más rígido. Lo mismo ocurre con el considerando 26, que establece de forma aparentemente categórica que la Directiva no afecta al secreto profesional del personal sanitario ni de los abogados. A la vez, este considerando introduce una distinción relevante al permitir que otros pro-

fesionales distintos puedan estar protegidos si revelan información amparada por normas profesionales cuando ello resulte necesario para descubrir una infracción comprendida en el ámbito material de la Directiva. Este tratamiento desigual contribuye a generar nuevas subcategorías dentro de los sectores excluidos, con distintos márgenes de maniobra para los Estados, lo que puede erosionar la claridad del sistema y generar inseguridad jurídica.

Por otro lado, hay que subrayar que los considerandos no se pronuncian sobre dos de las materias también excluidas en los artículos 3.2 y 3.3: las deliberaciones judiciales y las normas de enjuiciamiento criminal. En nuestra opinión, siguiendo la lógica restrictiva aplicada por el legislador europeo en las exclusiones más sensibles, habría que entender que en estos dos ámbitos el margen de maniobra de los Estados es inexistente. La protección del secreto de las deliberaciones judiciales y del procedimiento penal responde a principios fundamentales del Estado de Derecho, como la independencia judicial y el respeto a las garantías procesales, pilares a los que el Derecho de la Unión ha prestado especial atención en los últimos años. Ampliar la protección de la Directiva a estas materias podría comprometer dichos principios y desequilibrar el sistema judicial.

En definitiva, la Directiva opta por una técnica normativa compleja pero ambiciosa: establece una delimitación positiva de mínimos, una supletoriedad vinculante para sectores previamente regulados en materia de denuncias por derecho europeo, una cláusula de exclusión deferente a la soberanía estatal, y, finalmente, exclusiones que pueden entenderse como estrictas por afectar a principios estructurales del ordenamiento jurídico. Si bien esta arquitectura normativa tiene sus riesgos en términos de claridad y operatividad, también permite una protección ajustada al contexto sectorial y respeta las competencias nacionales en materias especialmente delicadas.

III. LA CONFIGURACIÓN DE LOS DISTINTOS NIVELES Y CANALES DE DENUNCIA

La configuración de los mecanismos de denuncia interna y externa es uno de los elementos estructurales clave del sistema de protección del denunciante[35]. En especial cuando se trata de alertas emitidas por personas vinculadas a una organización —empleados, colaboradores o contratistas—, resulta esencial atender tanto al nivel del órgano receptor

35. SCHMIDT, M., op. cit.

como a las características del canal utilizado[36]. La Directiva 2019/1937 establece una arquitectura de canales de denuncia en tres niveles, diseñada para corregir las carencias de los modelos previos y ofrecer una protección progresiva al informante. Se distinguen así canales internos (arts. 7 a 9), canales externos (arts. 10 y ss.) y, como vía subsidiaria, la divulgación pública.

Este modelo estratificado, inspirado en la tradición británica, permite al denunciante dirigirse a distintos tipos de destinatarios en función de la gravedad del hecho, del riesgo de represalias o de la ineficacia de las vías anteriores. Cada nivel exige condiciones más estrictas para acceder a la protección:

Nivel 1: comunicación a través de canales internos de la propia entidad;

Nivel 2: denuncia ante autoridades externas competentes;

Nivel 3: divulgación a medios de comunicación, representantes públicos u otros actores externos.

El sistema está diseñado para favorecer en primera instancia las denuncias internas, en línea con la previsión del artículo 7.2 de la Directiva, que anima a los Estados a fomentar el uso de estos canales antes de acudir a los externos[37]. Sin embargo, esta preferencia no supone una jerarquía rígida ni una obligación secuencial: el artículo 10 permite acudir directamente al canal externo si concurren determinadas circunstancias, como el temor a represalias o la ineficacia esperada del canal interno. Tampoco se establece un plazo para pasar de un nivel a otro ni se produce preclusión alguna.

Esta flexibilidad, unida a la promoción del canal interno como opción prioritaria, parece responder a la práctica observada: los estudios de Vandekerckhove y Philips revelan que la mayoría de alertadores optan inicialmente por vías internas, a menudo tras varios intentos de plantear la cuestión dentro de la organización antes de acudir fuera[38]. Esto se confirma también en el contexto de la contratación pública, donde los responsables técnicos o proveedores pueden preferir inicialmente dirigirse a los órganos

36. DWORKIN, T. M. and M. S. BAUCUS, «Internal vs. external whistleblowers: A comparison of whistleblowering processes», *Journal of business ethics,* 17 (12), 1998, 1281-98.

37. BANISAR, D., «Whistleblowing: International standards and developments», in SANDOVAL, I. (ed.), *Corruption and transparency: Debating the frontiers between state, market and society*, Washington, DC: World Bank-Institute for Social Research, 2011.

38. LOYENS, K. and W. VANDEKERCKHOVE, «Whistleblowing from an International Perspective: A Comparative Analysis of Institutional Arrangements», *Administrative Sciences,* 8 (3), 2018, 30.

de contratación o a instancias superiores dentro de la entidad contratante para comunicar irregularidades[39]. De hecho, Rothschild y Miethe llegaron a afirmar en su estudio sobre denunciantes en EEUU que muchos de los denunciantes llegaron a serlo casi por accidente[40], ya que en un primer momento plantearon su preocupación a su superior directo y posteriormente a instancias superiores dentro de la organización, creyendo que el destinatario en cada caso corregiría la situación, y sólo después de expresar su preocupación internamente, comenzaron a considerar acudir a autoridades fuera de la organización. Esta dinámica interna refuerza la eficacia del canal y reduce la carga para los órganos externos de supervisión, al tiempo que optimiza los recursos de control.

1. LOS CANALES INTERNOS

En línea con lo que venimos exponiendo, la Directiva 2019/1937 impone la obligación de establecer canales internos de denuncia tanto en el sector público como en el privado, aunque introduce ciertas excepciones. En el ámbito privado, solo están obligadas las entidades con 50 o más empleados. En el sector público, los Estados miembros pueden eximir a municipios con menos de 10.000 habitantes y a entidades públicas con menos de 50 empleados. Se trata del único punto en que la Directiva diferencia expresamente entre ambos sectores, estableciendo además un concepto funcional de sector público, que incluye a todas las entidades jurídicas públicas y a aquellas controladas o participadas por estas.

Conscientes de las dificultades organizativas que pueden afrontar las pequeñas entidades, la Directiva permite que las organizaciones con entre 50 y 249 trabajadores compartan un canal interno de denuncias o recurran a su externalización. Estas previsiones son de aplicación directa y no requieren desarrollo estatal. En cambio, el artículo 8.9 permite —pero no obliga— a los Estados a autorizar modelos de gestión conjunta entre municipios o por autoridades comunes, dejando así margen para su adaptación normativa.

39. LEWIS, D. and W. VANDEKERCKHOVE, «Does following a whistleblowing procedure make a difference? The evidence from the research conducted for the Francis inquiry», in LEWIIS, D. and VANDEKERCKHOVE, W. (eds.), *Developments in whistleblowing research*, London: International Whistleblowing Research Network, 2015.; MANSBACH, A. and Y. G. BACHNER, «Internal or external whistleblowing: nurses willingness to report wrongdoing», *Nursing Ethics,* 17 (4), 2010, 483-90.

40. ROTHSCHILD, J. and T. D. MIETHE, «Whistle-blower disclosures and management retaliation: The battle to control information about organization corruption», *Work and occupations,* 26 (1), 1999, 107-28, en p. 119.

El artículo 9 establece requisitos mínimos vinculantes que deben cumplir todos los canales internos, como la confidencialidad, la designación de responsables de seguimiento, plazos concretos (7 días para acuse de recibo y 3 meses para respuesta), la aceptación de denuncias tanto escritas como verbales, y la inclusión de información clara sobre los canales externos. Estos estándares son especialmente relevantes en el ámbito de la contratación pública, donde la trazabilidad de las comunicaciones puede ser crucial para el control de la integridad de los procedimientos.

En cuanto al tratamiento de las denuncias, el sistema debe garantizar su trazabilidad, confidencialidad y almacenamiento seguro. Aunque la Directiva no impone el uso de medios electrónicos, estos se revelan como los más adecuados para asegurar la integridad del sistema[41]. Aun así, se prevé también la posibilidad de presentar denuncias por escrito, oralmente (por teléfono o mensajería de voz), o mediante comparecencia personal. En estos casos, el artículo 18 regula cómo debe documentarse la comunicación, mediante grabaciones, transcripciones o actas redactadas por el personal competente, siempre que cuenten con el consentimiento del informante cuando se trate de grabaciones.

Estas garantías se aplican tanto a los canales internos como a los externos, asegurando una respuesta uniforme e integrada del sistema de protección, que resulta especialmente crítica cuando se trata de denuncias vinculadas a irregularidades en la contratación pública.

2. LOS CANALES EXTERNOS

Continuando con el análisis de los niveles de denuncia, la Directiva 2019/1937 prevé la existencia de canales externos como vía alternativa o complementaria a los canales internos. Aunque se sugiere que el informante recurra primero al canal interno, no se impone como requisito previo para acudir al externo (art. 10.1). Esta opción directa refleja, a nuestro juicio, una

41. Como afirma Cerrillo i Martínez *los medios electrónicos pueden tener un papel relevante en la protección de los alertadores, denunciantes o informantes protegiendo su anonimato o garantizando la seguridad de sus datos personales y de la información aportada. los medios electrónicos pueden garantizar la seguridad de los datos personales aportados por el alertador, denunciante o informante y, en general, de toda la información relativa a la denuncia* CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Los conflictos de intereses y los pactos de integridad: la prevención de la corrupción en los contratos públicos», in VILLORIA MENDIENTA, M., GIMENO FELIÚ, J. M., and TEJEDOR BIELSA, J. (eds.), *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, 2016, 185-212, p. 202.; o, en el mismo sentido, GIMENO FELIÚ, J. M., «El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control», *Revista internacional de transparencia e integridad,* (2), 2016, en p. 6.

decisión normativa cerrada, sin margen de transposición para los Estados miembros.

Cada Estado debe designar autoridades competentes para recibir y gestionar las denuncias externas, a las que se aplican requisitos similares a los previstos para los canales internos, incluyendo la confidencialidad, seguimiento diligente y plazos. No obstante, el artículo 11.2 permite que los Estados establezcan causas de archivo (por ejemplo, si la denuncia versa sobre una infracción menor o si es repetitiva sin aportar novedades), así como sistemas de priorización en casos de saturación. Estas posibilidades enumeradas en el párrafo anterior se encuentran dentro de los artículos dirigidos al canal externo, para el que el legislador europeo parece entender que son especialmente pertinentes. No obstante, esto no significa, a nuestro juicio, que no puedan configurarse también como medidas a incorporar en la normativa que regule los canales internos, para los que pueden tener, al menos, la misma utilidad. Si esto es así, la técnica normativa hubiera aconsejado probablemente regularlo en el Capítulo V, que regula medidas aplicables a los dos tipos de canales, o en su defecto, reproducir esta posibilidad en las secciones dedicadas a ambos canales —internos y externos— tal y como se hace con las condiciones mínimas de los canales mencionadas anteriormente. Pero en cualquier caso, a nuestro juicio, dado el espíritu de la Directiva y la naturaleza de estas medidas, el hecho de que el legislador habilite expresamente estas opciones para los canales externos no puede llevarnos a entender que los canales internos tienen vetada una regulación en el mismo sentido, sobre las causas para el archivo o la ordenación de las denuncias, ya que no ponen en riesgo su operatividad o eficiencia.

Lo que sí imponen el artículo 11.6 y el 12.3 de la Directiva es una obligación clara: si la denuncia es recibida por una persona u órgano incorrecto, debe garantizarse su confidencialidad y remitirse sin dilación a la autoridad competente.

Por su parte, el artículo 13 exige que las autoridades encargadas de los canales externos publiquen en un apartado específico, claro y accesible de sus sitios web toda la información relevante: procedimiento de denuncia, responsables, plazos, vías de recurso y garantías de protección. En este caso, la omisión del legislador europeo de estas obligaciones en la sección que regula los canales internos sí que debe llevarnos a interpretar que, al menos en lo que concierne al Derecho europeo, estas medidas no son exigibles a los canales internos. Esto no obsta, en cualquier caso, para que el legislador nacional pueda extenderlas a los sistemas internos o que, cada entidad, a la hora de configurar su propio canal, decida incorporarlas a su normativa

interna o tomarlas de modelo para su redacción, en base a la regla de disposiciones más favorables que recoge el artículo 25.1.

3. LA REVELACIÓN PÚBLICA

El tercer mecanismo previsto por la Directiva es la revelación pública, esto es, la comunicación directa al conjunto de la sociedad. Esta opción se reconoce cuando el canal interno o externo no ofrece garantías suficientes, existe un riesgo inminente para el interés público, o cuando hay un peligro claro de represalias o ineficacia del procedimiento (art. 15).

La norma no está formulada como una habilitación para los Estados miembros, sino como una previsión directamente aplicable. Podría interpretarse, por tanto, que las causas para permitir la revelación pública están tasadas por la Directiva. Sin embargo, su espíritu garantista, su carácter mínimo y la cláusula del artículo 25.1 permiten concluir que los Estados miembros sí pueden ampliar estas situaciones, siempre que respeten el marco general del Derecho de la Unión.

En todo caso, esta ampliación debe ser coherente con el resto de la Directiva. En el contexto español, este margen se ha desaprovechado, ya que la normativa nacional reproduce literalmente el contenido europeo, sin desarrollo adicional.

IV. LA PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE Y DE LAS PERSONAS AFECTADAS

Finalmente, la protección efectiva del denunciante frente a represalias constituye un eje central del sistema establecido por la Directiva 2019/1937[42]. Esta protección se justifica por la complejidad del proceso personal que implica informar sobre irregularidades, especialmente en entornos jerarquizados como el sector público o el ámbito de la contratación administrativa, donde el riesgo de consecuencias adversas puede disuadir incluso a los más comprometidos[43]. Las represalias pueden adoptar formas muy diversas: desde modificaciones en las condiciones laborales —traslados, pérdida de funciones o de confianza, reducción salarial— hasta prác-

42. RANGONE, N., «A behavioural approach to administrative corruption prevention», in CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (ed.), *Preventing Corruption and Promoting Good Government and Public Integrity*, Bruselas: Bruylant, 2017 en p. 76 y ss.
43. CERRILLO I MARTINEZ, A., «Nuevos mecanismos para garantizar la integridad en la contratación pública», in GIMENO FELIÚ, J. M. (ed.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor: Aranzadi, 2018, 1.615-1.56.

ticas de acoso o utilización arbitraria del régimen disciplinario[44]. La contratación pública, por su elevada exposición al fraude y la corrupción, representa un ámbito en el que la protección del informante resulta particularmente necesaria, dado el papel clave que pueden desempeñar tanto empleados públicos como operadores privados en la detección de irregularidades.

La Directiva obliga a los Estados miembros a adoptar medidas que impidan cualquier forma de represalia, ya sea directa o indirecta, incluyendo amenazas o intentos de represalia. Estas medidas deben aplicarse con independencia del tipo de canal utilizado para la denuncia (interno, externo o divulgación pública), e incluyen una lista no exhaustiva de actuaciones prohibidas, como el despido, la modificación injustificada del puesto de trabajo, el acoso o la intimidación[45]. Cada Estado puede ampliar este catálogo, adaptándolo a las circunstancias de sectores especialmente sensibles, como el de la contratación pública, donde las represalias pueden revestir formas más sutiles, como la exclusión informal de determinados procesos o la revocación de encargos contractuales —aunque España no ha adoptado estas vías que permite la Directiva—.

Uno de los elementos más relevantes del artículo 21 de la Directiva es el establecimiento de una presunción legal a favor del denunciante: una vez acreditado que su actuación está protegida por la Directiva, cualquier medida potencialmente perjudicial adoptada con posterioridad se presume represalia, salvo prueba en contrario. Corresponde entonces a quien adoptó la medida demostrar su licitud y desvinculación de la denuncia. Este desplazamiento de la carga probatoria es especialmente significativo en contextos como la gestión contractual pública, donde los vínculos jerárquicos o contractuales pueden facilitar represalias difíciles de evidenciar. Además, el mismo artículo contempla la posibilidad de adoptar medidas cautelares en beneficio del denunciante, reforzando su posición jurídica durante la tramitación de eventuales litigios.

La protección también abarca el aspecto penal y disciplinario de la actuación del denunciante. La Directiva establece que quien revela información en el marco de sus disposiciones no incurre en responsabilidad por haber accedido a ella o haberla divulgado, siempre que haya actuado con motivos razonables para creer en su veracidad y relevancia. Esta garantía resulta esencial cuando las denuncias afectan a procesos contractuales suje-

44. PUYOL MONTERO, J., *El funcionamiento práctico del canal de compliance «whistleblowing»*, Tirant lo Blanch,2017.
45. SCHMIDT, M., op. cit.

tos a confidencialidad o cuando implican documentación técnica o económica obtenida durante el desempeño de funciones.

Más allá de la protección contra represalias, la Directiva prevé un conjunto de apoyos institucionales que buscan facilitar y acompañar la decisión de denunciar. Estos incluyen el acceso a información y asesoramiento independientes sobre derechos y vías de recurso, apoyo ante autoridades competentes, asistencia jurídica en procesos penales o civiles transfronterizos, así como, con carácter opcional, ayudas financieras.

Una cuestión abierta en la Directiva, y objeto de debate internacional, es la posible exención o atenuación de responsabilidades cuando el denunciante haya participado en los hechos denunciados[46]. Esta cuestión es especialmente delicada en casos de corrupción contractual, donde la colaboración de *insiders* puede ser crucial para desmantelar entramados ilícitos. Aunque la Directiva no se pronuncia al respecto[47], los estándares internacionales apuntan a la conveniencia de prever mecanismos que incentiven la colaboración, incluyendo reducciones de sanciones o incluso recompensas por información determinante[48]. Estas recompensas —por ejemplo, un porcentaje sobre los fondos recuperados tras la sanción de contratos irregulares— ya se aplican en otros entornos jurídicos como el estadounidense[49], y podrían ser considerados en el marco nacional siempre que respeten el Derecho de la Unión.

La Directiva debe entenderse en este punto como un marco mínimo, susceptible de ser ampliado por los Estados miembros en virtud del principio de trato más favorable. Esto permite incorporar medidas complementarias, como sistemas de asistencia económica o incentivos normativos adicionales, siempre que no vulneren las garantías fundamentales.

No debe olvidarse, por último, la protección de las personas afectadas por la denuncia. El artículo 22 garantiza su derecho a un proceso justo, a la

46. A modo de ejemplo, véanse las recomendaciones del documento *Whistleblower Protections: A Guide*, elaborado por la International Bar Association (2018), o el documento *International Principles for Whistleblowing Protection* de Transparencia Internacional (2013).
47. RANGONE, N., op. cit. en p. 77.
48. Véanse, en este sentido, las recomendaciones del documento *Whistleblower Protections: A Guide*, elaborado por la International Bar Association (2018), o el documento *International Principles for Whistleblowing Protection* de Transparencia Internacional (2013); del mismo modo, véase NYRERÖD, T. and G. SPAGNOLO, «Myths and numbers on whistleblower rewards», *Regulation & Governance,* 15 (1), 2021, 82-97.
49. BOYNE, S. M., «Financial incentives and truth-telling: the growth of whistle-blowing legislation in the United States», in THÜSING, G. and FORST, G. (eds.), *Whistleblowing-A Comparative Study*, 2016, 279-310.

defensa, a la presunción de inocencia y a la confidencialidad de su identidad, de modo que la figura del denunciante no se convierta en un instrumento de difamación o de abuso.

Todo el sistema se completa con un régimen sancionador previsto en el artículo 23. La Directiva obliga a sancionar conductas que socaven el sistema de denuncia, como obstaculizar el uso de los canales, adoptar represalias o divulgar la identidad del denunciante. También prevé sanciones contra quienes abusen del sistema formulando denuncias falsas de forma deliberada. Estas sanciones deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, y permitirán consolidar un entorno ético que fomente la vigilancia interna y externa en sectores estratégicos como la contratación pública.

En definitiva, la Directiva configura un marco normativo orientado a fortalecer la detección temprana de irregularidades mediante la implicación directa de quienes, desde dentro o desde fuera, tienen conocimiento de prácticas ilícitas. En sectores como la contratación pública, este nuevo enfoque se proyecta como una herramienta imprescindible para avanzar hacia una mayor integridad institucional y una mejor gestión del interés público.

V. BIBLIOGRAFÍA

BANISAR, D., «Whistleblowing: International standards and developments», in SANDOVAL, I. (ed.), Corruption and transparency: Debating the frontiers between state, market and society, Washington, DC: World Bank-Institute for Social Research, 2011.

BARNES, J., «An expanding frontier of Administrative Law: The public life of private actors (a functional approach)», European Public Law, 24 (3), 2018.

BOYNE, S. M., «Financial incentives and truth-telling: the growth of whistle-blowing legislation in the United States», in THÜSING, G. and FORST, G. (eds.), Whistleblowing-A Comparative Study, 2016, 279-310.

CALLAHAN, E. S. and T. M. DWORKIN, «Do good and get rich: Financial incentives for whistleblowing and the False Claims Act», Vill. L. Rev., 37, 1992, 273.

CERRILLO I MARTINEZ, A., «Nuevos mecanismos para garantizar la integridad en la contratación pública», in GIMENO FELIÚ, J. M. (ed.), Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Cizur Menor: Aranzadi, 2018, 1.615-1.656.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Los conflictos de intereses y los pactos de integridad: la prevención de la corrupción en los contratos públicos», in VILLORIA MENDIENTA, M., GIMENO FELIÚ, J. M., and TEJEDOR BIELSA, J. (eds.), La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos, Atelier, 2016, 185-212.

CHEVARRÍA, F. and M. SILVESTRE, Sistemas de denuncia y protección de denunciantes de corrupción en América Latina y Europa, Programa Eurosocial, 2013.

D'AMBROSIO, L., «L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption: un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2», Revue de science criminelle et de droit penal compare, 1 (1), 2019, 1-24.

DWORKIN, T. M. and M. S. BAUCUS, «Internal vs. external whistleblowers: A comparison of whistleblowering processes», Journal of business ethics, 17 (12), 1998, 1281-98.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Ámbito de aplicación», in PÉREZ MONGUIÓ, J. M. and FERNÁNDEZ RAMOS, S. (eds.), El nuevo sistema de protección del informante: Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Madrid: La ley: Bosch, 2023, 43-98.

FRENÁNDEZ RAMOS, S., «Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: Ámbito material de aplicación», Revista General de Derecho Administrativo, 63, 2023.

GARCÍA MORENO, B., «La figura del whistleblower», in GIMENO BEVIÁ, J. and LÓPEZ DONAIRE, B. (eds.), La Directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, 29-52.

GARRIDO JUNCAL, A., «La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro», Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (12), 2019, 126-51.

GIMENO FELIÚ, J. M., «El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control», Revista internacional de transparencia e integridad (2), 2016.

GOBERT, J. and M. PUNCH, «Whistleblowers, the public interest, and the Public Interest Disclosure Act 1998», The Modern Law Review, 63 (1), 2000, 25-54.

JIMÉNEZ, A. G., «El sistema electrónico de contratación pública chileno: Chilecompra», Revista de administración pública (199), 2016, 363-88.

JONES, J. C., G. SPRAAKMAN, and C. SÁNCHEZ-RODRÍGUEZ, «What's in it for me? An examination of accounting students likelihood to report faculty misconduct», Journal of Business Ethics, 123, 2014, 645-67.

KIŠŠOVÁ, S., «Protection of Whistleblowers by the European Union, the Council of Europe, and the European Court of Human Rights», Slovak Yearbook of European Union Law, 1, 2021, 25-36.

LEWIS, D. and W. VANDEKERCKHOVE, «Does following a whistleblowing procedure make a difference? The evidence from the research conducted for the Francis inquiry», in LEWIIS, D. and VANDEKERCKHOVE, W. (eds.), Developments in whistleblowing research, London: International Whistleblowing Research Network, 2015.

LOYENS, K. and W. VANDEKERCKHOVE, «Whistleblowing from an International Perspective: A Comparative Analysis of Institutional Arrangements», Administrative Sciences, 8 (3), 2018, 30.

MANSBACH, A. and Y. G. BACHNER, «Internal or external whistleblowing: nurses willingness to report wrongdoing», Nursing Ethics, 17 (4), 2010, 483-90.

MCEVOY, J. P., «The legal response to whistleblowing in Canada: Managing disclosures by the "up the ladder" principle», Whistleblowing-a comparative study, 2016, 33-72.

MUDRACK, P. E. and E. S. MASON, «Dilemmas, conspiracies, and Sophie's choice: Vignette themes and ethical judgments», Journal of Business Ethics, 118, 2013, 639-53.

NADER, R., P. J. PETKAS, and K. BLACKWELL, «Whistle blowing: The report of the conference on professional responsibility», 1972.

NEAR, J. P. and M. P. MICELI, «Organizational dissidence: The case of whistle-blowing», Journal of business ethics, 4, 1985, 1-16.

NYRERÖD, T. and G. SPAGNOLO, «Myths and numbers on whistleblower rewards», Regulation & Governance, 15 (1), 2021, 82-97.

PAJARÓ CALVO, M., «La protección de las personas informantes como instrumento de fortalecimiento institucional. Régimen aplicable a los canales de información», in AYMERICH CANO, C. and PAJARÓ CALVO, M.

(eds.), La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público: Especial referencia a las Entidades Locales, La Ley (España), 2023, 27-65.

PUYOL MONTERO, J., El funcionamiento práctico del canal de compliance «whistleblowing», Tirant lo Blanch, 2017.

RANGONE, N., «A behavioural approach to administrative corruption prevention», in CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (ed.), Preventing Corruption and Promoting Good Government and Public Integrity, Bruselas: Bruylant, 2017.

RODRIGUEZ-VILABOA DEL CURA, B. B., «Ámbito material de aplicación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero. Especial referencia a la contratación pública», in AYMERICH CANO, C. and PARAJÓ CALVO, M. (eds.), La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público: Especial referencia a las Entidades Locales, Las Rozas, Madrid: La Ley: El consultor de los Ayuntamientos 2023, 163-90.

ROTHSCHILD, J. and T. D. MIETHE, «Whistle-blower disclosures and management retaliation: The battle to control information about organization corruption», Work and occupations, 26 (1), 1999, 107-28.

SANCLEMENTE ARCINIEGAS, J., «La protección jurídica de los denunciantes de actos de corrupción», Revista Criterio Libre Jurídico, 17 (2), 2020, 1-1.

SCHMIDT, M., «"Whistle Blowing» regulation and accounting standards enforcement in Germany and Europe-An economic perspective», International Review of Law and Economics, 25 (2), 2005, 143-68.

SINZDAK, G., «An analysis of current whistleblower laws: Defending a more flexible approach to reporting requirements», Calif. L. Rev., 96, 2008, 1633.

TARDÍO PATO, J. A., «Antecedentes, tramitación de la ley, finalidad y reparto competencial», in PÉREZ MONGUIÓ, J. M. and FERNÁNDEZ RAMOS, S. (eds.), El nuevo sistema de protección del informante: Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Madrid: La ley, 2023, 2023, 21-42.

THÜSING, G. and G. FORST, «Whistleblowing Around the World: A Comparative Analysis of Whistleblowing in 23 Countries», Whistleblo-

wing-A Comparative Study, Suiza: Springer International Publishing, 2016, 3-30.

VAN WAEYENBERGE, A. and Z. DAVIES, «The Whistleblower Protection Directive (2019/1937): A Satisfactory but Incomplete System», European Journal of Risk Regulation, 12 (1), 2021, 236-44.

WALLMEIER, N., «The hidden costs of Whistleblower protection», Available at SSRN 3111844, 2023.

WATTS, L. L. and M. RONALD BUCKLEY, «A dual-processing model of moral whistleblowing in organizations», Journal of Business Ethics, 146, 2017, 669-83.

9

La 5.ª generación de ¿Directivas? de contratación pública. Propuestas de mejora desde el punto de vista de la Compra Pública de innovación y el acceso de PYMES y Startups [1]

Ana Isabel Peiró Baquedano
Senior Legal Procurement Consultant at Corvers Iberia SLU

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CRONOLOGÍA DEL MARCO REGULATORIO. III. COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN. IV. PROPUESTAS DE MEJORA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CPI Y EL ACCESO DE PYMES Y STARTUPS. *1. ¿Son las Directivas el mejor instrumento para regular la contratación pública? 2. Definición común y armonizada de la CPI. 3. Fijación de un mínimo del presupuesto público que se destine a CPI. 4. Plan de acción para la CPI. 5. Aclarar y unificar el régimen para la compra pública trasfronteriza. 6. Clarificar el régimen de los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI). 7. Criterios de adjudicación: Most Economical Advantageus*

1. Este artículo se enmarca dentro de la propuesta realizada por Corvers Procurement Services B.V. en respuesta a la consulta de la Comisión Europea sobre la *Estrategia de la UE para empresas emergentes y en expansión,* la *Ley Europea de Innovación* y la reforma del marco legal Europeo de contratación pública a raíz de sus trabajos para iniciativas como EAFIP (European Assistance For Innovation Procurement) and SPIN4EIC. Para más información véase: https://research-and-innovation.ec.europa.eu/strategy/strategy-research-and-innovation/jobs-and-economy/towards-eu-startup-and-scaleup-strategy_en?prefLang=es; https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14427-Public-procurement-directives-evaluation/F3524472_en y https://research-and-innovation.ec.europa.eu/law-and-regulations/ensuring-eu-legislation-supports-innovation_en

Tender (MEAT) o lo que es lo mismo, la mejor relación calidad precio *8. Criterios de adjudicación que fomentan la innovación. Uso de la ingeniería de valor. 9. Facilitar la participación de PYMES y Startups. 10. La lista de peticiones al legislador europeo.* V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Cuaderno de bitácora. 28 de marzo de 2014. Tras una espera que se ha hecho interminable (desde que en 2010 se iniciara el proceso de reforma), el mundillo de la contratación pública está en pleno revuelo por la publicación de la ya cuarta generación de Directivas, que incluyen gran cantidad de novedades, entre otras una nueva Directiva para regular las concesiones a nivel europeo, nuevos procedimientos como la asociación para la innovación, la obligatoriedad del e-Procurement, la codificación de principios medioambientales, sociales y laborales...

Parece que fue ayer, pero han pasado más de diez años, y volvemos a la casilla de salida. La Comisión Europea publicó recientemente un proceso de consulta para proponer sugerencias a incluir en la quinta generación de normativa de contratación pública[2].

Como es difícil entender el presente, y mucho más, intentar mejorar el futuro, sin conocer el pasado, este artículo pretende, ofreciendo antes una pequeña introducción a la cronología de generaciones de Directivas y a la Compra Pública de Innovación (CPI), proponer una serie de recomendaciones de mejora, focalizándose en el ámbito de la CPI y de mejora de acceso de la PYMES y Startups[3].

2. Aquí está disponible la consulta: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14427-Public-procurement-directives-evaluation_en

3. El Observatorio de Contratación Pública ha publicado unas muy detalladas propuestas de mejoras de la contratación pública que pueden encontrase aquí. J. M. GIMENO FELIU, J. A. MORENO MOLINA, I. GALLEGO CÓRCOLES, B. NOGUERA DE LA MUELA, P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, M. A. BERNAL BLAY, T. MEDINA ARNAIZ, J. PERNAS GARCÍA, R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, C. DE GUERRERO MANSO, M. RAZQUIN LIZARRAGA, X. LAZO VITORIA, F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J. MIRANZO DÍAZ, E. DÍAZ BRAVO, M. COZZIO, Contribuciones a la consulta pública para la evaluación de las directivas de contratación pública, https://www.obcp.es/noticias/contribuciones-del-observatorio-de-contratacion-publica-la-consulta-publica-para-la

II. CRONOLOGÍA DEL MARCO REGULATORIO

El marco europeo regulatorio de la contratación pública tienen su origen en los tratados de la Unión Europea (UE) —el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea— que prohíben barreras al comercio intraeuropeo, promoviendo la libre circulación de mercancías, la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento[4].

Sin embargo, de cara a eliminar barreras proteccionistas y a uniformizar el marco legal, la Comisión Europea ha ido publicando una serie de «generaciones» de Directivas con el objetivo primario de eliminar dichas barreras y con objetivos secundarios matizados en cada una de estas nuevas «iteraciones».

GENERACIÓN	DIRECTIVA	OBJETIVO
PRIMERA	Directiva 66/683/CEE	Prohibición de reglas que requerían productos nacionales o que prohibían productos extranjeros
	Directiva 71/305/CEE	Reglas y publicidad adecuada para los contratos de obras públicas
	Directiva 77/62/CEE	Reglas y publicidad para los contratos de suministros
SEGUNDA	Directiva 88/295/EEC	Centrada en suministros, normalizó el procedimiento abierto
	Directiva 89/665/EEC	Recursos en los procedimientos de contratación
	Directiva 90/531/CEE	Regula por primera vez los sectores especiales (agua, energía, transportes y telecomunicaciones)
	Directiva 92/50/CEE	Adjudicación de los contratos públicos de servicios
	Directivas 93/36/EEC, 93/37/EEC, 93/38/EEC	Unifican la normativa sobre contratación pública
TERCERA	Directiva 2004/17/CE	Sectores especiales

4. Tratado de la Unión Europea, DO C 191 de 29.7.1992, pp. 1-112 y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007, DO C 202 de 7.6.2016, pp. 47-360. Véase también https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=legissum:4301855 y https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:4301854

GENERACIÓN	DIRECTIVA	OBJETIVO
	Directiva 2004/18/CE	Adjudicación de contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (fuera de los sectores especiales)
	Directiva 2007/66/EC	Modificó las anteriores Directivas «de recursos»: 89/665/CEE y 92/13/CEE
	Directiva 2009/81/CE	Contratos de obras, de suministro y de servicios en los ámbitos de la defensa y la seguridad
CUARTA	Directiva 2014/24/EU	Contratación pública de servicios, suministros y obras que no pertenezcan a la defensa y seguridad, ni a los sectores especiales
	Directiva 2014/25/EU	Contratos de servicios, suministros y obras en sectores especiales
	Directiva 2014/23/EU	Regula por primera vez las concesiones de servicios a nivel europeo

La primera generación, orientada a este objetivo primario de eliminación de barreras al comercio, prohibiendo prácticas discriminatorias y promoviendo la transparencia en contratos, incluía tres directivas[5]: (1) La Directiva 66/683/CEE, que prohibió reglas que requerían productos nacionales o prohibían productos extranjeros en contratación pública; (2) la Directiva 71/305/CEE que otorgaba reglas y publicidad adecuada para los contratos de obras públicas; y (3) la Directiva 77/62/CEE, con el mismo fin, pero para los contratos de suministros[6].

Sin embargo, estas Directivas no gozaron de un elevado grado de cumplimiento, en parte por sus carencias técnicas, en parte porque excluían algunos sectores de especial importancia y, especialmente, por la grave crisis del petróleo de los años setenta[7].

La segunda generación —que da el pistoletazo de salida con el Libro Blanco de la Comisión Europea para el Mercado Interior de 1985 y que

5. Un trabajo excelente sobre las diferentes generaciones de Directivas: J. A., MORENO MOLINA, «El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0, Chartridge Books» Oxford (Reino Unido): Oxford, 2015.
6. M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, «Contratos públicos y derecho comunitario», Thomson Reuters, 1996.
7. A. I. PEIRÓ BAQUEDANO, «El sistema de reparto de riesgos en las concesiones: hacia una nueva gobernanza», Editorial Aranzadi, 2019, p. 85.

insiste en la necesidad de procedimientos uniformes de selección y adjudicación— incluye a su vez cuatro directivas y un bloque de Directivas que modificaban ciertos aspectos del régimen de contratación público: (1) La Directiva 88/295/EEC, centrada en suministros, que normalizó el procedimiento abierto; (2) la Directiva 89/665/EEC, que introducía los recursos en los procedimientos de contratación; (3) la Directiva 90/531/CEE que reguló por primera vez los sectores especiales (agua, energía, transportes y telecomunicaciones); (4) la Directiva 92/50/CEE que reguló la adjudicación de los contratos públicos de servicios; y (5) las Directivas 93/36/EEC, 93/37/EEC, 93/38/EEC que buscan unificar la normativa sobre contratación pública.

Ya superados los objetivos iniciales de eliminar prohibiciones y buscar una armonización general, la tercera generación de Directivas busca la simplificación, la modernización y la flexibilidad del marco jurídico[8]. Y trata de alcanzar este triple fin en cuatro Directivas[9]: (1) Directiva 2004/17/CE, dedicada a los sectores especiales; (2) la Directiva 2004/18/CE que integró la adjudicación de contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (fuera de estos sectores especiales); (3) la Directiva 2007/66/EC, que modificó las anteriores Directivas «de recursos»[10]; y (4) la Directiva 2009/81/CE que regula contratos de obras, de suministro y de servicios en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

La última y más reciente generación de Directivas, de 2014, incluye tres Directivas[11], con una novedad destacable: una de ellas regula por primera

8. 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 n.º 172, 2015, p. 85 y ss. ISSN 0210-8461.
9. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «*La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública*», Revista española de derecho administrativo n.º 159, 2013, pp. 25-38.
10. La Directiva 89/665/CEE, arriba mencionada y la Directiva 92/13/CEE.
11. Para profundizar en este tema, son de interés: J. A. MORENO MOLINA, «La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos» en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2012* (dir.) J. M. GIMENO FELIÚ, M. A. BERNAL BLAY, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115-163; J. M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*), Aranzadi, Cizur Menor, 2014; M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, «Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», RAP n.º 196, 2015, pp. 97-13; A. RUIZ DE CASTAÑEDA, M. A. BERNAL BLAY, «La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes» en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010* (dir.) J. M. GIMENO FELIÚ, M. A. BERNAL BLAY, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23-42; J. A. MORENO MOLI-

vez las concesiones de servicios a nivel europeo, lo que en su momento causó un gran revuelo por la definición que se hacía del riesgo operacional[12].

Estas Directivas son más ambiciosas, buscando promover objetivos transversales a la contratación pública (llegando incluso a codificar el respeto a obligaciones medioambientales, sociales y laborales)[13] y fomentando la digitalización (e-Procurement), la simplificación y el *Value for Money* (enfoque en calidad y no en precio) como una manera de apoyar la participación de PYMES[14] y vertebrar el comercio intraeuropeo[15]. Se trata de (1) la Directiva 2014/24/EU o *Directiva clásica*, que regula la contratación pública de servicios, suministros y obras que no pertenezcan a la defensa y seguridad, ni a los sectores especiales; (2) la Directiva 2014/25/EU, dedicada a contratos de servicios, suministros y obras en sectores especiales; y (3) la novedosa Directiva 2014/23/EU sobre contratos de concesión[16].

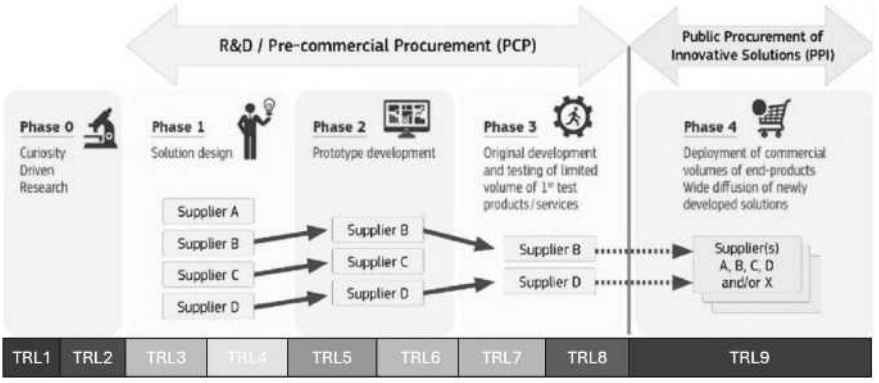
III. COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN

En la CPI, las entidades contratantes adquieren el desarrollo o implementación de soluciones innovadoras pioneras para abordar necesidades específicas del sector público, idealmente, a medio y largo plazo[17]. Dentro

NA, P. DOMÍNGUEZ ALONSO, «El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública», en libro col. *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164.

12. P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «*Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro*», El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho n.º 74, Iustel, marzo 2018; X. LAZO, «El contrato de concesión de servicios» en libro colectivo Tratado de Contratos del Sector Público. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2574-2576; A. ROMÁN MÁRQUEZ, «*El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario*», Revista Española de Derecho Comunitario n.º182. Enero-Marzo 2017, pp. 450-451; «Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados», Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo n.º 9. 2018.
13. Véase a modo de ejemplo el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE.
14. D. CANALS I AMETLLER, «*Divisibilidad del objeto contractual y otras medidas legales de fomento de la participación de las pymes en la contratación pública*», Cuadernos de derecho local, 39 48, 2018, pp. 221-246.
15. European Commission, «EU Public Procurement reform: Less bureaucracy, higher efficiency. An overview of the new EU procurement and concession rules introduced on 18 April 2016», Véase https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement/legal-rules-and-implementation_en
16. M. E. LÓPEZ MORA, Los contratos de concesión a la luz de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión: retos y novedades. Atelier 2019.
17. L. CUETO ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, J. M. GARRIDO MORENO, «Compra pública innovadora. Fundamentos e instrumentación», INAP, 2013. A. LÓPEZ MIÑO,

de la CPI podemos distinguir la Compra Pública Precomercial (CPP) y la Compra Publica de Tecnología Innovadora (CPTi).



La CPP se emplea cuando el nivel de desarrollo tecnológico (Technology Readiness Level o TRL en sus siglas en inglés) de la solución es bajo y mediante un procedimiento competitivo en fases se va incrementando ese TRL hasta obtener un prototipo. En esta modalidad, hay un reparto de riesgos y beneficios entre la entidad contratante y los proveedores que participan en el procedimiento, lo que se traduce en que los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) que se desarrollan pertenecerán al contratista y en que la entidad contratante pagará un menor precio por los servicios de I+D (ya que no obtiene la propiedad) pero sí obtendrá una licencia de uso. Además, en esta modalidad, se compran servicios de I+D, no el producto/tecnología una vez desarrollada. Para ellos hay que licitar otro procedimiento que puede encuadrarse dentro de la CPTi. Si se dan todos estos requisitos la CPP está fuera del ámbito de aplicación de las Directivas de Contratación y de la trasposición nacional de cualquier Estado Miembro[18].

La CPTi por su parte, es el enfoque adecuado cuando el TRL es elevado, lo que implica que la tecnología ya está, o en el propio mercado pero no extendida, o a punto de entrar el mercado y necesita adaptaciones mínimas. Por sus características, la CPTi sí se encuentra bajo el ámbito de las Directivas de Contratación y de las trasposiciones de los Estados Miembros y se

«La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública» en libro colectivo Contratación pública estratégica (dir.) J. J., PERNAS GARCÍA, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 211-246.

18. Véanse los artículo 14 de la Directiva 2014/24/EU, 32 de la Directiva 2014/25/EU y 25 de la Directiva 2014/23/EU.

implementa mediante los procedimientos regulados en las mismas (ya sea un abierto, un restringido, un negociado, un diálogo competitivo...)[19].

En las últimas décadas, la Unión Europea y sus Estados Miembros se han inclinado por fomentar la innovación, no a través de subsidios o subvenciones, sino utilizando la contratación pública como herramienta[20]. Teniendo en cuenta que una media del 14% del Producto Interior Bruto (PIB) de los Estados Miembros se destina a la contratación pública, no es de extrañar que la UE intente que destinen una parte sustancial de ese presupuesto a la compra de soluciones innovadoras[21]. La idea es hacer un uso más eficiente del gasto público, permitiendo una modernización más rápida de los servicios públicos y abriendo oportunidades de mercado para las empresas en Europa[22].

A partir de la década de los 2000, la Comisión Europea empieza a ser consciente de que la Unión Europea no está aprovechando todo el potencial del presupuesto destinado a contratación pública para fomentar objetivos estratégicos, como la innovación.

De ahí que en 2007, la Comisión Europea redacte la Comunicación «La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles»[23], desarrollando un procedimiento de contratación específico para servicios de I+D con riesgos y beneficios compartidos.

Sin embargo, el nuevo enfoque no tuvo el éxito deseado y esta comunicación fue acompañada de una serie de iniciativas posteriores. Una de estas iniciativas fue el Séptimo Programa Marco (7PM) de financiación de la Investigación y la Innovación de la Unión Europea para el período

19. Regulados respectivamente en los artículos 26 de la Directiva 2014/24/EU y 44 de la Directiva 2014/25/EU.
20. A.R. Apostol, *«Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness?»* Public Procurement Law Review, Thomson Reuters, 2012, 6, 213-215.
21. Tribunal de Cuentas Europeo, «Informe Especial Contratación pública en la UE. La competencia en la adjudicación de contratos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los diez años anteriores a 2021» 04/12/2023. P. 7. Véase también https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement_en
22. Un buen ejemplo es Estados Unidos, donde el programa Small Business Innovation Research (SBIR) ayuda a comercializar soluciones de I+D desarrolladas en el país de origen. Véase https://www.sbir.gov/
23. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *«La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles»*. Bruselas, 14.12.2007. COM(2007) 799 final.

2007-2013[24]. Otro buen ejemplo de estas iniciativas es EAFIP (European Assistance for Innovation Procurement), que sigue en funcionamiento y da soporte a compradores públicos que licitan CPI[25].

Más recientemente, la estrategia Europa 2020 destaca la importancia de la investigación y la innovación como principal motor del crecimiento futuro, e indica que las autoridades públicas deberían utilizar la contratación pública para fomentar estos dos aspectos[26].

En junio de 2021 la Comisión Europea publicó las «Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación», definiendo lo que es la compra de innovación y sus dos modalidades (CPP y CPTi), explicando las posibilidades ya disponibles en cuarta generación de Directivas, fomentando el uso de estos instrumentos para modernizar los servicios públicos, promoviendo las oportunidades para las PYMES y dando una serie de guías prácticas y aclaraciones a los poderes públicos[27].

También se publica en 2022 la Nueva Agenda Europea de Innovación, que pretende impulsar mediante la compra pública de innovación el desarrollo de nuevas tecnologías por compañías situadas en Europa[28]. De hecho, uno de sus referentes, concretamente el segundo es «Habilitar la innovación tecnológica profunda a través de espacios de experimentación y contratación pública[29]».

Y para concluir esta breve introducción a la CPI y a los instrumentos de soft law que le dan cobertura, son de obligada mención los informes de

24. El 7PM fue sustituido por Horizonte 2020 (H2020) que se extendió entre 2014 y 2020. El Programa Marco actual de la Unión Europea para la investigación y la innovación es Horizonte Europa (HE) que se extiende de 2021 a 2027.
25. Para más información: https://projects.research-and-innovation.ec.europa.eu/en/strategy/support-policy-making/shaping-eu-research-and-innovation-policy/new-european-innovation-agenda/innovation-procurement/eafip
26. Comunicación de la Comisión, «*EUROPA 2020 – Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*», Bruselas, 3.3.2010 COM(2010) 2020 final.
27. Comunicación de la Comisión, «*Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación*», Bruselas, 18.6.2021, C(2021) 4320 final.
28. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. «*Nueva Agenda Europea de Innovación*». Estrasburgo, 5.7.2022.
COM(2022) 332 final. Ver también https://research-and-innovation.ec.europa.eu/strategy/support-policy-making/shaping-eu-research-and-innovation-policy/new-european-innovation-agenda_en
29. Véase https://research-and-innovation.ec.europa.eu/strategy/support-policy-making/shaping-eu-research-and-innovation-policy/new-eu- ropean-innovation-agenda/new-european-innovation-agenda-roadmap/flagship-2-enabling-deep-tech-innovation-through-experimentation-spaces-and-public-procurement_en

Enrico Letta[30] y de Mario Draghi[31], por el impacto que han tenido a nivel europea y su incidencia específica en la CPI.

IV. PROPUESTAS DE MEJORA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CPI Y EL ACCESO DE PYMES Y STARTUPS

Una vez dadas las pinceladas sobre los orígenes de la contratación pública a nivel europeo y sobre las bases de la CPI, se presentan aquí una serie de propuestas de mejora. Las primeras cinco recomendaciones de esta propuesta tiene un enfoque más «holístico», mientras que las siguientes se dedican a aspectos más prácticos y concreto de la CPI.

1. ¿SON LAS DIRECTIVAS EL MEJOR INSTRUMENTO PARA REGULAR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA?

Los expertos del Observatorio de Contratación Pública ya se han manifestado al respecto, considerando que después de cuatro generaciones de Directivas, sus trasposiciones nacionales, más o menos creativas, y los consiguientes problemas de incertidumbre y seguridad jurídica, un Reglamento Europeo de contratación pública podría ser una herramienta mucho más adecuada[32].

Sin embargo, no podemos resistirnos a comentar que la competencia de la UE en que se basaría este reglamento no está del todo clara. El artículo 2 del TFUE explica los tipos de competencias de la UE y al artículo 3 clarifica aquellas que son exclusivas. Al no ser parte de esas competencias exclusivas, la UE sólo tendría —a tenor del artículo 114 del mismo Tratado— com-

30. E. LETTA, «Much More than a Market: Speed, Security, Solidarity». Abril 2024. Una de sus propuestas es recurrir a la contratación pública para impulsar la innovación y apoyar a las PYMES, alineándose así con la Comunicación de la Comisión, «Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación», las orientaciones de la Comisión de 2021 arriba mencionada. Véase https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf

31. M. DRAGHI, «The future of European competitiveness», Septiembre 2024. En él hace especial hincapié en la necesidad de fomentar la inversión y la innovación para evitar la pérdida de competitividad frente a EEUU y China. Véase https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/draghi-report_en#paragraph_47059

32. J. M. GIMENO FELIU, J. A. MORENO MOLINA, I. GALLEGO CÓRCOLES, B. NOGUERA DE LA MUELA, P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, M. A. BERNAL BLAY, T. MEDINA ARNAIZ, J. PERNAS GARCÍA, R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, C. DE GUERRERO MANSO, M. RAZQUIN LIZARRAGA, X. LAZO VITORIA, F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J. MIRANZO DÍAZ, E. DÍAZ BRAVO, M. COZZIO, Contribuciones a la consulta pública para la evaluación de las directivas de contratación pública, pg.15. https://www.obcp.es/noticias/contribuciones-del-observatorio-de-contratacion-publica-la-consulta-publica-para-la

petencia para aproximar «*las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior*».

¿No sería un reglamento un instrumento desproporcionado para esta tarea de armonización, al quitar *de facto* toda capacidad legislativa a los Estados Miembros? Dicho esto, lo cierto es que las actuales Directivas dejan cada vez menos margen de actuación a los Estados, convirtiéndose en una especie de «*reglamentos de incógnito*».

En cualquier caso, no es este debate el propósito de este artículo, pero no podíamos dejar de mencionar este punto, ya que es muy relevante en cuanto a la incidencia de las medidas propuestas en cada Estado Miembro.

2. DEFINICIÓN COMÚN Y ARMONIZADA DE LA CPI

Introducir una definición común y armonizada de la CPI. Ahora mismo se encuentra en instrumentos de soft law como la Guía de la Comisión sobre CPI[33].

Es más, las definiciones que ya tienen cobertura legal se deberían hacer extensivas a todos los sectores. Por ejemplo, se podría replicar la definición ya incluida en la Directiva 2009/81/CE en el ámbito de la seguridad y la defensa en materia de I+D[34].

Adicionalmente, se debería revisar el procedimiento negociado sin publicidad con el fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo (sin incluir la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo)[35], con la idea de alinearlo con el artículo XVIII(f) del Acuerdo General de Comercio de la organización Mundial de Comercio (WTO GPA), que sí incluye expresamente la producción o suministro limitados para hacer pruebas y demostrar que el bien o servicio cumple con estándares de calidad (sin incluir, por supuesto producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo). Sería además recomendable aclarar (posiblemente en el preám-

33. Comunicación de la Comisión, «Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación», Bruselas, 18.6.2021, C(2021) 4320 final, p. 6.
34. Artículo 1. 27) «*Investigación y desarrollo*»: *todas las actividades que comprenden la investigación fundamental, la investigación aplicada y el desarrollo experimental, pudiendo incluir este último la realización de demostradores tecnológicos, es decir, dispositivos para demostrar el rendimiento de un nuevo concepto o una nueva tecnología en un entorno pertinente o representativo.*
35. Regulado en el artículo 32.3.a de la Directiva 2014/24/EU, artículo 50.b) de la Directiva 2014/25/EU y artículo 28.2.b) de la Directiva 2009/81/EC.

bulo) que este instrumento sí permite a los compradores públicos testar soluciones desarrolladas en el marco de una CPP, antes de licitar un procedimiento para adquirir volúmenes comerciales (es decir si el TRL es 7/8)[36], ya que los compradores públicos en muchos casos desconocen esta herramienta.

Esta falta de armonización a nivel europeo lleva a que las definiciones de CPI, CPP y CPTi que se hacen en los diferentes Estados Miembros se encuentren en diversos instrumentos legales (vinculantes o no); sean aplicables a todo tipo de compradores públicos o no; a nivel nacional, regional o local y sean más o menos similares[37].

Este punto es vital, porque sin una definición europea y armonizada, el resto de puntos de mejora tiene, sinceramente, poco recorrido.

3. FIJACIÓN DE UN MÍNIMO DEL PRESUPUESTO PÚBLICO QUE SE DESTINE A CPI

Para asegurar un mercado europeo fuerte y puntero, es recomendable que un 20% del gasto destinado a compra pública se destine a la CPTi. En particular un 3% a CPP y un 17% a la CPTi[38]. Entre 2020 y 2024, el número de Estados Miembros que han incluido ese límite mínimo ha ido aumentando, pero únicamente Polonia ha considerado dos límites diferentes, uno para compra de I+D y otro destinado a la CPTi[39]. Esto contrasta con terceros países como Corea del Sur o Estados Unidos que sí que tienen objetivos muy ambiciosos en este sentido[40].

36. Ahora mismo esta aclaración se hace en la Guía sobre la contratación pública en materia de innovación de 2021. Comunicación de la Comisión, «Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación», Bruselas, 18.6.2021, C(2021) 4320 final, p. 66, pero claro, se trata de un instrumento de soft law.
37. European Commission, Directorate General for Research & Innovation, ERA and Innovation Directorate Unit A5 – Innovation policy and access to finance, «Synthesis report for the benchmarking of national policy frameworks for innovation procurement», European Union, 2024. Véase el capítulo 3, pp. 59 y siguientes.
38. Para una explicación detallada de estos porcentajes véase el capítulo dos, página 20 de European Commission, Directorate General for Research & Innovation, ERA and Innovation Directorate. Unit A5 – Innovation policy and access to finance, «Synthesis report for the benchmarking of national policy frameworks for innovation procurement», European Union, 2024.
39. European Commission, Directorate General for Research & Innovation, ERA and Innovation Directorate Unit A5 – Innovation policy and access to finance, «*Synthesis report for the benchmarking of national policy frameworks for innovation procurement*», European Union, 2024. Véase el capítulo 3, pp. 18 y siguientes.
40. Corea del Sur destina el 25 % de su gasto en contratación pública a la compra de innovación (5 % dedicado a I+D y 20% a CPTi). En 2022, Estados Unidos destinó un 7,5% de su presupuesto de contratación a la I+D.

Sería conveniente introducir un límite a nivel europeo, que se fuera aumentando progresivamente[41].

4. PLAN DE ACCIÓN PARA LA CPI

El objetivo de un plan de acción de estas características es dar una serie de claves de cara a movilizar recursos para que la adquisición de innovación sea implementada de manera coordinada el Estado Miembro en su conjunto. Ahora mismo sólo hay tres países en Europa —Austria, Bélgica y Finlandia— que cuentan con este plan de acción dedicado exclusivamente a la CPI (esto no obsta para que en otros Estados Miembros la CPI sea tratada indirectamente a través de planes referidos a otras políticas horizontales o sectoriales[42]).

La Comisión Europea propondría, idealmente, un plan inicial a nivel EU al que se daría seguimiento anual y dentro de ese macro plan, los Estados Miembros propondrían sus propias adaptaciones. Sería el nuevo instrumento de regulación de la contratación pública el que daría ese mandato a la Comisión[43].

En este sentido es clave esa definición común y armonizada de la CPI en un instrumento legal de carácter vinculante y no únicamente es instrumentos de soft law como la Guía de la Comisión sobre CPI arriba mencionada.

5. ACLARAR Y UNIFICAR EL RÉGIMEN PARA LA COMPRA PÚBLICA TRASFRONTERIZA

Las Directivas de contratación permiten la compra trasfronteriza, pero no aclaran el régimen. Y la trasposición a los diferentes Estados Miembros hace que sea *de facto* de difícil implementación. Esto es especialmente problemático en el caso de la CPTi porque precisamente en tecnologías en desarrollo y en vías de entrada al mercado, es necesaria una masa crítica de

41. Aquí se presenta un listado de los impactos y beneficios de casos de éxito de CPP completados bajo el 7PM arriba mencionado. https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/impacts-eu-funded-pre-commercial-procurements

42. Como podrían ser competencia, planes regionales y urbanos, TIC, salud, transporte público, energía, construcción, medioambiente, agua... España por ejemplo, está utilizando los Fondos Estructurales y de Inversión (ESIF) para fomentar un entorno empresarial favorable a la innovación. Véase https://ec.europa.eu/regional_policy/en/information/publications/factsheets/2016/european-structural-and-investment-funds-country-factsheet-spain

43. El periodo de duración del plan podría ser discutido, pero idealmente tendría un horizonte a medio plazo.

compradores, lo que se puede lograr mediante esta compra pública trasfronteriza[44].

Esta cuestión se podría solucionar de dos maneras. La primera, si la trasposición se hiciera mediante un reglamento europeo (como se ha comentado en la primera propuesta). Alternativamente, las futuras Directivas deberían regular en profundidad esta modalidad de contratación, para otorgar mayor seguridad jurídica a la figura. Una posibilidad es que para estas compras se utilice el régimen de contratación de las instituciones europeas[45].

6. CLARIFICAR EL RÉGIMEN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL (DPI)

Un punto clave en la CPI es la distribución de los DPI. El motivo es muy simple, al tratarse de procedimientos que implican el desarrollo y la implementación de nuevas tecnologías, estos DPI (y secretos comerciales) van a surgir en algún momento.

La situación europea actual es que no hay instrumentos legales vinculantes (a nivel europeo) donde se explicite este reparto de DPI entre los contratistas y los poderes adjudicadores. De nuevo la Comunicación de la Comisión, «Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación» de 2021 da una explicación muy extensiva al respecto, pero como ya se han indicado, al ser un instrumento de soft law, no es vinculante.

De ahí, la presente sugerencia de adoptar, en líneas generales, el modelo estadounidense. En 1980, se promulgó la Bayh-Dole Act, en que se cambiaba radicalmente la perspectiva de propiedad de los DPI. Con anterioridad, el gobierno federal retenía los DPI de tecnologías pagadas con el presupuesto público, a no ser que hubiera motivos de interés público (y así se indicara en los pliegos) que requirieran que esos DPI pertenecieran al contratista que los había desarrollado.

44. Al estar la CPP fuera del ámbito de aplicación de las Directivas de contratación, es más fácil implementar conjuntamente esta modalidad de la CPI. Esto se aprecia en el boom de CPP transfronterizos de los últimos años. Ejemplos sobre caos de éxito trasfronterizos de CPP se pueden encontrar aquí: https://research-and-innovation.ec.europa.eu/strategy/support-policy-making/shaping-eu-research-and-innovation-policy/new-european-innovation-agenda/innovation-procurement/pre-commercial-procurement/showcases_en

45. REGLAMENTO (UE, Euratom) 2024/2509 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2024 sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, OJ L, 2024/2509, 26.9.2024.

La Bayh-Dole Act cambió radicalmente el paradigma, permitiendo a universidades, PYMES y organizaciones sin fines de lucro retener los derechos de propiedad intelectual de las invenciones desarrolladas con financiación federal, incentivando así su comercialización. A cambio el estado federal recibía una licencia de uso con una serie de derechos asociados.

Al permitir que las instituciones que desarrollan los DPI retuvieran su propiedad, la Bayh-Dole Act fomentó la comercialización, creó empleos y fortaleció la competitividad global de los Estados Unidos[46].

Este es el régimen que se propone en esta recomendación. En el caso de la CPI, la propiedad de los DPI debería otorgarse por defecto a los contratistas que desarrollaron la tecnología. A cambio de un precio reducido (ya que no se quedará la propiedad) el comprador público obtendrá una licencia de uso y una serie de derechos asociados[47]. Por supuesto, se debería especificar que hay excepciones (interés público, seguridad nacional, salud pública) que pueden justificar que los DPI sean propiedad del comprador público. Pero esas excepciones deberán ser justificadas en los informes de necesidad y el los documentos de la licitación.

En Europa, las Directivas dejan margen de maniobra a los Estados Miembros y a las entidades adjudicadoras para emplear el régimen que prefieran[48]. Eso ha llevado a una falta de homogeneización entre los diferentes Estados Miembros. Por ejemplo, trece Estados Miembros tienen el régimen propuesto en la Bayh-Dole Act, pero en diferentes «grados». Es decir, Bélgica recoge este régimen en su legislación de contratación, mientras que Francia y Finlandia lo incluyen en sus términos y condiciones generales de contratación, lo que implica que esta distribución de DPI aplica si el comprador público se refiere a dichos términos en sus pliegos. Otros países, como Estonia, Lituania, Irlanda recogen esta distribución en guías de contratación, con lo que su carácter no es vinculante en ningún caso.

46. Véase aquí una explicación más detallada de la Bayh-Dole Act (llamada así en honor a sus promotores) sus beneficios y como se ha trasladado a otras partes del mundo como Canadá, Australia, Japón, Rusia, Israel, Korea y China. https://ec.europa.eu/newsroom/dae/items/56812/en

47. Por ejemplo, el derecho a solicitar la concesión de licencias a terceros bajo condiciones FRAND (Fair, Reasonable, and Non-Discriminatory conditions – condiciones justas, razonables y no discriminatorias) y la Call Back clause o cláusula de «devolución», que implica que si el contratista no protege los DPI o no comercializa la solución en un plazo de tiempo razonable o se dan situaciones que ponen en peligro en interés general, el comprador público tiene el derecho de reclamar la propiedad de esos DPI.

48. Artículo 42.1. de la Directiva 2024/24/EU: «*Las especificaciones técnicas podrán también especificar si va a exigirse la transferencia de derechos de propiedad intelectual o industrial*».

7. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN: MOST ECONOMICAL ADVANTAGEUS TENDER (MEAT) O LO QUE ES LO MISMO, LA MEJOR RELACIÓN CALIDAD PRECIO

La actual generación de Directivas ya tiene muchas herramientas que, bien utilizadas, fomentarían la innovación en Europa. Sin embargo, muchos de estos instrumentos no son obligatorios, lo que ha llevado a su infrautilización por los compradores públicos de los diferentes Estados Miembros.

Un ejemplo paradigmático es la cantidad de contratos que se adjudican (¡todavía hoy!) en función del precio más bajo. Las directivas declaran que[49]:

> *«La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará* ***sobre la base del precio o coste****, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida (...),* ***y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate****. (...)*
>
> *El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos* ***compitan únicamente en función de criterios de calidad****.*
>
> ***Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores no tengan la facultad de utilizar solamente el precio o el coste como único criterio de adjudicación o podrán limitar la aplicación de ese criterio a determinadas categorías de poderes adjudicadores o a determinados tipos de contratos****.»*

Es decir, el legislador europeo da libertad a los Estados Miembros para limitar la utilización que los poderes adjudicadores hacen del precio como único criterio. Los poderes adjudicadores por su parte tienen también libertad para introducir criterios referidos a la calidad, pero no son obligatorio. De ahí que muchos poderes adjudicadores opten por la fórmula del precio más reducido (al fin y al cabo es más fácil evaluar una oferta basándose en ese único parámetro numérico, y más en estos tiempos en que la reducción de costes es el mantra social)[50]. Esta utilización abusiva del criterio precio resulta especialmente dolorosa si se unen a las declaraciones del Informe

49. Artículo 67.1 de la Directiva 2014/24/UE.
50. El Profesor Gimeno Feliú lleva años predicando que la compra pública no es un gasto, sino una inversión, pero está claro que va a tener que seguir trasmitiendo la «buena nueva». J. M. GIMENO FELIÚ, «Hacia una buena administración desde la contratación pública». Marcial Pons, Madrid, 2024.

Especial del Tribunal de Cuentas Europeo de 2023[51], el hecho de que hay una correlación directa entre la obtención de una sola oferta en procedimientos de licitación y el uso de ese criterio[52].

La recomendación sería que la mejor oferta se basara siempre en la mejor relación calidad precio (especialmente en licitaciones de CPI), obligando a los poderes públicos a justificar a la utilización exclusiva del criterio precio, que quedaría reservada únicamente para productos y suministros de carácter estándar.

8. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN QUE FOMENTAN LA INNOVACIÓN. USO DE LA INGENIERÍA DE VALOR

De nuevo la Directivas dan mucha libertad a los poderes públicos de cada Estado Miembro en cuanto a la forma de establecer especificaciones técnicas con las que deberá cumplir la obra, servicio o suministro ofertada, siempre que no supongan una restricción a la competencia[53]. Estas especificaciones se pueden hacer en (1) términos de rendimiento o de exigencias funcionales y (2) por referencia a especificaciones técnicas.

La propuesta es que, especialmente en el campo de la CPI, se incida en el uso de especificaciones funcionales, sin prescribir la solución a desarrollar. Esto fomenta el desarrollo de tecnologías verdaderamente punteras.

Por otra parte se debería regular expresamente a nivel europeo el uso de la ingeniería de valor (Value Engineering o VE en sus siglas en inglés). El VE es una medida que resulta interesante para cualquier tipo de contrato, ya que permite la mejora continua —durante la propia ejecución del contrato— y una mayor eficiencia con el consiguiente ahorro de costes[54]. En el caso de la CPI, fomenta la presentación de propuestas innovadoras que

51. Tribunal de Cuentas Europeo, «Informe Especial Contratación pública en la UE. La competencia en la adjudicación de contratos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los diez años anteriores a 2021» 04/12/2023. P. 16. Véase también https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement_en
52. L. LA COUR, G. SKOVGAARD OLYKKE, «Public Procurement Procedures which attract only one bid – digging a bit deeper», PubliC procurement Law Review 23 Isse 1 2025, Thomson Reuters and Contributors. P. 17.
53. Artículo 42.3 de la Directiva 2024/24/EU.
54. Esta mejora continua y ahorro de costes redunda en beneficio del sector privado y del sector público, ya que se puede incluir el pago de bonificaciones a los proveedores que mejoren la calidad de las soluciones y/o compartir con esos contratistas los ahorros de costes que se materialicen durante la ejecución del contrato. Comunicación de la Comisión, «Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación», Bruselas, 18.6.2021, C(2021) 4320 final, p. 58.

optimizan funciones clave de las soluciones innovadoras, lo que lleva a maximizar su valor durante todo su ciclo de vida.

Las Directivas actuales ni siquiera mencionan esta posibilidad, que si se encuentra correctamente regulada en pliegos, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, es una modificación contractual permitida por la legislación vigente.

9. FACILITAR LA PARTICIPACIÓN DE PYMES Y STARTUPS

Las PYMES y las Startups son la base de los ecosistemas innovadores en todas las sociedades avanzadas, ya que traen al mercado productos y soluciones innovadoras, capaces de abordar los desafíos sociales y contribuir a la transición verde y digital.

En Europa se ha dado en la última década una expansión notable de este ecosistema, pero todavía queda margen de mejora en comparación con los datos de Estados Unidos, por ejemplo. El problema principal no es tanto la financiación como la entrada en un mercado fragmentado y las trabas administrativas que se encuentran estas empresas[55].

Esta recomendación se orienta, lógicamente, a esas barreras que se encuentran las empresas cuando quieren entrar en el mercado europeo de compra pública.

En primer lugar, en la fase de selección de candidatos y ofertas, nos encontramos con que todavía se incluyen en pliegos requisitos desproporcionados. Un ejemplo claro es la solvencia técnica y financiera. Las Directivas limitan el volumen de negocios exigido al doble del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados. Ese límite máximo ya es muy elevado de por sí. Además, el volumen de negocios no debería ser la única manera de demostrar la capacidad financiera de ejecutar un contrato. Esto es especialmente sangrante en los contratos de CPP donde se trata de empresas que van a desarrollar servicios de I+D y no necesitan tener (al menos en esa primera fase la CPP, sí ya en la de CPTi) capacidad de explotación comercial.

Otro aspecto clave es la posibilidad de corregir errores de «carácter administrativo» (siempre que no representen una modificación sustancial de la oferta). Las PYMES y Startups no tienen los conocimientos, ni disponen de personal especializado (que en muchos casos es requisito necesario)

55. https://ec.europa.eu/regional_policy/whats-new/newsroom/03-11-2025-startups-and-scaleups-in-europe_en y https://www.stateofeuropeantech.com/chapters/executive-summary

para preparar ofertas a una licitación pública. Y cometen errores, no tanto en su oferta técnica o económica, como de carácter formal. Se debería permitir la corrección de este tipo de errores para no descartar ofertas perfectamente válidas y de gran valor añadido por temas administrativos nimios. Ahora bien, sería preciso dar reglas al respecto, porque en la situación actual es perfectamente comprensible que el gestor de la entidad contratante descarte a esos licitadores, al no querer arriesgarse a un recurso de otros participantes.

10. LA LISTA DE PETICIONES AL LEGISLADOR EUROPEO

Ya concluyendo este documento, y para redondear la lista, quedan recogidos aquí una serie de puntos que el legislador europeo podría considerar.

La obligatoriedad de las consultas preliminares en la CPI — Este instrumento, de carácter actualmente potestativo, es extremadamente útil tanto para el poder adjudicador, como para los proveedores. Por un lado, permite al comprador público entender mejor el mercado y conocer de primera mano lo que las empresas pueden ofrecer. Al sector privado le sirve para hacer llegar sus recomendaciones al sector público, y para estar sobre aviso de una —no muy lejana en el tiempo— licitación.

La obligatoriedad de dar un tiempo mínimo bastante amplio (45 días por ejemplo) en esta clase de procedimientos para preparar ofertas. Incluso si se ha llevado a cabo una consulta preliminar. La idea es dar al sector privado tiempo suficiente para preparar ofertas de calidad.

La obligatoriedad de indicar en el pliego el plazo en que se van a evaluar la ofertas y la obligatoriedad de atenerse a ese plazo. Es practica general que los plazos para el sector privado son obligatorios, y para la administración contratante, orientativos. Esto genera incertidumbres en el sector privado que puede llevar a algunas empresas a abstenerse de participar.

La obligatoriedad de que los documentos de licitación se publiquen en un formato procesable (para que se pueda utilizar la traducción automática y lograr así una mayor competencia transfronteriza y mejores ofertas). De hecho la recomendación completa sería la obligatoriedad de publicar en el lenguaje nacional y en inglés (por su puesto en formato procesable), para asegurar la competencia transfronteriza.

La introducción de un régimen de pago acelerado para las PYMES (en Estados Unidos se paga a estas empresas en 15 días). Este tipo de empresas no tienen el músculo económico para soportar largos periodos en que se trabaja, pero no se cobra. Una medida así, fomentaría su participación.

V. CONCLUSIÓN

La CPI en sus dos modalidades (CPP y CPTi) es crucial para impulsar la innovación[56], modernizar los servicios públicos[57], abordar los desafíos sociales y medioambientales en Europa e impulsar las oportunidades de las PYMES y startups. Pero está infrautilizada en Europa[58]. De ahí esta serie de recomendaciones, que esperamos faciliten una mayor utilización de este instrumento tan poderoso de cara a una utilización más eficiente de los fondos públicos[59].

Europa se encuentra en una encrucijada debido a una serie de incitativas de la Comisión Europea como son la revisión de las Directivas de Contratación, la estrategia de la UE para startups and scaleups[60] y la Ley de Innovación de la UE[61].

Pero es que vivimos además un momento histórico y en esos momentos históricos de caos es de donde salen las mayores oportunidades. En palabras de Shakespeare: «*Hay una marea en los asuntos de los hombres, / que, tomada en la pleamar, conduce a la fortuna:/si se omite el momento, todo el viaje de la vida/ va limitado por escollos y desgracias. /En un mar pleno, así, flotamos ahora, /y debemos tomar la corriente favorable, /o perder nuestra ventura*»[62].

56. European Commission: Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology and PwC, «The strategic use of public procurement for innovation in the digital economy», Publications Office, 2021. https://data.europa.eu/doi/10.2759/652308
57. A. M. DE LA BASSETIERE y K. C. STANCOVA, «A Policy Brief from the Policy Learning Platform on Research and innovation» Smart Specialisation Strategy (S3), 2020. https://www.interregeurope.eu/sites/default/files/2023-03/Policy%20brief%20on%20innovation%20procurement.pdf
58. European Commission, Directorate General for Research & Innovation, ERA and Innovation Directorate Unit A5 – Innovation policy and access to finance, «Synthesis report for the benchmarking of national policy frameworks for innovation procurement», European Union, 2024.
59. Tribunal de Cuentas Europeo, «Informe Especial Contratación pública en la UE. La competencia en la adjudicación de contratos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los diez años anteriores a 2021» 04/12/2023.
60. https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14530-EU-Start-up-and-Scale-up-Strategy_en
61. https://www.thewatcherpost.eu/shaping-the-future-with-the-european-innovation-act/ y https://research-and-innovation.ec.europa.eu/news/all-research-and-innovation-news/eic-forum-presents-its-recommendations-close-europes-innovation-gap-2025-02-07_en
62. «There is a tide in the affairs of men / Which, taken at the flood, leads on to fortune; / Omitted, all the voyage of their life / Is bound in shallows and in miseries. / On such a full sea are we now afloat; / And we must take the current when it serves, / Or lose our ventures.» – W. SHAKESPEARE, Julius Caesar.

Como decía en la introducción, volvemos a la casilla de salida. Pero no realmente, porque tenemos la oportunidad de trasladar todo lo que hemos aprendido estos últimos diez años a las nueva regulación de la contratación pública. Tomemos pues esa corriente favorable y aprovechémosla en aras de nuestra propia ventura. De la ventura europea.

Os espero dentro de otros diez años, para volver a aportar una crítica constructiva de lo que estamos ahora sugiriendo.

10

La transformación del acceso a la contratación pública en la UE: de la apertura a la defensa del interés europeo [1] [2]

Andrea García Ruiz
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA. *1. Contextualización: hacia una revisión de las Directivas de cuarta generación sobre contratación pública. 2. La contratación pública como herramienta estratégica en el marco del mercado común europeo.* II. EL ACP Y LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS DE DEFENSA COMERCIAL APLICABLES AL MERCADO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EUROPEO. *1. El Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública (ACP) y otros Acuerdos internacionales sobre la materia. 2. El papel del Reglamento (UE) 2022/1031 sobre el Instrumento de Contratación Internacional (ICI), y del Reglamento (UE) 2022/2560 sobre las sub-*

1. El presente estudio se enmarca en el «Proyecto de Investigación estatal HACIA LA BUENA ADMINISTRACION DESDE LA CONTRATACION PUBLICA EN EL CONTEXTO DE LA UNION EUROPEA DE LA SALUD. PID2023-150327NB-I0».

2. Esta contribución fue enviada el 20 de abril de 2025. Por este motivo, no se han estudiado algunos hitos relevantes acontecidos con posterioridad, como la publicación en mayo de 2025 de un documento de preguntas y respuestas elaborado por los servicios de la Comisión sobre su interpretación de las sentencias del TJUE analizadas en el III epígrafe. Por ende, cabe advertir que algunas interpretaciones u opiniones doctrinales aquí recogidas podrían haberse visto matizadas a la luz de dicho documento. De hecho, ciertos autores que se han pronunciado previamente sobre la materia han revisado o precisado sus planteamientos tras su publicación. Expreso, asimismo, mi agradecimiento a J. M. Gimeno Feliú, C. de Guerrero Manso y J. Esteban Ríos por las conversaciones que han contribuido a elaborar este trabajo.

venciones extranjeras que distorsionan el mercado interior A. Reglamento (UE) 2022/1031 sobre el Instrumento de Contratación Internacional (ICI). B. Reglamento (UE) 2022/2560 sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior. *3. Otros instrumentos de defensa comercial adoptados por la UE, con atención a sectores sensibles como el de la salud.* III. UN NUEVO ESCENARIO EN EL ACCESO AL MERCADO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA UNIÓN EUROPEA. *1. Jurisprudencia del TJUE: interpretación del acceso a la contratación pública en la Unión Europea.* A) Los operadores económicos de terceros países sin acuerdo no tienen un derecho de acceso al mercado de contratación pública de la Unión Europea. B) La admisión a los procedimientos puede quedar supeditada a la decisión de las entidades adjudicadoras. *2. Panorama general en el acceso al mercado europeo de la contratación pública tras la jurisprudencia reciente del TJUE.* IV. REFLEXIÓN FINAL: EL EQUILIBRIO ENTRE LA APERTURA Y LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS EUROPEO. V. BIBLIOGRAFÍA.

«Los hombres sólo aceptan el cambio resignados por la necesidad y sólo ven la necesidad durante las crisis» Jean Monnet

I. INTRODUCCIÓN: LA EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA

1. CONTEXTUALIZACIÓN: HACIA UNA REVISIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE CUARTA GENERACIÓN SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La contratación pública en la Unión Europea atraviesa un momento clave. La evaluación en curso del último paquete de directivas, sumada a los desafíos estratégicos que afronta la UE, sitúan este instrumento en el centro del debate sobre la autonomía europea, la resiliencia económica y la sostenibilidad. Para comprender este contexto, conviene retroceder hasta la aprobación de las Directivas de cuarta generación que configuraron el actual marco regulador, y destacar algunos hitos que, junto con otros factores, han coadyuvado a la decisión de acometer su evaluación y reforma.

El 26 de febrero de 2014 se aprobó el paquete de Directivas de contratación pública de cuarta generación, conformado por la Directiva de

2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; y 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. Esta aprobación daba continuidad a la construcción de un espacio europeo de contratación pública en el marco del mercado común interior, labor que han llevado a cabo las Instituciones de la Unión Europea desde los años 70[3] basándose en el respeto de una serie de principios generales que dimanan de su Derecho originario[4]. Así lo recordó la Directiva 2014/25/UE en su considerando 2.º, al mencionar la conveniencia de coordinar los procedimientos de contratación pública para garantizar la eficacia de los principios del TFUE —libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios—, y los principios derivados de estos: igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia[5].

Destaca el contraste entre los objetivos de las citadas directivas y los resultados finalmente obtenidos de ellas. Es habitual observar en el ámbito jurídico una brecha entre lo esperado y lo efectivamente alcanzado, y las últimas directivas no constituyen una excepción. Por un lado, como recuerda J. A. MORENO MOLINA, los objetivos de las citadas directivas de cuarta generación fueron, en síntesis, los siguientes: 1) incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles en términos de relación calidad-precio, simplificar y flexibilizar las normas, así como facilitar una mayor participación de las PYME; y 2) permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética, la lucha contra el cambio climático, la promoción de

3. MORENO MOLINA, J. A., *El nuevo derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Chartridge Books Oxford, 2015, p. 14.
4. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., «Los principios de la contratación pública en la Unión Europea y en España», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 18 (2019), pp. 303-321.
5. Concretamente, el considerando 2.º dispone lo siguiente: «*A fin de garantizar la apertura a la competencia de la contratación (...) es conveniente elaborar disposiciones de coordinación de la contratación aplicables a los procedimientos para contratos por importes superiores a una determinada cantidad. Esta coordinación es necesaria para garantizar el efecto de los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. La coordinación de los procedimientos de contratación a nivel de la Unión, habida cuenta de la naturaleza de los sectores a los que afecta, y respetando la aplicación de estos principios, debe crear un marco para el desarrollo de prácticas comerciales leales y permitir la máxima flexibilidad*».

la innovación, el empleo y la integración social, y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles[6].

Por otro lado, a pesar de las múltiples metas mencionadas se ha apreciado un cierto fracaso tras más de una década desde la publicación de las Directivas de 2014. Son numerosas las fuentes que lo advierten, aunque resulta determinante el Informe Especial núm. 28/2023 del Tribunal de Cuentas Europeo (TCE) «Contratación pública en la UE. La competencia en la adjudicación de contratos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los diez años anteriores a 2021»[7], que entre sus conclusiones apunta una disminución del nivel de competencia en los contratos públicos de obras, suministros o servicios en los últimos diez años. Además, tampoco detecta una mejora significativa en la simplificación de los procedimientos, en la participación de las PYMEs, o en la promoción de la contratación pública estratégica con el objetivo de fomentar una mayor consideración aspectos medioambientales, sociales o innovadores, objetivos todos ellos perseguidos con el diseño de las directivas. De hecho, resulta desalentadora la proporción de procedimientos que utilizan criterios distintos al precio, pues es muy baja.

A este fracaso parcial se sumó la influencia decisiva de dos informes encargados por la presidenta de la Comisión Europea a Enrico Letta y Mario Draghi. Ambos informes, tanto el de Enrico Letta [«*Much more than a market. Speed, security solidarity – Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*» (Mucho más que un mercado. Velocidad, seguridad, solidaridad – Empoderar el mercado único para lograr un futuro sostenible y prosperidad para toda la ciudadanía de la UE)], como el de Mario Draghi [«*The future of European competitiveness*» (El futuro de la competitividad europea)] coincidieron en señalar la contratación pública como instrumento clave que la Unión Europea y los Estados miembros pueden utilizar para alcanzar objetivos estratégicos más amplios, debiendo ir más allá del criterio del precio más bajo para considerar otros factores como la calidad, la sostenibilidad, la innovación y la seguridad del suministro. Igualmente compartieron la visión de que esta herramienta estratégica ha de ser utilizada para apoyar la autonomía estratégica y la competitividad de la Unión Europea, de forma que se evite la dependencia de terceros países.

Es indiscutible que estas consideraciones repercutieron en las orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea (2024-2029), presentadas en

6. MORENO MOLINA, J. A., «Una valoración de los principales logros y fracasos de las directivas de la UE sobre Contratación Públicas tras diez años desde su aprobación», *Boletín del Observatorio de la Contratación Pública*, 2024.

7. Su contenido puede consultarse en: https://www.eca.europa.eu/es/publications?ref=sr-2023-28

el documento «La decisión de Europa» el 18 de julio de 2024 por Ursula von der Leyen. En él, la presidenta de la Comisión insistió en la importancia de hacer un mejor uso de la contratación pública, que representa el 14% del PIB de la UE[8]. Destacó asimismo que una mejora del 1% en la eficiencia de la contratación pública permitiría ahorrar hasta 20.000 millones de euros y, con ello, anunció su intención de proponer una revisión de las Directivas sobre contratación, con el objetivo de permitir la preferencia a productos europeos en determinados sectores estratégicos. Según el documento, esta reforma no solo contribuiría a garantizar el valor añadido de la UE para sus ciudadanos, sino que también reforzaría la seguridad del suministro de tecnologías, productos y servicios esenciales. Además, la modernización y simplificación de las normas de contratación pública se llevaría a cabo con especial atención a las empresas emergentes y los innovadores europeos.

En consecuencia, y con arreglo a dicho programa político, la Comisión Europea inició un proceso de evaluación del paquete de Directivas de 2014 con el fin de valorar su eficacia y adecuación en el contexto actual con arreglo a los criterios de eficacia, eficiencia, pertinencia, coherencia, y valor añadido para la Unión Europea. En palabras de esta institución:

> «*La Comisión está iniciando la evaluación de tres actos legislativos que regulan la contratación pública en la UE ("cómo comprar"): la Directivas 2014/23/UE (la Directiva sobre concesiones), 2014/24/UE (la Directiva sobre contratación pública) y 2014/25/UE (la Directiva sobre servicios públicos). La Comisión evaluará los resultados y los efectos de dichos actos en toda la UE, si estos siguen siendo adecuados para su finalidad, si cumplen sus objetivos previstos con el menor coste posible y si son apropiados para hacer frente a los retos actuales*».

Este proceso ha incluido una consulta pública lanzada en diciembre de 2024 que ha permanecido abierta hasta el 7 de marzo de 2025, destinada a recabar aportaciones de todas las partes interesadas, incluyendo compradores públicos, operadores económicos, ciudadanos o instituciones académicas, entre otros[9].

---

8. Dichas orientaciones políticas se encuentran disponibles en: https://spain.representation.ec.europa.eu/estrategias-y-prioridades/prioridades-de-la-comision-europea-2024-2029_es

9. A nivel español, cabe destacar la contribución del Observatorio de la Contratación Pública, que ha reunido aportaciones de gran interés. Una de sus propuestas se basa en el cambio del instrumento jurídico a utilizar. «*Tras cuatro paquetes legislativos anclados en el modelo de Directivas europeas y actos de transposición nacional, quizá es el momento de avanzar hacia una efectiva armonización y uniformización jurídica a nivel europeo mediante el uso del instrumento del Reglamento, lo que facilitará una mejor interpretación conceptual y aportará más seguridad jurídica a los operadores económicos*». Puede accederse al informe en: https://www.obcp.es/noticias/contribuciones-del-observatorio-de-contratacion-publica-la-consulta-publica-para-la

2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO HERRAMIENTA ESTRATÉGICA EN EL MARCO DEL MERCADO COMÚN EUROPEO

Las debilidades observadas en el actual modelo de contratación pública evidenciaron la necesidad de revisar el último paquete de directivas sobre esta materia, publicado hace más de una década. Se ha coincidido en que durante este período no se han logrado, en esencia, los objetivos perseguidos. A ello se suma un replanteamiento estratégico en un contexto que, como se indica en el informe Draghi, se ha complicado: el comercio internacional se ha desacelerado; la competencia de China en sectores clave para la industria europea es más intensa; el cambio tecnológico se ha acelerado y Europa no es líder en las nuevas tecnologías; Rusia ha dejado de ser un suministrador de energía barata; y Estados Unidos ya no es garante de la estabilidad geopolítica actual[10]. Las cuestiones reseñadas probablemente justifican la revisión prometida de las Directivas por la presidenta de la Comisión Europea durante su nuevo mandato y cuya evaluación se inició en diciembre de 2024.

En un escenario en el que la UE se enfrenta a exigentes desafíos sin precedentes, la revisión del modelo de contratación pública europeo es de vital importancia, pues este instrumento moviliza un alto número de recursos (14 % del PIB en la Unión Europea) y, a su vez, permite implementar políticas públicas alineadas con el modelo social europeo que nos hace únicos y que podría verse comprometido si no se actúa con la diligencia debida[11].

Esta evolución ha sido caracterizada por J. M. GIMENO FELIU como una transición de la era de la compra pública estratégica a la compra pública geoestratégica, cambio que responde a la necesidad de garantizar la autonomía estratégica de la Unión Europea en un contexto global cada vez más incierto y competitivo. Esta visión, según el autor, se resume en los siguientes puntos: 1) considerar factores geoestratégicos al decidir qué y a quién se va a adquirir; 2) garantizar el suministro de bienes y servicios críticos para la seguridad nacional; 3) proteger infraestructuras críticas (puertos,

10. Me remito a la lectura del conciso comentario realizado por Pilar L'Hotellerie-Fallois sobre el informe Draghi: «El Informe Draghi: un plan para el futuro económico de Europa»: Disponible en https://www.bde.es/wbe/es/noticias-eventos/blog/el-informe-draghi-un-plan-para-el-futuro-economico-de-europa.html

11. Según el informe Draghi, a largo plazo la sostenibilidad del modelo social europeo podría estar en riesgo debido al débil crecimiento económico y la baja productividad, que han ampliado la brecha con EE. UU, lo que se contrapone con el envejecimiento poblacional y las bajas tasas de natalidad, que exigen un crecimiento elevado para financiar el estado de bienestar. La dependencia del exterior y la falta de inversión en innovación agravan esta situación en un contexto de desglobalización. La UE debe movilizar su ahorro hacia sectores estratégicos para salir de la «trampa de la tecnología intermedia». Además de ello, la doble transición digital y ecológica requiere una inversión masiva para garantizar la competitividad y estabilidad del modelo europeo.

aeropuertos, redes de energía o los sistemas de inteligencia artificial); 4) promover el desarrollo de industrias nacionales en sectores relevantes evitando la dependencia de terceros países; y 5) establecer alianzas estratégicas proyectando su influencia en el escenario internacional[12].

Desde una perspectiva más amplia, las dinámicas del comercio internacional están marcadas por profundas asimetrías comerciales, divergencias en el nivel de desarrollo y una creciente especialización en sectores como la tecnología, que obligan a los bloques comerciales reforzar sus marcos normativos para dotarse de instrumentos de defensa comercial frente a la presión competitiva de terceros países, especialmente ante la falta de influencia de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC)[13]. Ejemplo de ello es la Unión Europea, que en los últimos años ha adoptado algunas herramientas en forma de reglamentos y directivas para fomentar la reciprocidad, contrarrestar las posibles prácticas de competencia desleal y reducir la dependencia exterior (proporcionando seguridad de suministro), lo que tiene una clara repercusión sobre la contratación pública en la Unión Europea y, por ende, el posible acceso de operadores económicos de terceros países a su mercado.

Este trabajo tiene como objetivo final proporcionar una visión general del panorama actual del acceso a la contratación pública en la Unión. Para ello, se expondrán los principales instrumentos de defensa adoptados por la UE y el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) —este último, de alcance más amplio al formar parte de la OMC—; asimismo, se analizará brevemente la reciente jurisprudencia sobre la materia y sus principales implicaciones en los Estados miembros, con especial atención a España.

II. EL ACP Y LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS DE DEFENSA COMERCIAL APLICABLES AL MERCADO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EUROPEO

En un contexto global marcado por un renovado neoproteccionismo, la Unión Europea ha respondido adoptando sus propios mecanismos de

12. GIMENO FELIÚ, J. M., «Hacia una nueva contratación pública en clave geoestratégica: la brújula de la competitividad en Europa al servicio de las políticas públicas», *Boletín del Observatorio de la Contratación Pública*, marzo de 2025 (aportación como prepublicación que se incorporará en el *Observatorio de los Contratos Públicos 2025*). https://www.obcp.es/opiniones/hacia-una-nueva-contratacion-publica-en-clave-geoestrategica-la-brujula-de-la

13. CANCINO GÓMEZ, R., «Las nuevas normativas de la Unión Europea (UE) sobre debida diligencia y antisubvenciones: ¿mejores prácticas o neoproteccionismo?», en MORENO MOLINA, J. A. y CANCINO GÓMEZ, R. (Coords.), *Mejores Prácticas en la Contratación Pública*, Bosh, Madrid, 2023, pp. 303-318.

defensa comercial. Tras la pandemia del COVID-19, ha desarrollado diversos instrumentos con el propósito de fomentar la reciprocidad en el acceso a los mercados, contrarrestar prácticas de competencia desleal y reducir su dependencia exterior, garantizando así la seguridad de suministro en sectores estratégicos, como el farmacéutico.

Este enfoque de la UE no es meramente reactivo, pues se inscribe en una estrategia más amplia en la que el mercado europeo se convertiría en un reflejo de los objetivos y valores políticos que la diferencian, caracterizado por sus altos estándares medioambientales y sociales. Como advirtió J. ESTEBAN RÍOS, en materia de contratación pública, ha sido habitual la participación de licitadores de terceros Estados que aplican políticas restrictivas y cuyos procesos productivos permiten obtener soluciones funcionales a menor precio, a costa de una menor calidad y del incumplimiento de los estándares sociales y medioambientales mencionados[14]. De ahí la importancia de conocer en profundidad nuestro sistema de contratación pública y las posibilidades que de él se derivan, de forma que, respetando los principios europeos, se evite la precarización de las condiciones laborales, desincentive la deslocalización empresarial y, en general, no se penalice a las empresas europeas ni a las PYME[15], consecuencias todas ellas evitables con las herramientas de que se dispone y las amplias facultades que los órganos de contratación poseen en la actualidad.

Precisamente para articular estas posibilidades, la Comunicación de la Comisión Europea (2019/C 271/02) «Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de la contratación pública de la UE» proporcionó herramientas de gran utilidad para que los compradores públicos pudieran establecer requisitos de calidad en los pliegos, excluir operadores que incumplan ciertos estándares y rechazar ofertas anormalmente bajas cuando impliquen competencia desleal. De hecho, el *leitmotiv* de la adopción de estas directrices se ilustró a la perfección al inicio del documento:

> *«La UE debe seguir buscando unas condiciones más equilibradas y recíprocas en sus relaciones económicas. La contratación pública, que representa una cuota de en torno al 14 % del producto interior bruto de la UE, es un elemento importante a este respecto.*

14. ESTEBAN RÍOS, J., «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, p. 9.
15. GIMENO FELIÚ, J. M., *Hacia la buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la estrategia y el valor de los resultados*, Marcial Pons, Barcelona, 2024, p. 100.

> *La creación de un mercado único de contratación pública es uno de los principales logros del mercado interior. La publicación de las licitaciones a escala de la UE garantiza la transparencia y crea oportunidades para las empresas en toda Europa.* ***Una mejor aplicación de la legislación en el caso de los licitadores extranjeros pretende garantizar los estándares más elevados de calidad en todas las fases del proceso, la rentabilidad y la sostenibilidad de los proyectos, así como las condiciones de competencia equitativas entre las empresas de la UE y las de terceros países que participan en procedimientos de licitación***» (subrayado nuestro).

Esta creciente y palpable preocupación sobre la participación de licitadores de terceros países en el mercado de la contratación pública de la UE ha de entenderse, en buena medida, desde la falta de acuerdos internacionales que cubran esta materia y garanticen un acceso equilibrado a dicho mercado. Aunque la Unión Europea ha suscrito acuerdos internacionales, como el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC o diversos Acuerdos de Libre Comercio, algunos Estados como China o Turquía permanecen al margen. En este contexto, y dado que la UE ha mantenido tradicionalmente una política de apertura para fomentar la mayor concurrencia posible, licitadores de ese origen han podido participar sin apenas restricciones en el mercado europeo de la contratación, pese a que mantienen prácticas restrictivas hacia empresas, bienes, o servicios de la Unión Europea[16]. Para corregir este desequilibrio la Unión reforzó su posición con la adopción de nuevos instrumentos de defensa comercial, como el Reglamento (UE) 2022/1031 sobre el Instrumento de Contratación Internacional (ICI) o el Reglamento (UE) 2022/2560 sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, con el fin de proteger sus intereses estratégicos y evitar distorsiones en el mercado. Este paulatino cambio ha reflejado una nueva orientación en la que la apertura no debería excluir la defensa de la competitividad europea y la protección de los intereses europeos. Así pues, a lo largo de este apartado se estudian someramente tanto el ACP como algunos mecanismos de defensa comercial, con el propósito de identificar las claves del «giro estratégico» que configura una nueva etapa en el acceso al mercado europeo de la contratación pública.

16. ESTEBAN RÍOS, J., «El Instrumento de Contratación Internacional: régimen y problemática de la armonización europea frente al proteccionismo en los contratos públicos», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 66 (2023), p.173. Disponible en: https://doi.org/10.58992/rcdp.i66.2023.3898

1. EL ACUERDO PLURILATERAL SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA (ACP) Y OTROS ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE LA MATERIA

La OMC es un organismo internacional que se estableció por el Acuerdo de Marrakech en 1994. Es la única organización que se ocupa de las normas de alcance mundial que regulan el comercio, estando su núcleo constituido por los Acuerdos de la OMC, dentro de los cuales se integran las mencionadas normas que los rigen. Si bien se encuentra constituido por un total de 166 miembros, no todos los Acuerdos se aplican a la totalidad. Esto se debe a que los Acuerdos pueden ser multilaterales (son parte todos los Estados miembros) o plurilaterales (son parte únicamente los Estados que los adhieren).

El ACP es un acuerdo jurídicamente vinculante que forma parte de la OMC y tiene como principal finalidad establecer un marco multilateral de derechos y obligaciones equilibradas en materia de contratación pública[17]. Al tratarse de un acuerdo plurilateral, sus normas son únicamente aplicables a los Estados miembros que lo adhieren, actualmente integrado por 22 partes[18]. No se puede obviar que algunos Estados miembros de la OMC, como China o Turquía, no son parte del ACP, si bien tienen presencia en el mercado europeo de la contratación pública. Igualmente es preciso apuntar que, en lo referente a la materia de contratación pública, el resto de las normas multilaterales de esta organización la excluyen, como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)[19], y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)[20].

17. MORENO MOLINA, J. A., «El Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio y la Directiva de la Unión Europea 2014/24», *Contratación Administrativa Práctica*, Ed. La Ley, núm. 140, Sección Reflexiones, 2015.
18. Lo cierto es que se encuentra integrado por 49 Miembros de la OMC si no tenemos en cuenta a la Unión Europea como una sola parte. En cualquier caso, las partes que lo integran a comienzos de 2025 son las siguientes: Armenia, Australia, Canadá, República de Corea, Estados Unidos, Hong Kong, Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, Macedonia del Norte, República de Moldova, Montenegro, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos con respecto a Aruba, Reino Unido, Singapur, Suiza, Taipei Chino, Ucrania, y Unión Europea respecto de sus 27 Estados miembros. (Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm).
19. El artículo III.8.a del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio dispone que «las disposiciones de este artículo no se aplicarán a las leyes, reglamentos y prescripciones que rijan la adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos y no para su reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial».
20. El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) matiza en su artículo XIII que «los artículos II, XVI y XVII no serán aplicables a las leyes, reglamentos o prescripciones que rijan la contratación por organismos gubernamentales de servicios destinados a fines oficiales».

En términos generales, los firmantes del acuerdo se comprometen a aplicar el trato nacional y, por ende, a no discriminar los bienes, servicios y suministros de los demás signatarios del Acuerdo. Asimismo, se aplica a todas las entidades contratantes que se contemplan en el ACP, con independencia del lugar donde el contrato se realice. En cuanto a su ámbito de aplicación, este se caracteriza por tres elementos[21]: 1) la contratación deberá realizarse por las entidades que consten en una lista que las partes elaboren en un apéndice del Acuerdo; 2) la contratación incluye la compra, arriendo, alquiler, o combinación de bienes y servicios; y 3) se aplicará a determinados contratos públicos que superen los umbrales establecidos en el Acuerdo, que son 5.000.000 SDR en el caso de las obras y, para los bienes y servicios, 130.000 SDR o 400.000 SDR.

El Acuerdo contempla excepciones (artículo XXIII ACP), que pueden imponerse por las partes para proteger la moral, el orden o la seguridad públicos, proteger la salud y la vida humana, animal y vegetal, proteger la propiedad intelectual, o relacionadas con artículos fabricados o servicios prestados por minusválidos, o en instituciones de beneficencia o penitenciarias, siempre que esas medidas no se apliquen de modo que constituyan un medio de discriminación arbitraria o injustificable entre países donde existan las mismas condiciones, o que equivalgan a una restricción encubierta del comercio internacional. A estas excepciones se suma una excepción general en la contratación para la protección de los intereses esenciales de seguridad relacionados con la adquisición de armas, municiones y material de guerra, o cualquier otra contratación indispensable para la seguridad nacional o para fines de defensa nacional. Dada la diversidad de excepciones posibles, la Unión Europea ha optado por aplicar el Acuerdo a todo tipo de bienes y servicios salvo un listado relacionado con la seguridad nacional y la defensa.

En el supuesto de incumplimiento del ACP, existen dos mecanismos: en primer lugar, el mecanismo de resolución de diferencias, referido al proceso estándar de la OMC mediante el Órgano de Apelación y, en segundo lugar, los procedimientos de revisión internos, los cuales son de obligado establecimiento para las partes adherentes del Acuerdo (artículo XIII ACP) y que serán oportunos, eficaces, independientes, transparentes y no discriminatorios.

A fecha de 2025, el Órgano de Apelación no se encuentra en condiciones de examinar las apelaciones dado que hay vacantes sin cubrir, por lo que los asuntos en curso en los que se han presentado notificaciones de apela-

21. Según la hoja informativa elaborada por la Comisión Europea sobre el ACP (disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/memo_03_83).

ción se encuentran paralizados. Conforme a ello, uno de los pilares sobre los que se basa la OMC se encuentra inoperativo, lo que, en la práctica, reduce a esta institución a su función negociadora. A esta crisis se añade la creciente dificultad para alcanzar consensos en la toma de decisiones y el avance de bloques comerciales que actúan al margen de los mecanismos de cooperación de la OMC[22], lo que ha puesto de manifiesto el debilitamiento de la institución. Ante esta situación, existe la percepción de que el futuro de la OMC podría derivar en un papel meramente regulador de acuerdos comerciales regionales, más que una organización con capacidad efectiva de negociación multilateral.

A los efectos de conocer las estadísticas anuales relativas a las contrataciones amparadas por el Acuerdo, las partes tienen obligación de notificar dichas cifras al amparo del artículo XVI:4-6 ACP y dentro de los dos años siguientes a la finalización del período de referencia. Según los datos notificados por las partes del ACP a la OMC[23], el valor de las adquisiciones cubiertas en la Unión Europea ascendió a 412,6 mil millones de euros en 2021 y 473,3 mil millones en 2022, siendo este el último año notificado a la organización.

Por último, conviene tener presente que el ACP no es el único instrumento internacional en esta materia, ya que existen acuerdos comerciales bilaterales que incorporan capítulos específicos sobre contratación pública, mediante los cuales las partes abren sus respectivos mercados. En consecuencia, las entidades contratantes deben prestar especial atención a una posible sujeción a estos acuerdos cuando resulten aplicables por razón de su ámbito de aplicación[24]. En definitiva, pueden darse tres situaciones: en primer lugar, que ambas partes ya sean miembros del ACP y el acuerdo bilateral introduzca disposiciones que vayan más allá de las contempladas en dicho Acuerdo; en segundo lugar, que el único marco aplicable sea el acuerdo bilateral; o, en tercer lugar, que no exista ningún acuerdo que

22. COZZIO, M., «La nueva política comercial de la Unión Europea (UE) y sus efectos en la contratación pública internacional», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXXIV, núm. 288 (2024).

23. Todos los datos se encuentran disponibles siguiendo este enlace: https://notifications.wto.org/en/notification-status/government-procurement

24. La herramienta *My trade Assistant for Procurement* fue elaborada para que las empresas europeas conozcan si tienen derecho a participar en una determinada licitación pública fuera de la Unión Europea. Esta evaluación requiere que el usuario introduzca la siguiente información, que suele figurar en el anuncio de licitación: entidad contratante, el objeto y el valor estimado de la contratación. Los Estados que la aplicación permite seleccionar son Estados Unidos de América, Japón, Canadá, Suiza y Reino Unido (marzo de 2025). Disponible en: https://webgate.ec.europa.eu/procurement/#/country

garantice a las empresas europeas un acceso equitativo a los mercados de contratación pública de países terceros, circunstancia que ha impulsado la adopción por la UE de determinados instrumentos de defensa comercial que se abordarán en el siguiente apartado.

2. EL PAPEL DEL REGLAMENTO (UE) 2022/1031 SOBRE EL INSTRUMENTO DE CONTRATACIÓN INTERNACIONAL (ICI), Y DEL REGLAMENTO (UE) 2022/2560 SOBRE LAS SUBVENCIONES EXTRANJERAS QUE DISTORSIONAN EL MERCADO INTERIOR

La creciente preocupación por la falta de reciprocidad en los mercados de contratación pública ha motivado un cambio en las prioridades políticas de la UE, reflejado en la adopción del Reglamento (UE) 2022/1031, relativo al Instrumento de Contratación Internacional (ICI), y del Reglamento (UE) 2022/2560, sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior. A continuación, se analizarán sin ánimo de exhaustividad ambos instrumentos de defensa comercial[25], cuyo estudio también permitirá contextualizar los recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de octubre de 2024 y marzo de 2025 sobre esta materia, que serán objeto de examen en el apartado III de este trabajo.

A. Reglamento (UE) 2022/1031 sobre el Instrumento de Contratación Internacional (ICI)[26]

Tras años de negociación, en el año 2022 se logró aprobar el ICI, instrumento que surge primordialmente como respuesta a la persistente falta de reciprocidad en el acceso a los mercados internacionales de contratación pública. Su objetivo principal es, por tanto, dotar a la Unión Europea de un mecanismo eficaz para equilibrar las condiciones de acceso, garantizando que las empresas europeas no se vean sistemáticamente perjudicadas frente a competidores de terceros países que gozan de acceso al mercado europeo sin ofrecer lo mismo a cambio. Este instrumento se sustenta en el artículo

25. Para un análisis exhaustivo de ambos instrumentos me remito a ESTEBAN RÍOS, J., «Algunos aspectos controvertidos del Instrumento de Contratación Internacional», en GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y DE GUERRERO MANSO, M. C. (Coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2022*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 173-195., y ESTEBAN RÍOS, J., «Hacia un mayor control de la Unión sobre las licitaciones nacionales: la respuesta europea frente a las subvenciones de países terceros», en GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y DE GUERRERO MANSO, M. C. (Coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2023*, Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 303-332.

26. Con el objeto de facilitar la aplicación de este Reglamento, la Comisión publicó unas directrices a las que me remito. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN. «Directrices para facilitar la aplicación del Reglamento ICI por parte de los poderes adjudicadores, las entidades adjudicadoras y los operadores económicos» (2023/C 64/04).

3.1.e) del TFUE, que reconoce a la Unión la competencia exclusiva en materia de política comercial común.

En líneas generales, el ICI faculta a la Comisión para investigar prácticas discriminatorias de terceros países y, en caso de confirmarse, adoptar medidas restrictivas que limiten el acceso de sus operadores económicos a las licitaciones europeas. Estas medidas —que pueden traducirse en ajustes de puntuación o exclusiones directas— se aplican únicamente a contratos que superen ciertos umbrales económicos (5 millones de euros en suministros y servicios, 15 millones en obras y concesiones, excluido el IVA). Adicionalmente, los adjudicatarios sujetos a estas medidas ICI deberán cumplir con estrictas obligaciones en materia de subcontratación y origen de los bienes, so pena de penalidades[27]. Aunque el Reglamento prevé ciertas exenciones, en términos generales supone un giro firme hacia una política comercial geoestratégica[28] por parte de la UE.

Debe matizarse, no obstante, la no aplicación del ICI frente a los licitadores, bienes o servicios que tengan origen en un Estado que es parte de un Acuerdo con la Unión Europea, ya sea el ACP u otro. En consecuencia, será ineludible cerciorarse de que realmente los procedimientos de contratación se encuentran cubiertos por estos acuerdos, por ejemplo, superando los umbrales establecidos, pues de lo contrario sí cabría la aplicación de medidas ICI. Tampoco podrán aplicarse estas medidas frente a los licitadores, bienes o servicios que tengan origen en un país menos desarrollado que se beneficie del régimen «Todo menos armas» enumerados en el anexo IV del Reglamento (UE) n.º 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo[29].

En lo que respecta al procedimiento de investigación mencionado, corresponde a la Comisión su apertura y conducción, bien sea a iniciativa propia o a raíz de una reclamación debidamente motivada presentada por una parte interesada de la Unión o por un Estado miembro. En el marco de dicho procedimiento, la Comisión debe entablar consultas con el país tercero objeto de la investigación con el fin de eliminar o remediar las restricciones derivadas de las prácticas detectadas. Al concluir la investigación y

27. Con base en el artículo 8.1.d del Reglamento ICI.
28. El término «geoestrategia» ha sido acuñado y utilizado por J. M. GIMENO FELIÚ para describir el tránsito de una contratación pública estratégica hacia una contratación pública geoestratégica, en un contexto como el actual. GIMENO FELIÚ, J. M., «Hacia una nueva contratación pública en clave geoestratégica: la brújula de la competitividad en Europa al servicio de las políticas públicas», *Boletín del Observatorio de la Contratación Pública*, marzo de 2025 (aportación como prepublicación que se incorporará al Observatorio de los Contratos Públicos 2025). https://www.obcp.es/opiniones/hacia-una-nueva-contratacion-publica-en-clave-geoestrategica-la-brujula-de-la
29. En virtud del artículo 4 del Reglamento ICI.

las consultas, publicará un informe en el que expondrá los principales resultados y propondrá una línea de acción. En caso de constatarse que existen medidas o prácticas discriminatorias o restrictivas[30] podrá imponer, si lo considera en interés de la Unión, la medida ICI oportuna mediante un acto de ejecución.

Prueba de la operatividad del instrumento es que, en abril de 2024, la Comisión decidió lanzar por primera vez una investigación en el marco del Reglamento ICI. Dicha investigación se dirigió frente a prácticas discriminatorias detectadas en el mercado de contratación pública chino de productos sanitarios[31]. Conviene recordar, a este respecto, que la República Popular China no forma parte del ACP ni tampoco ha celebrado ningún acuerdo internacional con la Unión que garantice el acceso igual y recíproco a los contratos públicos. Como resultado de la investigación y las consultas llevadas a cabo con arreglo al artículo 5 del Reglamento ICI, la Comisión constató la existencia y aplicación efectiva, en todo el territorio de la República Popular China, de medidas y prácticas que obstaculizan de forma grave y recurrente el acceso de los operadores económicos de la Unión y de los productos sanitarios fabricados en la Unión al mercado chino de contratación pública en dicho sector[32]. Estas prácticas afectan de manera generalizada a todas las categorías de productos sanitarios, sin que las autoridades chinas hayan propuesto medida correctora alguna que permita subsanar tal situación. A la luz de estas conclusiones, corresponde ahora a la Comisión valorar si concurren las condiciones establecidas en el artículo 6 del Reglamento ICI con vistas a la eventual adopción de una o varias medidas ICI, en los términos previstos en el artículo 2.1.j) del citado Reglamento.

La apertura de este «procedimiento reactivo» frente a la República Popular China no constituye, sin embargo, un caso aislado, pues dicha actuación vino precedida por la incoación de diversas investigaciones en

30. Conforme el artículo 2.1.i del Reglamento ICI, se considerará medida o práctica de un tercer país «*toda medida, práctica o procedimiento legislativo, reglamentario o administrativo, o combinación de los mismos, que adopten o mantengan autoridades públicas o poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras individuales de un tercer país, a cualquier nivel, que dificulte de forma grave y recurrente el acceso de los operadores económicos, bienes o servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos o de concesiones de dicho tercer país*».

31. Lo que contrastaba con la apertura del mercado de contratación europeo en este sector, pues según la Comisión, las exportaciones chinas de productos sanitarios a la UE experimentaron un aumento de más del 100 % entre 2015 y 2023.

32. INFORME DE LA COMISIÓN de conformidad con el artículo 5, apartado 4, del Reglamento (UE) 2022/1031 sobre la investigación, en el marco del Instrumento de Contratación Internacional, relativa a las medidas y prácticas de la República Popular China en el mercado de contratación pública de productos sanitarios [SWD(2025) 2 final] Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_25_252

virtud de otra herramienta de defensa comercial recientemente adoptada, el Reglamento (UE) 2022/2560 sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior (FSR, por sus siglas en inglés *Foreign Subsidies Regulation*), que será objeto de análisis en el siguiente subapartado.

B. Reglamento (UE) 2022/2560 sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior

El Reglamento FSR viene a colmar un vacío existente en el sistema de control de subvenciones procedentes de terceros países que puedan distorsionar el mercado interior, ya que, hasta su entrada en vigor, dicho control se limitaba exclusivamente a las ayudas de Estado concedidas por los propios Estados miembros. A continuación, se analizará brevemente su aplicación en el ámbito de la contratación pública, para el cual el Reglamento establece un régimen específico destinado a garantizar la igualdad de condiciones en el acceso a las licitaciones en la Unión[33]. Con este fin, se ha dotado a la Comisión Europea de competencias para investigar y, en su caso, adoptar las medidas pertinentes, en el marco de la participación en procedimientos de contratación pública de operadores económicos beneficiarios de subvenciones concedidas por terceros Estados y que puedan falsear la competencia en el mercado interior.

A este respecto, resulta fundamental conocer el concepto de subvención extranjera al que se refiere el artículo 3 del Reglamento FSR, el cual es muy amplio. Así, se entiende que existe cuando un tercer país aporta, directa o indirectamente, una contribución financiera que confiera una ventaja a una empresa que ejerza una actividad económica en el mercado interior y que esté limitada, *de jure* o *de facto*, a una o varias empresas o sectores. La contribución financiera incluye, entre otros supuestos, la renuncia a ingresos que, de otro modo, serían exigibles (como la concesión de exenciones fiscales), la transferencia de fondos u obligaciones (como los préstamos o la condonación de deudas), o el suministro o la adquisición de bienes o servicios. Por su parte, el concepto de tercer país también se define de manera amplia. De hecho, su alcance es tal que incluye a las entidades (privadas y públicas) mediante las que pudiera actuar el Estado extranjero, extendiéndose así más allá de las contribuciones financieras aportadas directamente por las autoridades públicas de todos los niveles.

El régimen de control se activa, en primer lugar, cuando se superan determinados umbrales. Así, la notificación a la Comisión es obligatoria si el valor estimado del contrato público (o del acuerdo marco) es igual o

33. El régimen específico se dispone en el capítulo 4 del Reglamento FSR (artículos 27 y siguientes).

superior a 250 millones de euros —o bien 125 millones en el caso de contratos divididos en lotes— y el operador económico, incluyendo sus filiales sin autonomía comercial, sociedades de cartera, y determinados subcontratistas o proveedores principales, ha recibido contribuciones financieras de un mismo tercer Estado por un importe total igual o superior a 4 millones de euros en los tres años anteriores[34]. En segundo lugar, incluso cuando no exista obligación de notificar, los licitadores deben igualmente presentar una declaración responsable ante el poder adjudicador en la que informen sobre las contribuciones extranjeras recibidas y confirmen que no están sujetos a la obligación de notificación. El poder adjudicador está obligado a remitir esta información a la Comisión, lo que demuestra el alcance preventivo del mecanismo, incluso cuando no se alcanzan los umbrales fijados.

La Comisión dispone de 20 días hábiles para llevar a cabo un examen preliminar, prorrogables por 10 días, y, si lo considera necesario, puede iniciar una investigación exhaustiva, cuyo plazo máximo es de 110 días hábiles, con posibilidad de extensión adicional de 20 días[35]. Si concluye que una contribución financiera extranjera ha provocado o puede provocar una distorsión en el mercado interior, podrá aceptar compromisos vinculantes por parte del operador investigado para eliminar o subsanar dicha distorsión. En caso de que no se ofrezcan o no sean suficientes tales compromisos, la Comisión podrá adoptar un acto de ejecución mediante el cual se prohíba la adjudicación del contrato al operador económico afectado. Adicionalmente, en el contexto de los procedimientos de contratación pública, el incumplimiento de las obligaciones de notificación puede dar lugar a la imposición de sanciones económicas, incluyendo multas de hasta el 10 % del volumen de negocios global del operador económico en el ejercicio anterior, así como multas coercitivas adicionales.

Por último, la Comisión también tiene la facultad de actuar de oficio ante indicios de subvenciones extranjeras que puedan resultar distorsionadoras. No obstante, en el ámbito de la contratación pública, este tipo de actuaciones se limitarán a contratos ya adjudicados, lo que tampoco podrá dar lugar a la anulación de la decisión de adjudicación ni a la resolución del contrato correspondiente[36].

34. Los umbrales son recogidos en el artículo 28 del Reglamento FSR. Este mismo artículo recoge asimismo los procedimientos de adjudicación excluidos y, por ende, sobre los que no se aplicarán las reglas explicadas, por lo que me remito a su lectura.
35. Conforme el artículo 32. 1 del Reglamento FSR, a lo largo del examen preliminar y la investigación exhaustiva, se podrá continuar con todas las fases procedimentales del procedimiento de contratación pública, con la única salvedad de su adjudicación.
36. Así lo expresa el artículo 9 del Reglamento FSR.

La aplicación práctica del Reglamento ya ha comenzado a materializarse. Desde febrero de 2024, la Comisión ha iniciado varias investigaciones exhaustivas en virtud este Reglamento, centradas en empresas de propiedad china sospechosas de haber recibido subvenciones que podrían distorsionar la competencia en procedimientos de contratación pública dentro de la UE. La primera investigación, relativa a una licitación ferroviaria en Bulgaria, concluyó sin decisión formal tras la retirada del operador investigado (CRRC Qingdao Sifang Locomotive Co., Ltd.). Posteriormente, en abril de 2024, se abrieron dos nuevas investigaciones sobre empresas chinas que participaron en un procedimiento de contratación para un parque fotovoltaico en Rumanía. Estos casos ilustran cómo la Comisión comienza a desplegar activamente esta nueva herramienta de control, en un contexto cada vez más sensible al impacto de las subvenciones extranjeras sobre el equilibrio competitivo del mercado interior[37].

Este enfoque, centrado en evitar distorsiones provocadas por operadores económicos de terceros países, adquiere un interés especial en sectores sensibles como el sanitario, donde garantizar la igualdad de condiciones y la seguridad en el suministro de productos críticos ha de ser una prioridad. En relación con ello, la reciente propuesta de Reglamento sobre medicamentos críticos, que se examinará a continuación, representa un nuevo paso hacia la construcción de una Unión más resiliente y con una orientación geoestratégica[38].

3. OTROS INSTRUMENTOS DE DEFENSA COMERCIAL ADOPTADOS POR LA UE, CON ATENCIÓN A SECTORES SENSIBLES COMO EL DE LA SALUD

El Consejo ha reiterado en diversas ocasiones la necesidad de reducir la dependencia de terceros países en sectores estratégicos, recalcando la importancia de reforzar la resiliencia y autonomía de la Unión. La pandemia de COVID-19 puso en evidencia la gravedad de las debilidades del sistema de contratación pública, especialmente en el ámbito de la salud, donde la escasez de productos esenciales generó una fuerte presión sobre los siste-

37. Enlace al comunicado de prensa de la Comisión: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_24_887

38. El término «geoestrategia» ha sido acuñado y utilizado por J. M. GIMENO FELIÚ para describir el tránsito de una contratación pública estratégica hacia una contratación pública geoestratégica, en un contexto como el actual. GIMENO FELIÚ, J. M., «Hacia una nueva contratación pública en clave geoestratégica: la brújula de la competitividad en Europa al servicio de las políticas públicas», *Boletín del Observatorio de la Contratación Pública*, marzo de 2025 (aportación como prepublicación que se incorporará al Observatorio de los Contratos Públicos 2025). https://www.obcp.es/opiniones/hacia-una-nueva-contratacion-publica-en-clave-geoestrategica-la-brujula-de-la

mas sanitarios. Esta situación reavivó el debate sobre la conveniencia de dotarse de instrumentos que permitan proteger los intereses europeos en áreas sensibles, como es el caso del suministro de medicamentos[39]. En ese contexto, se inscriben iniciativas recientes como la propuesta de Reglamento sobre medicamentos críticos, que busca abordar parte de estos desafíos[40].

Así, la Comisión presentó en marzo de 2025 la propuesta mencionada, la cual no solo responde a los problemas de escasez que han afectado a muchos Estados miembros en la última década —y que se intensificaron dramáticamente durante la pandemia de COVID-19—, sino que también aborda de forma directa una de las causas estructurales más preocupantes: la dependencia de proveedores únicos o de terceros países para la producción de medicamentos esenciales y principios activos clave. La elección del uso del reglamento para este supuesto se fundamentaría en la necesidad de una aplicación uniforme, evitando así interpretaciones entre Estados miembros que pudieran divergir[41].

Dicha propuesta se inscribe en un contexto más amplio de revisión de las directivas de contratación pública de cuarta generación. De hecho, la evaluación actualmente en curso y la previsible propuesta de reforma para 2026 se mencionan en el propio texto, que subraya su oportunidad para incorporar criterios vinculados a la sostenibilidad, la resiliencia y la preferencia europea en la contratación pública, especialmente en sectores estratégicos. En este sentido, el Reglamento de medicamentos críticos anticiparía algunas de las líneas de esa futura reforma, al introducir medidas aplicables a la contratación pública de determinados productos farmacéuticos, con el objetivo de garantizar la seguridad del suministro y permitir, cuando resulte necesario y respetando los compromisos internacionales de la Unión, priorizar la producción europea.

---

39. Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente (2020/C 412 I/01). Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.CI.2020.412.01.0001.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2020%3A412I%3AFULL

40. Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL laying a framework for strengthening the availability and security of supply of critical medicinal products as well as the availability of, and accessibility of, medicinal products of common interest, and amending Regulation (EU) 2024/795.

41. Según esta propuesta (p. 9), «*the cross-border implications of the legislation require a cohesive and consistent approach, achievable through a Regulation*» [Las implicaciones transfronterizas de la legislación requieren un enfoque cohesivo y coherente, alcanzable a través de un Reglamento].

Hasta la fecha, los procedimientos de compra de medicamentos a menudo han priorizado el precio por encima de otros criterios, lo que ha contribuido a la concentración de la producción en países con costes muy bajos. El Reglamento propone corregir esta práctica, introduciendo criterios que permitan valorar otros elementos imprescindibles para la seguridad del suministro, como la diversidad de fuentes o el seguimiento de las cadenas de suministro.

Así, para los medicamentos incluidos en la lista de medicamentos esenciales de la Unión, los órganos de contratación estarán obligados a incluir criterios distintos del precio en sus procedimientos (artículo 18.1). Además, en situaciones de elevada dependencia respecto de un número limitado de terceros países, se contempla la posibilidad de exigir, cuando esté justificado, criterios que favorezcan a aquellos proveedores cuya producción se realice, al menos en parte significativa, dentro de la Unión (artículo 18.2). Esta posibilidad se extiende también a los medicamentos considerados de interés común (artículo 18.3). Se precisa en la propuesta que ello no excluye la utilización por parte de las autoridades contratantes de otros criterios de carácter social o relacionados con la sostenibilidad. Este planteamiento, que refleja la nueva concepción geoestratégica de la contratación pública[42], no se aplica de forma absoluta, puesto que el artículo 18.5 prevé expresamente la posibilidad de no aplicar los apartados 1, 2 y 3 en supuestos excepcionales, como consideraciones vinculadas a la financiación de los servicios sanitarios.

En paralelo, la propuesta también fomenta formas de contratación colaborativa entre Estados miembros (artículos 21 y ss.), incluyendo mecanismos de adquisición conjunta, con el apoyo de la Comisión. Con ello se busca generar economías de escala, reducir desigualdades entre países y asegurar un acceso más homogéneo a medicamentos esenciales en todo el territorio de la Unión.

Finalmente, se prevé el impulso de proyectos estratégicos industriales que contribuyan a crear, ampliar o modernizar capacidades de producción dentro de la UE. Estos proyectos recibirán un trato prioritario en términos de financiación, permisos, evaluaciones ambientales y apoyo administra-

42. El término «geoestrategia» ha sido acuñado y utilizado por J. M. GIMENO FELIÚ para describir el tránsito de una contratación pública estratégica hacia una contratación pública geoestratégica, en un contexto como el actual. GIMENO FELIÚ, J. M., «Hacia una nueva contratación pública en clave geoestratégica: la brújula de la competitividad en Europa al servicio de las políticas públicas», *Boletín del Observatorio de la Contratación Pública*, marzo de 2025 (aportación como prepublicación que se incorporará al Observatorio de los Contratos Públicos 2025). https://www.obcp.es/opiniones/hacia-una-nueva-contratacion-publica-en-clave-geoestrategica-la-brujula-de-la

tivo. En todos los casos, deberán comprometerse a priorizar el abastecimiento al mercado europeo.

III. UN NUEVO ESCENARIO EN EL ACCESO AL MERCADO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA UNIÓN EUROPEA

El recorrido por algunos de los hitos que han conducido a la evaluación del vigente paquete de Directivas sobre contratación pública y el estudio de determinados instrumentos que probablemente incidirán en su configuración, permite advertir un giro político en la concepción del acceso a los mercados europeos de contratación pública. Junto al Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), que encarna el tradicional enfoque de apertura y liberalización en el marco de la OMC, se han ido incorporando herramientas de naturaleza marcadamente defensiva, como el Reglamento ICI, el Reglamento sobre Subvenciones Extranjeras (FSR), o incluso la propuesta de Reglamento sobre medicamentos críticos. Sin perjuicio de que puedan formularse objeciones a esta nueva óptica, lo cierto es que se trata de una postura política completamente legítima que no resulta ni ajena ni nueva en países no comunitarios. Aunque son diversos los factores que explican esta inflexión, puede sostenerse, en síntesis, que responde a una necesidad de adaptación a un contexto económico y geopolítico sustancialmente distinto. En este marco de transformación, dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de octubre de 2024 y marzo de 2025, han contribuido de forma decisiva a perfilar el rumbo de esta nueva etapa. Por este motivo, los pronunciamientos que se analizan a continuación deben leerse a la luz del contexto cambiante. Solo desde esa perspectiva más amplia es posible comprender adecuadamente su alcance y significado.

1. JURISPRUDENCIA DEL TJUE: INTERPRETACIÓN DEL ACCESO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA

El giro político que se ha venido delineando en la Unión Europea en materia de contratación pública encuentra, en fechas recientes, un importante respaldo a través de la jurisprudencia del TJUE. En concreto, las sentencias *Kolin* (C-652/22, de 22 de octubre de 2024)[43] y *Qingdao* (C-266/22, de 13 de marzo de 2025)[44] constituyen un paso adelante en la evolución hacia

43. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de octubre de 2024, *Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ contra Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave*, C-652/22, ECLI:EU:C:2024:910.

44. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de marzo de 2025, *Autoritatea pentru Reformă Feroviară (ARF) contra CRRC Qingdao Sifang Co., Ltd*, C-266/22, ECLI:EU:C:2025:178.

una «compra pública geoestratégica»[45], al perfilar el acceso de operadores económicos de terceros países al mercado de contratación pública de la UE. A efectos metodológicos, y para facilitar la comprensión del análisis, partiremos de la premisa de que pueden distinguirse tres categorías de operadores económicos interesados en la participación en las licitaciones dentro de la UE: (A) operadores económicos establecidos en la propia Unión; (B) operadores económicos de terceros países con los que exista un acuerdo internacional que garantice un acceso recíproco y equilibrado a los respectivos mercados (como el ACP u otros instrumentos bilaterales); y (C) operadores económicos de terceros países que no cuentan con tal acuerdo. Pues bien, ambas sentencias del TJUE precisan los límites en el acceso de este último grupo a las licitaciones de la Unión, que, como se anticipa, plantea importantes interrogantes aún no resueltos.

Aunque la recepción de estas sentencias no ha sido, en términos generales, negativa, no han faltado voces críticas que apuntan la incertidumbre que podrían generar hasta ulteriores aclaraciones, así como a un eventual cambio de paradigma hacia un enfoque de carácter marcadamente proteccionista —cuestión esta última que no comparto, y sobre la que volveré más adelante—. En cualquier caso, que el Tribunal haya abordado por primera vez de forma explícita la cuestión del acceso de operadores de terceros países sin acuerdo de reciprocidad obliga a tomar en consideración los distintos intereses en juego, cuya tensión se proyecta claramente en este nuevo escenario. Como ha subrayado M. TURUDIĆ[46], existe una triple tensión entre los intereses de los órganos de contratación (que priorizan la competencia y la obtención de precios más bajos), los de la Unión Europea (que persigue asegurar la reciprocidad efectiva en el acceso a mercados), y los de los operadores económicos europeos (que reclaman una competencia leal). En la actualidad, parece consolidada la posición de la Unión y de los operadores de la UE; con todo, será necesario observar cómo se posicionan finalmente los órganos de contratación, especialmente a la luz de las amplias facultades conferidas que abordaremos en las siguientes líneas.

45. El término «geoestrategia» ha sido acuñado y utilizado por J. M. GIMENO FELIÚ para describir el tránsito de una contratación pública estratégica hacia una contratación pública geoestratégica, en un contexto como el actual. GIMENO FELIÚ, J. M., «Hacia una nueva contratación pública en clave geoestratégica: la brújula de la competitividad en Europa al servicio de las políticas públicas», *Boletín del Observatorio de la Contratación Pública,* marzo de 2025 (aportación como prepublicación que se incorporará al Observatorio de los Contratos Públicos 2025). https://www.obcp.es/opiniones/hacia-una-nueva-contratacion-publica-en-clave-geoestrategica-la-brujula-de-la

46. Reflexiones extraídas de la participación de M. TURUDIĆ en el webinario titulado «Webinar – *Kolin* and the New Protectionism: EU/US» organizado el 21 de febrero de 2025 (https://publicprocurementinternational.com/webinar-new-protectionism/).

Por último, conviene precisar otro aspecto clave antes de reflexionar sobre los pronunciamientos, habida cuenta del gran calado de sus implicaciones. Si bien hemos anticipado que estos no cierran drásticamente el acceso a los operadores económicos de terceros países sin acuerdo, sí resulta pertinente alertar sobre los riesgos que podrían derivarse de una lectura excesivamente restrictiva de la interpretación dada por el TJUE, pues podría comprometer el llamado «efecto Bruselas». La contratación pública es una herramienta de gran influencia regulatoria. Según A. SÁNCHEZ-GRAELLS los mercados de contratación pública abiertos crean incentivos para que operadores de terceros países adopten —aunque sea de forma voluntaria— los requisitos sustantivos y procedimentales exigidos por la normativa europea, precisamente con el fin de poder acceder a dichos mercados[47]. En este sentido, los pliegos presentan un papel muy importante, al ser posible integrar en ellos criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución vinculadas a factores sociales o criterios medioambientales[48]. Sin embargo, si, como expresa A. SÁNCHEZ-GRAELLS, el acceso se supedita estrictamente a acuerdos que garanticen un acceso recíproco y se limita mediante exigencias formales que operan como barreras de entrada, las posibilidades de extender dicha influencia normativa se reducen considerablemente. A su parecer, este punto resulta particularmente delicado si se considera que algunos de los principales objetivos estratégicos de la actual agenda de la Unión, como la lucha contra el cambio climático, requieren una proyección exterior eficaz de sus estándares. Si la contratación pública se convierte en un instrumento prioritariamente orientado a la protección económica, su capacidad de tracción normativa podría verse comprometida, salvo que se logre ampliar el ámbito material y geográfico de los acuerdos internacionales de contratación pública (incluido el propio ACP)[49]. En todo caso, como ya se ha reseñado, no es el cierre drástico de los mercados de contratación pública de la UE lo que parece sugerir el TJUE en sus pronunciamientos[50].

47. Traducción propia de la idea de SÁNCHEZ-GRAELLS, A., *Public Procurement (or Government Procurement)*, p. 3, diciembre de 2024. Forthcoming in *Elgar Concise Encyclopedia of Extraterritoriality and the Law*. Disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=5050584 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5050584

48. ESTEBAN RÍOS, J., «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, p.10, (2022).

49. Traducción propia de la idea de SÁNCHEZ-GRAELLS, A., *Public Procurement (or Government Procurement)*, p.4, diciembre de 2024. Forthcoming in *Elgar Concise Encyclopedia of Extraterritoriality and the Law*. Disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=5050584 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5050584

50. Como se verá, no nos encontramos ante una exclusión tajante ni ante una prohibición general de participación de este tipo de operadores económicos. De hecho, ello iría en contra del propio Reglamento ICI, que parte justamente de la posibilidad de que la

A) Los operadores económicos de terceros países sin acuerdo no tienen un derecho de acceso al mercado de contratación pública de la Unión Europea

Tras algunas consideraciones iniciales, se señalan brevemente los hechos relevantes que llevaron a perfilar el acceso de operadores económicos de terceros países al mercado de contratación pública de la UE y, al mismo tiempo, se reseñan los puntos clave que se irán destacando de los pronunciamientos. Por una parte, el asunto *Kolin* (C-652/22) tiene su origen en Croacia, en el marco de un procedimiento de contratación pública impulsado por la entidad estatal HŽ Infrastruktura, relativo a la construcción de una infraestructura ferroviaria con un valor estimado de 271 millones de euros. Entre los licitadores figuraba la empresa turca Kolin, cuya oferta fue inicialmente descartada en favor de un consorcio compuesto por empresas de Austria, Croacia y República Checa. Kolin impugnó la adjudicación ante la Comisión de Supervisión croata, que anuló la decisión por considerar que el adjudicatario no había acreditado debidamente su capacidad técnica y profesional. No obstante, tras admitir documentación adicional con posterioridad a la oferta inicial, la entidad contratante volvió a adjudicar el contrato al mismo consorcio, lo que motivó una nueva impugnación por parte de Kolin. El litigio fue elevado al Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Croacia, que planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la legalidad de aceptar dicha documentación complementaria, por considerar que podría modificar sustancialmente la oferta del consorcio y, con ello, vulnerar el principio de igualdad de trato (artículos 76 y 36 de la Directiva 2014/25/UE). Ahora bien, el TJUE no llegó a pronunciarse sobre el fondo del asunto. Consideró inadmisible la cuestión, al entender que Kolin, como operador económico de un tercer país que no ha celebrado un acuerdo internacional con la UE que garantice la reciprocidad en el acceso a los mercados de contratación pública, no podía invocar las disposiciones de la Directiva 2014/25/UE —y en particular los artículos 36 y 76— para fundamentar una eventual infracción del principio de igualdad de trato. El verdadero alcance de esta sentencia radica, por tanto, en la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial y en las consecuencias que ello comporta en relación con la interpretación de los derechos de acceso al mercado europeo por parte de operadores de terceros países sin acuerdo de reciprocidad.

Comisión adopte medidas para restringir el acceso a determinados licitadores de terceros países a los mercados de contratación pública de la UE si esos países no ofrecen un acceso recíproco a sus contratos públicos. En este sentido, los órganos de contratación continuarían actuando conforme a la doctrina *Kolin* si mantienen abierta la participación de estos operadores económicos.

En su razonamiento, el Tribunal comienza recordando la vinculación de la Unión respecto de determinados terceros países mediante acuerdos internacionales que garantizan de forma recíproca y equitativa el acceso de los operadores económicos de la UE. Sobre esta base, el artículo 43 de la Directiva 2014/25 establece que, en la medida en que así lo prevean el ACP u otros acuerdos internacionales suscritos por la Unión, las entidades adjudicadoras de los Estados miembros deberán conceder a los operadores económicos de esos terceros países un trato no menos favorable que el otorgado a los operadores de la Unión.

Lo que ha suscitado mayor asombro en la doctrina es que, en lo que respecta a los operadores económicos de terceros países sin acuerdo (nuestro denominado grupo C), el TJUE ha interpretado que estos no pueden invocar la Directiva y exigir la igualdad de trato de su oferta en el caso de que sean admitidos en las licitaciones de la Unión, a salvo del beneficio de algunos principios generales como son la proporcionalidad y transparencia, que únicamente podrán ser examinados a la luz del derecho nacional:

> *«45. Si bien el Derecho de la Unión no se opone a que, a falta de medidas de exclusión adoptadas por la Unión, esos operadores económicos sean admitidos a participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público regulado por la Directiva 2014/25,* ***se opone, en cambio, a que dichos operadores económicos puedan, en el marco de su participación en tal procedimiento, invocar la citada Directiva y, de este modo, exigir la igualdad de trato de su oferta*** *con respecto a las presentadas por los licitadores de los Estados miembros y por los licitadores de los terceros países contemplados en el artículo 43 de esa Directiva* (...) *66. Si bien es concebible que las modalidades de trato de tales operadores deban ser conformes con determinados requisitos, como los de* ***transparencia o proporcionalidad****, un recurso de uno de ellos dirigido a denunciar el incumplimiento de tales requisitos por parte de la entidad adjudicadora solo puede examinarse a la luz del Derecho nacional»* (subrayado nuestro).

A partir de lo anterior, el derecho a presentar una oferta e invocar las Directivas supone conferir un derecho a un trato no menos favorable a estos operadores, lo que infringe el propio artículo 43, que circunscribe ese derecho a aquellos amparados por un acuerdo internacional. Por ello, el TJUE puntualiza lo siguiente:

> *«El derecho que el artículo 45, apartado 1, de la Directiva 2014/25 confiere a "cualquier operador económico interesado" de presentar una oferta en respuesta a una convocatoria de licitación en el marco de un procedimiento abierto de adjudicación de un contrato público en la Unión no se extiende a los operadores económicos de terceros países que no hayan celebrado tal acuerdo internacional con la Unión. Tampoco implica que dichos operadores, cuando son admitidos a participar en tal procedimiento, tengan derecho a invocar el amparo de esta Directiva.* ***Interpretar de otro***

modo esta disposición y, así, atribuir un alcance ilimitado al ámbito de aplicación personal de esta Directiva equivaldría a garantizar a los operadores económicos de esos terceros países un acceso igual a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en la Unión» (subrayado nuestro).

Ciertamente, esta interpretación se alinea con el Reglamento ICI, cuyo considerando 10 señala que los operadores económicos de terceros países que no estén cubiertos por un acuerdo que garantice el acceso al mercado de contratación de la Unión no tienen asegurado el acceso a los procedimientos de contratación, y pueden, por tanto, ser excluidos. Así, de lo reseñado hasta el momento **la consecuencia es doble: primero, que dichos operadores no poseen un derecho de acceso, lo que permitiría tanto su exclusión como su admisión; segundo, que incluso cuando se les permita participar, no pueden acogerse a las disposiciones de las Directivas**[51] **y a las normas nacionales que las transponen**[52] a salvo del beneficio de algunos principios generales como son la proporcionalidad y transparencia, que únicamente podrán ser examinados a la luz del derecho nacional, cuestiones ambas que pudieran plantear importantes interrogantes desde el punto de vista de la seguridad jurídica para estos potenciales licitadores.

Adicionalmente, el Tribunal refuerza su posición invocando la competencia exclusiva de la Unión en materia de política comercial común, consagrada en el artículo 3 del TFUE. Esta competencia comprende cualquier acto de alcance general que tenga efectos directos e inmediatos sobre el comercio internacional. Sobre esta base, sólo la Unión es competente para adoptar un acto de alcance general relativo al acceso de operadores económicos de terceros países sin acuerdo, estableciendo bien un régimen de acceso garantizado, bien un régimen que los excluya o que prevea un ajuste de la puntuación resultante de la comparación de sus ofertas con las presentadas por otros operadores económicos, y los Estados miembros solo pueden hacerlo por sí mismos si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión.

En relación con esto último, la sentencia del TJUE *CRRC Qingdao Sifang* (C-266/22), de 13 de marzo de 2025, sigue el mismo razonamiento que en *Kolin* al abordar la exclusión de una empresa china de un procedimiento de

51. Si bien en la sentencia *Kolin* se refiere a la Directiva 2014/25, de la sentencia *Qingdao* se extrae que dichos razonamientos también son aplicables a la Directiva 2014/24: «*Por lo tanto, el hecho de que este procedimiento no esté comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24, sino en el de la Directiva 2014/25, no puede influir en el examen de las cuestiones prejudiciales planteadas. En efecto, este examen, que se realizará a la luz del artículo 25 de la Directiva 2014/24, deberá considerarse realizado, asimismo, a la luz del artículo 43 de la Directiva 2014/25 (...)*».

52. Apartados 65 y 67 de la sentencia *Kolin*.

contratación pública en Rumanía, en virtud de una norma nacional que obligaba a excluir a ciertos operadores económicos, entre los que se encuentran aquellos que no hubieran celebrado un acuerdo internacional con la Unión que garantice un acceso igual y recíproco a los contratos públicos[53]. El Tribunal recuerda que la política comercial común es una competencia exclusiva de la Unión (art. 3.1.e TFUE). Por lo tanto, se opone a que una entidad adjudicadora de un Estado miembro excluya a un operador económico de un tercer país sin acuerdo (grupo C) en virtud de un acto legislativo adoptado por ese Estado miembro, a menos que haya sido facultado para ello, o exista un acto de la Unión que imponga o prohíba el acceso a los procedimientos de contratación de los operadores económicos de un tercer país sin acuerdo.

Además de ello, otro punto de notable interés en esta segunda sentencia es la suma de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica al repertorio de principios que sí pueden exigir estos operadores económicos de un tercer país sin acuerdo. Así, la lista se ampliaría a los principios de proporcionalidad, transparencia, confianza legítima y seguridad jurídica, examinados todos ellos únicamente a la luz del derecho nacional y no de la Unión:

> *«66. (...) Si bien es concebible que las modalidades de trato deban ser conformes con determinados principios y exigencias, como los principios de* ***seguridad jurídica o de protección de la confianza legítima,*** *un recurso dirigido a denunciar el*

53. En los apartados 18 a 20 de la sentencia *Qingdao* se introducen los preceptos de la norma rumana que obligaban a excluir a ciertos operadores económicos:
Por una parte, *«18. El artículo 3, apartado 1, letra jj), de la Ley de Contratos Públicos, en su versión modificada por el OUG n.º 25/2021, define el concepto de "operador económico" como "toda persona física o jurídica de Derecho público o privado, o grupo o agrupación de dichas personas, incluidas las agrupaciones temporales de dos o más de estas entidades, que ofrezcan lícitamente en el mercado la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios, y que estén establecidos en:*
i) *un Estado miembro de la [Unión];*
ii) *un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (EEE);*
iii) *terceros países que hayan ratificado el [ACP], si el contrato público adjudicado está incluido enel ámbito de aplicación de los anexos 1, 2, 4, 5, 6 y 7 del apéndice I del ACP;*
iv) *terceros países en proceso de adhesión a la [Unión];*
v) *terceros países a los que no resulte de aplicación el inciso iii), pero que hayan celebrado acuerdos*
internacionales por los que la [Unión] se obliga a concederles acceso libre al mercado en materia de contratación pública"».
Por otra parte, *«20. El artículo 53, apartado 1 bis, de la Ley de Contratos Públicos, en su versión modificada por el OUG n.º 25/2021, establece: "El poder adjudicador excluirá del procedimiento de contratación a toda persona física o jurídica que tenga la condición de licitador individual, licitador asociado, candidato, tercero garante o subcontratista que no esté comprendida en la definición del artículo 3, apartado 1, letra jj) [...]"».*

incumplimiento de tales principios por parte de la entidad adjudicadora solo puede examinarse a la luz del Derecho nacional y no del Derecho de la Unión».

B) La admisión a los procedimientos puede quedar supeditada a la decisión de las entidades adjudicadoras

Hasta este momento, el análisis conjunto de ambas sentencias permite extraer algunas conclusiones de gran relevancia respecto a la participación de operadores económicos de terceros países sin acuerdo de reciprocidad con la Unión. En primer lugar, debe afirmarse con claridad que estos operadores no ostentan un derecho de acceso al mercado de contratación pública de la UE, de modo que su participación no está garantizada ni puede exigirse en virtud de la normativa europea. En segundo lugar, incluso en los supuestos en los que sean admitidos a un procedimiento concreto, no pueden invocar las disposiciones de las Directivas y exigir la igualdad de trato, aspecto este que permanece reservado a los operadores de la UE y a los de aquellos terceros países cubiertos por acuerdos internacionales suscritos por la Unión. Sin mayores aclaraciones, esta última circunstancia plantea importantes interrogantes desde la perspectiva de la seguridad jurídica para estos potenciales licitadores de terceros países sin acuerdo, en la medida en que la imposibilidad de ampararse en las Directivas y, en consecuencia, la normativa nacional de transposición, deja sin respuesta cuestiones prácticas de gran calado, como qué concretas exigencias pueden plantear en su defensa[54]. Además, respecto a la materialización de dicha defensa, nuestro sistema español de recursos contractuales se ha encontrado abierto, en la práctica, a cualquier participante en el procedimiento de contratación[55], si bien es cierto que, en el caso de los operadores económicos del denominado grupo C, las entidades adjudicadoras deberían

54. Para reflexionar sobre los posibles aspectos críticos de la sentencia *Kolin*, puede ser de utilidad la lectura del siguiente comentario SÁNCHEZ-GRAELLS, A., «The Court of Justice decidedly jumps on the procurement protectionism bandwagon, creating legal uncertainty along the way (C-652/22)», *How to Crack a Nut*, 6 de noviembre de 2024. Disponible en: https://www.howtocrackanut.com/blog/court-of-justice-eu-procurement-protectionism-after-kolin (consultado el 15 de marzo de 2025).

55. Hasta este momento, su legitimación se había fundamentado en los artículos 44 y ss. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que transpone las Directivas de recursos: por una parte, la Directiva del Consejo, de 21 diciembre 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (89/665/CEE), y, por otra parte, la Directiva del Consejo, de 25 febrero 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (92/13/CEE).

haber comprobado, antes de admitirlos en la licitación, que el Estado de procedencia de la empresa extranjera permite, a su vez, la participación de empresas españolas en sus procedimientos de contratación[56]. Esta práctica nacional, sin embargo, suscitaría dudas de compatibilidad con la doctrina del TJUE, en la medida en que a este tipo de licitadores no les son de aplicación ni el Derecho de la Unión ni el que resulte de su transposición (incluidas, por tanto, las Directivas de recursos). En efecto, algunas voces, como P. TELLES, han cuestionado que el Tribunal no haya llevado su argumentación hasta sus últimas consecuencias. Según este autor, si, como afirma el tribunal, el acceso de estos operadores se encuentra sujeto a la competencia exclusiva de la Unión en materia de política comercial común, lo coherente podría haber sido negar su participación o, al menos, clarificar con mayor firmeza sus márgenes de actuación. Podría resultar paradójico que se les permita participar, se les reconozca la aplicación de ciertos principios generales como la transparencia o la proporcionalidad, pero se les niegue toda posibilidad de tutela efectiva con fundamento en el Derecho de la Unión. Desde su punto de vista, esta falta de definición, lejos de cerrar el debate, podría introducir un grado de incertidumbre que afectaría tanto a los licitadores como a las propias entidades adjudicadoras[57].

Por otra parte, como se ha visto, el TJUE reitera con rotundidad que la política comercial común constituye una competencia exclusiva de la Unión (artículo 3 TFUE), comprendiendo todo acto de alcance general que incida directa e inmediatamente sobre el comercio internacional. En consecuencia, la regulación del acceso de operadores económicos de terceros países a los procedimientos de contratación pública solo puede emanar de la Unión, y los Estados miembros no pueden legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en ausencia de una habilitación expresa. Ahora bien, ¿qué

56. De conformidad con el artículo 68 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En la medida en que pudiera entenderse que el artículo 68.1 LCSP regula el acceso de este tipo de operadores económicos, podría estar incurriendo en una vulneración del Derecho comunitario. Como se insistió en *Kolin* y *Qingdao*, el acceso a los contratos públicos en la Unión forma parte de la política comercial común, una materia de competencia exclusiva de la Unión de acuerdo con el artículo 3.1.e) TFUE. En consecuencia, los Estados miembros carecen de competencia normativa en este ámbito y únicamente conservan funciones de ejecución, tal y como se ha reiterado por el TJUE en sentencias como *Comisión/Reino Unido* (asunto 804/79) o *Cornelis Kramer* (asuntos acumulados 3, 4, y 6/76). Ciertamente, la aprobación del Reglamento ICI ya desplazó cualquier medida nacional de aplicación general en esta materia, incluso aquellas por debajo de los umbrales previstos en este instrumento. A la luz de lo anterior, podría considerarse que el art. 68.1 LCSP devino inaplicable.

57. Traducción propia de la idea de TELLES, P., «On case C-652/22 Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret», 2024. Disponible en: https://www.telles.eu/on-case-c-652-22-kolin-insaat-turizm-sanayi-ve-ticaret/ (consultado el 15 de marzo de 2025).

sucede en ausencia de una disposición expresa de la Unión que habilite, restrinja o prohíba esa participación? La jurisprudencia del TJUE ha dado respuesta a esta cuestión, estableciendo que **la decisión corresponde, en última instancia, a las entidades adjudicadoras, que podrán valorar si procede admitir a estos operadores a un procedimiento de contratación y, en su caso, establecer mecanismos que reflejen su posición jurídica diferenciada** de conformidad con los principios de proporcionalidad, transparencia, seguridad jurídica y confianza legítima, los cuales únicamente podrán ser examinados conforme a derecho nacional en caso de recurso. En este sentido, las entidades adjudicadoras *podrán* exponer en los pliegos esa diferencia objetiva en la situación jurídica de dichos operadores:

> *«64. **La entidad adjudicadora puede exponer, en los documentos de contratación, modalidades de trato destinadas a reflejar la diferencia** objetiva entre la situación jurídica de dichos operadores, por una parte, y la de los operadores económicos de la Unión y de los terceros países que hayan celebrado con la Unión tal acuerdo, en el sentido del citado artículo 43, por otra parte»* (*Kolin*).

Igualmente, esta jurisprudencia del TJUE ha sido recordada en la sentencia *Qingdao*, es decir, la entidad adjudicadora *puede lícitamente exponer* modalidades de trato diferenciadas conforme a algunos requisitos:

> *«66. Dado que los operadores económicos de terceros países que no hayan celebrado un acuerdo internacional con la Unión que garantice el acceso igual y recíproco a los contratos públicos **no disfrutan de un derecho a un trato no menos favorable** en virtud del artículo 25 de la Directiva 2014/24, **la entidad adjudicadora puede lícitamente exponer, en los documentos de contratación, modalidades de trato destinadas a reflejar la diferencia objetiva** entre la situación jurídica de dichos operadores, por una parte, y la de los operadores económicos de la Unión y los terceros países que hayan celebrado con la Unión tal acuerdo, en el sentido del citado artículo 25, por otra parte. Si bien es concebible que las modalidades de trato deban ser conformes con determinados principios y exigencias, como los principios de seguridad jurídica o de protección de la confianza legítima, un recurso dirigido a denunciar el incumplimiento de tales principios por parte de la entidad adjudicadora solo puede examinarse a la luz del Derecho nacional y no del Derecho de la Unión» (Qingdao)*

Parece ser, por tanto, que la decisión de admitir a estos operadores económicos de terceros países sin acuerdo y, en su caso, establecer modalidades de trato diferenciadas, es una facultad y no una obligación, decisión que en el supuesto de someterse a escrutinio podría ver importantes limitaciones en su interpretación:

> *«65. **Las autoridades nacionales no podrán interpretar las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva 2014/25 en el sentido de que se aplican también a operadores económicos de terceros países que no hayan***

> ***celebrado un acuerdo*** *de este tipo con la Unión, que hayan sido admitidos por una entidad adjudicadora a participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público en el Estado miembro de que se trate, so pena de vulnerar el carácter exclusivo de la competencia de la Unión en este ámbito» (Kolin)*[58].

Así, de los razonamientos del tribunal podría extraerse de forma prematura que, si bien *de iure* los operadores económicos de terceros países no cubiertos por acuerdos internacionales no pueden exigir un trato igualitario ni ampararse en la normativa de la Unión, *de facto* su tratamiento por parte de las entidades adjudicadoras podría no diferir del dispensado a los operadores de la UE, siempre que sean admitidos al procedimiento y no se establezcan modalidades de trato destinadas a reflejar la diferencia objetiva[59]. No parece que las sentencias *Kolin* y *Qingdao* impongan a las entidades adjudicadoras la obligación de excluir a estos operadores ni de reflejar una diferencia objetiva, sino que les reconoce una facultad para hacerlo, caso por caso. Ahora bien, esta situación aparentemente neutral se transformaría en el momento en que uno de estos operadores pretenda interponer un recurso. Es entonces cuando se revela la verdadera asimetría, pues su defensa quedaría limitada al derecho nacional, sin posibilidad de invocar el Derecho de la Unión ni, en rigor, la normativa nacional de transposición. De este modo, en caso de confirmarse esta interpretación el desequilibrio latente aflora con claridad cuando se pretenda someter a escrutinio la actuación de la entidad adjudicadora, marcando la diferencia real entre los operadores cubiertos por acuerdos y aquellos que no lo están. A la espera de mayores aclaraciones, esta jurisprudencia del TJUE sin duda ha introducido, por el momento, una nueva fuente de incertidumbre que se activaría con especial intensidad en caso de controversia. Mientras tanto, y ante las facultades reconocidas a las entidades adjudicadoras, resultaría recomendable que estas valoraran motivadamente en los pliegos el ejercicio o no de dicha facultad, con especial énfasis en caso de apartarse de ella.

---

58. Sobre este apartado de la sentencia, parece necesario recalcar que no cabe confundir el concepto de "autoridad nacional" con el de "autoridad contratante" (o entidad adjudicadora), cuya confusión traería consecuencias jurídicas diferentes, desvirtualizando la doctrina plasmada en *Kolin*. Así, debemos entender que la "autoridad nacional" aludida por el TJUE es aquella con potestad para adoptar actos de alcance general (v.g., el legislador estatal *cuando regula*). Por el contrario, la "autoridad contratante" es el sujeto que actúa *caso por caso* al llevar a cabo un procedimiento de licitación específico (*cuando compra*). La doctrina *Kolin* veda a la primera la adopción de una norma general de exclusión —por invadir la competencia exclusiva de la Unión en materia de política comercial—, pero (como se ha analizado) sí reconoce a la segunda la facultad de decidir sobre la admisión y el trato diferenciado en un procedimiento concreto.

59. De esta forma lo han expresado T. SADRIĆ, Y L. OREŠKOVIĆ, en su comentario «Kolin Case (C-652/22): A Brief Analysis». (Disponible en: https://www.bdvlegal.com/kolin-case-c-652-22-a-brief-analysis/).

2. PANORAMA GENERAL EN EL ACCESO AL MERCADO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA TRAS LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TJUE

La jurisprudencia reciente del TJUE ha perfilado el acceso de operadores económicos de terceros países sin acuerdo que garantice reciprocidad en los procedimientos de contratación pública de la Unión. A efectos metodológicos, se han distinguido tres grandes grupos: (A) los operadores económicos establecidos en la UE, cuyo acceso está plenamente garantizado; (B) los de terceros países cubiertos por acuerdos internacionales que garantizan el acceso recíproco (como el ACP u otros acuerdos bilaterales), cuyo derecho de acceso se encuentra limitado al ámbito que cubran dichos acuerdos; y (C) los operadores de terceros países no amparados por acuerdos de este tipo, que no tienen derecho de acceso y cuya situación jurídica es la que ha sido objeto de atención en los pronunciamientos *Kolin* y *Qingdao.*

Esta panorámica permite visualizar con mayor claridad los distintos niveles y derechos de acceso asociados a cada uno de ellos. Sin embargo, la aplicación práctica de estas categorías plantea importantes retos para las entidades adjudicadoras, pues tras la jurisprudencia aquí analizada, operarán en un escenario incierto hasta que se publiquen ulteriores aclaraciones, especialmente en lo que respecta a la eventual admisión de operadores del tercer grupo. De ahí que resulte urgente —y no meramente conveniente — una actualización de las directrices de la Comisión sobre el acceso de operadores económicos de terceros países a los mercados de contratación pública de la UE. Las últimas directrices, de 2019[60], han quedado claramente superadas por la evolución normativa (Reglamentos ICI y FSR) y, especialmente, por la interpretación jurisprudencial más reciente. Esas futuras orientaciones deberían ofrecer claridad tanto sobre la admisión como sobre el tratamiento diferenciador que, en su caso, habría de aplicarse a estos operadores, con especial atención a las facultades de las que disponen las entidades adjudicadoras.

Ciertamente, todo apunta a que el verdadero problema de esta doctrina está en los márgenes: la falta de uniformidad de tratamiento a estos licitadores, incertidumbre sobre las garantías otorgadas (incluido el régimen de recursos) e indefinición de algunos conceptos. Tampoco puede obviarse que las sentencias, pese a lo clarificador de algunos puntos, delegan buena parte del problema a los Estados miembros y todos los actores implicados en el procedimiento de contratación, que deberán hacer cumplir esta doc-

60. Comunicación de la Comisión Europea (2019/C 271/02) «Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de la contratación pública de la UE».

trina sin ofrecer pautas completamente claras. Todo ello dibuja un escenario aparentemente inestable que no se comprende si no se lee a la luz de otros textos legislativos, como el Reglamento ICI citado previamente.

Cabe preguntarse, en este punto, si nos encontramos ante los indicios de una contratación pública europea de carácter proteccionista, o si se trata más bien de una estrategia de defensa del interés europeo, pendiente aún de verdadera consolidación en las siguientes directivas (o reglamento) sobre contratación. Parece más acertado hablar de la situación actual como una progresiva construcción de una compra pública preferencial, que se mantendrá vigente hasta que se aborde la actualización del paquete de Directivas. Como ha subrayado R. CARANTA, el TJUE difícilmente pudiera haber ido más allá de lo que ha hecho, ya que la posibilidad de participación de estos operadores se desprende tanto de las Directivas sobre contratación como del propio Reglamento ICI. Esto último perdería su razón de ser si no se admitiera, siquiera en principio, la eventual participación de operadores no cubiertos por acuerdos. Asimismo, el citado autor también recuerda que la decisión de admitir a estos operadores en un procedimiento concreto no puede considerarse un «acto de alcance general», ni siquiera una decisión jurídicamente vinculante en sentido estricto, lo que explicaría el margen de actuación que aún subsiste para la actuación discrecional de las entidades adjudicadoras[61].

En todo caso, la situación actual, aún marcada por la transición, exige una capacidad de adaptación ágil por parte de todos los actores implicados. En primer lugar, la Comisión debería abordar el reto de establecer las aclaraciones necesarias para reducir la incertidumbre actual[62]. En segundo lugar, para los Estados miembros y sus entidades adjudicadoras el desafío radica en manejar con criterio el margen que les ha sido conferido, sin traspasar los límites de la competencia exclusiva de la Unión. Pero este contexto también ofrece oportunidades: la posibilidad de redefinir los intereses

61. Traducción propia de la idea de CARANTA, R., «Adapting to a Changing World, not without Difficulties: Kolin (C-652/22)», *How to Crack a Nut*, 22 de noviembre de 2024. Disponible en: https://www.howtocrackanut.com/blog/adapting-to-a-changing-world-not-without-difficulties-caranta (consultado el 15 de marzo de 2025).

62. A fecha de corrección de pruebas del presente trabajo (octubre de 2025), y ante las crecientes demandas de orientación a los operadores jurídicos, la Comisión ya ha publicado un documento de preguntas y respuestas tratando de resolver las dudas interpretativas derivadas de ambas sentencias, todo ello con el propósito de aclarar, en la medida de lo posible, el alcance y las implicaciones prácticas de dicha jurisprudencia. En todo caso, tal y como se indica expresamente a pie de página en la portada del propio documento, su finalidad es ofrecer una interpretación no vinculante, elaborada "sobre la base del entendimiento que tienen los servicios de la Comisión de los Tratados, las Directivas de contratación pública y la jurisprudencia del Tribunal

estratégicos de la UE, fortalecer su autonomía en sectores clave y, sobre todo, avanzar en la celebración de nuevos acuerdos internacionales que garanticen una reciprocidad efectiva, como vía para abrir el mercado de contratación pública sin comprometer la competitividad y la igualdad de trato.

IV. REFLEXIÓN FINAL: EL EQUILIBRIO ENTRE LA APERTURA Y LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS EUROPEO

Del presente trabajo, que ha tratado la transformación del acceso a la contratación pública en la Unión Europea, se extraen las siguientes conclusiones:

La primera es que nos encontramos en un momento clave para la contratación pública en la Unión Europea. La evaluación en curso del último paquete de directivas, sumada a los desafíos estratégicos que atraviesa la UE, sitúan este instrumento en el centro del debate sobre la autonomía europea, la resiliencia económica y la sostenibilidad. Lo cierto es que se aproxima una reforma del marco de la contratación pública europeo que, ya sea abordada mediante la aprobación de nuevas directivas o la adopción de un reglamento, debería enmarcarse en un contexto económico y geopolítico sustancialmente distinto, tal y como han puesto de relieve los recientes informes Draghi y Letta, así como las orientaciones políticas anunciadas por la nueva Comisión Europea, donde la autonomía estratégica se erige como pilar fundamental.

En segundo lugar, sin olvidar la importancia que le otorga la Unión al Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) y demás acuerdos que garanticen a los operadores comunitarios un acceso recíproco a los mercados de contratación pública, ha quedado constatado que desde hace varios años han comenzado a proliferar nuevos instrumentos de defensa comercial que pueden incidir de forma directa en la configuración del mercado europeo de contratación. Entre ellos destacan el Reglamento (UE) 2022/1031 sobre el Instrumento de Contratación Internacional (ICI), el Reglamento (UE) 2022/2560 sobre subvenciones extranjeras, y la reciente propuesta de Reglamento sobre medicamentos críticos, que introduce expresamente una cláu-

de Justicia". Así, se advierte que la "interpretación auténtica" del Derecho de la Unión corresponde en última instancia al TJUE, y que el presente documento no modifica el marco jurídico aplicable. En otras palabras, nos encontramos ante un documento prudente en su redacción y deliberadamente contenida que representa, con cierta probabilidad, el máximo nivel de concreción que puede ofrecer la Comisión en este momento. Enlace al documento: https://public-buyers-community.ec.europa.eu/resources/qa-participation-eu-procurement-market-bidders-non-covered-third-countries-cases-c-65222.

sula de compra pública preferencial y alude a la revisión de las Directivas como una oportunidad para consolidar esta preferencia, especialmente en sectores sensibles.

En tercer lugar, el breve recorrido por los hitos que han llevado a la evaluación del vigente paquete de Directivas sobre contratación pública y el estudio de determinados instrumentos que probablemente incidirán en su configuración, revela un cambio político en la concepción del acceso a los mercados europeos de contratación pública. Ante esta realidad, las sentencias *Kolin* y *Qingdao* han clarificado el acceso de operadores económicos de terceros países que no estén amparados por un acuerdo internacional que garantice reciprocidad. Así, de los pronunciamientos se extrae que estos operadores no tienen un derecho de acceso al mercado de la contratación pública de la UE y, aunque sean admitidos, no podrán invocar las Directivas ni exigir la igualdad de trato, lo que deja su posición jurídica en una notable situación de incertidumbre. A falta de actos de alcance general adoptados por la Unión, las «entidades adjudicadoras» deben valorar su admisión y, en su caso, prever modalidades de trato que reflejen su diferente posición jurídica. Por el contrario, indican que las «autoridades nacionales» no pueden aplicar las disposiciones nacionales de transposición a estos operadores, ya que es una materia que entra dentro del ámbito de la competencia exclusiva de la Unión. Es por ello que, en este «contexto interpretativo», y ante las facultades reconocidas a las entidades adjudicadoras, resultaría recomendable que estas valoraran motivadamente en los pliegos el ejercicio o no de dicha facultad, con especial énfasis en caso de apartarse de dicha facultad.

Las conclusiones precedentes ponen de manifiesto la necesidad de que la Comisión Europea actualice las directrices de 2019 relativas al acceso de operadores económicos de terceros países hasta llevar a cabo la reforma de las Directivas, dotando así de mayor claridad a una materia que más allá de movilizar un buen número de recursos, tiene implicaciones directas en la calidad de vida de la ciudadanía y en cómo perciben los ciudadanos a sus instituciones públicas. Así las cosas, cabe preguntarse en este punto si nos encontramos ante los indicios de una contratación pública europea de carácter proteccionista, o si se trata más bien de una estrategia de defensa del interés europeo, pendiente aún de verdadera consolidación en las siguientes directivas (o reglamento) sobre contratación. Resulta acertado hablar de la situación actual como una progresiva construcción de una compra pública preferencial, que se mantendrá vigente hasta la actualización del paquete de Directivas, donde parece que se perfilará como elemento imprescindible.

En definitiva, como se apuntaba desde el inicio, esta transformación no ha surgido de forma espontánea ni aislada, sino como respuesta a un nuevo contexto que impone la necesidad de reforzar la autonomía y la resiliencia de la Unión también en el ámbito de la contratación pública. Y, como bien señalaba Jean Monnet, «los hombres sólo aceptan el cambio resignados por la necesidad y sólo ven la necesidad durante las crisis». La contratación pública europea no es ajena a este razonamiento, pues el cambio que se está presenciando es necesario y, en buena medida, consecuencia del momento que se atraviesa.

V. BIBLIOGRAFÍA

CANCINO GÓMEZ, R., «Las nuevas normativas de la Unión Europea (UE) sobre debida diligencia y antisubvenciones: ¿mejores prácticas o neoproteccionismo?», en MORENO MOLINA, J. A. y CANCINO GÓMEZ, R. (Coords.), *Mejores Prácticas en la Contratación Pública*, Bosh, Madrid, 2023, pp. 303-318.

CARANTA, R., «Adapting to a Changing World, not without Difficulties: Kolin (C-652/22)», *How to Crack a Nut*, 22 de noviembre de 2024. Disponible en: https://www.howtocrackanut.com/blog/adapting-to-a-changing-world-not-without-difficulties-caranta (consultado el 15 de marzo de 2025).

COZZIO, M., «La nueva política comercial de la Unión Europea (UE) y sus efectos en la contratación pública internacional», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXXIV, núm. 288 (2024).

ESTEBAN RÍOS, J., «Algunos aspectos controvertidos del Instrumento de Contratación Internacional», en GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y DE GUERRERO MANSO, M. C. (Coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2022*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 173-195.

ESTEBAN RÍOS, J., «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).

ESTEBAN RÍOS, J., «El Instrumento de Contratación Internacional: régimen y problemática de la armonización europea frente al proteccionismo en los contratos públicos», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 66 (2023), pp. 171-187. Disponible en: https://doi.org/10.58992/rcdp.i66.2023.3898.

ESTEBAN RÍOS, J., «El nuevo control europeo de las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior: régimen jurídico y especialidades en materia de contratación pública», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 63 (2023), Iustel, pp. 1-37.

ESTEBAN RÍOS, J., «Hacia un mayor control de la Unión sobre las licitaciones nacionales: la respuesta europea frente a las subvenciones de países terceros», en GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.) y DE GUERRERO MANSO, M. C. (Coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2023*, Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 303-332.

GIMENO FELIÚ, J. M., «Hacia una nueva contratación pública en clave geoestratégica: la brújula de la competitividad en Europa al servicio de las políticas públicas», *Boletín del Observatorio de la Contratación Pública*, marzo de 2025 (aportación como prepublicación que se incorporará en el *Observatorio de los Contratos Públicos 2025*). https://www.obcp.es/opiniones/hacia-una-nueva-contratacion-publica-en-clave-geoestrategica-la-brujula-de-la

GIMENO FELIÚ, J. M., *Hacia la buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la estrategia y el valor de los resultados*, Marcial Pons, Barcelona, 2024, p. 100.

MORENO MOLINA, J. A., *El nuevo derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Chartridge Books Oxford, 2015, p. 14.

MORENO MOLINA, J. A., «El Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio y la Directiva de la Unión Europea 2014/24», *Contratación Administrativa Práctica*, Ed. La Ley, núm. 140, Sección Reflexiones, 2015.

MORENO MOLINA, J. A., «Una valoración de los principales logros y fracasos de las directivas de la UE sobre Contratación Públicas tras diez años desde su aprobación», *Boletín del Observatorio de la Contratación Pública*, 2024.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., «Los principios de la contratación pública en la Unión Europea y en España», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 18 (2019), pp. 303-321.

SÁNCHEZ-GRAELLS, A., «The Court of Justice decidedly jumps on the procurement protectionism bandwagon, creating legal uncertainty along the way (C-652/22)», *How to Crack a Nut*, 6 de noviembre de 2024. Disponible en: https://www.howtocrackanut.com/blog/court-of-justice-eu-procurement-protectionism-after-kolin (consultado el 15 de marzo de 2025).

SÁNCHEZ-GRAELLS, A., *Public Procurement (or Government Procurement)*, diciembre de 2024. Forthcoming in *Elgar Concise Encyclopedia of Extraterritoriality and the Law*. Disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=5050584 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5050584.

TELLES, P., «On case C-652/22 Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret», 2024. Disponible en: https://www.telles.eu/on-case-c-652-22-kolin-insaat-turizm-sanayi-ve-ticaret/ (consultado el 15 de marzo de 2025).

III

Contratación pública estratégica: social, íntegra y ambiental

11

El tortuoso camino para la creación de una comisión interministerial para la inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública. ¿A la tercera irá la vencida?

Teresa Medina Arnaiz
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Burgos

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS COMISIONES INTERMINISTERIALES. III. LA CREACIÓN DE UNA COMISIÓN INTERMINISTERIAL PARA LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. *1. Primer intento fallido: El Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo. 2. Segundo intento fallido: El Real Decreto 667/2023, de 18 de julio.* 2.1. La sentencia del Tribunal Supremo 1121/2024, de 25 de junio: la declaración de nulidad del inciso «más representativas a nivel estatal» a propósito de la composición de la Comisión Interministerial. 2.2. La sentencia del Tribunal Supremo 1560/2024, de 3 de octubre: la omisión del trámite de audiencia a las organizaciones empresariales. IV. CONSIDERACIONES FINALES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las orientaciones políticas de la Comisión Europea para el período 2024-2029 proyectan «hacer un mejor uso de la contratación pública» y, para lograrlo, se ha anunciado la revisión del marco europeo de la contratación pública en el año 2026. Esta revisión perseguirá, entre otros objetivos, establecer criterios de preferencia a los productos europeos en la contratación

pública de determinados sectores estratégicos, así como simplificar la aplicación de la normativa teniendo en cuenta, especialmente, a las empresas emergentes e innovadoras. Este anuncio coincide con el interés mostrado por las instituciones europeas en incorporar requisitos y criterios distintos del precio en los procedimientos de contratación pública en consonancia con diversos objetivos políticos, entre los que destaca el fomento de la protección del medio ambiente y la consecución de objetivos sociales[1].

Este enfoque estratégico de la contratación pública está presente en las Directivas de contratación pública desde el año 2014 y ha sido incentivado también desde distintas políticas sectoriales (cambio climático, industria, transporte, igualdad de género, etc.). Ahora bien, aun con esta promoción normativa, los resultados no han sido los esperados[2] e incluso se ha llegado a hablar de una década perdida, puesto que en estos últimos diez años la contratación pública raramente ha tenido en cuenta aspectos estratégicos y «la proporción de contratos adjudicados en favor de la oferta más baja todavía representa la gran mayoría de las adjudicaciones en todos los Estados miembros»[3].

A pesar de estos limitados resultados, en la agenda legislativa europea se sigue apostando por el papel estratégico de la contratación pública para reforzar la competitividad sostenible e inclusiva de la Unión Europea[4] (PERNAS GARCÍA, 2024; GALLEGO CÓRCOLES, 2019). El Consejo Europeo insiste en la necesidad de impulsar una contratación pública estratégica para canalizar la inversión pública en el logro de objetivos clave para la Unión, a la vez que pide que se complete un plan de acción estratégico para guiar y sustentar el programa de revisión y reforma de la contratación en la Unión

1. *Una Brújula para la Competitividad de la UE*, COM (2025) 30 final, de 29 de enero, p. 18 y *Pacto por una Industria Limpia: una hoja de ruta conjunta para la competitividad y la descarbonización*, COM (2025) 85 final, de 26 de febrero de 2025, p. 9.
2. Los datos muestran que la proporción de procedimientos que utilizan criterios de adjudicación distintos al precio es muy limitada. En el contexto europeo, el *Informe anual sobre el mercado único y la competitividad de 2025*, COM (2025) 26 final, de 29 de enero, p. 24 señala que «aunque las normas vigentes permiten aplicar criterios sociales, de sostenibilidad y de resiliencia, su adopción ha sido limitada, en particular debido a los retos de ejecución». Asimismo, a nivel nacional, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la contratación (OIRESCON) ha indicado que «los órganos de contratación no consideran de forma relevante, aún, la inclusión de los criterios estratégicos como condiciones de admisión y criterios de adjudicación», en la p. 172 de su *Informe especial de supervisión relativo a la contratación pública estratégica en 2023* (noviembre 2024).
3. Informe Especial 28/2023, del Tribunal de Cuentas Europeo *Contratación pública en la UE – La competencia en la adjudicación de contratos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los diez años anteriores a 2021*, p. 57, apartado 114.
4. *Una Brújula para la Competitividad de la UE*, COM (2025) 30 final, de 29 de enero, p. 18.

Europea[5]. La revisión del marco jurídico requiere que se analicen en profundidad las causas que han llevado al incumplimiento de los objetivos clave de la reforma de las Directivas del año 2014. Este análisis resulta indispensable para lograr una mejor comprensión de las barreras que han obstaculizado el uso de criterios cualitativos en los procedimientos de licitación.

El proyecto europeo *Buying for Social Impact* (2020) ha permitido detectar cinco problemas que dificultan la adopción de cláusulas sociales en la contratación pública:

— Disparidad de criterios en la transposición de la Directiva 2014/24/UE a la legislación nacional de los Estados miembros; es decir, existen discrepancias significativas entre los Estados en la aplicación y en el cumplimiento de las normas de contratación pública.

— Los órganos de contratación desconocen (o ignoran) las disposiciones de las Directivas relativas a una compra pública socialmente responsable.

— Dificultades prácticas en su aplicación y puesta en práctica.

— Falta de desarrollo de un ecosistema propio de economía social. No se dispone de un marco jurídico específico para la economía social. Las entidades de la economía social carecen de capacidad para responder a las licitaciones.

— El sector público no está familiarizado con la economía social, lo que en parte se debe a la falta de conocimiento de las especificidades de las entidades de economía social por parte de los órganos de contratación.

A estos problemas generales, en el contexto de España durante el año 2024, se suman dos obstáculos adicionales que profundizan en la incertidumbre respecto al «destino de las cláusulas sociales» (MEDINA ARNAIZ, 2019).

El primero de ellos se refiere a la aversión al riesgo que se advierte en los órganos de contratación de que se anulen determinadas cláusulas sociales por parte de los tribunales administrativos de recursos contractuales[6].

5. *Mejorar la competencia equitativa y eficaz para los contratos públicos en la UE adjudicados para obras, bienes y servicios* (C/2024/3521).

6. Según datos de la OIRESCON recogidos en el citado *Informe especial de supervisión relativo a la contratación pública estratégica en 2023*, en «un 66,42% de los contratos analizados no ha sido identificado ningún criterio de adjudicación de carácter estratégico», p. 138.

A pesar del tiempo transcurrido desde la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y de la claridad de algunos de sus mandatos (por ejemplo, los artículos 1.3 y 202), todavía no se ha logrado una total seguridad jurídica en torno al uso de cláusulas sociales que aclare en qué circunstancias y en qué contratos deben ser admitidas. Durante el año 2024, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) ha seguido contribuyendo a la diversidad interpretativa que existe a este respecto entre algunos tribunales de recursos contractuales, ya que su Resolución 793/2024, de 20 de junio, vuelve a incidir en una interpretación restrictiva de los requisitos establecidos en el artículo 145.5 de la LCSP para tomar en consideración criterios de carácter social por cuanto entiende que infringen las exigencias de vinculación con el objeto del contrato.

El segundo obstáculo es de carácter organizativo, pero denota la tensión que existe en esta materia entre órganos de contratación, organizaciones sindicales y asociaciones empresariales dada «una mayor vinculación, intensidad y deber cuidado por el respeto a la normativa laboral, del que se derivan para el órgano de contratación un deber de vigilancia que antes no existía»[7]. Concretamente, nos estamos refiriendo a la nulidad del Real Decreto 667/2023, de 18 de julio, por el que se crea la Comisión Interministerial para el desarrollo y mejora de la inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública.

Esta Comisión Interministerial tenía por finalidad «garantizar la coordinación de las entidades del sector público estatal que tengan la condición de poderes adjudicadores para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública», pero su creación por parte del citado Real Decreto fue declarada nula por dos pronunciamientos del Tribunal Supremo: la nulidad del artículo 3.1.e).14.º por parte de la sentencia 1121/2024, de 25 de junio (ECLI:ES:TS:2024:3502) y la nulidad total por parte de la sentencia 1560/2024, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2024:4865).

Este trabajo tiene como propósito examinar los fundamentos que llevan al Tribunal Supremo a declarar la nulidad del Real Decreto 667/2023, de 18 de julio y, por tanto, anular la creación de esta Comisión Interministerial. Este análisis se lleva a cabo desde el estudio de la regulación del procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias, pero se sustenta en una serie de consideraciones que también serán objeto de examen. La primera es que la creación de esta Comisión tiene su antecedente en el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, que igualmente fue declarado nulo por

7. Resolución 632/2018, de 29 de junio, del TACRC.

parte del Tribunal Supremo, pero del que no se aprovecharon las oportunidades de aprendizaje que ofrecía. La segunda es que, en materia de contratación pública estratégica existen otras Comisiones Interministeriales que no han sido objeto de conflictividad, aun cuando también proclaman su naturaleza organizativa y sus normas de creación han seguido la misma tramitación en su elaboración que los Reales Decretos anulados[8].

Estas consideraciones hacen que cuestionemos las razones aducidas para la impugnación de estos Reales Decretos, pero también que nos preguntemos si resulta preciso constituir un órgano colegiado, como es una Comisión Interministerial, para avanzar en el reto de lograr una contratación pública socialmente más responsable. Si la respuesta es positiva el siguiente interrogante suscita la duda de si, de nuevo, se abordará la creación de una Comisión Interministerial con esta misma finalidad haciendo bueno el refrán de «a la tercera va la vencida».

II. LAS COMISIONES INTERMINISTERIALES

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), establece el régimen jurídico de los órganos colegiados de la Administración General del Estado en sus artículos 19 a 22[9]. Conforme a lo dispuesto en su artículo 20.1, la LRJSP acoge una concepción clásica de órgano colegiado al establecer que son «aquellos que se creen formalmente y estén integrados por tres o más personas, a los que se atribuyan funciones administrativas de decisión, propuesta, asesoramiento, seguimiento o control, y que actúen integrados en la Administración General del Estado o alguno de sus Organismos públicos».

Atendiendo a su clasificación, los órganos colegiados de la Administración General del Estado cuyos miembros proceden de diferentes Ministerios son órganos colegiados interministeriales y entre estos órganos nos encontramos con las denominadas comisiones interministeriales[10]. La

8. Ejemplo de ello es la tramitación del Real Decreto 364/2024, de 9 de abril, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios de innovación en la contratación pública. En su memoria del análisis de impacto normativo se indica expresamente que no se ha llevado a cabo el trámite de consulta previa, ni el de audiencia, ni información pública al tratarse de una propuesta normativa de carácter organizativo.

9. En términos más precisos, cabe señalar que la LRJSP regula los órganos colegiados con el carácter de legislación básica. Sus artículos 15 a 18 resultan aplicables a los órganos colegiados de todas las entidades que integran el sector público y los artículos 19 a 22 únicamente a los órganos colegiados de la Administración General del Estado.

10. El Decreto 2134/1965, de 7 de julio, por el que se regulan las Comisiones Interministeriales, definía estas comisiones como «aquellos órganos colegiados de trabajo que

mayoría de estas comisiones se enmarcan en la necesaria coordinación entre los departamentos ministeriales con competencias sobre una materia concreta (por ejemplo, en materia de voluntariado o de cooperación al desarrollo)[11], pero es importante destacar que no se trata de órganos de carácter obligatorio[12], ni necesariamente deben tener un carácter permanente[13].

De acuerdo con lo establecido en el artículo 22.1) y 2) de la LRJSP, la norma de creación de una comisión interministerial ha de revestir la forma de Real Decreto cuando su Presidente tenga rango superior al de Director general y cuando se les atribuyan, entre otras, competencias decisorias, de propuesta o de seguimiento de las actuaciones de otros órganos de la Administración General del Estado (de no cumplirse estas condiciones, la creación de estos órganos puede tener lugar mediante Orden ministerial).

El rango normativo de Real Decreto exige que su elaboración se ajuste a las previsiones del artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, así como a las normas que contiene al efecto el «Título VI de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) disposiciones». Por lo que a este trabajo interesa y tal como se analizará en un momento posterior, es importante señalar que, si se omite algún trámite esencial en la elaboración de estos reales decretos, el resultado es su nulidad de pleno derecho.

Por su parte, el contenido del real decreto de creación de una comisión interministerial obedece a lo dispuesto en el artículo 20.2 de la LRJSP por el cual en su articulado debe recoger: a) sus fines u objetivos; b) su integración administrativa o dependencia jerárquica; c) su composición y los criterios

---

se constituyen por acuerdo del Consejo de Ministros o de las Comisiones Delegadas del Gobierno o por resolución de la Presidencia del Gobierno, y que, integrados por representantes de dos o más Departamentos, tienen por finalidad el estudio, la información adecuada y, en su caso, la propuesta de resolución al Gobierno de cuestiones que afecten a varios Ministerios» (artículo 1). DE MIGUEL GARCÍA (1972) se refería a ellas como «un instrumento del Gobierno para el mejor cumplimiento de los fines que tiene encomendados», p. 462.

11. Estas comisiones están reguladas, respectivamente, por el Real Decreto 1061/2024, de 15 de octubre (la Comisión Interministerial de Voluntariado) y por el Real Decreto 140/2025, de 25 de febrero (la Comisión Interministerial de Cooperación para el Desarrollo Sostenible y la Solidaridad Global).

12. Sabemos que una ley puede imponer al Gobierno el deber de dictar un reglamento de desarrollo, pero ello no supone que le obligue a la adopción de una concreta estructura organizativa.

13. Como ejemplo de lo dicho, cabe citar la Comisión Interministerial para la preparación y organización de la Copa Mundial de la FIFA 2030, creada mediante el Real Decreto 99/2025, de 18 de febrero, y que prevé su extinción una vez cumplidos sus fines y, en todo caso, una vez celebrada la Copa Mundial de la FIFA 2030 y liquidados todos los compromisos económicos derivados de la misma.

para la designación de su Presidente y de los restantes miembros; d) sus funciones y e) la dotación de los créditos necesarios, en su caso, para su funcionamiento.

En el momento actual, y vinculadas al ámbito de la contratación pública, podemos señalar la existencia de tres Comisiones Interministeriales:

— La Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública, creada por el Real Decreto 6/2018, de 12 de enero.

— La Comisión Interministerial para la incorporación de la metodología BIM en la contratación pública, creada por el Real Decreto 1515/2018, de 28 de diciembre, y

— La Comisión Interministerial para la incorporación de criterios de innovación en la contratación pública, creada por el Real Decreto 364/2024, de 9 de abril.

La única Comisión que ha sido objeto de conflictividad es la referida a la incorporación de cláusulas sociales.

III. LA CREACIÓN DE UNA COMISIÓN INTERMINISTERIAL PARA LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La creación de una comisión interministerial para la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública no está prevista en la LCSP; es decir, no viene impuesta por la ley, y tampoco existe una habilitación legal que sirva de base para la creación de dicho órgano colegiado interministerial.

La decisión de su regulación es una opción de gestión política y, más específicamente, una elección de tipo organizativo que encuentra acomodo en la discrecionalidad inherente a la potestad de autoorganización de la Administración. Se trata, pues, de una decisión organizativa de la Administración General del Estado que, en palabras del preámbulo del Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, se considera oportuna para permitir «una actuación coordinada del sector público estatal en las actuaciones de incorporación de criterios sociales en la contratación».

Así pues, aunque la creación de esta Comisión deriva directamente de las previsiones que la LCSP recoge en materia de cláusulas sociales, podemos afirmar que la Ley no implanta una estructura de órganos que den cumplimiento e impulso a las obligaciones sobre una contratación pública estratégica, como sí que hace, por ejemplo, para dar cumplimiento a las

obligaciones de gobernanza con la creación, entre otros, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (artículos 332 y 333 LCSP)[14] (RODRÍGUEZ PÉREZ, 2024).

El hecho que desde la LCSP no se proyecte la creación de este tipo de órganos colegiados no significa que el legislador nacional no sea sensible a la evolución del Derecho europeo hacia una contratación pública estratégica. La entrada en vigor de la LCSP avaló el cambio respecto de la visión tradicional de la contratación pública, que pivotaba únicamente en torno a los aspectos económicos de los contratos, hacia una contratación que tiene en consideración objetivos no económicos relacionados con la protección medioambiental, el fomento de la innovación y la política social y laboral (GIMENO FELIU, 2024; MORENO MOLINA, 2021; DE GUERRO MANSO, 2024). Así, a través de la LCSP, ha regulado con un mayor detalle, amplitud y relevancia los aspectos sociales de la contratación, en algunos casos con contenidos de carácter potestativo para los órganos de contratación, y en otros casos con previsiones de carácter directamente vinculantes (ROMEO RUIZ, 2018; AGUADO I CUDOLÀ, 2021).

Ahora bien, tal y como hemos afirmado en otras ocasiones, la incorporación de cláusulas sociales a los contratos públicos no ha resultado pacífica, ni ha sido bien aceptada por parte de algún sector al entender que supone una injerencia indebida en la autonomía de la organización empresarial y en la relación entre la empresa y sus trabajadores (MEDINA ARNAIZ, 2020).

Para salvar los obstáculos que ya se vislumbraban en la aplicación de una contratación pública estratégica y poder avanzar en la consideración de la contratación pública como instrumento para el cumplimiento de otras finalidades públicas[15], en el año 2018 se consideró adecuado, en el ámbito de la Administración General del Estado, la creación de una Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública (mediante el Real Decreto 6/2018, de 12 de enero) y la creación de una Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública (mediante el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo).

14. La LCSP anuncia en su preámbulo la configuración de «un ambicioso esquema de tres órganos colegiados a nivel estatal con el doble objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones de gobernanza que establecen las Directivas Comunitarias y de combatir las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública».

15. El TACRC en su Resolución 660/2018, de 6 de julio, ya avanzaba que «la regulación de los criterios sociales y medioambientales en la Ley 9/2017, así como también en la Directiva transpuesta, no constituye precisamente un modelo de claridad y precisión sino más bien al contrario».

La Comisión Interministerial regulada en el Real Decreto 6/2018, de 12 de enero, tenía por finalidad «garantizar la coordinación de la Administración General del Estado (AGE), sus Organismos Públicos y los servicios comunes y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, en la incorporación y el uso de criterios ecológicos en la contratación pública» (artículo 2). Entre sus funciones destaca «la elaboración del Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus Organismos Públicos y los servicios comunes y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social que deberá ser acorde con la Estrategia Nacional de Contratación Pública»[16] (artículo 4.a).

La Comisión Interministerial regulada en el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, tenía como finalidad «garantizar la coordinación de las entidades del sector público estatal que tengan la condición de poderes adjudicadores para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública en relación con la información, la accesibilidad, las prescripciones técnicas, la adjudicación o la ejecución de los contratos, entre otros aspectos, así como en la aplicación de contratos reservados en la contratación pública estatal, regulados en la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre» (artículo 2).

Estos dos órganos colegiados comparten el objetivo común de impulsar una compra pública estratégica desde la atribución de competencias de coordinación en el ámbito estatal; sin embargo, su trayectoria ha sido muy diferente. La existencia de la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública fue muy breve debido a la declaración de nulidad del Real Decreto 94/2018 por parte de la sentencia del Tribunal Supremo 1719/2019, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:3949). En dicha sentencia, dictada como consecuencia de los recursos interpuestos por la Unión General de Trabajadores (UGT) y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO), el Tribunal Supremo declaró la nulidad del citado Real Decreto debido a la omisión del trámite de audiencia a los citados sindicatos en la elaboración de la norma.

1. PRIMER INTENTO FALLIDO: EL REAL DECRETO 94/2018, DE 2 DE MARZO

Como hemos señalado con anterioridad, el artículo 22 de la LRJSP impone que la norma de creación de un órgano colegiado interministerial

16. La Orden PCI/86/2019, de 31 de enero, publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018, por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025).

revista la forma de Real Decreto en el supuesto que la presidencia del órgano recaiga en un titular con rango superior al de Director general y el concreto órgano ostente competencias de seguimiento o control de las actuaciones de otros órganos de la Administración General del Estado.

Ambas circunstancias concurrían en el caso concreto de la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública: la presidencia la ostentaba la persona titular de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, del entonces Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (artículo 3.1.a) y, entre sus funciones se encontraba el seguimiento de la aplicación del Acuerdo del Consejo de Ministros previsto en la disposición adicional cuarta de la LCSP sobre contratos reservados (artículo 4.1.a).

La preceptiva memoria del análisis de impacto normativo (en adelante, MAIN) elaborada por los Ministerios proponentes, contenía un apartado en el que se justifica la oportunidad de la propuesta de creación de este órgano colegiado atendiendo, básicamente, a dos motivos. El primero señala que «la progresiva implementación y desarrollo de estos contenidos no es tarea fácil, técnicamente puede resultar complejo en muchos aspectos y además requiere intercambio de información y coordinación entre todos los órganos de contratación que aplican tales criterios». El segundo subraya que la contratación estratégica es uno de los aspectos sobre los que expresamente la Comisión Europea puede solicitar información a los Estados miembros (artículos 83.3 tercer párrafo de la Directiva 2014/24/UE), «lo que requiere un seguimiento de la actuaciones que se realizan en este ámbito».

Estos razonamientos llevan a concluir que la creación de este nuevo órgano colegiado interministerial con las funciones que se le atribuyen y en el que estén representados especialistas de cada uno de los departamentos ministeriales, además de representantes del Consejo Nacional de la Discapacidad, de la Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector y de la OIRESCON «es la manera más eficaz para poder afrontar las nuevas necesidades en materia de criterios sociales en la contratación pública».

Respecto de la tramitación de este Real Decreto, y la obligada referencia a las consultas realizadas y a las observaciones recibidas en el trámite de audiencia e información pública[17], la MAIN se limita a señalar que omite dicho trámite «por ser una norma de organización interna de la Adminis-

17. A estas exigencias alude el artículo 26.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y el artículo 2 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis del Impacto Normativo.

tración, de acuerdo con el artículo 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre»[18], sin que se justifique con mayor detalle la ausencia del trámite de audiencia.

Tal y como hemos avanzado, este Real Decreto fue recurrido por parte de las organizaciones sindicales UGT y CCOO argumentando, como vicio de procedimiento, que en su tramitación se habían vulnerado los artículos 26.2 y 26.6 de la Ley del Gobierno, al no haberse realizado una consulta pública, ni conferido trámite de audiencia a las organizaciones sindicales más representativas de los intereses de los trabajadores.

A pesar de las alegaciones contrarias al recurso que defendían que su carácter organizativo amparaba la omisión de dicho trámite por encontrarse entre las circunstancias de excepción que se contemplan en el artículo 26.6 de la Ley del Gobierno, lo cierto es que el Tribunal Supremo analiza también el contenido del Real Decreto 94/2018 para examinar si esta norma reglamentaria se proyecta más allá de un ámbito interno.

Frente a la invocación de su carácter meramente organizativo, el Tribunal Supremo manifiesta que «tal distinción no resulta sin más aplicable, con carácter automático, para determinar si debe o no darse audiencia previa. Debe determinarse antes si aquellos reglamentos, aun siendo organizativos, deben ser objeto de audiencia por afectar a intereses legítimos legalmente representados por determinadas entidades» (...) «de tal suerte que el hecho de que un reglamento pueda ser considerado como un reglamento interno de organización administrativa, no excluye el cumplimiento del requisito que estamos considerando (trámite de audiencia) si se produce la afectación de intereses» (FJ 5 de la STS 1719/2019, de 12 de diciembre, ECLI:ES:TS:2019:3949).

Este examen conduce a la nulidad del citado Real Decreto al entender que las organizaciones sindicales resultan afectadas por la propia configuración y finalidad perseguida por el Real Decreto impugnado y, por consiguiente, debieron ser consultadas. La omisión del trámite audiencia se reputa un vicio sustancial y determina, según impone el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, la declaración de nulidad del Real Decreto impugnado.

18. Cabe indicarse que la MAIN se refiere de manera errónea al artículo 26.2 de la Ley del Gobierno que trata el trámite de consulta pública con carácter previo a la elaboración del texto, en vez del artículo 26.6 de la misma Ley que alude al trámite de audiencia e información pública. Esta errónea referencia no tiene, sin embargo, mayor transcendencia puesto que en la aprobación del referido Real Decreto no se sustanció el trámite de consulta pública, ni se llevó a cabo el trámite de información pública.

2. SEGUNDO INTENTO FALLIDO: EL REAL DECRETO 667/2023, DE 18 DE JULIO

La citada STS 1719/2019, de 12 de diciembre, señalaba la posibilidad que tenía la Administración de retrotraer el procedimiento administrativo de elaboración del Real Decreto anulado al momento en que se debió de realizar el citado trámite para que se lleve a efecto esa audiencia; sin embargo, no se optó por esta solución jurídica.

Tras más de tres años desde el pronunciamiento del Tribunal Supremo, en el año 2023 se avanzó en un segundo intento de crear una Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública. Fue entonces cuando se inició un nuevo procedimiento para la elaboración de una norma con rango reglamentario y, también, bajo la forma de un real decreto para adecuarse a lo previsto en el artículo 22.2 de la LRJSP, ya que la presidencia de dicha Comisión recaería en la persona titular de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales.

Esta nueva Comisión, aunque con un nombre ligeramente diferente, mantiene los mismos fines y similares funciones que la anterior. También trata de corregir las deficiencias que motivaron la nulidad de su predecesora, a la vez que actualiza la denominación de los Ministerios implicados en su composición[19] y amplía el número de sus miembros.

El Real Decreto 667/2023, de 18 de julio, establece la creación de la Comisión Interministerial para el desarrollo y mejora de la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública. Adscrita al Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, la Comisión cuenta con representación de todos los ministerios, así como del Consejo Nacional de la Discapacidad, la Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector, el Consejo Económico y Social, la OIRESCON y, como novedad destacada, incluye la participación de las organizaciones sindicales (artículo 3).

La integración en esta Comisión de un representante por cada una de las «organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal» generó cierta discusión por la utilización del criterio diferenciador de la mayor representatividad y, de hecho, como analizaremos más adelante, fue anulado por el Tribunal Supremo. Ahora bien, a pesar de la judicialización del conflicto, no se cuestionó la incorporación de las organizaciones sindicales

19. La adaptación en la denominación de los diversos departamentos ministeriales y órganos administrativos deriva de la distribución departamental realizada por el Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales y por el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

en esta Comisión ya que se enmarca dentro de una decisión discrecional respaldada por las funciones de tutela y defensa de los intereses colectivos de los trabajadores, atribuidas a los sindicatos por la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical[20].

La finalidad que persigue la creación de dicha Comisión es garantizar la coordinación de las entidades del sector público estatal que tengan la condición de poderes adjudicadores para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública. A tal fin, en el ejercicio de sus funciones coordinadoras, se facultaba a la Comisión para elaborar propuestas y recomendaciones, que podrá elevar al Consejo de Ministros, así como informes, estudios o guías de aplicación (artículo 4.1).

Por lo que se refiere al procedimiento de aprobación, la MAIN que acompaña el proyecto normativo señala que se ha prescindido de la realización de la consulta pública previa, argumentándose que se trata de una propuesta normativa de carácter organizativo, sin impacto alguno en la actividad económica. El entonces Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (como Ministerio proponente)[21], persiste en la idea que tampoco es necesario la realización los trámites de audiencia e información pública. El argumento que utiliza para justificar su omisión es «reincidente» al afirmar que se trata de una norma organizativa y que, por ese motivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26.6 *in fine* de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, el trámite de audiencia se puede excepcionar ya que se trata de una disposición que regula «los órganos, cargos y autoridades del Gobierno o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas».

Ahora bien, a fin de evitar una nueva declaración de invalidez —o «de mortandad» en palabras de DOMÉNECH PASCUAL— la MAIN revela que ha sido necesario someter el proyecto al trámite de audiencia pública a las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal por exigirlo así la sentencia del Tribunal Supremo que declaró la nulidad del Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo. De esta forma, deja constancia que se ha

20. Desde una perspectiva constitucional, nuestro Tribunal Constitucional ha manifestado, en distintas ocasiones, que la función de los sindicatos no es únicamente la de representar a sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del derecho privado, pues «cuando la Constitución y la ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores *uti singuli*, sean de necesario ejercicio colectivo, en virtud de una función de representación que el sindicato ostenta por sí mismo» [STC 89/2020, de 20 de julio, FJ 3.a)].

21. Anterior al Real Decreto 829/2023, de 20 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030).

dado trámite de audiencia a las siguientes organizaciones sindicales: Central Sindical Independiente de Funcionarios (CSIF), Unión Sindical Obrera de Madrid (USO), Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) y Unión General de Trabajadores y Trabajadoras (UGT)[22].

Así pues, la tramitación de este Real Decreto cumple formalmente con el contenido y las obligaciones de la citada sentencia al dar audiencia a las organizaciones sindicales más representativas, pero no salva cualquier riesgo de nulidad por más que en su preámbulo, y contradiciendo a la propia MAIN, se diga que «se ha efectuado el trámite de audiencia pública (...) con el objeto de recabar los informes de diferentes organizaciones y asociaciones que pudieran verse afectadas por la norma».

2.1. La sentencia del Tribunal Supremo 1121/2024, de 25 de junio: la declaración de nulidad del inciso «más representativas a nivel estatal» a propósito de la composición de la Comisión Interministerial

La impugnación del Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, por parte de UGT y CCOO se basaba en dos tipos de vicios: uno procedimental, derivado de la omisión del trámite de audiencia durante la elaboración de la norma, y otro material, de carácter subsidiario, motivado por la exclusión de los sindicatos más representativos en la composición de la Comisión Interministerial. No obstante, en la citada sentencia 1719/2019, el Tribunal Supremo no se pronunció sobre esta última pretensión.

La estimación del recurso dejaba fuera la pretensión de los sindicatos de modificar la composición de la Comisión Interministerial porque lo determinante para la declaración de nulidad del Real Decreto era la omisión del trámite de audiencia a los sindicatos. En palabras del TS, «la estimación de este recurso se funda, como es natural en este tipo de trámites, en la necesidad de tomar en consideración otras perspectivas al elaborar la norma, con el fin de mejorar y perfeccionar su contenido para garantizar el acierto y oportunidad de ese producto normativo» (FJ 7 de la STS 1719/2019, de 12 de diciembre, ECLI:ES:TS:2019:3949).

La composición que debe tener la Comisión Interministerial, al no venir impuesta por la LCSP, se enmarca dentro del margen de discrecionalidad que corresponde a la Administración. El artículo 21.3 de la LRJSP contempla la posibilidad de que en la composición de los órganos colegiados partici-

22. Como resultado de este trámite, únicamente se recibieron aportaciones de CCOO y exclusivamente para proponer incrementar a dos las personas representantes por cada entidad sindical.

pen «organizaciones representativas de intereses sociales, así como otros miembros que se designen por las especiales condiciones de experiencia o conocimientos que concurran en ellos, en atención a la naturaleza de las funciones asignadas a tales órganos», pero esta previsión resulta únicamente facultativa y deberá determinarse para cada caso concreto.

El Real Decreto 667/2023, a diferencia de su predecesor, consideró oportuno integrar en esta Comisión a representantes sindicales y, con ello, abría la puerta a un mayor número de miembros que se fundamenta en el carácter plural, amplio y multidisciplinar del concepto de «cuestiones sociales». Ahora bien, es importante destacar que el cambio en la composición de la Comisión dando entrada a los sindicatos no se deduce de ninguna obligación impuesta por el Tribunal Supremo a pesar de que el preámbulo del citado Real Decreto manifieste que se «favorece la seguridad jurídica, al adecuar su tramitación y composición a lo establecido por la STS 1719/2019, de 12 de diciembre de 2019». Esta sentencia no obliga a un cambio en la composición de la Comisión, pero sí a tener en cuenta «las aportaciones y propuestas de los sindicatos sobre todo o parte del contenido de dicho Real Decreto» (FJ 7).

Aun con no responder a una obligación, durante la tramitación de este Real Decreto, y desde distintos Ministerios, se entendió adecuado que las entidades sindicales pudieran tener representantes en esta Comisión en la medida en que representan intereses sociales o colectivos coincidentes con algunas de las finalidades de la norma. La fórmula que se utilizó para incorporar a los representantes sindicales a la Comisión fue la de dar protagonismo a las organizaciones sindicales **más representativas**, de tal manera que entre los vocales de la mencionada Comisión Interministerial habría «una persona representante por cada una de las organizaciones sindicales **más representativas a nivel estatal**» [artículo 3.1.e).14.º]. El inciso «**más representativas a nivel estatal**» es el que ha sido declarado nulo por parte de la sentencia del Tribunal Supremo 1121/2024, de 25 de junio (ECLI:ES:TS:2024:3502).

Esta sentencia trae causa del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Unión Sindical Obrera (USO) contra el Real Decreto 667/2023, de 18 de julio, por el que se crea la Comisión Interministerial para el desarrollo y mejora de la inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública. El recurso recogía distintas pretensiones, pero entre ellas, destacaban: (i) la declaración de nulidad del inciso «más representativos a nivel estatal»; (ii) la declaración de nulidad de la actual composición de la Comisión Interministerial y (iii) el reconocimiento del derecho de USO a formar parte de dicha Comisión.

Es importante destacar que en este recurso no se enjuicia el Real Decreto 667/2023 en su totalidad, ni se plantea una posible infracción del procedimiento de elaboración del Real Decreto, pues lo que se cuestiona es la diferencia de trato entre organizaciones sindicales al haberse establecido un criterio diferenciador basado en una mayor representatividad[23]. En esta sentencia, el Tribunal Supremo examina la aplicación de la regla de la mayor representatividad para determinar la participación de los sindicatos como vocales de la Comisión a razón de «un representante por cada una de las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal»[24]. Para ello, profundiza en la naturaleza, objetivos y funciones de la citada Comisión, analizando sus características con el fin de determinar si concurren las circunstancias que, según la doctrina constitucional, permiten considerar que el criterio de mayor representatividad no constituye una forma de discriminación.

En efecto, el Tribunal Constitucional (TC) ha venido desarrollando una doctrina en torno a la mayor representatividad como criterio objetivo de diferenciación entre sindicatos desde la necesidad de conciliar la igualdad de trato de los sindicatos con la necesaria promoción del «hecho sindical»[25], ya que entiende que un tratamiento plenamente igualitario de los sindicatos podría comprometer el ejercicio efectivo de las funciones de relevancia constitucional que el artículo 7 de la Constitución Española (CE) encomienda a estas organizaciones (STC 63/2024, de 6 de abril, FJ 4.B).

El TC considera que pueden establecerse diferencias de trato entre sindicatos siempre que estén basadas en criterios objetivos y razonables. Dichos

23. La Abogacía del Estado justifica el criterio de la mayor representatividad en la necesidad de evitar un mayor número de miembros en la Comisión. Entendía que la restricción de la participación en función de la mayor representatividad resultaba, por ello, adecuada a la finalidad de impedir una atomización o dispersión sindicales que entorpeciera su funcionamiento.

24. El TS no prestó especial atención a la referencia «a nivel estatal», puesto que su análisis giraba en relación con la mayor representatividad sindical, aun cuando el artículo 7.1, segundo párrafo, de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, las organizaciones sindicales más representativas a nivel autonómico también tienen «capacidad para ostentar representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal».

25. Dentro del propio Texto Constitucional, existe una tensión entre la exigencia de igualdad de trato a los sindicatos derivada de los artículos 14 y 28 CE y el principio de «promoción del hecho sindical». De acuerdo con la doctrina constitucional, nos encontramos ante dos principios cuya compatibilidad es preciso garantizar: en primer lugar, el de libertad sindical e igualdad de trato de los sindicatos, derivado del artículo 28.1 de la Constitución (en relación con el 14); en segundo, el de promoción del hecho sindical, que enlaza con el artículo 7 de la Constitución y sería obstaculizado por una defensa a ultranza del primero.

criterios deben evaluarse de manera individual en cada caso, teniendo en cuenta la finalidad y los efectos de la medida adoptada debiendo establecerse una relación razonable de adecuación entre los medios empleados y la finalidad perseguida (STC 20/1985, de 14 de febrero, FJ 2). Así, la preferencia por las organizaciones sindicales «**más representativas**» resulta constitucionalmente admisible en el ámbito específico de la representación institucional a la que se refieren los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical —es decir, en el supuesto de participación institucional de un sindicato en un organismo público—, pero no resulta admisible allí donde su utilización puede acabar afectando, desproporcionadamente, al núcleo esencial de las funciones garantizadas en el artículo 28.1 de la CE (derecho fundamental a la libertad sindical)[26].

Aun sin hacerse eco de referencias constitucionales concretas, el TS anula el inciso «más representativas a nivel estatal» después de considerar que no nos encontramos ante un supuesto de representación institucional por parte de los sindicatos que hubiera avalado el criterio objetivo de la mayor representatividad, de conformidad con la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional[27]. Sus palabras son claras: «una cosa es que en estos órganos colegiados se incorporen "organizaciones representativas de intereses sociales" (artículo 21.3 de la Ley 40/2015), y otra cosa es que sea necesariamente un órgano de representación institucional».

A esta conclusión llega después de manifestar que la Comisión Interministerial para el desarrollo y mejora de la inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública:

— Es un órgano colegiado de la Administración General del Estado de los previstos en el artículo 21.1.a) de la LRJSP.

— No es un órgano ejecutivo ni de negociación. Tampoco es un foro de debate, sino que es un órgano de trabajo que ejerce funciones de estudio, seguimiento, propuesta, análisis, recomendación, diseño de acciones informativas y formativas y elaboración de informes o guías.

26. El criterio de «la mayor representatividad» otorga un margen de acción al legislador en el ámbito de la participación institucional, de modo que la participación sindical en la actividad de organismos públicos puede configurarse desde el criterio objetivo de la mayor representatividad (STC 63/2024, de 6 de abril, FJ 4.C).

27. Como venimos señalando, y conforme a dicha jurisprudencia, es en el ámbito de la representación institucional donde resulta constitucional la preferencia de los sindicatos más representativos por asumir un rol institucional como representación colectiva del conjunto de trabajadores basada en el dato objetivo de la voluntad de los trabajadores y funcionarios expresada en las elecciones a órganos de representación.

— Es un órgano cuyo objeto directo va más allá de «la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales» de los trabajadores, que es el ámbito de actuación de los sindicatos *ex art*ículo 7 de la Constitución.

— Es un órgano de trabajo en el que participan institucionalmente los sindicatos, pero no por eso es un órgano de representación sindical.

2.2. La sentencia del Tribunal Supremo 1560/2024, de 3 de octubre: la omisión del trámite de audiencia a las organizaciones empresariales

La sentencia del Tribunal Supremo 1560/2024, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2024:4865), ha declarado la nulidad del Real Decreto 667/2023, de 18 de julio, tras estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Confederación Nacional de la Construcción (CNC). Este recurso se fundamenta en la vulneración del procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria al haberse excluido del trámite de audiencia pública a las organizaciones empresariales en su papel de interlocutores sociales[28]. La ausencia de dicho trámite se reputa un vicio sustancial que determina la nulidad de pleno derecho del citado Real Decreto, puesto que, según el Tribunal Supremo «es conveniente y necesario conocer, en el proceso de elaboración de la norma, el parecer de las entidades encargadas de la ejecución de los contratos administrativos que ahora van a ser "desarrollados" y "mejorados" con cláusulas sociales» (FJ 5).

En su pretensión, la CNC sostiene que la norma recurrida no tiene un carácter meramente organizativo, sino que también produce efectos *ad extra* por afectar tanto a los intereses de las organizaciones sindicales como a los de las empresas y organizaciones empresariales que las representan. Alega que, a pesar de asumir la defensa de los intereses colectivos de empresas que pueden llegar a ser contratistas[29], se ha omitido su participación en el trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración del Real Decreto

28. También se alega el carácter insuficiente de la memoria abreviada de análisis de impacto normativo; sin embargo, no se impugna la composición de la Comisión Interministerial, ni se solicita formar parte de ella.

29. Cabe señalarse que la CNC es una de las organizaciones empresariales que tienen reconocida legitimación por parte de los distintos tribunales de recursos contractuales de nuestro país para la impugnación de los pliegos, en virtud de la legitimación corporativa que ostenta al amparo del artículo 48 *in fine* de la LCSP, en tanto que considere que el contenido de dichos pliegos pueda resultar lesivo a los intereses de las empresas del sector que representa (por ejemplo, por considerar que una concreta cláusula es restrictiva de la concurrencia competitiva de los operadores económicos). A este respecto, y a título de ejemplo, puede consultarse la Resolución 644/2024, de 22 de mayo, del TACRC o la Resolución 355/2024, de 30 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

667/2018, aunque en ningún momento niega que dicho trámite se haya evacuado.

Efectivamente, tal y como hemos tenido ocasión de señalar anteriormente, en la tramitación del citado Real Decreto sí que se llegó a sustanciar el trámite de audiencia pública al recabarse directamente la opinión de las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal por haberlo exigirlo así la sentencia del Tribunal Supremo que declaró la nulidad del Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo (STS 1719/2019, de 12 de diciembre, ECLI:ES:TS:2019:3949).

Esta sentencia será una referencia constante para el Tribunal Supremo, ya que establece un claro paralelismo entre este supuesto y el que llevó a la nulidad del Real Decreto de 2018. En ambos casos se planteaban cuestiones coincidentes: si estamos o no ante una disposición general de carácter organizativo, y si es así, si resultaba o no preceptivo el trámite de audiencia. Ahora bien, las coincidencias no acaban aquí.

Además de ello:

— Los dos Reales Decretos se tramitaron de conformidad con lo dispuesto en el procedimiento de elaboración de reglamentos que establece el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno;

— La nulidad de ambos Reales Decretos deriva de la inobservancia del trámite de audiencia pública, a pesar de no haberse sustanciado tampoco el trámite de consulta pública;

— Se destaca la posición común que el artículo 7 de la Constitución reconoce tanto a las organizaciones sindicales como a las asociaciones empresariales para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios;

— El núcleo argumental de ambos recursos reside en los intereses colectivos que se ven afectados por la incorporación de criterios sociales a la contratación pública, aun cuando se reconoce que se trata de una norma organizativa. Y lo que resulta más importante,

— La Administración insiste en la misma lacónica argumentación para justificar la omisión del trámite de audiencia pública y es que la norma fue dictada bajo la potestad de autoorganización de la Administración General del Estado. En base a ello considera que se cumplen los requisitos legalmente establecidos en el artículo 26.6,

párrafo tercero, de la Ley del Gobierno para prescindir de dicho trámite.

Una vez apreciadas estas semejanzas, resulta difícil sostener que durante la elaboración del Real Decreto 667/2023, de 18 de julio, se desconocían los riesgos de «mortandad» que le acechaban, ya que la experiencia previa podía hacer sospechar que la creación de una Comisión Interministerial con estas funciones y características no iba a estar exenta de conflictividad.

En este sentido, no parecía dudoso pensar que un trámite de información pública sin un carácter abierto también a las asociaciones empresariales podía conllevar problemas jurídicos máxime teniendo en cuenta que fue precisamente la omisión de este trámite lo que determinó la nulidad del Real Decreto 94/2018. A partir del análisis de estas mismas similitudes, el Tribunal Supremo razona extensamente en su fundamento quinto sobre la preceptividad de dicho trámite en el procedimiento de elaboración del Real Decreto impugnado frente a la invocación de su carácter meramente organizativo.

A ello hay que añadir dos cuestiones más. La primera es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene acotando qué debe entenderse por norma de naturaleza organizativa a efectos de la posibilidad de prescindir de los tramites de consulta pública[30], audiencia e información públicas evitando interpretaciones extensivas y restringiendo su aplicación (sentencias 150/2024, de 31 de enero, ECLI:ES:TS:2024:481 y 1097/2024, de 20 de junio, ECLI:ES:TS:2024:3548).

La segunda es una reflexión personal en la que planteo que, en una materia como esta que aglutina tantas y tan distintas sensibilidades, la Administración podría haber justificado con un mayor grado de detalle las razones por las cuales omitía el trámite de información pública explicando los motivos por los cuales la norma no produce efectos *ad extra,* tal y como sostiene el recurrente. Asimismo, y aun entendiendo que se puede prescindir de dicho trámite, podría haber optado por no hacer uso de dicha facultad

30. Respecto del trámite de consulta pública, y en palabras del Consejo de Estado, el Tribunal Supremo ha mantenido criterios dispares en relación con la correcta interpretación del penúltimo párrafo del apartado 2 del artículo 26 de la Ley del Gobierno —en particular, si para prescindir de este trámite han de concurrir los dos requisitos que allí se contemplan alternativa o cumulativamente— y con los efectos derivados del incumplimiento de este precepto; esto es, si la omisión de la consulta pública previa sin que concurran los presupuestos legalmente establecidos para ello, determina la nulidad radical de la disposición general o no afecta en modo alguno a su validez (Dictamen 249/2024, de 29 de febrero).

y recabar la opinión de diferentes organizaciones y asociaciones empresariales (por ejemplo, algunas de las que habitualmente recurren los pliegos contractuales) para así hacer efectivo el principio de participación que, en este aspecto, recoge el artículo 105.a) de la Constitución.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La creación de una Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública no está prevista en la LCSP, ni garantiza por sí misma el éxito en la consecución de sus objetivos. No obstante, constituye una opción legítima de la Administración General del Estado que deriva de su potestad de autoorganización.

Ahora bien, el ejercicio de esta potestad de autoorganización no puede estar reñida con las garantías procedimentales que rigen el procedimiento de elaboración de reglamentos. El refuerzo institucional que con la creación de este órgano colegiado se pretende dar a la inclusión de cláusulas sociales en la contratación del sector público estatal no debiera malograrse por vicios del procedimiento fácilmente salvables, ni por intereses partidistas que deben ser superados.

Tras dos intentos fallidos, esta Comisión Interministerial sigue siendo un órgano colectivo sin contrastar en la práctica, pero que nos deja una valiosa enseñanza: bastante difícil resulta hacer efectivo el mandato de una contratación pública socialmente responsable como para que su implantación e impulso se vea aplacado por una cierta obstinación en tropezar dos veces con la misma (o similar) piedra.

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUADO I CUDOLÀ, V. (2021) *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

CASADO CASADO, L. (2018): «La consulta previa en el procedimiento de elaboración de normas locales: algunas incertidumbres», en la obra colectiva *Homenaje al profesor Ángel Menéndez Rexach,* Vol. I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 191-221.

CIERCO SEIRA, C., y ROPERO VILARÓ, A. (2017) «La consulta pública previa en la elaboración de normas reglamentarias», *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 93-129.

DE GUERRERO MANSO, C. (2024) «Más de una década de compra pública de innovación en salud en España. Estado de la cuestión y análisis de sus resultados», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 62 (Ejemplar dedicado a: Innovación en salud: desafíos para el Derecho Público), pp. 57-95.

DE MIGUEL GARCÍA, P. (1972) «Las Comisiones Interministeriales», *Revista de Administración Pública*, núm. 67, pp. 457-468.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2022) «Sobre el procedimiento de elaboración de los reglamentos, sus vicios y su control judicial», *Revista de Derecho Público: teoría y métod*o, vol. 5, pp. 73-114.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (2017) «La potestad reglamentaria. El procedimiento de elaboración de los reglamentos», en la obra colectiva *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Vol. 2, pp. 2483-2549.

GALLEGO CÓRCOLES, I. (2019) «Posibilidades y límites generales de las cláusulas sociales y medioambientales como criterios de adjudicación y de desempate», en la obra colectiva *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos: guía práctica profesional*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 107-125.

GIMENO FELIU, J. M.ª. (2024) *Hacia una buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la estrategia y el valor de los resultados*, Marcial Pons, Madrid.

GIMENO FELIU, J. M.ª. (2017) «Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites», *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 241-287.

MEDINA ARNAIZ, T. (2019) «El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública», en la obra colectiva *Observatorio de los contratos públicos 2018*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 253-279.

MEDINA ARNAIZ, T. (2020) «La contratación pública estratégica», en la obra colectiva *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 81-99.

MORENO MOLINA, J. A. (2021) «Criterios sociales de adjudicación en el marco de la contratación pública estratégica y sostenible post-covid-19», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 210, pp. 45-78.

PERNAS GARCÍA, J. J. (2024) «La utilización de la huella de carbono en la preparación de contratos públicos: posibilidades y límites de un proceso en construcción», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 61, pp. 60-106.

PERNAS GARCÍA, J. J. (2020) «Compra pública verde y circular: El largo (y lento) camino hacia una amplia aplicación práctica de la contratación estratégica», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2020*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 873-914.

RODRÍGUEZ PÉREZ, R. (2024) «Organización administrativa de la contratación pública: órganos de contratación, responsable del contrato, órganos de asistencia y órganos consultivos», en la obra colectiva *Tratado de Contratos del Sector Público*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1001-1142.

ROMEO RUIZ, A. (2018) «Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 191, pp. 297-325.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2004) «Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de las normas», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 2, pp. 74-95.

12

Transparencia y *lobbies* en la contratación pública

Belén Noguera de la Muela
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

Irene Araguàs Galcerà
Profesora Agregada Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. III. LA ACTIVIDAD DE INFLUENCIA DESARROLLADA POR LOBBIES Y SU INCIDENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. *1. Los lobbies y su regulación en España. 2. Singularidades de las actividades de influencia en la contratación pública.* IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe ninguna duda de que la transparencia es un elemento esencial de cualquier Estado democrático, es un elemento clave del buen gobierno[1]. De manera que, sólo si los ciudadanos están debidamente informados sobre las actividades y el funcionamiento de los poderes públicos es posible el control ciudadano del ejercicio del poder. Erigiéndose, por tanto,

1. J. L. PIÑAR MAÑAS (2015) "Transparencia y derecho de acceso a la información pública: algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno", *RCDP* n.º 49; M. VILLORIA MENDIETA (2017), "El buen gobierno", *Comentarios a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. (A. Troncoso Reigada, dir.), Cívitas, p. 146.

la transparencia en un instrumento clave para todo ello, y también para la lucha contra la corrupción, recordando la feliz cita del Juez Brandeis «la luz del sol es el mejor desinfectante»[2].

Así, a pesar de que el binomio transparencia-democracia es inescindible, históricamente ha existido en nuestro país un importante déficit en este ámbito, al que se pretendió hacer frente con la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno (LTBG), así como con las sucesivas leyes autonómicas de transparencia[3].

Podemos afirmar, por tanto, que se ha convertido la transparencia en un tema central, en una de las «direcciones prioritarias a las que debemos orientar nuestros esfuerzos» (T. R. FERNÁNDEZ)[4], cuya importancia creciente para la realización del Estado democrático se debe, de una parte, al

2. A ello se han referido, entre otros, D. J. SOLOVE (2004), *The digital person: Technology and privacy in the information age*, New York University Press, p. 141; S. RODOTÀ, «Democracia y protección de datos». *Cuadernos de Derecho Público* n.º 19-20, p. 15; J. RODRÍGUEZ ZEPEDA (2004), *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política*, IFAI.

3. En la actualidad contamos con las siguientes leyes autonómicas de transparencia:
   - Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Islas Baleares (LTBa)
   - Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública de Canarias (LTCan)
   - Ley 1/2018, de 21 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública de Cantabria (LTCant)
   - Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña (LTCat)
   - Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha (LTCM)
   - Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura (LTE)
   - Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia (LTG)
   - Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Región de Murcia (LTNa)
   - Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (LTPA)
   - Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón (LTPAr)
   - Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León (LTPCyL)
   - Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Navarra (LTNa)
   - Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés.
   - Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y Participación de la Comunidad de Madrid.
   - Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana.

4. T. R. FERNÁNDEZ (2014), «Perspectivas actuales del Derecho Administrativo (Roma 2014)», *REDA* n.º 163, p.48; E. MALARET GARCÍA (2017) «Bon govern, transparència

impacto de las nuevas tecnologías de información en la cultura de comunicación y de formación de la opinión de la sociedad y, de otra, a la necesidad de fortalecer la posición de los ciudadanos frente a un sistema político-administrativo más complejo y sofisticado (SOMMERMANN)[5].

En cualquier caso, como señala J. BARNÉS, la transparencia se ha convertido en una palabra de «anchas espaldas» que soporta realidades y perspectivas distintas entre sí[6], actuando en distintos planos, de manera que en función del ámbito en el que se aplique, y de los objetivos que con ella se persigan, adquirirá distintas manifestaciones.

En este marco, el presente trabajo tiene por objeto analizar las implicaciones de la transparencia en la contratación pública, haciendo referencia tanto a la regulación de esta institución en este ámbito concreto de la actuación administrativa, como a los instrumentos que derivan de la misma. Asimismo, nos referiremos a una de las cuestiones más deficitarias en la consecución de una Administración transparente, que no es otra que la regulación (o falta de ella) de la actuación de las actividades de influencia o *lobbying*, apuntando los principales riesgos y retos que es necesario abordar en los próximos años.

II. LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La noción de transparencia no es de por sí clara ni precisa, sino que es, en cambio, flexible, polisémica y adaptable a múltiples contextos (SANTINI)[7]. Puede servir a funciones diversas, relacionadas entre sí, proyectándose tanto sobre la actividad administrativa, como remitiendo a la teoría democrática, a los valores de participación de los individuos en aquellas

---

i rendició de comptes. Reforçant i completat la legitimitat democràtica dels poders públics», *RCDP* n.º 55, pp. 23-47; L. TOLIVAR ALAS (2019), «Contratación pública: corrupción y transparencia en una sociedad digital», *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI* (I. del Guayo Castiella y A. Fernández Carballal, coord.), INAP, pp. 904-906.

5. K. P. SOMMERMANN (2010) «La exigencia de una administración trasparente en la perspectiva de los principios de democracia y del estado de derecho», *Derecho administrativo de la información y administración transparente* (R. García Macho, dir.), Marcial Pons, p. 25.

6. J. BARNÉS VÁZQUEZ (2010) «Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia», *Derecho administrativo de la información y administración transparente* (R. García Macho, dir.), Marcial Pons, p. 51; I. ARAGUÀS GALCERÀ (2016), *La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria*, Atelier, p. 106.

7. A. SANTINI (2004) *Il principio di trasparenza nell ordinamento dell Unione Europea*. Giuffre.

decisiones que les afectan[8] y estando estrechamente relacionada con la rendición de cuentas (*accountability*)[9].

En este contexto, son diversas las posturas que sostiene la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de la transparencia administrativa, y que se mueven entre las que sostienen su condición de valor superior del ordenamiento jurídico[10], pasando por aquellas que consideran que es un principio de actuación administrativa[11], y las que la identifican con un derecho, ya sea fundamental o no[12]. En todo caso, sea cual sea la opción elegida lo relevante es que se haga realidad la implantación de un verdadero nuevo modelo de relaciones entre la Administración y los ciudadanos.

En relación al contenido positivo de la transparencia administrativa, consideramos que sin perjuicio de las peculiaridades o tintes distintos que adquiera en relación a las diversas actuaciones sobre las que se proyecte, con carácter general, integran la transparencia, con carácter general, tanto el conocimiento como la participación y el control (rendición de cuentas)[13]. Así, si bien es cierto que el *conocimiento* es un presupuesto de la participación y el control de la actividad administrativa, no lo es menos que la información por sí misma que no sirva para una finalidad concreta, no contribuye a lograr el modelo de Administración que persiguen las legislacio-

8. J. L. BLASCO DÍAZ (2010) «El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa», *Derecho Administrativo de la información y administración transparente* (R. García Macho, dir.), Marcial Pons, pp. 125-130.
9. A. SCHEDLER (1999) «Conceptualizing Accountability». *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, pp. 13 y ss; G. HUNT (2006) «The Principle of Complementarity: Freedom of Information, Public Accountability and Whistleblowing». *Open Government in a Theoretical and Practical Context*, Aldershot, pp. 43 y ss.
10. G. ARENA (1993) «Transparencia administrativa y democracia», *Revista Vasca de Administración Pública* n.º 37, pp. 9-20, J. ESTEVE PARDO (2015) «La Administración garante. Una aproximación», *RAP* n.º 197, pp. 31-33.
11. En el Informe NOLAN, elaborado por el Committee on Standards on Public Life (1995) incluye la transparencia como uno de los siete principios de la vida pública británica. Sobre ello, E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2006) *Democracia, jueces y control de la Administración*, Cívitas, p. 85.
12. Sobre la consideración de la transparencia administrativa como derecho puede verse: M. SÁNCHEZ DE DIEGO (2008) «Un derecho fundamental a acceder a la información pública», *El derecho de acceso a la información pública*, CERSA, Madrid; J. L. BLASCO DÍAZ (2010) «El sentido de la transparencia (...)», op. cit. pp. 121 y ss. En derecho comparado, P. BIRKINSHAW (2006) «Freedom of Information and openness: fundamental human right?». *Administrative Law Review* n.º 177.
13. En relación a cuáles son los elementos integrantes de la transparencia administrativa, existen posturas diversas. En este sentido, COTINO HUESO considera que participación (así como el control) no son, en sí mismos, elementos integrantes de la transparencia, sino que ésta última es una herramienta para lograr ambas. En particular, el autor pone especial énfasis en la distinción entre transparencia y participación,

nes de transparencia. En este sentido, el glosario de la Unión Europea a la hora de referirse a la transparencia administrativa, se refiere expresamente a la participación[14], y en la «Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción» de transparencia internacional se incluye la apertura en la divulgación de información, normas, planes, procesos y acciones, así como la obligación de actuar de manera visible, predecible y comprensible en la promoción de la participación y la rendición de cuentas[15].

En este contexto, y teniendo presente la `progresiva incorporación de tecnologías en los procesos decisorios de los poderes públicos, un paso más

---

sosteniendo que la transparencia actúa como un presupuesto, premisa e instrumento de la participación, citando como autores favorables a esta postura: F. SCHRAM (2002) «Debating Transparency: A Challenge for the Belgian Presidency», *Increasing Transparency in the European Union?* (V. DECKMYN) *Maastricht journal of European and comparative law,* Vol. 11 n.º 2, pp. 33-90; L. COTINO HUESO (2003) *Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa*, pp. 24 a 26.

En la misma línea se pronuncian J. TORNOS MAS, A. ARROYO DÍEZ, M. MARTÍNEZ MARTÍNEZ y J. LÓPEZ PAGÁN (2012) *Transparencia, rendición de cuentas y participación: una agenda común para la cohesión social y la gobernanza en América Latina*. Colección de Estudios sobre Políticas Públicas Locales y Regionales de Cohesión Social, Programa urb-al III, pp. 39 a 72.

De otra parte, BLASCO DÍAZ, adopta una posición intermedia pues, aunque afirma la estrecha relación entre la transparencia y el control (*accountability),* no incluye (al menos de manera expresa) este elemento dentro del concepto de transparencia, cosa que sí hace con la participación, cuando el autor afirma que la transparencia comprendería, cuanto menos: «el derecho de acceso a la información, la publicidad y difusión de la actividad pública en todos los supuestos posibles, la participación de los ciudadanos en la formación de las decisiones administrativas y, finalmente, la ausencia de obstáculos o dificultades al natural conocimiento», J. L. BLASCO DÍAZ (2010) «El sentido de la transparencia administrativa (...)» *op. cit*., p. 47.

Finalmente, DOMÍNGUEZ LUIS incluye en el concepto de transparencia tanto la participación como la rendición de cuentas. En este sentido J. A. DOMÍNGUEZ LUIS (1995) «El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia informativa», *REDA* n.º 88, p. 550, citando a Ch. DEBBASCH (1990) *La transparence administrative en Europe*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, pp. 11 y ss. En el mismo sentido, vid. también C. LINDSTEDT & D. NAURIN (2010) «Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption», *International Political Science Review,* pp. 301-322.

14. El glosario que elabora la Unión Europea, en el que se presentan los términos relativos a la construcción europea, a las instituciones y a las actividades de la Unión Europea, incluye la participación en el concepto de transparencia, al disponer: «El concepto de transparencia se utiliza a menudo en la lengua comunitaria para designar la claridad de funcionamiento de las instituciones comunitarias. Está vinculada a las diversas solicitudes relativas a un mayor acceso a la información y los documentos de la Unión Europea para el ciudadano, una mayor participación en la toma de decisiones y una mejor legibilidad de los textos (simplificación de los Tratados, consolidación y mejor calidad de redacción de los textos legislativos) [...]» (http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/index_es.htm).

15. http://www.transparency.org/publications/publications/ot/her/plan_language_guide.

en esta dinámica lo constituye el «Gobierno abierto»[16], que integra y persigue la transparencia en la actividad de los poderes públicos, la participación de los ciudadanos en los procesos decisorios y la colaboración de los mismos en el ejercicio del poder[17]. De este modo, el proceso de apertura del Gobierno busca mejorar la regulación, rendir cuentas por vía de la transparencia, promocionar la participación y aumentar la generación de conocimiento[18].

Así, el *conocimiento* como elemento configurador de la transparencia puede hacerse efectivo a través de diversos cauces, de manera que tan importante es la difusión proactiva de la información (publicidad activa) y el acceso individualizado a ésta (publicidad pasiva), como el hecho de que una y otra se produzcan mediante el uso de formatos abiertos y de forma estructurada[19]. Por tanto, como señala Valero Torrijos[20]: «la accesibilidad de la información en poder de las Administraciones públicas no sólo se convierte en una exigencia del derecho a saber, sino que, incluso, se plantea como una oportunidad para ejercer un mejor control social a partir del desarrollo de aplicaciones informáticas que transforman los datos en poder de la Administración (...)».

16. Al respecto, podemos señalar, entre otros: C. CALDERÓN y S. LORENZO (2010) *Open Government: Gobierno Abierto*, Algón, p. 11; A. HOFMANN, A. RAMÍREZ ALUJAS, J.A. BOJÓRQUEZ PÉREZ-NIETO, coord.) (2014) *La promesa del Gobierno abierto,* disponible en https://www.alejandrobarros.com/wp-content/uploads/2016/04/La_promesa_del_Gobierno_Abierto.pdf
17. Sobre ello, M. VILLORIA MENDIETA (2014) «El Gobierno abierto como subsistema de políticas: una evaluación desde el institucionalismo discursivo», *La promesa del gobierno abierto* (A. HOFMANN, A. RAMÍREZ ALUJAS, J.A. BOJÓRQUEZ PÉREZ-NIETO, coord.), disponible en https://www.alejandrobarros.com/wp-content/uploads/2016/04/La_promesa_del_Gobierno_Abierto.pdf, p. 69, indica que esta teoría se basa en tres ideas: la transparencia promueve la rendición de cuentas, la participación mejora la eficacia gubernamental y la calidad de la toma de decisiones; y la colaboración incorpora a los ciudadanos en la acción de gobierno.
18. I. MARTÍN DELGADO (2014), «Transparencia, reutilización y datos abiertos. Algunas reflexiones generales sobre el acceso libre a la información pública», *Régimen jurídico de la transparencia del sector público del derecho de acceso a la reutilización de la información* (J. Valero Torrijos, M. Fernández Salmerón, coord.), Thomson Reuters Aranzadi, p. 370; B. NOGUERA DE LA MUELA (2022), «Por una contratación pública transparente y abierta en el marco de los Fondos Next Generation (NG-EU): algunas manifestaciones», *Observatorio de los Contratos Públicos 2021* (Dir. J. Mª GIMENO, Coord. C. DE GUERRERO), Thomson Reuters Aranzadi, pp. 183-228.
19. I. MARTÍN DELGADO (2014) «Transparencia (...)» *op. cit*., p. 376; I. ARAGUÀS GALCERÁ (2017) *La transparencia (...) op. cit*., pp. 114-116.
20. J. VALERO TORRIJOS (2013) *Innovación, Derecho y Administración electrónica*, Global Law Press, p. 386.

Por tanto, el acceso libre a la información mediante la puesta a disposición del público de catálogos de datos abiertos para que puedan ser fácilmente reutilizados, es el nivel más avanzado de transparencia (I. Martín Delgado)[21]. Transparencia, reutilización y datos abiertos son conceptos inseparablemente unidos en la lógica de la generación de conocimiento y del otorgamiento de un valor agregado a la información. Buscándose así, mejorar la eficacia en la prestación de servicios públicos, fomentar la participación de los ciudadanos, prevenir la corrupción y generar beneficio económico[22].

En el caso de la transparencia como exigencia de la buena gobernanza, del Gobierno abierto[23], en esta acepción nueva de la misma, prevista en las leyes de transparencia, estamos hablando de información para la *participación*[24]. Se trata aquí, de llevar a cabo una publicidad activa que, en ningún caso, tiene efectos jurídicos. Con esa transparencia se pretender dar respuesta a la sociedad que reclama superar el sistema burocrático, pasando de la exclusividad de los poderes políticos respecto del conocimiento y gestión de los asuntos públicos, a la incorporación de otros agentes (colectivos, ciudadanos) para que participen en la toma de decisiones[25]. Incluso para que los ciudadanos puedan conocer de aquellas actuaciones participativas llevadas a cabo por grupos de interés o lobbies.

---

21. I. MARTÍN DELGADO (2014) «Transparencia (...)» *op. cit.*, p. 376.
22. I. MARTÍN DELGADO «Transparencia (...)» *op. cit.*, p. 379.
23. M. A. SANMARTÍN MORA (2014) «Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», *Observatorio de los contratos públicos 2013* (J. M. Gimeno Feliú, dir., M. A. Bernal Blay, coord.), Thomson Reuters Aranzadi, pp. 85-86.
24. Respecto a la participación en relación con la transparencia, I. ARAGUÀS GALCERÁ (2017) *La transparencia (...)* op. cit. p. 117 señala que: «no sólo se permita la participación cuando la Ley lo prevé, sino que es necesario que la Administración adopte las medidas oportunas para incentivarla e intentar que ésta tenga un papel relevante en el desarrollo de la actuación administrativa con carácter general. Ello implica, entre otras cuestiones, dar una adecuada difusión de la realización de los trámites participativos que ponga en marcha la Administración; facilitar al máximo su ejercicio desde un punto de vista objetivo, subjetivo y formal; valorar adecuadamente las aportaciones realizadas, permitiendo que los ciudadanos conozcan el impacto que éstas han tenido en la actuación administrativa; y establecer medidas que permitan incrementar y mejorar las aportaciones realizadas por los ciudadanos, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo»; L. TOLIVAR ALAS (2010) «Principio de participación», *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (J. A. Santamaría Pastor, dir.), La Ley.
25. M. A. SANMARTÍN MORA (2014) «Las nuevas obligaciones (...)», *op. cit.*, pp. 85-86; E. MALARET GARCÍA, (2017) «Bon govern, transparència (...)» *op. cit.*, p. 40; J. ESTEVE PARDO (2015) «La Administración garante. (...)», *op. cit.*, pp. 31-33.

Por lo que se refiere al tercero de los elementos integrantes de la transparencia, la *rendición de cuentas* (*accountability*), deben mejorarse los mecanismos de control existentes, ya sean externos o internos.

Así, los mecanismos de control externos, tradicionalmente ejercidos en exclusiva por los tribunales, se extienden a otros como la prensa, y los propios ciudadanos[26]. En este sentido, constituyen un pequeño avance el «derecho de los ciudadanos a identificar a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos» [art. 53.3.b) LPACAP], y la posibilidad de que los particulares reclamen su responsabilidad en el caso de anomalías en la tramitación de procedimientos [art. 71.2 LPACAP]. Si bien, para que tenga lugar la rendición de cuentas, es necesario un alto nivel de conocimiento sobre la actividad administrativa, el reconocimiento de un derecho —y la correlativa obligación— a exigir respuesta (*answerability*) y el establecimiento de un cumplimiento forzoso de la Ley (*enforcement*)[27].

Por lo que se refiere a los mecanismos de control internos, juegan un papel decisivo las autoridades de control («guardianes de la actuación pública»), cuyo éxito o fracaso depende de las garantías de independencia y ausencia de interferencias políticas; la selección y promoción de su personal sobre la base de criterios de mérito y capacidad; la colaboración con otras instituciones; el acceso rápido a sus bases de datos y la atribución de los recursos y competencias necesarios para el desempeño de sus funciones.

Hechas todas estas consideraciones, advertimos, como corolario, que la transparencia como principio de actuación de las Administraciones Públicas se ha plasmado en diversas normas europeas, estatales y autonómicas.

Así, el Tratado de la Unión Europea se refiere expresamente a la transparencia, en su art. 11, como instrumento para profundizar en el carácter democrático de las instituciones europeas, puesto que todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión (art. 10) para lo cual sus decisiones deben tomarse de la forma más abierta y próxima al ciuda-

26. Al respecto, I. ARAGUÀS GALCERÁ (2017) *La transparencia (...)*op. cit. p. 118 indica que las tareas de vigilancia de la actuación pública que desarrolla la prensa han sido puestas de manifiesto en múltiples ocasiones por la doctrina y también por los tribunales, señalando también la relación que existe entre el derecho a obtener información y el derecho a la libertad de expresión o libertad de prensa, que permite difundirla. Sobre esta cuestión puede verse el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Yordanova* y *Toshev* contra Bulgaria, n.º 5126/05, de 2 de octubre de 2012.

27. J. TORNOS MAS. A. ARROYO DÍEZ. M. MARTÍNEZ MARTÍNEZ y J. LÓPEZ PAGÁN (2012) *Transparencia, rendición de cuentas* (...), *op. cit*.

dano. Así, el art. 15.3 TFUE se refiere a garantizar la transparencia y el derecho de acceso por parte de las instituciones europeas, y en el art. 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se configura a aquél como un derecho fundamental.

De otra parte, a nivel de nuestro derecho interno, la consagración definitiva del principio de transparencia se produjo con la aprobación a nivel estatal de la ya citada Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG), ley básica en la mayor parte de su articulado[28], que consagra a la transparencia como uno de los ejes fundamentales de toda acción política, que ha sido objeto de desarrollo por las diversas leyes de transparencia autonómicas. Si bien con carácter previo a ellas, se habían aprobado distintas normas reguladoras de la transparencia de carácter sectorial, alentadas principalmente por las políticas comunitarias[29].

Siendo la principal finalidad de la transparencia, garantizar el «derecho a saber» de los ciudadanos, lograr la implicación de los mismos en la toma de decisiones y también el control o rendición de cuentas de la actividad administrativa, las fórmulas que recoge la legislación de transparencia para hacerla efectiva son esencialmente dos: la publicidad activa y el derecho de acceso. La publicidad activa o «transparencia activa» (arts. 5 a 11 LTBG; y arts. 8 a 15 LTBGC) comporta la puesta a disposición de información administrativa sin necesidad de una solicitud previa por parte de los ciudadanos a través de canales de difusión oportunos, que se han concretado en nuestro país en los portales de transparencia creados por las distintas Administra-

28. No tienen carácter básico de acuerdo con la Disposición final octava LTBG:: el Título III, relativo al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno; el artículo 6.2, segundo párrafo (evaluación del grado de cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa); el artículo 9 (control del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa); los artículos 10.1 y 2 (portal de la transparencia); el artículo 11 (principios técnicos del portal de la transparencia); el artículo 21.2 (unidades de información); y el artículo 25.1 (ámbito de aplicación de las obligaciones de buen gobierno).

29. La Ley 27/2006, de 28 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, que transpone la Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre el acceso del público a la información ambiental y la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CE y 96/61/CE del Consejo; y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que transpone la Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la utilización de información del sector público.

ciones públicas. De otra parte, el derecho de acceso o «transparencia pasiva» (arts. 12 y 13 LTBG; y arts. 18 y 19 LTBGC) implica, en cambio, que la Administración facilite información administrativa con motivo de una solicitud previa por parte de un ciudadano, que no debe tener la condición de interesado y al que ni siquiera se exige que motive su petición.

En todo caso, debemos señalar que la transparencia no es absoluta y tanto la publicidad activa como el derecho de acceso plantean con carácter común una serie de limitaciones o restricciones dirigidas a preservar otros derechos o intereses dignos de protección de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico[30]. Así, a la vista del contenido de la información administrativa, se establecen una serie de límites materiales que impiden la divulgación de información cuando ésta pueda causar un perjuicio para: la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; los intereses económicos y comerciales; la política económica y monetaria; el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión, y la protección del medio ambiente (art. 14.1 LTBG). Además, merece un tratamiento específico la protección de los datos personales incorporados a la información administrativa, con remisión expresa a la legislación reguladora de este derecho (art. 15 LTBG). A tales límites materiales, la legislación de transparencia suma unos límites o restricciones formales, que dan lugar a la inadmisión de las solicitudes (art. 18 LTBG) en atención al tipo de documento o estado de elaboración en que se encuentra la información, con independencia de su contenido.

Además de las previsiones de la LTBG, completadas por las diversas leyes de transparencia autonómicas, la Ley 40/2015 (LRJSP) menciona también a la transparencia como uno de los principios que, junto con el de participación y objetividad, deben respetar las Administraciones públicas en su actuación [art. 3.1.c)], lo cual se reitera en el art. 81 para las entidades que integran el sector institucional, y en el 112 para las sociedades mercantiles estatales. Asimismo, la Ley 39/2015 (LPAC) hace alusión a la transparencia al referirse al derecho del acceso a la información pública, archivos y regis-

30. AA.VV. (2017) *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, INAP in totum; I. ARAGUÀS GALCERÁ (2018) «Transparencia y confidencialidad en la documentación incorporada en los expedientes de contratación», *RJC Vol. 117* n.º 3, pp. 101-128; E. MALARET GARCÍA (2017) «El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia», *Revista Digital de Derecho Administrativo* n.º 15, pp. 21-60.

tros [art. 13.d)]; al impulso de oficio del procedimiento respetando los principios de transparencia y publicidad (art. 71), y a la consideración de la transparencia como un principio de buena regulación (art. 129).

En este contexto, aunque la transparencia administrativa se extiende a todo el conjunto de la actividad administrativa, hay sectores que resultan clave para garantizar el efectivo cumplimiento del derecho a saber de los ciudadanos y en los que tradicionalmente ha existido una mayor opacidad o en los que la transparencia como antídoto contra la corrupción juega un papel crucial; siendo este es el caso de la contratación pública.

Como es de todos conocido, la contratación pública es uno de los principales carriles por donde discurre el actuar de las Administraciones públicas, y no solo es importante desde su consideración como actividad mediata o auxiliar, sino que es clave para la promoción de otras políticas públicas. Por tanto, cuenta con una relevante trascendencia económica, pero también política y social, capaz de contribuir a la realización de objetivos diversos: medioambientales, de promoción de la innovación, de lucha contra el cambio climático, de investigación, sociales, etc. Se impone, por consiguiente, una **visión estratégica** de la contratación pública, cuya finalidad es una modernización profunda del sistema público de contratación, para ser más eficiente y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica, tal y como dispone la Unión Europea en el cuarto paquete legislativo sobre contratación pública de 2014, así como en la Comunicación de la Comisión Europea «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa (3 de octubre de 2017)», donde identifica seis áreas prioritarias cuya acción clara y concreta puede transformar la contratación pública en un instrumento poderoso de la cartera de políticas económicas de cada Estado miembro, dando lugar a beneficios sustanciales en los resultados de los contratos, y que son: garantizar una mayor aceptación de la contratación pública estratégica; la profesionalización de los compradores públicos; mejorar el acceso a los mercados de contratación; **el aumento de la transparencia, integridad y mejores datos**; el impulso de la transformación digital de la contratación pública y la cooperación para contratar de forma conjunta.

Asimismo, a la vista del conjunto de previsiones del Derecho de la Unión Europea, se viene insistiendo desde hace ya tiempo (Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea de 2001) en la necesidad de construir **una nueva gobernanza pública**, cuyo objetivo es lograr **integrar la transparencia** en las propuestas de elaboración de las políticas europeas, y también en el sector de la contratación pública como de los más expuestos en la gestión irregular, fraude y corrupción (Foro Economía Mundial, OCDE, Parla-

mento Europeo, Informe Anticorrupción en Europa, 2014), permitiendo un mayor grado de participación y apertura de la sociedad civil europea, disminuyéndose así la distancia entre las instituciones europeas y su ciudadanía. La transparencia se ha convertido en un tema central, en una de las «direcciones prioritarias a la que debemos orientar nuestros esfuerzos» (T. R. FERNÁNDEZ).

De manera que la transparencia se ha implantado con fuerza en la administración comunitaria; —empezó a despuntar en los años 90 hasta llegar al TFUE y a las actuales Directivas de Contratación— adquiriendo una significación propia, que no está solo ligada a la mera idea de publicidad. Favorece, de una parte, la profundización en el control democrático de las instituciones y, de otra, la apertura de sus procedimientos y el acceso a la información pública. Desde estas premisas se ha consagrado, por tanto, como un principio general del acceso comunitario.

Con este telón de fondo, tanto la legislación estatal como autonómica de transparencia han plasmado una especial preocupación por garantizar la máxima transparencia posible respecto a las informaciones vinculadas a la contratación pública. Así, para cumplir con las obligaciones de información que derivan tanto de la publicidad activa como del derecho de acceso a la información regulados en estas normas, los adjudicatarios de contratos del sector público están obligados a suministrar información en los términos previstos en el respectivo contrato (art. 4 *in fine* LTBG y art. 3.5 LTBGC). Asimismo, una parte importante de la información que se genera con motivo de la contratación administrativa debe publicarse en los portales de transparencia (art. 8 LTBG y art. 13 LTBGC), exigiéndose, incluso, por parte de la legislación autonómica catalana, que la información relativa a la contratación conste en un espacio diferenciado del Portal de Transparencia.

Por su parte, la normativa reguladora de los contratos del sector público tampoco es ajena a la necesidad de que esta actividad administrativa se lleve a cabo bajo el manto de la transparencia[31].

31. Haciendo un análisis exhaustivo del tratamiento de la transparencia en las diversas normas aplicable a la contratación pública, puede vesre: M. M. Razquín Lizarraga, «El principio de confidencialidad en la contratación pública», J. M. Gimeno Feliu (Dir.) *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 867 y ss. Asimismo, sobre la aplicación del principio de transparencia en la contratación pública, pueden verse, entre otros, los siguientes trabajos: A. Cerrillo Martínez, *El principio de integridad en la contratación pública*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2014; T.R. Fernández, «La transparencia en la contratación administrativa», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 56, 2016, pp. 95 y ss.; J. M. Gimeno Feliu, J. M., «Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», *Presupuesto y gasto público* núm. 83, 2016, pp. 137 y ss.; M. A. Sanmartín

Así se refleja en las denominadas directivas de cuarta generación, en las que la transparencia es una constante. En este sentido, la Directiva 2014/24/UE entiende que la transparencia constituye un principio fundamental de la contratación pública, que debe estar presente en todas las fases y momentos de la contratación, y por ello se consagra como un principio de la contratación (art. 18.1) y la Sección 2 del Capítulo 3 incorpora un título referido a la publicidad y transparencia (art. 48 y siguientes). En unos términos similares, la Directiva 2014/25/UE, la transparencia también se encuentra entre los principios de la contratación, tanto con carácter general (art. 36), como respecto a los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos (art. 93). Finalmente, la Directiva 2014/23/UE también alude en diversas ocasiones a la transparencia, consagrando de manera expresa en su art. 3 el principio de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

En el ordenamiento jurídico interno, incorporando el contenido de las Directivas y aspectos doctrinales consolidados por los Tribunales, la transparencia tiene un papel destacado en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), cuestión que ya se producía en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en las distintas normas autonómicas relativas a la contratación[32].

En este sentido, más allá de las previsiones dirigidas a imponer a todos los sujetos incluidos en el ámbito de la aplicación de la LCSP[33] mayores exigencias de motivación en la toma de decisiones vinculadas a la contra-

---

Mora, «La transparencia en la contratación pública, nuevas perspectivas», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas* núm. 129, 2014, pp. 36 y ss.; P. Valcárcel Fernández, «Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública», en J. E. Soriano García (Dir.), M. Estepa Moreno (Coord.), *Por el Derecho y la libertad, Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Ed. Iustel, Madrid, 2014; B. NOGUERA DE LA MUELA (2015), «La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español», *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje a L.Cosculluela*, Iustel, pp. 937-958.

32. Destacan así las normas autonómicas dirigidas a regular la transparencia en materia de contratación, como es el caso del Decreto núm. 54/2011, de 17 de mayo, por el que se que regula la utilización de medios electrónicos y se establecen medidas de organización y mejora de la transparencia en la contratación del Sector Público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; o la Instrucción 1/2014, de 9 de enero, de la Directora de la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública de Cataluña para el incremento de la transparencia y la optimización de aspectos de los procedimientos de contratación pública.

33. Sobre el ámbito de aplicación de la nueva LCSP: Noguera de la Muela, B., «El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Compra conjunta y centrales de compra», en Gimeno Feliu, J. M. (Dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*... Op. Cit. pp. 233 y ss.

tación pública y asegurar la igualdad de trato y la competencia efectiva en los procedimientos de adjudicación, esta norma también incorpora un alto nivel publicidad respecto a la información de la actividad contractual[34]. Las principales herramientas para hacer efectiva esta publicidad son el perfil del contratante (art 63 LCSP) y el Registro de Contratos del Sector Público (art. 346 LCSP). El primero se configura como un instrumento de difusión a través de internet que, de manera pública y gratuita y en formato abierto y reutilizable, ha de contener una serie de informaciones relevantes sobre la actividad contractual del órgano de contratación. Por su parte, en el Registro de Contratos del Sector Público se inscriben los datos básicos de los contratos adjudicados por todos los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley, configurándose como «el sistema oficial central de información sobre la contratación pública en España» (art. 346.2 LCSP), información que debe estar sistematizada, siguiendo formatos y estándares abiertos adoptados a nivel internacional.

Del conjunto de normas analizadas se desprende, por tanto, un alto nivel de conocimiento respecto a la información vinculada a la contratación administrativa, hasta el punto que una gran parte de la información generada en este ámbito de la actuación administrativa es objeto de publicidad por la propia Administración, pudiendo destacar lo siguiente:

— En virtud del art. 8 LTBG, deben difundirse a través del portal de transparencia[35] las siguientes informaciones: todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación; el procedimiento utilizado para su celebración y los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado; el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario; las modificaciones del contrato; las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos; y datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público[36].

34. El tratamiento de estas tres medidas de transparencia en la LCSP es tratado en: Martínez Fernández, J. M. «La transparencia en la contratación pública», en Gimeno Feliu, J. M. (Dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos*... Op. Cit. pp. 810 y ss.

35. La legislación de transparencia autonómica impone una exigencia formal adicional, y es que: «La información en materia de contratación pública debe constar en un espacio diferenciado del Portal de la Transparencia, configurado como una plataforma electrónica de publicidad específica en este ámbito» (art. 13.2 LTBGC).

36. Debemos tener en cuenta que la legislación básica, en materia de publicidad activa, es una legislación de mínimos, por lo que a nivel autonómico pueden ampliarse las informaciones que obligatoriamente deben divulgarse en los portales de transparencia. Así ocurre en la legislación catalana de transparencia respecto a la información

— De acuerdo con las previsiones contenidas en la LCSP, muchas de las informaciones que contempla la legislación de transparencia también deben publicarse en el perfil del contratante (art. 63 LCSP), en el cual debe constar: la memoria justificativa del contrato, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, el objeto detallado del contrato, su duración, el presupuesto base de licitación y el importe de adjudicación, los anuncios de información previa, de convocatoria de las licitaciones, de adjudicación y de formalización de los contratos, el número e identidad de los licitadores participantes en el procedimiento, las actas

vinculada a la contratación pública pues, además de la información ya recogida en la legislación estatal, el art. 13 LTBGC dispone que debe ser objeto de publicidad activa: información sobre las entidades y los órganos de contratación, con la indicación de su denominación exacta, el teléfono y las direcciones postales y electrónica; información sobre las licitaciones en trámite, que debe comprender como mínimo el tipo de contrato, su objeto, el contenido económico, los pliegos de cláusulas administrativas y las condiciones de ejecución; información sobre los contratos programados; respecto a los contratos suscritos, los criterios de adjudicación, el cuadro comparativo de ofertas y sus respectivas puntuaciones, así como los acuerdos e informes técnicos del proceso de contratación; las prórrogas de los contratos y las licitaciones anuladas; los datos del registro público de contratos y del registro oficial de licitadores y empresas clasificadas; los acuerdos y criterios interpretativos de los órganos consultivos de contratación; una relación anonimizada de las preguntas y respuestas más frecuentes en las consultas en materia de contratación; las resoluciones de los recursos especiales, de las cuestiones de nulidad y de las resoluciones judiciales definitivas en materia de contratación, así como los actos de desistimiento, renuncia y resolución de contratos; una serie de datos que afectan, únicamente, a los contratos de gestión d servicios públicos y de concesión de obras públicas, como son: las condiciones y obligaciones asumidas por los gestores con relación a la calidad, el acceso al servicio y los requisitos de prestación del servicio; los derechos y deberes de los usuarios; las facultades de inspección, control y sanción que puede ejercer la Administración con relación a la prestación del servicio; y el procedimiento para formular quejas o reclamaciones; o el volumen presupuestario contratado por los distintos adjudicatarios en los últimos cinco años.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta informaciones objeto de publicidad activa que, aunque incluidas en otras categorías, también están vinculadas a la contratación, como es «La relación de los puestos ocupados por personal adscrito por los adjudicatarios de contratos firmados con la Administración que, en virtud del contrato, realice una actividad, un servicio o una obra con carácter permanente en una dependencia o un establecimiento público, así como el régimen de dedicación y el régimen retributivo de dicho personal y las tareas que realiza», información que tiene la consideración de perteneciente a la organización institucional y organizativa (art. 9.1.h) LTBGC).

de la mesa de contratación o la formalización de encargos a medios propios cuyo importe fuera superior a 50.000 euros[37].

Nos encontramos, por tanto, con que las informaciones vinculadas a la contratación administrativa que deben ser objeto de publicidad en virtud de la LTBG y de la LCSP son coincidentes en su mayor parte. Sin embargo, la distinción radica, no sólo en el fundamento jurídico subyacente en un caso y en otro; sino también en las consecuencias jurídicas de un posible incumplimiento de dicha publicidad. Así, la vulneración de las obligaciones de publicidad activa que impone la legislación de transparencia constituye una infracción legal que impide a las personas conocer una información pública a la que tienen derecho, siendo las posibles consecuencias derivadas de ello un requerimiento por parte del órgano con competencias de supervisión en materia de publicidad activa y, si se cumplen los requisitos previstos legalmente, la imposición de una sanción al responsable del incumplimiento[38]. Frente a ello, la falta de publicidad en la contratación incide en la propia validez del procedimiento de adjudicación, pues dicha publicidad es un elemento esencial para garantizar la concurrencia y la igualdad, y además comporta la apertura de plazos[39].

Afirmado lo anterior, debe señalarse que el resto de informaciones que se generan con motivo de la contratación pública y que no son objeto de publicidad (ni en virtud de la LTBG ni de la LCSP) no necesariamente tienen carácter confidencial o reservado. El legislador ha considerado que no revisten interés general y, por ello, no se divulgan a través de los portales de transparencia o de los perfiles del contratante, pero ello no significa que éstas no puedan darse a conocer, ya sea de manera proactiva por parte de la Administración como con motivo del ejercicio del derecho de acceso a la información.

---

37. Hay que tener presente que la LCSP amplia los supuestos de publicidad respecto a su antecesora. En este sentido, incorpora mayores niveles de publicación respecto a los contratos menores, los procedimientos anulados, la composición de las mesas y designación de miembros de los comités de expertos, así como respecto a los encargos a medios propios.

38. En este sentido, la LTBGC prevé que constituye el incumplimiento de las obligaciones y deberes de publicidad constituye una infracción muy grave cuando se apliquen de manera manifiestamente injustificada los límites la publicidad que prevé la Ley (art. 77.1 LTBGC); infracción grave los incumplimientos que no tengan la consideración de muy graves (art. 78.1 LTBGC); mientras que tienen la consideración de infracción leve los actos y omisiones que constituyen descuido o negligencia en el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la presente ley y en la atención a los ciudadanos cuando ejercen los derechos que les garantiza la norma (art. 79.1 LTBGC).

39. RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M., «El principio de confidencialidad en la contratación pública...» *Op. Cit*. P. 880.

En este contexto, una de las carencias que, a nuestro juicio, tiene la actual regulación, es la falta de previsión de un régimen de transparencia en relación a la información vinculada a la actividad desarrollada por grupos de interés o lobbies. Si bien esta problemática tiene carácter general, en el ámbito de la contratación pública las actividades de influencia generan unos riesgos singulares y plantean también retos específicos; cuestiones a las que dedicamos las siguientes páginas.

III. LA ACTIVIDAD DE INFLUENCIA DESARROLLADA POR *LOBBIES* Y SU INCIDENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. LOS *LOBBIES* Y SU REGULACIÓN EN ESPAÑA

La existencia de *lobbies* o grupos de interés que participan activamente en las políticas públicas es una cuestión que, aunque controvertida, se ha vuelto incuestionable. Las actividades de los grupos de interés son un fenómeno que se da en todas las partes del mundo y, en todo caso, es casi impensable que exista un proceso de toma de decisiones en el que no intervengan, en mayor o menor medida, los principales grupos de interés afectados[40].

Su presencia se deja sentir más en algunos ámbitos materiales de la actividad pública como la elaboración de disposiciones generales, el urbanismo, la contratación. Y, aunque existe cierto consenso en cuanto que estamos ante una «actividad legítima en un sistema democrático, que contribuye a llamar la atención de las instituciones en asuntos importantes», su **falta de regulación** puede derivar potencialmente en opacidad en la toma de decisiones, y en la falta de consideración igualitaria de los intereses de todas las partes implicadas[41]. No olvidemos que la regulación de los grupos de interés es una pieza de un sistema más complejo de regulación de la transparencia y la integridad pública.

Así, la doctrina (entre ellos, REVUELTA y VILLORIA)[42] destaca que la regulación de la actividad de los grupos de interés debe vincularse a la consecución de ciertos principios y derechos constitucionales como la sobe-

40. I. ARAGUÀS GALCERÀ (2016) «La regulación de los lobbies: hacia la consecución de la transparencia y el control de las actividades desarrolladas por grupos de interés», *RVPA* n.º 106; J. RIDAO e I. ARAGUÀS GALCERÀ (2024) *Los lobbies. Presente y futuro de la regulación de los grupos de interés en España y Europa,* Marcial Pons; J. PONCE SOLÉ (2019) *Mejora de la regulación, lobbies y huella normativa*, Tirant lo Blanch.

41. I. ARAGUÀS GALCERÀ (2016) «La regulación de (...)» *op. cit*., p. 250.

42. A. REVUELTA IGLESIAS (2016) «La regulación de los grupos de interés como instrumentos de prevención de la corrupción», *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos* (M. Villoria y J. M. Gimeno, aut.), Atelier.

ranía popular (art. 1.2), la igualdad política y la dignidad de la persona como garantía del respeto a una serie de derechos civiles como la libertad de expresión, de reunión, de asociación, de participación y de petición (arts. 20, 21, 22, 23 y 29, respectivamente).

En cualquier caso, tal regulación favorece la transparencia y la rendición de cuentas de la actividad de los sujetos que actúan como lobbies y de los actores y decisores públicos en juego; y, asimismo, sirve para contar con un marco claro a respetar por éstos en el ejercicio de su actividad de influencia; para garantizar la seguridad jurídica y prevenir los conflictos de intereses y la corrupción tan extendida en la actualidad.

Finalmente, otros argumentos en favor de la necesidad de contar con una regulación de los lobbies es que, a través de ella se contribuye a distinguir la actividad de influencia de carácter lícito de otras actuaciones que comportan la comisión de determinados tipos delictivos: cohecho, prevaricación, tráfico de influencias o negociaciones prohibidas, todos vinculados a la corrupción. A ello, podemos añadir que permite imponer ciertos límites en relación con fenómenos como las puertas giratorias (*revolving doors*) o la «captura» de la voluntad de la Administración, gracias a los medios materiales y personales de que disponen los sujetos que desarrollan actuaciones de *lobbying*, que frecuentemente derivan en normas que generan lagunas de forma deliberada (*loopholed*), con el propósito de eludir los verdaderos controles (*diluting regulation*)[43].

En todo caso, la exigencia de una normativa reguladora de la actividad de influencia es propia de una Administración abierta, que promueve diversas modalidades de participación para que la actividad de la Administración sea más próxima al ciudadano.

Pese a la singularidad del caso español (donde, a pesar de diversas tentativas, no existe en el ámbito estatal una regulación completa de los grupos de interés), cada vez son más los países que cuentan en su ordenamiento jurídico con una regulación de la actividad de los lobbies [Lituania (2001), Polonia (2003), Irlanda (2003), Francia (2009), Eslovenia (2010), Países Bajos (2012), Austria (2013), Reino Unido (2014), Lituania (2015), Francia (2016), Bélgica (2018), Alemania (2022, y antes en 2002)][44], muchos de los cuales toman como referencia la regulación federal estadounidense: hoy, la Lobbying Disclosure Act de 1995 (LDA). En la Unión Europea destaca el Acuerdo entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea, y la Comisión Europea, de 20 de mayo de 2021, sobre el Registro de Transparencia, que

43. J. RIDAO e I. ARAGUÀS GALCERÀ (2024) *Los lobbies. Presente (...), op. cit*., p. 13.
44. J. RIDAO e I. ARAGUÀS GALCERÀ (2024) *Los lobbies. Presente (...), op. cit*. P., 187.

tiene un papel clave al establecer el carácter obligatorio y previo de la inscripción en el referido Registro de los grupos de interés para poder realizar dichas actividades de representación en el ámbito de la Unión.

Si bien, aun siendo relevantes los cambios operados en el ámbito de la Unión Europea, siguen sin solucionarse ciertas cuestiones que se refieren, entre otras, a la aceptación de obsequios, los límites al fenómeno de las puertas giratorias, las dificultades para hacer el seguimiento de la «huella legislativa» o la baja calidad de los datos del Registro como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de revisión y actualización de la información por parte de los registrantes. A lo cual, se suma la falta de un régimen sancionador severo por incumplimiento del Código de Conducta de los anexos I-II, y por el desarrollo de actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Registro sin cumplir la preceptiva inscripción. Así, la medida consistente en la cancelación del registro ante un incumplimiento del Código de Conducta es más propia de un sistema de inscripción voluntaria que de un sistema verdaderamente obligatorio, en el que las infracciones de las reglas y principios que rigen la actividad de influencia son objeto de sanciones pecuniarias importantes. Asimismo, la configuración excesivamente amplia de algunas de las actividades excluidas —especialmente llamativa resulta la exclusión relativa las «reuniones espontáneas» y las «de carácter puramente privado o social»—, puede facilitar que aquellos sujetos que hasta ahora se han resistido a la inscripción, permanezcan a la sombra (ARAGUÀS).

Todo ello se puso de relieve, sin ir más lejos, con el llamado *Caso Qatargate* (2022), lo que llevó a la adopción de la relevante Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2022, en la que se recogían diversas medidas para mejorar el funcionamiento del Registro de Transparencia, como la creación de un órgano independiente encargado de las cuestiones de ética, la introducción de un período de incompatibilidad para los antiguos diputados al Parlamento Europeo, o incluso la prohibición de toda financiación externa del personal de los diputados y los grupos parlamentarios.

Hechas estas consideraciones generales, conviene ahora detenerse en el concepto de grupos de interés y su regulación en España, las particularidades de los lobbies en relación con la contratación pública, y los retos de futuro que supone su intervención en este ámbito.

Como ya hemos señalado, a nivel estatal aun no disponemos de una regulación general del fenómeno del *lobbying*, de ahí que esta laguna se ha intentado suplir con diversas iniciativas, tanto públicas como privadas. Ello

no obsta para señalar que existe, además, una amplia regulación en la esfera autonómica e incluso local[45].

En la esfera de lo público, destaca el Registro de Grupos de Interés instaurado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), instrumentado mediante una Resolución de su presidente de 26 de febrero de 2016. Esta Resolución, sin embargo, no constituye una regulación propiamente dicha, como se reconoce en su propio texto, cuando se constata sin ambages que la ausencia de un marco normativo general ha impedido un desarrollo reglamentario en ese ámbito y que, por ello mismo, el Registro que se crea con la Resolución reviste un carácter meramente voluntario.

En cuanto a las iniciativas privadas, subrayar la creación de la Asociación de Profesionales de las Relaciones Institucionales (APRI), que agrupa profesionales que desarrollan actividades de influencia en diversos ámbitos como las tecnologías de la información, automóvil, biotecnología, energía, telecomunicaciones, etc.; o la plataforma Kuorum, dedicada específicamente a influenciar los procesos legislativos.

A nivel autonómico, cada vez son más las Comunidades Autónomas que disponen de normas dirigidas a disciplinar este fenómeno, e incluso en el ámbito local. Cataluña fue la primera de ellas, al crear el Registro de Interés previsto en el Título VI de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LC 19/2014), desarrollado por el Decreto 171/2015, de 28 de julio. Posteriormente, se han adoptado normas sobre esta materia en Aragón (2017), Asturias (2018), Castilla La Mancha (2016), Comunidad Valenciana (2018), Madrid (2019) y Navarra (2016).

Esta regulación se halla estrechamente vinculada al reconocimiento del derecho a saber (*right to know*) a través de las diversas leyes de transparencia, que hemos analizado en el apartado anterior de este trabajo. Y es que, en efecto, la entrada en vigor de estas normas trajo consigo la instauración de un nuevo modelo de Administración, basado en el principio de máxima divulgación de la información, que se extiende a todos los ámbitos de la actuación administrativa, así como el establecimiento de unos principios de buen gobierno a cumplir por todos los responsables púbicos, también los altos cargos y las personas y organizaciones que pueden influir en la elaboración y aplicación de política públicas (RIDAO), que hace inconcebible

45. I. ARAGUÀS GALCERÀ (2016*) La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria*, Atelier.

que las actividades de *lobbying* queden fuera del conocimiento de los ciudadanos.

Y es esta lógica la que ha servido de impulso para la regulación autonómica de los grupos de interés, en algunos casos, insertada en la propia legislación de transparencia, y estará en la base de una futura regulación estatal, y que hoy se refiere al Anteproyecto de Ley de Transparencia e Integridad en las actividades de los grupos de interés de 2022, decaído al final de la legislatura (julio de 2023).

A este respecto, cabe destacar cómo la relevancia futura del entonces Anteproyecto de Ley de Transparencia e Integridad en las actividades de los grupos de interés de 2022 era indudable.

Así, las aportaciones de alguna de las distintas entidades más destacadas en la lucha contra la corrupción y en pro de la transparencia como APRI, Civil o Transparencia Internacional, además de alinearse en favor de la regulación proyectada, coincidieron en puntos trascendentales de la misma como: inscripción obligatoria en el registro, la publicación de agendas o la adecuada regulación y seguimiento de la denominada huella normativa.

La regulación propuesta se centraba en las siguientes cuestiones:

a) Definición de grupo de interés excluyéndose ciertos sujetos públicos o que tienen reconocido un papel de representación institucional.

b) Intento —poco exitoso— de delimitar tanto las actuaciones de influencia como los sujetos que pueden ser objeto de las mismas.

c) Carácter obligatorio de la inscripción.

d) Modificación de la legitimación de altos cargos para limitar el fenómeno de las puertas giratorias.

De acuerdo con el APLTIGI, los grupos de interés eran tanto personas físicas y jurídicas, sea cual fuese su forma o estatuto jurídico, y las agrupaciones de personas conformadas en plataformas, foros, redes u otras formas de actividad colectiva, sin personalidad jurídica, que trabajen por cuenta propia o ajena y con independencia de su forma o estatuto jurídico, que lleven a cabo las actividades de influencia previstas en el APLTIGI[46].

A diferencia de las normas ya existentes a nivel autonómico, las exclusiones de los sujetos que no tenían la consideración de grupos de interés era

46. J. RIDAO e I. ARAGUÀS GALCERÀ (2024) *Los lobbies. Presente (...)*, *op. cit*., p. 93.

bastante amplia, al no gozar de la misma las Administraciones públicas y su sector público; los organismos y organizaciones públicas internacionales y autoridades públicas extranjeras; los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales en el ejercicio de sus funciones constitucionales; los colegios profesionales y demás entidades de Derecho público cuando realicen funciones de defensa y promoción de los intereses que les son propios; y las personas físicas que actúen en condición estrictamente personal respecto a asuntos de índole particular, si bien en este caso el Anteproyecto exigía que el asunto careciera de relevancia económica o social significativa.

En suma, ante la incapacidad para aprobar una Ley estatal reguladora de la actividad de los grupos de interés, han aparecido una serie de normas autonómicas. Las primeras surgieron entre 2014 y 2015, concretamente a las distintas leyes de transparencia autonómicas aprobadas tras la estatal de 2013 (Cataluña y Castilla-La Mancha); con posterioridad, destaca una segunda generación de normas a partir de 2018 (Asturias, Navarra, Comunidad Valenciana, Madrid).

De toda la regulación se desprende un dato común como a las reticencias a la inscripción de los grupos de interés, que se fundamenta en la falta de claridad de las mismas respecto tanto a su ámbito subjetivo como objetivo de aplicación.

Así, por lo que se refiere al ámbito subjetivo, cabe destacar:

En primer lugar, la participación en la actividad pública reconocida constitucional y estatutariamente a ciertos sujetos como los partidos políticos, los sindicatos y asociaciones profesionales, así como la participación institucional reconocida a determinados sujetos corporativos como los colegios profesionales, que no puede condicionarse a la inscripción en el correspondiente registro, sin perjuicio de que puedan registrarse de manera voluntaria para dar cuenta de las actuaciones que no puedan conocerse por otras vías.

En segundo término, la normativa reguladora de los grupos de interés debe centrarse en aquellos sujetos que actúan con carácter profesional o regular, y que cuentan con unos medios y recursos superiores a los del resto de ciudadanos. Asimismo, hay que delimitar adecuadamente quiénes son los destinatarios de las actuaciones de influencia, esto es, aquellos miembros del ejecutivo o del legislativo que tienen un papel relevante en los procesos de toma de decisiones y a los que se tienen que imponer ciertas reglas relativas a incompatibilidades para evitar los conflictos de intereses, así como el fenómeno de las puertas giratorias, yendo más allá de las insuficientes previsiones que, en la actualidad, contienen las normas relativas a los altos cargos.

Desde un punto de vista objetivo, es esencial concretar debidamente las actuaciones que deben inscribirse, a la vez que reforzar los mecanismos de control de las obligaciones de los grupos de interés, en lo referente a la actualización de la información, para así conocer cómo, quién y cuándo, influencia la actividad pública. Resultando esencial que los datos que constan en los registros y las agendas se crucen con el expediente correspondiente a la actuación administrativa influenciada[47].

2. SINGULARIDADES DE LAS ACTIVIDADES DE INFLUENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Centrándonos en el ámbito de la **contratación pública**, como todos sabemos, la falta de transparencia en la preparación y adjudicación de los contratos públicos (y también en la fase de ejecución) es una de las causas de la ineficiencia del actual sistema de contratación.

Así, son muchos los estudios que analizan la pérdida de eficiencia económica y de competencia del sistema de contratación pública (CNMC, Comisión Europea, y la consultora Ernst&Young) como consecuencia de la falta de transparencia, generando efectos negativos a nivel económico y social.

Esta falta de transparencia se extiende, si cabe aún con más intensidad, a las actividades de influencia o *lobbying*, que en este ámbito de la actuación administrativa plantean una serie de riesgos específicos, que se trasladan también en los retos que tenemos por delante.

En este sentido, y de acuerdo con las «grandes áreas de riesgo» identificadas por la Oficina Antifrau de Cataluña en relación a la preparación, licitación y adjudicación de los contratos[48], una actividad de *lobbying* no regulada y, por tanto, susceptible de exceder una actividad normal de presión, puede aumentar exponencialmente los riegos que existen en este ámbito, y que se concretan en:

1) En la fase de preparación: el impulso o la preparación de contratos innecesarios o perjudiciales; la preparación de contratos que limiten indebidamente la concurrencia o la libre competencia; las filtraciones de información privilegiada; o la adjudicación directa a

47. J. RIDAO e I. ARAGUÀS GALCERÀ (2024) *Los lobbies. Presente (...)*, *op. cit*., p. 192-193.
48. Oficina Antifrau de Catalunya, Riesgos para la integridad en la contratación pública. Documentos de trabajo 07. Los factores procedimentales. Incentivos y oportunidades de riesgo durante el proceso de trabajo, Barcelona, 2019. Disponible en: https://www.antifrau.cat/sites/default/files/Documents/Recursos/DT07_factores-procedimentales.pdf [Última consulta: 14/05/2025].

ciertos operadores al margen de los procedimientos de contratación legalmente aplicables.

2) En la fase de licitación: No evitar prácticas anticompetitivas; admitir o excluir empresas licitadoras al margen de los requisitos legalmente previstos; valorar de forma sesgada las ofertas; o la adjudicación de los contratos de forma irregular.

3) En la fase de ejecución: Obtener una prestación diferente a la contratada, sin poner en marcha las prerrogativas de la Administración para evitarlo; modificar injustificadamente el contrato o sin respetar los límites cuantitativos y cualitativos establecidos en este ámbito; autorizar pagos injustificados o irregulares; y no exigir responsabilidades por incumplimientos.

En este orden de ideas, y los efectos de este trabajo, entendemos que la reducción de estos riegos requiere, por un lado, la garantía de mayores niveles de transparencia de las actividades de influencia, especialmente intensas en las actuaciones preparatorias del contrato; y, por otro lado, en los mecanismos tendentes a hacer efectiva la rendición de cuentas y evitar los conflictos de intereses.

Respecto a la primera de las cuestiones, tradicionalmente, el sector privado ha intervenido de forma especialmente intensa en la **fase de preparación del contrato**, especialmente en el ámbito local, y en prestaciones de especial complejidad (servicios públicos obligatorios), participación de consultoras o empresas de servicios técnicos (participación formalizada), lo cual genera problemas vinculados a la concurrencia de conflictos de intereses; así como participación informal de los operadores económicos que no se circunscribe a los concesionarios («llamadas amigables», «encuentros fortuitos» de gestores de empresas competitivas), con el impacto que todo ello tiene en la consecución de compras eficientes y servicios de calidad, es importante destacar también que el establecimiento de nuevos modelos de relación con el sector privado por parte de los técnicos de las Administraciones públicas y la generalización de buenas prácticas, marcadas por comportamientos éticos y regidos por una estricta comprensión del principio de igualdad de trato, es también el camino para la profesionalización y la conformación de otro perfil de profesionales de empresas gestoras de servicios públicos locales que interactúan con las Administraciones públicas[49].

49. J. J. PERNAS GARCÍA (2020) «La participación de los actores privados en la preparación de los contratos de gestión de servicios públicos locales: De la patología a la eficiencia a través de la consulta preliminar, una herramienta clave para una administración ínte-

A día de hoy, y en el marco del Estado garante de los servicios públicos de calidad, la sociedad civil no puede quedar al margen de la definición de los servicios públicos, su participación puede contribuir a la mejora de la calidad y la eficiencia en la ejecución de las prestaciones, debiéndose abogar por modelos abiertos y transparentes que fomenten la corresponsabilidad y participación de los actores sociales en las distintas fases de la contratación.

Así, en el establecimiento de estas nuevas formas de relación con el sector privado, vinculadas a un modelo de Administración abierta, eficiente y profesionalizada, la consulta preliminar (en adelante, CP) puede tener un papel muy destacado, favoreciendo tanto una mejor preparación y, en consecuencia, ejecución del contrato, como para evitar prácticas corruptas entre técnicos y responsables del sector público y privado. Pero, además, es importante también poner el acento en la eficiencia y la calidad prestacional a la hora de diseñar y aplicar el régimen de la CP. En suma, tal como señala J. J. PERNAS ésta se presenta como una técnica participativa, que es una herramienta clave para el funcionamiento de una Administración íntegra y profesionalizada y para el desarrollo de una contratación eficiente[50].

En este sentido, la CP formalizada debe articularse de tal forma que se garantice la transparencia y la igualdad de trato de los operadores económicos con pleno respeto al resto de los principios de la contratación pública. De tal manera que, ligada a la posible intervención de los grupos de interés, me parece que debe hacerse una interpretación amplia del artículo 115.1 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017[51] que permita una amplia participación subjetiva en las consultas planteadas por los órganos de con-

---

gra y profesionalizada», Observatorio de los Contratos Públicos 2019 (J. M. Gimeno Feliú, dir., C. de Guerrero Manso, coord.), Aranzadi, pp. 393-396.

50. J. J. PERNAS GARCÍA (2020) «La participación de los (...)», *op. cit*., p. 398.

51. El artículo 115.1 de la LCSP017 dispone: Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento. Para ello los órganos de contratación podrán valerse del asesoramiento de terceros, que podrán ser expertos o autoridades independientes, colegios profesionales, o, incluso, con carácter excepcional operadores económicos activos en el mercado. Antes de iniciarse la consulta, el órgano de contratación publicará en el perfil de contratante ubicado en la Plataforma de contratación del Sector Público o servicio de información equivalente a nivel autonómico, el objeto de la misma, cuando se iniciar ésta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta, a efectos de que puedan tener acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados. Asimismo, en el perfil del contratante se publicarán las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados.

tratación en aquellos contratos de especial complejidad técnica, económica u organizativa y de particular trascendencia social, como los vinculados a los servicios públicos locales obligatorios[52].

Al respecto, cabe pensar en la posible participación de otros atores sociales (distintos de los mencionados en el art. 115.1), como pueden ser las organizaciones no gubernamentales (agrupaciones vecinales, asociaciones ecologistas, etc.) o sindicatos. Ahora bien, en atención a la capacidad del servicio municipal y la planificación del contrato, habrá que identificar los actores que se quieren consultar, sin que se produzca una participación excesiva que genere ineficiencias.

En otro orden de cosas, teniendo las CP un elevado potencial en la **fase de preparación** de los contratos, la LCSP **parece querer extenderlas a la fase de adjudicación** [la Ley reza: «(...) también durante la sustanciación del mismo, esto es, del procedimiento de licitación]». En tal caso, podría tener sentido la posibilidad de realizar consultas con expertos, grupos de investigación, ONG, y no con operadores económicos del sector, participantes o no en la licitación, por los riesgos de vulneración de los principios de transparencia y no discriminación. En este sentido, recordemos que la LCSP dispone, en su artículo 157.5, que «para la valoración de las ofertas, cuando hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, informe a las organizaciones sociales de usuarios destinatarios de la prestación, a las organizaciones representativas del ámbito de actividad al que corresponda el objeto del contrato, a las organizaciones sindicales, a las organizaciones que defiendan la igualdad de género y a otras organizaciones para la verificación de las consideraciones sociales y ambientales».

En todo caso, como ha puesto de relieve J. J. PERNAS, los beneficios derivados de la participación de los operadores económicos en la fase de preparación del contrato a través de la CP, se traducen en poder prevenir errores en la definición técnica, económica y organizativa del contrato, y mejorar la calidad de los pliegos y de las ofertas de los operadores económicos; garantizar la calidad de los servicios locales obligatorios, y la viabilidad y equilibrio económico del contrato; se favorece la integración realista y viable de cláusulas estratégicas en el contrato. Así, puede ser de gran

52. C. DE GUERRERO MANSO (2018) «Las consultas preliminares del mercado: una herramienta para mejorar la eficiencia en la contratación pública», *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público* (J. M. Gimeno Feliú, dir.), Aranzadi, pp. 1056-1057; IDEM (2020) «¿Compra pública de innovación en tiempo de COVID-19?», *Observatorio de los Contratos Públicos 2019*, Aranzadi, pp. 440-444.

interés para la participación de actores sociales como las organizaciones ecologistas, los sindicatos, etc. También cabe destacar su contribución al fomento de la integridad y la profesionalización del sector público. Orillando así las dinámicas informales de participación del sector privado y, finalmente, la consulta preliminar formalizada con constancia en el expediente, es un elemento de prevención de la corrupción (garantía de igualdad de trato) y de fomento de la concurrencia.

En cuanto a la segunda cuestión, esto es, la **rendición de cuentas**, debemos señalar la importancia de los pactos de integridad como herramienta de integridad innovadora. Como veníamos diciendo, la transparencia en la contratación pública debe servir como instrumento de rendición de cuentas, además de fomentar la concurrencia y la eficiencia. Ciertamente, con la nueva LCSP podemos afirmar que hemos avanzado en el refuerzo de la transparencia activa, pero debemos encaminarnos hacia la implantación de un sistema de «contratación abierta» (*open contracting partnership*)[53] al que se vincula la cultura de la rendición de cuentas en la contratación pública, que se define como una contratación transparente en todo tipo de contratos, en todas las fases contractuales, con especial interés en los rendimientos del contrato, y cuyos destinatarios son todos los ciudadanos. Si bien la LCSP no recoge ningún mecanismo que permita incluir los intereses de la ciudadanía en el ciclo contractual ni favorece el dialogo con ella.

En esta andadura hacia la «contratación abierta», hemos alcanzado la primera fase, como son mecanismos de contratación pública que garantizan procesos transparentes y justos, y el reconocimiento del derecho de acceso a la información contractual al ciudadano (la web Contratos públicos transparentes). Estamos avanzando en los compromisos intermedios: capacitar al público para que comprenda los datos de contratación pública, y la publicación activa de documentos y datos esenciales sobre contratación pública, pero aún nos queda camino por recorrer, tal como hemos visto. Y, por lo que se refiere a los compromisos avanzados: tratar de crear mecanismos de participación y reparación en la contratación pública, y alcanzar acuerdos de colaboración con organizaciones de la sociedad civil para la supervisión de la contratación pública, contamos con una herramienta creada por Transparencia Internacional, utilizada en veinte países de todo el mundo desde

53. Organización integrada por: Colombia Compra Eficiente, Construction Sector Transparency Initiative (CoST), Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), en representación del Ministerio Federal Alemán para la Cooperación Económica y el Desarrollo (BMZ), Integrity Action, Oxfam America, el Philippines Government Procurement Policy Board, Transparencia Internacional y el Instituto del Banco Mundial.

los años noventa, que son los «**Pactos de Integridad**»[54]. Una herramienta que puede jugar un papel muy destacado como mecanismo complementario de los controles legales para luchar contra la corrupción, que no recoge la LCSP017, pero que en España ha empezado también a andar.

Tales pactos «son una medida innovadora para la prevención del fraude» (Tribunal de Cuentas Europeo), responden a la preocupación por consolidar sistemas de contratación pública eficiente y eficaz, que respeten los principios de transparencia, concurrencia e igualdad de trato para prevenir los riesgos de corrupción en todas las fases contractuales.

El Pacto de Integridad implica un compromiso entre las empresas licitadoras y el organismo público contratante, que es quien lo promueve, por el que se comprometen a seguir un procedimiento de contratación transparente y evitar cualquier práctica que pueda ser considerada como corrupción. Bajo la supervisión de un monitor independiente, generalmente un grupo de personas expertas contratado o facilitado por una organización de la sociedad civil, el Pacto comporta un seguimiento para comprobar que todas las partes signatarias respetan los compromisos asumidos, y confiere más transparencia a los procesos de contratación exponiéndolos a la sociedad civil y al público en general. Pero el pacto no reemplaza el papel de los órganos de control.

Son muchos los interrogantes que plantean los Pactos de Integridad, como en qué casos es preciso acudir a ellos; qué alcance deben tener; cómo deben articularse cauces eficaces de participación de la ciudadanía; cuál debe ser la naturaleza jurídica que debe adquirir el acuerdo de voluntades en que se concreta un pacto de integridad; cuáles deben ser las obligaciones de los participantes; la necesidad de un sistema de selección de monitores más transparente, etc. Cuestiones todas ellas a las que a propósito de los

54. C. De Guerrero Manso (2017) «La suscripción de pactos de integridad como mecanismo de lucha contra la corrupción en la contratación pública», *Observatorio de los Contratos Públicos 2017* (J. Ma Gimeno Feliú, dir. y C. de Guerrero, coord.), Aranzadi, pp. 225-265, donde señala: «Dicha herramienta es uno de los tres pilares en los que se fundamenta su objetivo de lograr una contratación limpia ("*clean contracting*" según el término inglés empleado por TI), que persigue el respeto de los principios que deben regir la contratación pública y la ausencia de corrupción. Los otros dos pilares sobre los que se basa dicho objetivo son la responsabilidad social (o "*Social accountability*", que implica la participación de la sociedad civil en el control de las diversas fases del ciclo de contratación, y la implantación de los principios de contratación abierta y estándares de datos ("*open data*")»; J. Miranzo Díaz (2019) «Los nuevos agentes de control en los procedimientos de compra pública: pactos de integridad y canales de denuncia», *Observatorio de los contratos públicos 2018* (J. Ma Gimeno Feliú, dir., C. de Guerrero Manso, coord.), Aranzadi, pp. 329-358.

pactos de integridad que ya se han impulsado[55], se ha tratado de dar respuesta pero, en todo caso, suponen un método novedoso para detectar supuestos de sospechas de corrupción o prácticas colusorias, buscan «validar socialmente» la correcta actuación pública y se presentan como complemento de otros instrumentos de control existentes, con el objetivo de una mejor cultura de contratación pública.

Pese a las bondades que este instrumento presenta, adolece también de ciertas deficiencias como, entre otras: la falta de fuerza de obligar; la imposibilidad de discriminar entre licitadores (con fundamento en criterios de solvencia), por haberse adherido a un pacto de integridad; ni es posible valorar dicha adhesión entre los criterios de adjudicación. A lo que pode-

55. Este Pacto de Integridad se sustancia en el marco de la firma del Convenio de colaboración suscrito entre el Área de Gobierno de Participación Ciudadana, Transparencia y Gobierno Abierto del Ayuntamiento de Madrid (al que nos referiremos en ocasiones simplemente como Ayuntamiento de Madrid), y Transparencia Internacional España (en adelante, TIE) para el análisis y definición de los Pactos de Integridad para la Transparencia en el ámbito de la contratación pública, y de su implementación en el proceso de licitación del contrato de servicios de «Apoyo a la gestión de la atención telefónica y presencial a través de los canales de atención al ciudadano de Línea Madrid», suscrito en Madrid, el 5 de abril de 2017.
Desde el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Madrid (https://transparencia.madrid.es) se puede acceder a la siguiente documentación del Pacto de Integridad: 1) Convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de Madrid y Transparencia Internacional España (en adelante, TIE), 2) Memoria justificativa del Convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de Madrid y TIE, 3) Memoria económica del Convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de Madrid y TIE para el análisis y definición de los pactos de integridad, 4) Obligaciones en materia de integridad y transparencia, 5) Informe 1.ª fase: Consulta preliminar del mercado, y 6) Informe 2.ª fase: Licitación, adjudicación y ejecución del contrato.
En la sede electrónica de Transparencia Internacional España (http://integridad.org.es/pactos-de-integridad/ayuntamiento-de-madrid/) se encuentran los documentos de Monitoreo de la consulta preliminar de mercado y de la licitación: un informe general denominado «Rendición de Cuentas», y los informes temáticos de los cuatro monitores (telecomunicaciones, contratación pública, transparencia y comunicación, y derecho laboral).
En el caso de la Generalitat Valenciana no se suscribió propiamente un pacto de integridad, pero se recurrió a una figura muy similar, la «auditoría ciudadana», encargada de la supervisión y seguimiento de un contrato de obras (construcción de una escuela), que se articuló a través de un contrato menor, cuya licitación fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 3 de enero de 2018 y la resolución del contrato menor tuvo lugar el 20 de febrero de 2018.
El 11 de abril de 2018, Transparencia Internacional firmó con la Junta de Castilla-La Mancha dos pactos de integridad, que se aplican sobre la contratación pública de dos infraestructuras educativas de la Junta: el contrato de obras para la construcción de un gimnasio en el centro rural «Miguel Delibes», y los contratos complementarios (contrato de servicios relativo a las asistencias técnicas para la redacción del proyecto) al contrato de obra de sustitución del centro especial «Cruz de Mayo».

mos sumar los costes adicionales que genera la formulación de tales pactos, que mal casan con el logro de la eficiencia en el gasto público (A. Cerrillo).

Si bien, en todo caso, Transparencia Internacional anima a sacar el máximo provecho del mecanismo de los Pactos de Integridad para la protección de las inversiones financiadas por la Unión Europea dentro del Nuevo Marco Financiero Plurianual 2021-2027, y los fondos de recuperación. Y, en colaboración con la Comisión Europea, un total de dieciocho Pactos de Integridad han sido incorporados en sendos proyectos de contratación firmados en once países entre 2015 y 2021. Por consiguiente, los Pactos de integridad vinculados a los Fondos Next Generation EU gozan de total virtualidad, aunque en el marco de éstos, tal como acertadamente ha indicado C. de Guerrero[56], habrá que valorar por cada órgano de contratación si resulta conveniente recurrir a ellos desde la complejidad del contrato en cuestión; su elevada cuantía, o la existencia de un especial riesgo de fraude o corrupción.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ARAGUÀS GALCERÀ, Irene (2019): «La intervención de los grupos de interés en la elaboración de disposiciones de carácter general», *REDA* n.º 202.

ARAGUÀS GALCERÀ, Irene (2018: «Transparencia y confidencialidad en la documentación incorporada en los expedientes de contratación», *RJC,* vol. 117 n.º 3.

ARAGUÀS GALCERÀ, Irene (2016): «La regulación de los lobbies: hacia la consecución de la transparencia y el control de las actividades desarrolladas por grupos de interés», *RVPA* n.º 106.

ARAGUÀS GALCERÀ, Irene (2016): *La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria*, Atelier.

ARENA, Gregorio (1993): «Transparencia Administrativa y Democracia», *RVAP* n.º 37.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (2010): «Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparen-

56. M. C. De Guerrero Manso (2021) «¿Son los pactos de integridad una herramienta adecuada para la gestión de los Fondos Next Generation EU y/o como medida de prevención y detección vinculada a los planes de medida antifraude?», *www.obcp.es 27.12.2021.*

cia», *Derecho administrativo de la información y administración transparente* (R. García Macho, coord.), Marcial Pons.

BIRKINSHAW, Patrick (2006): «Freedom of Information and openness: ¿fundamental human rights?», *Administrative Law Review* n.º 1.

BLASCO DÍAZ, José Luis (2010): «El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa». *Derecho Administrativo de la información y administración transparente* (R. García Macho, coord.), Marcial Pons.

CALDERÓN, César y LORENZO, Sebastián (2010): *Open Government: Gobierno Abierto*, Algón.

COTINO HUESO, Lorenzo (2003): *Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa.* Trabajo de investigación, 2.º premio en el III Premio Marcelo Martínez Alcubilla, 2003, convocado por el Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, para estudios sobre la Administración General del Estado, por el estudio «Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa».

DE GUERRERO MANSO, María del Carmen (2021): «¿Son los pactos de integridad una herramienta adecuada para la gestión de los Fondos Next Generation EU y/o como medida de prevención y detección vinculada a los planes de medida antifraude?», *www.obcp.es 27.12.2021.*

DE GUERRERO MANSO, María del Carmen (2020): «¿Compra pública de innovación en tiempo de COVID-19?», *Observatorio de los Contratos Públicos 2019.*

DE GUERRERO MANSO, María del Carmen (2018) «Las consultas preliminares del mercado: una herramienta para mejorar la eficiencia en la contratación pública», *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público* (J. M. Gimeno Feliú, dir.), Aranzadi.

DE GUERRERO MANSO, María del Carmen (2017) «La suscripción de pactos de integridad como mecanismo de lucha contra la corrupción en la contratación pública», *Observatorio de los Contratos Públicos 2017*, Aranzadi.

DEBBASCH, Charles (1990) *La transparence administrative en Europe*, Editions du Centre national de la recherche scientifique.

DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio (1995) «El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia administrativa», *REDA* n.º 88.

ESTEVE PARDO, José (2015) «La Administración garante. Una aproximación», *RAP* n.º 197.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2014) «Perspectivas actuales del Derecho administrativo (Roma 2014)», *REDA* n.º 163.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1996) *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas.

HOFMANN, Andrés, RAMÍREZ ALUJAS, Álvaro, BOJÓRQUEZ PEREZNIETO, José Antonio (coord.) (2014) *La promesa del Gobierno abierto.*

HUNT, Geoffrey (2006) «The Principle of Complementarity: freedom of information, public accountability and whistleblowing», *Open Government in a Theoretical and Practical Context*, Routledge.

LINDSTEDT, Catharina, NAURIN, Daniel (2010) «Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption», *International Political Science Review* volum 31, issue 3 Sage Publications.

MALARET GARCÍA, Elisenda (2017) «Bon govern, transparència i rendició de comptes. Reforçant i completant la legitimitat democràtica dels poders públics», *RCDP* n.º 55.

MALARET GARCÍA, Elisenda (2016) «El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia», *Revista Digital de Derecho Administrativo* n.º 15.

MARTÍN DELGADO, Isaac (2014), «Transparencia, reutilización y datos abiertos. Algunas reflexiones generales sobre el acceso libre a la información pública», *Régimen jurídico de la transparencia del sector público del derecho de acceso a la reutilización de la información* (J. Valero Torrijos, M. Fernández Salmerón, coord.), Aranzadi.

B. NOGUERA DE LA MUELA (2022), «Por una contratación pública transparente y abierta en el marco de los Fondos Next Generation (NG-EU): algunas manifestaciones», *Observatorio de los Contratos Públicos 2021* (Dir. J. Mª GIMENO, Coord. C. DE GUERRERO), Thomson Reuters Aranzadi, pp. 183-228.

B. NOGUERA DE LA MUELA (2015), «La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español», *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje a L.Cosculluela*, Iustel, pp. 937-958.

PERNAS GARCÍA, Juan José (2020) «La participación de los actores privados en la preparación de los contratos de gestión de servicios públicos locales: De la patología a la eficiencia a través de la consulta preliminar, una herramienta clave para una administración íntegra y profesionalizada», Observatorio de los Contratos Públicos 2019 (J.M. Gimeno Feliú, dir., C. de Guerrero Manso, coord.), Aranzadi.

PIÑAR MAÑAS, José Luis (2015) «Transparencia y derecho de acceso a la información pública: algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno», *RCDP* n.º 49.

PONCE SOLÉ, Juli (2019), *Mejora de la regulación, lobbies y huella normativa*, Tirant lo Blanch.

REVUELTA IGLESIAS, Ana Victoria (2016) «La regulación de los grupos de interés como instrumentos de prevención de la corrupción», *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos* (M. Villoria y J. M. Gimeno, aut.), Atelier.

RIDAO, Joan, ARAGUÀS GALCERÀ, Irene (2024) *Los lobbies. Presente y futuro de la regulación de los grupos de interés en España y Europa*, Marcial Pons.

RODOTÀ, Stefano (2003) «Democracia y protección de datos», *Cuadernos de Derecho Público* n.º 19-20.

RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús (2004) *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política*, IFAI.

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel (2008) «Un derecho fundamental a acceder a la información pública», *El derecho de acceso a la información pública* (M. Sánchez de Diego Fernández de la Riva, coord.), Cersa Editorial.

SANMARTÍN MORA, María Asunción (2014) «Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno». *Observatorio de los contratos públicos 2013* (J. Ma Gimeno Feliú, dir.), Aranzadi.

SANTINI, Andrea (2004) *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Giuffrè.

SCHRAM, Frankie (2002) «Debating transparency: a challenge for the Belgian Presidency», *Increasing transparency in the European Union?* (V. Deckmyn), *Maastricht journal of European and comparative law,* Vol. 11 n.º 2.

SCHEDLER, Andreas (1999, *Conceptualizing Accountability. The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner Publishers.

SOLOVE, Daniel J. (2004) *The digital person*: *Technology and privacy in the information age*, New York University Press.

SOMMERMANN, Karl-Peter (2010) «La exigencia de una administración trasparente en la perspectiva de los principios de democracia y del estado de derecho», *Derecho administrativo de la información y administración transparente* (R. García Macho, dir.), Marcial Pons.

TOLIVAR ALAS, Leopoldo (2010) «Principio de participación», *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (J. A. Santamaría Pastor, dir.), La Ley.

TOLIVAR ALAS, Leopoldo (2019) «Contratación pública: corrupción y transparencia en una sociedad digital», *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI* (I. del Guayo Castiella y A. Fernández Carballal, coord.), INAP.

TORNOS MAS, Joaquín, ARROYO DÍEZ, Alfonso, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Mar y LÓPEZ PAGÁN, Juana (2012) *Transparencia, rendición de cuentas y participación: una agenda común para la cohesión social y la gobernanza en América Latina*, Colección de Estudios sobre Políticas Locales y Regionales de Cohesión Social n.º 6, Programa urb-al III.

VALERO TORRIJOS, Julián (2013), *Derecho, innovación y administración electrónica*, Global Law Press.

VILLORIA MENDIETA, Manuel (2017) «El buen gobierno», *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno* (A. Troncoso Reigada, dir.), Civitas.

VILLORIA MENDIETA, Manuel (2014) «El gobierno abierto como subsistema de políticas: una evaluación desde el institucionalismo discursivo», *La promesa del gobierno abierto* (A. Hofmann, A. Ramírez Alujas, J. A. Bojórquez Pérez-Nieto, coord.), Giggap.

13

Nuevas vías para lograr una contratación pública íntegra, transparente y sujeta a rendición de cuentas: pactos de integridad e instrumentos similares

Carmen de Guerrero Manso
Profesora Titular Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. INTEGRIDAD, TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS: PRINCIPIOS JURÍDICOS CON UN INSUFICIENTE REFLEJO EN LA PRÁCTICA. III. LA FIGURA DEL PACTO DE INTEGRIDAD: CONCEPTO, VENTAJAS Y OBSTÁCULOS PARA SU ADOPCIÓN. *1. Concepto y configuración jurídica del pacto de integridad. 2. Los beneficios de esta herramienta: ámbitos de impacto y efectos diferenciados por actores.* 2.1. Beneficios por ámbitos sustantivos. 2.2. Beneficios por tipo de actor implicado. *3. Desafíos para una aplicación efectiva: articulación institucional, aprovechamiento de datos, participación activa y resultados dispares.* IV. DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN DEL PACTO DE INTEGRIDAD: FASES Y COMPONENTES ESENCIALES. *1. Fase de inicio.* 1.1. Criterios para la selección del proyecto. 1.2. Modelos de financiación. 1.3. Selección del monitor independiente: legitimidad, capacidad y garantías. *2. Fase de ejecución.* 2.1. Gestión de riesgos. 2.1.1. Riesgos derivados de los actores implicados. 2.1.2. Riesgos jurídicos y de ejecución del proyecto. 2.1.3. Riesgos reputacionales. *2.2. Mecanismos de seguimiento, evaluación y aprendizaje.* 2.2.1. Elaboración de indicadores. 2.2.2. Monitorización y evaluación durante la ejecución. 2.2.3. Cierre del proceso del pacto de integridad. V. LOS PACTOS DE INTEGRIDAD: UNA

HERRAMIENTA PROMETEDORA CON ASPECTOS POR MEJORAR. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Pese a la consolidación normativa de los principios de integridad, transparencia y rendición de cuentas en el régimen jurídico de la contratación pública español, la experiencia práctica revela una significativa distancia entre su incorporación formal al ordenamiento jurídico y su aplicación efectiva en los distintos niveles de la Administración. En este contexto, resulta imprescindible explorar soluciones distintas que permitan no solo reforzar el cumplimiento de la ley y sus principios, sino también ampliar las garantías de seguimiento en todas las fases del procedimiento de contratación pública. Una de estas posibles nuevas herramientas son los denominados pactos de integridad, promovidos por organizaciones como Transparencia Internacional, en los que alguien ajeno al órgano de contratación adquiere un papel relevante en la monitorización del proceso de licitación.

Este tipo de herramientas no se encuentran expresamente previstas en la legislación española, pero pueden articularse con base en diversas cláusulas ya existentes, lo cual le dota de una capa adicional de legitimidad esencial para promover y amparar la participación ciudadana en las distintas fases de los procesos de contratación pública. Su potencial para disuadir conductas corruptas o fraudulentas, promover una gestión más abierta y facilitar una evaluación más completa, los convierte en un mecanismo útil para colaborar en el logro de los objetivos establecidos en la Ley de contratos y de los resultados esperados.

En esta línea, resulta especialmente relevante el informe publicado en 2024 por Transparencia Internacional, en el que se analiza de forma detallada la aplicación de los pactos de integridad en el ámbito de la contratación pública, tanto en España como en otros países de referencia. Este documento ofrece una revisión exhaustiva de la utilización de dicha herramienta, identificando sus elementos esenciales, las condiciones necesarias para su efectividad y los principales obstáculos que han limitado su impacto en determinados contextos. Asimismo, el informe formula una serie de recomendaciones prácticas orientadas a optimizar el diseño e implementación de este tipo de herramienta**s**, con el objetivo de ampliar su capacidad para prevenir irregularidades, promover la participación activa de la socie-

dad civil y contribuir a una contratación pública más transparente, eficiente y alineada con los principios del buen gobierno[1].

En consecuencia, partiendo del examen del grado de efectividad de la aplicación de los principios de integridad, transparencia y rendición de cuentas en el ámbito de la contratación pública española, este trabajo tiene como objetivo analizar en qué medida los pactos de integridad u otro tipo de herramientas similares pueden erigirse en una opción verdaderamente útil para la efectiva consecución de dichos principios. Para ello, se analizará su actual diseño, su grado de implantación y los desafíos que plantea su generalización, formulando propuestas para su adecuación a las exigencias jurídicas y sociales existentes en España. Todo ello siempre con la finalidad de contribuir a una contratación pública más ética, participativa y eficiente, es decir, orientada a la mejor consecución de los intereses públicos.

II. INTEGRIDAD, TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS: PRINCIPIOS JURÍDICOS CON UN INSUFICIENTE REFLEJO EN LA PRÁCTICA

La contratación pública, bien gestionada, constituye un pilar esencial para el adecuado funcionamiento de las políticas públicas y para la promoción y consecución del interés general. Tal sería, en esencia, el objetivo y sentido de la contratación pública estratégica en sus distintos ámbitos: social, laboral, medioambiental y de innovación. En el contexto internacional, diversas normas como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[2], el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio[3] o las Directivas europeas, han contribuido de forma decisiva a la configuración de marcos normativos orientados a asegurar procesos contractuales equitativos, eficientes, justos y convenientemente fiscalizados.

Esas normas promueven la implementación de sistemas de contratación pública basados en la interrelación de los principios de transparencia, integridad y rendición de cuentas y persiguen la puesta en marcha de mecanismos de supervisión eficaces y políticas de prevención y sanción frente a prácticas corruptas o fraudulentas. La finalidad última de este entramado

1. Aunque más adelante profundizaremos sobre este aspecto, conviene destacar ya sobre este ámbito la reciente monografía de GIMENO FELIU (2024) así como el sugestivo análisis realizado por PONCE SOLÉ (2013).
2. Convención de las Naciones Unidades contra la corrupción, Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Nueva York, 2004. 67 páginas. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
3. «Acuerdo sobre contratación pública 2012 y Textos legales adicionales de la OMC», Organización Mundial del Comercio, 146 páginas. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.pdf

normativo es garantizar la legitimidad, imparcialidad y eficacia en la asignación y gestión de los recursos públicos y, con ella, el logro eficiente de los objetivos establecidos y de prestación con mayor calidad de los servicios públicos.

En el caso español, tales principios encuentran reflejo en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la cual traspone los principios y directrices emanadas de las directivas de la Unión Europea, incorporando al mismo tiempo determinados aspectos específicos derivados de las necesidades y características del contexto español. Así, en su artículo primero la LCSP reconoce expresamente la integridad como uno de los pilares fundamentales que deben regir toda actuación en materia de contratación pública[4]. Este reconocimiento normativo se traduce en la exigencia de medidas concretas destinadas a combatir el fraude, el favoritismo y la corrupción, así como a prevenir, detectar y resolver los conflictos de interés, si bien su aplicación práctica continúa presentando desafíos relevantes[5]. La implementación de este principio requiere, entre otros aspectos, definir qué prácticas son contrarias al ordenamiento jurídico, establecer un régimen de sanciones para los supuestos en los que se lleven a cabo conductas prohibidas, crear mecanismos seguros y confidenciales para denunciar la realización de actuaciones fraudulentas, aprobar códigos de ética y reglas para identificar y gestionar conflictos de interés, y formar a las diversas personas implicadas en este tipo de procesos.

En relación con lo anterior, el artículo 64 de la LCSP aborda la prevención, detección y solución efectiva de los conflictos de intereses e impone obligaciones específicas a los órganos de contratación para combatir el fraude, el favoritismo y la corrupción a fin de garantizar la igualdad de trato entre los candidatos y licitadores, garantizar la transparencia en el procedimiento y evitar el riesgo de distorsión de la competencia. Sin embargo, pese a la importancia de este precepto, se echa en falta una mayor concreción normativa respecto al contenido y las consecuencias jurídicas del incumplimiento del principio de integridad.

Asimismo, el legislador estatal ha previsto mecanismos adicionales orientados a fortalecer la integridad institucional. Un buen ejemplo de ello

4. Sobre la necesidad de aplicar el principio de integridad de forma transversal en la contratación pública véase GIMENO FELIU (2016 y 2018a) y MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2017a). GONZÁLEZ SANFIEL (2016) profundiza en la sustantividad de este principio y MALARET GARCÍA (2016) pone la atención en la necesidad de reforzar la profesionalización y la transparencia para lograr su eficacia.
5. Para analizar su capacidad de prevenir los conflictos de interés puede verse CERRILLO I MARTÍNEZ (2021 y 2014).

es la imposición de una prohibición de contratar (artículo 71.1, letra b), LCSP) a aquellas entidades que hayan sido sancionadas de forma firme por infracciones graves en materia profesional, tales como el falseamiento de la competencia, el incumplimiento de las normas sobre igualdad de oportunidades, o vulneraciones graves del régimen laboral y de extranjería[6]. Esta previsión normativa, más allá de su función sancionadora, actúa como incentivo para la adopción de buenas prácticas corporativas y estándares de cumplimiento normativo.

En coherencia con este marco normativo, cabe destacar la Estrategia Nacional de Contratación Pública, aprobada por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon), conforme a lo previsto en el artículo 332.7 de la LCSP. Actualmente está en vigor la del período 2023-2026. Este instrumento de planificación, diseñado en colaboración con comunidades autónomas y entidades locales, pretende, entre otros objetivos, orientar la acción pública hacia el fortalecimiento de la integridad, la prevención de irregularidades y la lucha contra la corrupción. Ahora bien, España carece de una estrategia nacional anticorrupción propiamente dicha, lo que limita el alcance de las políticas de integridad en el ámbito de la contratación pública.

La transparencia, estrechamente vinculada con la integridad y también establecida como principio básico en el artículo 1 LCSP, se presenta como una condición indispensable para la igualdad de trato y la posibilidad de control del buen funcionamiento de los procedimientos de contratación pública[7].

Este principio se recoge de forma transversal en todo el articulado de la LCSP y se manifiesta mediante diversos mecanismos de publicidad y acceso a la información. Así, por ejemplo, las obligaciones de publicidad vinculadas al procedimiento de contratación (art. 63: obligaciones de publicación en el perfil de contratante; art. 134: anuncio de información previa; art. 135: anuncio de licitación; art. 138: información a los interesados; art. 154: anuncio de formalización de los contratos; ...) o la regulación detallada del perfil de contratante, sus funciones y utilidades (art. 63 LCSP). Cuanto más sencillo, estructurado, completo y abierto sea el acceso a la información más

6. FERNÁNDEZ MALLOL (2014) analizar la relación del principio de integridad con la prevención de los conflictos de interés, la regulación de las prohibiciones de contratar, las causas de incompatibilidad y el logro del buen gobierno.

7. Son muchos los autores que han estudiado la incidencia de la transparencia en la contratación pública como forma de lucha contra la corrupción y promoción de mejores resultados. Entre ellos destacamos a GIMENO FELIU (2017a y 2018b), MELLADO RUIZ (2017), GONZÁLEZ RÍOS (2019), CAMPOS ACUÑA (2016), MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2016 y 2017b), IGLESIAS REY (2021) y GARRÓS FONT (2018).

fácil será controlar el buen desarrollo y el grado de consecución de los objetivos públicos buscados en cada contrato. No obstante, con cierta frecuencia se constatan limitaciones estructurales a la transparencia, vinculadas con la ausencia de una cultura arraigada de integridad, el uso indebido de procedimientos excepcionales de adjudicación o la escasa utilización de herramientas tecnológicas.

A su vez, la rendición de cuentas centra la atención en la responsabilidad de los diversos sujetos que participan en un proceso de contratación pública. Este principio no aparece formulado de forma expresa en la LCSP, pero se plasma en los diversos mecanismos de control y revisión contenidos en ella. Así, ya el primer artículo de la LCSP exige la conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control de gasto, así como la eficiente utilización de los fondos públicos.

El control de la actuación en materia de contratación pública se puede llevar a cabo tanto a través de mecanismos internos como externos. Entre los primeros se puede destacar la fiscalización previa de los actos de contenido económico por los órganos de control interno de las entidades del sector público, en particular las Intervenciones Generales. A ello se suman los controles derivados de los sistemas de gestión económico-financiera y contabilidad pública. En cuanto al control externo, éste se encomienda a órganos fiscalizadores independientes. Esta labor la ejerce principalmente el Tribunal de Cuentas, el cual en virtud de su función constitucional ejerce la fiscalización externa de la actividad económico-financiera del sector público, lo que abarca también los contratos públicos. En el caso de las comunidades autónomas, esta función puede corresponder a sus respectivos órganos de control externo (OCEX). Junto a los anteriores, si bien desde una perspectiva diversa, supone un eficaz instrumento de control la existencia del recurso especial en materia de contratación (arts. 44 a 60 LCSP). En todo caso, al margen de las diversas medidas de control y rendición de cuentas que se puedan implementar en cada caso, cuanto antes se pueda detectar la realización de una práctica contraria al ordenamiento jurídico o desviada de los intereses públicos, más fácil será adoptar las medidas que sean precisas para reconducirla, finalizarla y, en su caso, sancionarla.

Como hemos visto, existe una clara consolidación de los principios de integridad, transparencia y rendición de cuentas en la legislación española. Sin embargo, cabe preguntarse sobre la eficacia de dichos principios en la práctica. Esto es, en qué medida nuestro país mejora en la realización de actuaciones éticas y conformes al ordenamiento jurídico en este ámbito. Para ello vamos a recurrir a los datos obtenidos por el Índice de Percepción de la Corrupción (CPI por sus siglas en inglés). Se trata de un indicador de

corrupción creado en 1995 por Transparencia Internacional y que se ha convertido en el más utilizado en el mundo. Este indicador combina y califica los niveles de percepción de la corrupción en el sector público conforme a su valoración por instituciones independientes. Como su propio nombre indica, este índice aporta información sobre la «percepción» de la corrupción, es decir, sobre un elemento subjetivo ya que el propio carácter de la corrupción hace que sea prácticamente imposible medirla de forma objetiva[8]. Esto es así porque habitualmente comprende actividades ilegales cuyos actores tratan de mantener ocultas y sólo son conocidas tras una denuncia, una investigación, un escándalo o un proceso judicial.

Tal y como se explica en el documento «El ABC del CPI: cómo se calcula el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC)»[9], cada país comprendido en este documento recibe una puntuación que oscila en una escala de 0 (altamente corrupto) a 100 (muy limpio o poco corrupto). Conforme a esa puntuación se clasifican los diversos países analizados en un orden priorizado, asignando a cada uno de ellos un puesto. Así, por ejemplo, aunque un país mantenga su puntuación, puede cambiar su puesto en la clasificación global como resultado, simplemente, de la participación de un mayor o menor número de países en el índice de ese año. Esto significa que el dato relevante no es tanto el puesto ocupado por un país, sino la puntuación obtenida sobre su percepción de la corrupción y, dentro de esta, es mejor obtener una puntuación más alta, puesto que eso significa que se trata de un país menos corrupto. Además será esencial observar la variación respecto a años anteriores de la puntuación obtenida por cada país.

Los datos utilizados para calcular la puntuación de cada país se obtienen de diversas fuentes de datos, tomadas de estudios y evaluaciones realizadas por instituciones independientes de prestigio[10]. No obstante, pese a que el

8. Sobre la lucha contra la corrupción mediante la normativa de contratación pública puede verse RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (2017) y MEDINA ARNÁIZ (2017).

9. «El ABC del CPI: Cómo se calcula el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC). Preguntas y respuestas sobre nuestro proyecto insignia: el Índice de Percepción de la Corrupción», 11 de febrero de 2025. Disponible en https://www.transparency.org/es/news/how-cpi-scores-are-calculated Última visita el 18 de abril de 2025.

10. La relación completa de fuentes consta en el archivo de datos publicado anualmente por Transparencia Internacional (CPI2024-Results-and-trends), disponible en https://images.transparencycdn.org/images/CPI2024-Results-and-trends.xlsx, consultado por última vez el 26 de abril de 2025. Son las siguientes: African Development Bank CPIA; Bertelsmann Foundation Sustainable Governance Index; Bertelsmann Foundation Transformation Index; Economist Intelligence Unit Country Ratings; Freedom House Nations In Transit; S&P / Global Insights Country Risk Ratings; IMD World Competitiveness Yearbook; PERC Asia Risk Guide; PRS International Country Risk Guide; Varieties of Democracy Project; World Bank CPIA; World Economic Forum EOS; y World Justice Project Rule of Law Index.

CPI se presenta como una herramienta unificadora, es preciso apuntar que el proceso de realización de este índice contiene dos elementos que pueden ocasionar claras disparidades. Desde mi punto de vista el más relevante es la gran diferencia del número de fuentes utilizadas para calcular la puntuación y posterior clasificación de cada país. Así, en el CPI de 2024 se ha contado con carácter general con 13 fuentes de datos, pero en la mayor parte de los casos (50 de los 180 países analizados) se utiliza la información proveniente de 8 de ellas. Junto a este dato general del número de fuentes utilizadas, resultan ilustrativos los dos casos extremos. Por un lado, en 9 países se analizan los datos de 10 fuentes distintas y, por otro lado, 10 países analizan sólo 3[11]. De hecho, la presencia de un país o territorio en al menos 3 de las fuentes de datos utilizadas por el CPI es el requisito mínimo para que dicho país o territorio se incluya en este índice, ya que en caso contrario se entiende que no existen datos suficientes para poder calcular su nivel de corrupción con rigor.

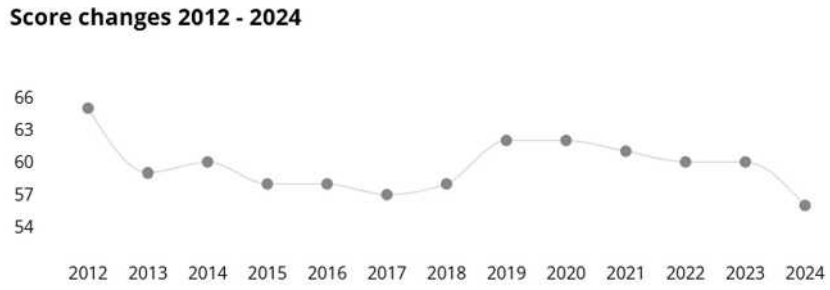
El segundo elemento distorsionador es que el diverso tipo de fuentes de las que se obtienen los datos. Estas cubren múltiples manifestaciones de corrupción en el sector público, tales como el soborno, la malversación de fondos públicos, si hay funcionarios que utilizan su cargo público para obtener lucro personal y no afrontan las consecuencias, la capacidad de los gobiernos para prevenir la corrupción en el sector público, la excesiva burocracia en el sector público que puede incrementar las oportunidades de ejercer la corrupción, el nepotismo en los nombramientos de funcionarios públicos, la legislación que garantice la transparencia en las declaraciones de finanzas personales y posibles conflictos de interés en los cargos públicos, la protección legal de denunciantes de casos de soborno y corrupción, la injerencia de intereses privados y el acceso a la información sobre asuntos públicos de interés ciudadano y actividades de gobierno. Sin embargo, no todas las fuentes de datos analizan todos estos criterios con la misma intensidad, por lo que su valoración es diversa y el recurso a unas fuentes u otras puede generar resultados no homogéneos.

Una vez expuesto qué es el Índice de Percepción de la Corrupción y la metodología utilizada para su elaboración vamos a analizar los datos aportados por este índice sobre España. Como hemos dicho, el primer CPI se elaboró en 1995. Sin embargo, el sistema de puntuación cambió en 2012 para facilitar la comparación de los resultados. Hasta ese momento la calificación de los países se atribuía en una escala de 0 a 10, mientras que a partir de

11. En 2024, se han utilizado 10 fuentes para 9 países; 9 fuentes para 25 países; 8 fuentes para 50 países; 7 fuentes para 35 países; 6 para 19; 5 para 14; 4 para 8; y 3 para 10. La fuente más comúnmente utilizada es S&P / Global Insights Country Risk Ratings, la cual aporta datos de todos los países salvo de Rumanía.

2012 se puntúa de 0 a 100, siendo siempre mejor obtener una puntuación más alta, ya que eso implica una menor percepción de la corrupción en el país de que se trate.

En el primer CPI publicado, año 1995, España se situó en el puesto 26 de los 41 países incluidos, con una puntuación de 4,35 sobre 10. Una década más tarde, en 2005, mejoró su puntuación, llegando a 7 sobre 10 y ubicándose en el puesto 26 de 159 países. En 2012, la puntuación de España fue de 65 (sobre 100) lo que situó al país en el puesto 30 de 176 países. Como puede verse en la gráfica adjunta, la puntuación de 2012 fue la mejor obtenida por España desde el nuevo modelo de calificación, oscilando en los años sucesivos entre 62 y 56 puntos[12]. También ha variado la posición de España respecto al resto de países analizados. En el caso de los puestos pasa lo contrario a la puntuación: el primer puesto lo obtiene el país con mejor índice de percepción de la corrupción, por lo que cuanto menor sea el puesto, mejor es el resultado que muestra. La variación de puntos obtenida unida al mayor o menor número de países incluidos cada año en el CPI ha supuesto que España haya oscilado en el margen de los años 2012 y 2024 entre los puestos 30 (tanto en 2012 como en 2019) y 46 (en 2024), peor resultado obtenido por España desde 2012, el cual se relaciona con la menor, puntuación obtenida también en este último año. En este sentido, nuestro país desde el año anterior (2023) ha perdido 4 puntos y ha descendido 10 puestos.



Fuente: Transparencia Internacional, capítulo España. Disponible en: https://www.transparency.org/en/cpi/2012/index/esp

12. En concreto la puntuación y clasificación de España en el CPI a partir de 2012 ha sido la siguiente: 2013: 59 (puesto 40 de 177 países); 2014: 60 (puesto 38/175); 2015: 58 (puesto 37/168); 2016: 58 (puesto 41/176); 2017: 57 (puesto 42/180); 2018: 58 (puesto 41/180); 2019: 62 (puesto 30/180); 2020: 62 (puesto 32/180); 2021: 61 (puesto 34/180); 2022: 60 (puesto 35/180); 2023: 60 (puesto 36/180) y 2024: 56 (puesto 46/180).

Este análisis de los datos del CPI respecto a España muestra cómo la corrupción percibida del sector público es mayor desde 2012, con un año de clara mejoría en 2019, pero a partir de ese momento con una constante evolución negativa. Esto es así pese a que el ordenamiento jurídico español ha avanzado notablemente en la incorporación de normas para promover la transparencia, la integridad y la rendición de cuentas. Sin embargo, como se ha visto, persiste el desafío de trasladar dichos principios a la práctica mediante un compromiso institucional sostenido, la profesionalización de los órganos de contratación y el fortalecimiento de una cultura ética en todos los niveles de la administración pública. Es decir, es preciso llevar a cabo acciones adicionales o distintas para mejorar esos resultados, motivo por el cual pensamos que en ciertas ocasiones puede ser de utilidad recurrir a los pactos de integridad o a herramientas similares que permitan afianzar los resultados esperados en este ámbito.

III. LA FIGURA DEL PACTO DE INTEGRIDAD: CONCEPTO, VENTAJAS Y OBSTÁCULOS PARA SU ADOPCIÓN

En diciembre de 2024 Transparencia Internacional publicó un completo y actualizado informe sobre los pactos de integridad, entendidos como una oportunidad para aprovechar la acción colectiva en favor de la buena gobernanza y la integridad empresarial en la contratación pública (*The Integrity Pact, blueprint*)[13]. Con ese análisis Transparencia Internacional pretende promover una implementación más uniforme de los pactos de integridad, la cual permita la introducción de flexibilidad e innovación. Posteriormente, en marzo de 2025, el capítulo español de Transparencia Internacional publicó el informe «Pactos de integridad: Hacia una adopción estratégica e implementación efectiva en España» (Informe PI en España)[14]. En este trabajo tomo como base ambos documentos para analizar los elementos clave de los pactos de integridad y los retos que su implementación conllevaría en nuestro país.

13. GRECO, Antonio (2024): «The Integrity Pact. Harnessing collective action for good governance and business integrity in public procurement», Transparency International, 68 páginas. Disponible en https://images.transparencycdn.org/images/Global-Integrity-Pacts-Publication_18122024.pdf (Consultado por última vez el 26 de abril de 2025).
14. DE GUERRERO MANSO, Carmen; GARCÍA RUIZ, Andrea; CELLA, Camila y ROA, Mónica (2025): «Pactos de integridad: Hacia una adopción estratégica e implementación efectiva en España», Transparencia Internacional España, 71 páginas. Disponible en: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/VF-2025_Informe-Pactos-de-Integridad-Hacia-una-adopcion-estrategica-e-implementacion-efectiva-en-Espana.pdf (Consultado por última vez el 26 de abril de 2025).

1. CONCEPTO Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL PACTO DE INTEGRIDAD

Los pactos de integridad (PI), concebidos por Transparencia Internacional (TI) en la década de 1990, tienen como objetivo mitigar los riesgos de la mala gobernanza y la corrupción, a través de la intervención de la sociedad civil como monitores externos e independientes, sobre todo en los procesos de contratación dotados de un alto valor político, económico o social[15]. En este margen de tiempo se han llevado a cabo iniciativas de PI en 28 países del mundo, aplicadas a diversos tipos de contratos, como por ejemplo grandes infraestructuras o adquisición de medicamentos[16]. De forma simplificada podemos decir que esta herramienta consiste en un acuerdo a tres bandas, en el que participan la autoridad contratante, el contratista o licitador (dependiendo del momento en el que se suscriba el PI) y el miembro o miembros de la sociedad civil que actuará como monitor y, por lo tanto, garantizará la integridad del proceso. No obstante, habrá que atender a la fase de la licitación en la que se aplique esta herramienta ya que, por ejemplo, si se utiliza para la fase previa, de preparación de la licitación, para acompañar la detección de la necesidad a satisfacer o la determinación del objeto del contrato, la elección del procedimiento de adjudicación, de los criterios de selección y adjudicación o las condiciones especiales de ejecución, es posible que los operadores económicos no sean parte de este acuerdo, sino que se circunscriba al órgano de contratación y a las personas de la sociedad civil que vayan a participar como expertos en la monitorización, de manera que en este caso sería un acuerdo meramente bilateral.

En todo caso, este tipo de herramientas están diseñadas como mecanismo complementario a las herramientas ya previstas en la LCSP para prevenir la corrupción y promover la transparencia, la integridad y la rendición de cuentas. No pretenden, por lo tanto, reemplazar los mecanismos

15. En este artículo nos vamos a centrar en los resultados obtenidos del análisis y valoración de las experiencias prácticas de aplicación de este tipo de instrumentos contenidos en los dos informes mencionados en el apartado anterior: *The Integrity Pact, blueprint* y PI en España. Para un estudio detallado de los pactos de integridad como elemento para luchar contra la corrupción, así como las necesarias reformas exigidas para incorporarlos en el ámbito español puede verse DE GUERRERO MANSO (2018). También resulta muy interesante el análisis de las tres décadas de PI en Europa realizado por ARRIBAS REYES (2016) y la relación entre este tipo de herramientas y los conflictos de intereses con la prevención de la corrupción llevada a cabo por CERRILLO i MARTÍNEZ (2016), línea también plasmada en el documento de la Comisión Europea (2016).

16. Transparency International, Integrity Pacts around the world, https://www.transparency.org/en/projects/integrity-pact-global-standard/integrity-pacts-aroundthe-world (Consultado por última vez el 26 de abril de 2025).

de supervisión y control preexistentes, sino mejorar su capacidad de prevención, respuesta y eficacia en aquellos supuestos en los que por la especial dimensión social, política o económica del contrato se considere que pueden ser de utilidad. Insistimos en que sólo en estos supuestos será cuando este sistema de monitoreo independiente, en tiempo real, que puede estar dotado de mecanismos para la resolución de conflictos con participación ciudadana facilitada por la sociedad civil, será un elemento útil en los procesos de licitación y en la posterior ejecución del contrato, compensando así el esfuerzo y el gasto adicional que supone su implantación.

2. LOS BENEFICIOS DE ESTA HERRAMIENTA: ÁMBITOS DE IMPACTO Y EFECTOS DIFERENCIADOS POR ACTORES

Los pactos de integridad han demostrado ser herramientas valiosas para mejorar la calidad, la transparencia y la eficiencia en la contratación pública, especialmente en contextos donde se busca reforzar la confianza ciudadana en las instituciones y garantizar el uso responsable de los recursos públicos. Estos instrumentos, así como otras iniciativas con objetivos similares, permiten introducir mecanismos de supervisión y control que complementan el marco jurídico existente, aportando un valor añadido tanto en la prevención de irregularidades como en la mejora de las funciones y trámites administrativos. A continuación analizaremos los beneficios concretos que pueden generar este tipo de mecanismos desde una doble perspectiva. Por un lado, su utilidad en tres aspectos esenciales del procedimiento de contratación: la mejora de la eficacia, integridad y transparencia en los procedimientos de contratación; y, por otro lado, su repercusión positiva sobre los diversos actores que participan o se benefician de un proceso de este tipo: los órganos de contratación, los operadores económicos, los representantes de la sociedad civil y la ciudadanía en general.

2.1. Beneficios por ámbitos sustantivos

Tal y como se detalla en *The Integrity Pact, blueprint* (pp. 12-13) la utilización de pactos de integridad ha reportado beneficios en tres ámbitos interrelacionados. El propio documento (páginas 45, 48 y 49) aporta ejemplos específicos sobre cada uno de ellos, a los que ahora nos remitimos.

Por un lado, se mejora la eficacia en los procedimientos de contratación pública. Las experiencias derivadas de la aplicación de los pactos de integridad han evidenciado que la fiscalización independiente de los procedimientos de contratación, llevada a cabo por la sociedad civil con un acceso amplio a la información, contribuye de manera significativa al fortalecimiento del sistema de gobernanza en el ámbito de la contratación pública.

Esta intervención ha permitido mejorar el análisis de mercado y la redacción de los pliegos de licitación, garantizar la ejecución de los contratos, reducir los costes, promover una mayor concurrencia y participación de los operadores económicos, así como facilitar la resolución ágil y eficaz de los posibles conflictos entre los órganos de contratación y los licitadores.

En segundo lugar se han comprobado avances y mejoras en la integridad, tanto pública como privada. En determinadas experiencias, los pactos de integridad han operado como instrumentos de control preventivo en tiempo real, orientados a verificar el cumplimiento de la normativa aplicable en los procedimientos de contratación pública. Esta función ha permitido identificar y abordar de forma anticipada diversos riesgos, irregularidades o deficiencias en el desarrollo de los contratos, incluidas aquellas que pudieran estar vinculadas a indicios de corrupción. Asimismo, las organizaciones de la sociedad civil han desempeñado un papel relevante en el refuerzo de la integridad institucional, mediante la impartición de programas formativos en materia de prevención de la corrupción y la emisión de recomendaciones técnicas relativas a los mecanismos de control interno, dirigidas tanto a los órganos de contratación como a los operadores económicos.

El tercer ámbito en el que se han producido beneficios es el de la transparencia y la rendición de cuentas. La implementación de los pactos de integridad ha propiciado el desarrollo de mecanismos y canales específicos mediante los cuales las organizaciones de la sociedad civil, en coordinación con las autoridades contratantes, han logrado una difusión eficaz de la información relativa a los proyectos de contratación, dirigida especialmente a los beneficiarios y a las comunidades potencialmente afectadas. Este ejercicio de transparencia ha contribuido a una mayor comprensión del procedimiento por parte de los interesados, ha permitido su seguimiento efectivo, ha facilitado la recepción de observaciones y alertas tempranas sobre posibles irregularidades, y ha favorecido la participación activa de dichas comunidades en la adopción de decisiones relevantes. En determinados supuestos, las organizaciones de la sociedad civil han promovido, además, la implicación directa de las comunidades en las tareas de vigilancia y evaluación de los procedimientos de contratación.

2.2. Beneficios por tipo de actor implicado

El primer grupo de actores que pueden verse afectados positivamente por la implementación de pactos de integridad u otras modalidades similares de seguimiento de los procedimientos de contratación es aquel integrado por el sector público. Como ha quedado expuesto, la contratación

pública en España requiere reforzar la legitimidad de las instituciones, mejorar la eficiencia del gasto público y garantizar un control adecuado de la ejecución contractual. En este contexto, el nuevo modelo de *Integrity Pact* se erige como una herramienta con alto potencial para incidir de forma positiva en el sector público.

Entre los beneficios derivados de los PI se encuentra su contribución a la profesionalización de los actores implicados. La interacción constante entre el personal de las administraciones públicas y los expertos de la sociedad civil —quienes actúan como monitores— promueve un aprendizaje basado en la práctica que redunda en una mejora significativa de las capacidades técnicas y jurídicas de los participantes. Esta dimensión formativa resulta imprescindible para atender a las exigencias derivadas del marco normativo europeo en materia de contratación pública.

De igual modo, el pacto de integridad actúa como un mecanismo preventivo frente a la corrupción y las malas prácticas administrativas. Gracias a la supervisión en tiempo real y al posible seguimiento de las distintas fases del ciclo de vida del contrato, se facilita la detección temprana de irregularidades a lo largo del procedimiento: desde una eventual definición errónea del objeto contractual, pasando por requisitos de solvencia desproporcionados o criterios de adjudicación discriminatorios, hasta condiciones especiales de ejecución mal formuladas o inadecuadas para satisfacer el interés público.

Además, este tipo de intervención contribuye de manera directa al fortalecimiento de la legitimidad institucional. El acompañamiento experto durante las distintas fases del procedimiento —incluida la detección y priorización de las necesidades públicas— mejora la transparencia y promueve una mayor rendición de cuentas. Ello permite asegurar que los resultados obtenidos mediante el contrato se alineen efectivamente con los objetivos inicialmente previstos, generando un impacto y verificable.

También es relevante la incidencia del pacto de integridad en la mejora de la eficiencia y eficacia de los procedimientos. Su aplicación favorece una gestión más racional y orientada a resultados, lo que contribuye al cumplimiento del principio de buena administración consagrado en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En particular, la supervisión de la fase de ejecución del contrato permite reducir las desviaciones entre lo planificado y lo ejecutado, mitigando así los riesgos de sobrecostes, retrasos, deficiencias en la calidad o insuficiencia del impacto.

De esta manera, el nuevo modelo de *Integrity Pact* no solo opera como una medida de control, sino también como un impulso para la mejora de la contratación pública. Su correcta implementación puede constituir un factor clave para alinear la actividad contractual del sector público con los principios de legalidad, eficiencia, integridad y servicio al interés general, especialmente en aquellos contratos que por su relevancia social, económica o política se considere positivo implementar este tipo de garantías adicionales.

El segundo gran grupo de actores beneficiados son aquellos que pertenecen al sector privado. Efectivamente, los pactos de integridad no solo fortalecen los principios que rigen la contratación pública, sino que también generan impactos positivos directos en el sector privado, al configurar un entorno más seguro y competitivo para la participación de los operadores económicos.

Uno de los beneficios más relevantes para este tipo de actores es la implementación de los PI promueve un entorno de licitación más transparente y equitativo, lo cual se traduce en un incremento en la participación de licitadores. La confianza en la objetividad del procedimiento — especialmente en relación a la elaboración de pliegos y la definición de criterios de adjudicación— genera una percepción favorable entre los operadores privados, quienes se sienten motivados a competir en condiciones más justas.

Otro aspecto relevante es el efecto reputacional derivado de la participación en contratos en los que se apliquen PI o instrumentos similares. La presencia de un tercero que certifica la correcta actuación del contratista durante la ejecución del contrato puede convertirse en un distintivo de integridad empresarial. Esta verificación adicional, que incluso podría llevarse a cabo mediante la expedición de un certificado específico, puede constituir un valor añadido para el operador económico en futuros procedimientos o relaciones comerciales.

Por último, podemos mencionar el efecto disuasorio frente a prácticas irregulares o fraudulentas, lo que repercute favorablemente en la ejecución contractual. Al existir un seguimiento independiente y en tiempo real, se reducen notablemente los riesgos de incumplimiento, con lo que se minimizan también las probabilidades de que se impongan penalidades o se active un procedimiento de resolución anticipada del contrato.

Un tercer grupo de actores que se pueden ver beneficiados por la aplicación de pactos de integridad o herramientas similares son las organizaciones de la sociedad civil (OSC). La sociedad civil desempeña un papel

esencial en la promoción de la integridad y la rendición de cuentas en la contratación pública. Su implicación directa en los procesos contractuales no solo contribuye a reforzar la transparencia administrativa, sino que también legitima las decisiones adoptadas por los poderes públicos, fortaleciendo así la confianza ciudadana en las instituciones.

Los pactos de integridad representan una vía eficaz para estructurar esta participación, permitiendo a las OSC asumir un rol activo como entidades independientes de supervisión. Mediante su implicación en estos mecanismos, no solo afianzan su posición como impulsoras de la transparencia y el control democrático, sino que también consolidan su reputación y credibilidad como actores relevantes en la mejora de las políticas públicas.

Además, su participación en PI les proporciona una gran oportunidad de aprendizaje institucional. A través de la experiencia adquirida en estos procesos, las OSC perfeccionan sus herramientas de análisis, fortalecen sus capacidades técnicas y optimizan sus formas de interlocución con la administración, lo que redunda en una mayor eficacia en la implementación de futuras iniciativas de control ciudadano.

El cuarto y último grupo que puede verse beneficiado es la ciudadanía en general. Los PI se presentan como un instrumento particularmente valioso para garantizar que los procedimientos de contratación pública se traduzcan en resultados positivos para el conjunto de la ciudadanía. Su implementación contribuye a asegurar que las prestaciones contratadas se ejecuten con niveles adecuados de calidad, en condiciones económicas proporcionales y mediante una gestión transparente de los recursos públicos, todo lo cual refuerza la confianza de la población en las instituciones.

La supervisión externa que caracteriza a los PI permite un mayor control sobre las distintas fases del procedimiento contractual, lo que facilita, como ha quedado dicho, una mejor elaboración de los documentos contractuales, una selección más adecuada de las cláusulas aplicables y un seguimiento más riguroso de la ejecución. Esto se traduce, para la ciudadanía, en servicios públicos más eficientes, con estándares de calidad ajustados a las necesidades reales y a precios razonables.

Pero además de estos efectos inmediatos, los PI también fomentan una participación más activa de la sociedad en los asuntos públicos. Las personas que cuenten con la cualificación técnica necesaria pueden formar parte de los procesos de supervisión, lo cual no solo refuerza los mecanismos de control, sino que también fortalece el vínculo entre la administración y la ciudadanía. Este modelo participativo mejora el acceso a la información, impulsa la transparencia y favorece la comprensión del proceso contractual

por parte del público general, consolidando así una cultura de buena gobernanza y responsabilidad pública.

3. DESAFÍOS PARA UNA APLICACIÓN EFECTIVA: ARTICULACIÓN INSTITUCIONAL, APROVECHAMIENTO DE DATOS, PARTICIPACIÓN ACTIVA Y RESULTADOS DISPARES

El estudio realizado por Transparencia Internacional sobre la aplicación de esta herramienta en el marco de 18 proyectos financiados por la Unión Europea en 11 Estados miembros, el cual analizamos en este trabajo, ha confirmado su utilidad para mejorar los resultados contractuales. No obstante, también ha evidenciado una serie de desafíos estructurales y lecciones clave que deben ser tenidas en cuenta en el futuro desarrollo de los PI.

Uno de los elementos esenciales identificados en dicha experiencia es que los pactos de integridad alcanzan su máximo potencial cuando se integran en un ecosistema institucional más amplio, orientado a la transparencia, la integridad y la rendición de cuentas. Su implementación debe articularse de manera complementaria a los mecanismos de control existentes, permitiendo no solo asegurar el cumplimiento de las normas y prevenir así la corrupción, sino también promover la adopción o el fortalecimiento de dichos mecanismos en los entornos donde aún no se aplican. En este sentido, su utilidad se manifiesta especialmente en el contexto de estrategias de gestión del riesgo, las cuales son más relevantes en proyectos de alto valor estratégico, ya sea desde una perspectiva política, económica o social.

Asimismo, el aprovechamiento de datos provenientes de sistemas de contratación electrónica y otras bases de datos puede contribuir de manera significativa a la mejora de la gestión del riesgo y a la aplicación eficaz de los pactos de integridad u otras herramientas similares. Cuando estos datos se encuentran disponibles en formato abierto y con estándares de calidad adecuados, permiten tanto a las autoridades públicas como a la sociedad civil supervisar el gasto en contratación e identificar aquellas categorías de proyectos que presentan mayores riesgos, facilitando así una asignación más eficiente de los recursos de control hacia las áreas prioritarias.

Por otro lado, los pactos de integridad han servido para ayudar a los operadores económicos a implementar los principios de cumplimiento normativo y competencia leal. Sin embargo, según los datos analizados por TI, la participación activa por parte de estos agentes en la puesta en marcha de los PI no ha sido sencilla. Esta resistencia parece estar vinculada a la falta de consulta en las fases iniciales de su aplicación, y a la percepción de que los PI generan una carga administrativa adicional o provocan demoras en

los procedimientos. Al margen del mayor o menor grado de veracidad de estas percepciones, las cuales TI considera como infundadas, resulta necesario que las futuras iniciativas asociadas a los Pactos de integridad ofrezcan incentivos más evidentes para los licitadores, facilitando, por ejemplo, la incorporación de políticas de integridad empresarial mediante acciones formativas o reconocimientos específicos a las empresas que hayan participado en este tipo de iniciativas.

Finalmente, si bien los beneficios de los pactos de integridad son particularmente evidentes en su aplicación caso por caso, se plantea la oportunidad de avanzar hacia su institucionalización. Para que sus efectos sean sostenibles y sistémicos parece que sería conveniente su integración en las políticas y en la normativa de contratación. Desde ese convencimiento, TI propone la incorporación estructurada de los PI, aplicándolos de sistemáticamente a grupos de contratos, ya sea por sector económico o por autoridad contratante. Conforme a ello considera positiva su implementación en plataformas más amplias de reforma institucional o de acción colectiva, tal y como se hizo en las primeras experiencias registradas en América Latina y Asia hace aproximadamente dos décadas.

Por su parte, como se ha visto, el Informe PI en España (pp. 36-44), analiza los beneficios que la utilización de este tipo de herramientas puede tener en función de las fases del proceso de contratación en las que se aplique, así como los grupos de actores a los que puede beneficiar su puesta en marcha: sector público, sector privado, organizaciones de la sociedad civil o ciudadanía en general. En todo caso, es preciso considerar que los beneficios derivados de la implementación de los pactos de integridad en los procedimientos de contratación pública no serán siempre iguales, ya que pueden variar significativamente según las características específicas de cada proyecto o contrato, del contexto en el que se inscriba, o de los objetivos perseguidos con su aplicación. Así, por ejemplo, en aquellos contratos que implican una mayor sensibilidad respecto de la prestación a desarrollar, en sectores con conflictos recurrentes o cuando existen antecedentes de falta de transparencia o corrupción, es razonable prever que el impacto positivo de los pactos de integridad en términos de generación de confianza será considerablemente mayor, ya que contribuirán a fortalecer la percepción de que la contratación pública se lleva a cabo de manera justa, equitativa y conforme a los principios de buena administración. En sentido contrario, si se utiliza esta herramienta en contratos sencillos o de escasa entidad, es más fácil que su implementación se perciba como una carga adicional innecesaria.

De igual manera, los beneficios en términos de eficiencia en el uso de los recursos públicos en proyectos de gran envergadura económica pueden ser particularmente significativos. La transparencia y la integridad en la contratación pública no solo favorecen la competencia y la igualdad de trato, sino que también son esenciales para evitar prácticas corruptas y garantizar que los recursos destinados a los diversos proyectos se gestionen de manera eficaz. En este sentido, este tipo de herramientas contribuyen a prevenir riesgos asociados a la falta de supervisión. Quiero resaltar aquí expresamente que, salvo en casos excepcionales, la posible falta de supervisión en la contratación pública no suele ser consecuencia de un mal desempeño de los profesionales encargados de estos procesos, sino de la limitación de tiempo y recursos con los que cuentan. En muchos casos, los responsables de la contratación pública deben realizar múltiples tareas y tomar decisiones sometidas a escaso margen de tiempo, lo que dificulta una supervisión precisa y continua. En este contexto, los pactos de integridad pueden ser una herramienta valiosa, no para reemplazar el trabajo de los funcionarios, sino para complementar y reforzar sus esfuerzos, proporcionándoles un marco estructurado que facilite la detección temprana de irregularidades y garantice la transparencia y la eficiencia en los procesos de contratación. De esta manera se facilitará la optimización de la preparación de los documentos de licitación y de las fases de adjudicación y ejecución de los contratos (dependiendo del momento en el que se aplique el PI), lo cual es clave para alcanzar los objetivos de eficiencia previstos en la normativa europea y nacional en materia de contratación pública.

IV. DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN DEL PACTO DE INTEGRIDAD: FASES Y COMPONENTES ESENCIALES

Tras haber analizado la definición, beneficios y desafíos iniciales de los pactos de integridad y con el propósito de comprender en profundidad su funcionamiento vamos a analizar ahora sus elementos clave, articulados en torno a dos fases esenciales que estructuran su desarrollo. En primer lugar, abordaremos la fase de inicio, en la que se toman decisiones clave como la selección del proyecto en el que se desarrollará el PI, su forma de financiación, la designación del monitor o monitores independientes y el diseño de los mecanismos iniciales de supervisión. En segundo lugar analizaremos la fase de ejecución, centrada en la implementación práctica del pacto y nos detendremos en dos aspectos principales: la gestión de riesgos y las actividades de seguimiento y monitorización de los pactos. Junto a éstas, existe una tercera fase, dedicada a la preparación y formalización del PI, en la que se definen sus componentes formales, se detallan las actividades que llevará a cabo la sociedad civil, y se regulan los sistemas de resolución de conflictos,

así como los eventuales incentivos, sanciones o penalidades aplicables. No obstante, al tratarse de elementos más técnicos o con menos interés jurídico práctico, no la vamos a analizar aquí. Para desarrollar estos aspectos tomaremos como punto de partida tanto *The Integrity Pact, blueprint* (pp. 14-60) como el Informe PI en España (pp. 36-44).

1. FASE DE INICIO

La fase inicial de un pacto de integridad resulta determinante para asegurar su viabilidad y eficacia. En esta etapa preliminar se adoptan decisiones estratégicas que condicionarán el desarrollo posterior del instrumento. Entre los aspectos más relevantes se encuentran la selección del proyecto que será objeto de seguimiento, la definición del modelo de financiación y la elección del monitor o monitores externos encargados de supervisar su ejecución. La adecuada previsión de cada uno de estos elementos constituye un requisito imprescindible para dotar al PI de legitimidad, utilidad y capacidad de influencia real en el procedimiento de contratación pública.

1.1. Criterios para la selección del proyecto

La adecuada elección del contrato al que se aplicará un pacto de integridad exige un centrar los esfuerzos de supervisión y transparencia en aquellos proyectos que, por su naturaleza, presupuesto o impacto, presentan una especial trascendencia para el interés general. A tal fin, pueden consultarse instrumentos como planes de infraestructuras, programas de inversión pública o estrategias de desarrollo territorial, tanto a nivel nacional como autonómico o local. No obstante, la utilidad de estas herramientas dependerá de su grado de precisión y en caso de información insuficiente, resultará imprescindible dirigirse a las administraciones responsables para obtener datos adicionales.

La decisión de seleccionar un determinado proyecto debe basarse en criterios objetivos que permitan anticipar su potencial transformador y la utilidad de aplicar este tipo de herramientas como elemento adicional en el proceso de contratación y de ejecución contractual. Según TI, entre los factores a considerar destacan: su alineación con los fines de las políticas públicas impulsadas por la entidad contratante; su importancia económica, medida por el volumen financiero absoluto o su peso relativo en el presupuesto del organismo; y su incidencia social, valorada conforme al alcance del número de beneficiarios y a la inmediatez con la que se espera que dichos efectos incidan en su vida cotidiana.

Desde una perspectiva preventiva frente a la mala gestión y la corrupción, los pactos de integridad resultan especialmente adecuados para aquellos procedimientos de contratación que revisten una especial relevancia estratégica en la ejecución de las políticas públicas, implican cuantías económicas significativas y presentan un impacto social directo y medible. Aunque los proyectos de infraestructura suelen reunir con frecuencia estas condiciones, el valor estratégico de cada iniciativa concreta dependerá, en última instancia, de los fines institucionales de los actores implicados, de los sectores objeto de intervención y de los objetivos perseguidos por cada administración contratante.

Una vez identificados los posibles contratos que podrían beneficiarse de la aplicación de un pacto de integridad, resulta esencial atender a sus características específicas y a las condiciones concretas que rodean su implementación. Este análisis adicional permitirá valorar la viabilidad del PI, anticipar eventuales oportunidades o dificultades que puedan incidir en su ejecución, estimar los costes asociados y planificar adecuadamente los compromisos y las actividades de supervisión requeridas.

Como decimos, la implementación de un pacto de integridad en procedimientos contractuales requiere una evaluación exhaustiva de diversos factores que inciden directamente en su eficacia y en la conveniencia de su utilización. Entre los elementos esenciales a considerar se encuentran la dimensión del proyecto, su duración, la etapa del procedimiento en que se vaya a llevar a cabo, la complejidad técnica del objeto contractual y el perfil de los actores implicados.

En primer lugar, la dimensión del proyecto es determinante. En iniciativas de gran envergadura, como obras públicas o infraestructuras, es frecuente que su desarrollo implique múltiples procedimientos contractuales. En tales casos, puede no ser factible abarcar la totalidad de los mismos; por ello, es recomendable que los impulsores del PI se concentren en aquellos procedimientos que sean críticos, ya sea por su impacto, volumen económico o riesgos identificados.

La duración del proyecto también incide en la planificación del PI. Los contratos cuya ejecución se prolonga durante varios ejercicios presupuestarios generan mayores exigencias de seguimiento y control. Además, si se pretende supervisar el cumplimiento durante toda la ejecución contractual será imprescindible incrementar los recursos para su financiación, lo cual debe ser tenido en cuenta en la planificación del PI.

La fase en la que se encuentra el procedimiento también es crucial. Para que el PI despliegue todo su potencial preventivo y de control, es impres-

cindible que su implementación comience en la fase preparatoria previa a la licitación. Si por el contario el procedimiento está iniciado o en fases posteriores a la adjudicación, la capacidad de intervención efectiva de los mecanismos de integridad y seguimiento se verá limitada.

La naturaleza técnica del objeto contractual es otro factor relevante. La contratación de bienes, servicios u obras de elevada especialización técnica, como sistemas informáticos avanzados o equipamiento médico innovador, exige contar con un nivel de conocimiento específico que no siempre está fácilmente disponible. Esto puede requerir esfuerzos adicionales para garantizar tanto la comprensión del contrato por parte de los supervisores como la implicación efectiva de los sujetos afectados.

Finalmente, es fundamental evaluar el perfil de los actores implicados. Entre otros factores, se debe considerar el grado de voluntad política y la capacidad técnica de la autoridad contratante, la estructura y dinámica del mercado de proveedores, la existencia de organizaciones de la sociedad civil con solvencia y legitimidad suficientes para ejercer una supervisión independiente, y la presencia de colectivos de beneficiarios organizados que puedan contribuir al seguimiento y validación del proceso.

La consideración de estos elementos permitirá una adecuada selección de los procedimientos contractuales en los que implementar un PI, de manera que su impacto en la promoción de la integridad y la transparencia en la contratación pública será mayor.

En aquellos contextos en los que las condiciones iniciales no sean plenamente favorables —por ejemplo, ante debilidades institucionales, escasa participación ciudadana o limitada competencia entre licitadores—, la propia aplicación del PI puede actuar como catalizador de mejoras. Así, el desarrollo del PI puede contribuir a fortalecer la capacidad administrativa, aumentar el atractivo de la licitación para operadores económicos o fomentar espacios de participación ciudadana.

En todo caso, el proceso de toma de decisión sobre la conveniencia de aplicar un PI a un contrato determinado debe realizarse con la participación de los principales grupos de interés: responsables públicos, representantes del sector privado, miembros de la sociedad civil y, en su caso, expertos académicos. Este enfoque permitirá valorar adecuadamente si la aplicación del PI es factible y si el impacto esperado justifica la inversión de recursos necesarios para su implementación. TI propone constituir comités o consejos multi-actor que integren representantes de las administraciones públicas, el sector empresarial y las organizaciones sociales en el marco de estrategias nacionales o sectoriales que contemplen la aplicación sistemática de

PIs. Una vez constituidos, estos comités serían los responsables de seleccionar los proyectos en los que aplicar los PI y proponer la configuración de este instrumento, sus objetivos o la designación del monitor o monitores.

La integración en estos órganos debería regirse por procedimientos abiertos, públicos y fundados en criterios objetivos. En este sentido, resulta imprescindible establecer normas que eviten conflictos de interés y situaciones de favoritismo, tales como la exigencia de declaraciones de intereses privados y patrimoniales. Asimismo, las actuaciones y deliberaciones de estos comités deberían quedar debidamente documentadas y ser accesibles al público, preferiblemente mediante su publicación en plataformas digitales institucionales específicas.

1.2. Modelos de financiación

De lo dicho hasta el momento se deduce que puede haber PI de diversa entidad, duración y complejidad. Conforme a ello es lógico que este tipo de instrumentos no presenten un coste uniforme, dado que su presupuesto dependerá de diversos factores, como la experiencia previa de los promotores en la implementación de este tipo de instrumentos, las características específicas del contrato público afectado o el grado de alcance que se pretenda atribuir a la iniciativa. En todo caso, el análisis efectuado durante las fases de identificación y selección del proyecto debe ofrecer orientaciones iniciales útiles para estimar un presupuesto preliminar, que podrá ser concretado durante la fase de preparación del PI.

Tal y como expone Ti, de forma general, un presupuesto tipo de PI incluye tres categorías de costes: los relativos a la fase de preparación, los derivados de la ejecución del pacto y los correspondientes al seguimiento y monitorización, siendo estos últimos los que habitualmente representan la mayor parte del desembolso económico.

El momento exacto en el que debe estimarse el presupuesto del PI depende del contexto institucional y financiero en que se desarrolle la iniciativa. En algunos supuestos, los promotores diseñan la propuesta del PI desde cero, elaboran una estimación de costes y buscan posteriormente las fuentes de financiación. En otros casos, se dispone ya de recursos económicos desde el inicio, lo que condiciona tanto la selección del proyecto como la definición de los objetivos del PI.

La dimensión y el alcance de cada pacto de integridad están directamente relacionados con el volumen de recursos disponibles. Así, pueden desarrollarse iniciativas de alcance limitado, centradas casi exclusivamente en la revisión técnica del procedimiento de contratación por parte de la

sociedad civil y expertos independientes, finalizando su intervención una vez adjudicado el contrato. Este tipo de iniciativas pueden incluir compromisos básicos de cumplimiento normativo y de publicidad por parte de las partes involucradas, y una comunicación institucional restringida a la publicación de avances y observaciones técnicas.

En el extremo opuesto, las iniciativas de mayor alcance abarcan una revisión completa del ciclo de contratación, la asunción de compromisos estructurales por parte de las administraciones y de los operadores económicos, y el desarrollo de actividades adicionales como la formación de actores públicos y privados o la participación activa de las comunidades afectadas. Estas iniciativas suelen estar acompañadas de estrategias intensas de comunicación y de sensibilización pública, mediante campañas, actividades de incidencia y eventos de divulgación.

En cuanto a las fuentes de financiación, estas pueden ser variadas y responder a la voluntad de distintos actores de impulsar la implementación de pactos de integridad como instrumento para la mejora de la gobernanza pública. El perfil del financiador influirá notablemente en la magnitud de la iniciativa, al determinar el presupuesto disponible. La experiencia acumulada permite identificar dos vías principales para sufragar estos pactos.

La primera de ellas es la financiación externa, proveniente de organizaciones internacionales, agencias de cooperación para el desarrollo, bancos multilaterales o entidades filantrópicas. Estas entidades se encuentran en una posición privilegiada para apoyar iniciativas ambiciosas, ya sea mediante subvenciones directas a organizaciones de la sociedad civil o incluyendo los costes del pacto en el presupuesto de proyectos concretos que deseen proteger frente a riesgos de corrupción. Así ocurrió, por ejemplo, en el proyecto piloto desarrollado en el ámbito de la Unión Europea, financiado íntegramente mediante subvenciones de la Comisión Europea a las entidades seleccionadas.

La segunda vía consiste en la financiación pública directa por parte de gobiernos o autoridades contratantes. En estos casos, las administraciones pueden reservar una partida presupuestaria específica para la aplicación de estos pactos en contratos seleccionados o bien incluir sus costes en el presupuesto de los propios proyectos públicos. La financiación del seguimiento ciudadano puede canalizarse mediante subvenciones o contratos de prestación de servicios, como ha sucedido en España, Hungría o la República Checa. Existen también modelos en los que el monitor independiente es remunerado directamente por la administración contratante en función

de tarifas oficiales, como ocurre en el programa de Testigos Sociales en México.

Para garantizar la viabilidad financiera de estas iniciativas y aumentar su rentabilidad institucional, es posible adoptar un modelo de financiación combinada. En este esquema, distintos actores asumen la financiación de diferentes componentes del pacto. Por ejemplo, los donantes internacionales pueden encargarse de financiar el mecanismo de vigilancia ciudadana, así como las actividades de comunicación y participación pública, mientras que las autoridades públicas podrían sufragar la formación de funcionarios, la asistencia técnica o la organización de encuentros institucionales. Por su parte, las actividades dirigidas a los operadores económicos podrían financiarse a través de asociaciones empresariales representativas del sector.

En aquellos supuestos en los que se prevea la aplicación sistemática de pactos de integridad en proyectos públicos estratégicos o en sectores clave, será necesario establecer mecanismos de financiación sostenibles y estables en el tiempo. Una opción adecuada puede ser la creación de fondos específicos financiados por administraciones públicas, organismos internacionales o donantes privados. Los recursos de estos fondos podrían calcularse como un porcentaje del coste total del programa o inversión pública correspondiente y su asignación podría decidirse por órganos colegiados de composición plural, que aseguren una toma de decisiones transparente y representativa.

Con independencia del origen de los fondos, resulta indispensable garantizar la transparencia y publicidad de la financiación. Las fuentes y cuantías deben comunicarse de forma clara y accesible a la ciudadanía, con el objetivo de fortalecer la credibilidad del pacto y asegurar la independencia e imparcialidad del monitor. Los instrumentos jurídicos que formalicen la financiación, ya se trate de convenios, subvenciones o contratos de servicios, deberán incluir cláusulas específicas que aseguren que el desembolso de los fondos no dependerá de los resultados del seguimiento realizado por el monitor, sino de la realización de su labor de forma correcta e independiente.

En relación con lo anterior, debe prestarse especial atención a los supuestos en los que sea la propia autoridad contratante objeto de supervisión quien financie el pacto, ya que esta circunstancia puede dar lugar a situaciones de conflicto de interés o interferencias indebidas en la labor del monitor. Para prevenir tales riesgos, la documentación del pacto debe reconocer expresamente la facultad del monitor de denunciar cualquier intro-

misión en su labor, así como su derecho a abandonar el proceso en caso de que se comprometa la integridad del mismo.

1.3. Selección del monitor independiente: legitimidad, capacidad y garantías

La participación de organizaciones de la sociedad civil constituye un elemento esencial en el marco de los pactos de integridad. Bajo esta denominación se engloban, en términos generales, organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro, redes y plataformas de organizaciones, así como grupos que promueven o prestan servicios en ámbitos relacionados con el desarrollo social y económico. Entre sus áreas de actuación más frecuentes se encuentran la gobernanza, la lucha contra la corrupción y otras políticas públicas como la sanidad, la educación o la protección del medio ambiente.

En el contexto de un pacto de integridad, estas organizaciones desempeñan un doble papel fundamental. Por un lado, pueden actuar como facilitadoras del proceso, asumiendo la coordinación general de la iniciativa desde su fase de diseño hasta su ejecución. Esta función incluye no solo la implementación de las actividades previstas, sino también aspectos clave como la comunicación institucional, la gestión de riesgos, la implicación de los distintos actores y el seguimiento y evaluación del pacto. Por otro lado, estas entidades ejercen la función de supervisión, verificando el cumplimiento normativo del procedimiento de contratación y de las decisiones adoptadas en su desarrollo. Asimismo, apoyan la correcta implementación de los compromisos asumidos por los poderes adjudicadores y los licitadores, prestando asistencia técnica y garantizando la apertura del proceso de contratación a la ciudadanía mediante la aportación de información y el fomento de la participación pública.

La organización de la sociedad civil que ejerce la labor de facilitación o supervisión ostenta un importante papel en la garantía de credibilidad e integridad del pacto, tanto para las autoridades contratantes como para los licitadores y el conjunto de las partes interesadas. En consecuencia, dicha organización debe estar dotada de independencia y capacidad técnica, y conformar un equipo multidisciplinar, integrado por personal interno y colaboradores externos, que permita gestionar de forma adecuada la iniciativa, abordar con solvencia los aspectos técnicos del contrato público y atender las expectativas y preocupaciones de los diversos agentes implicados.

Tradicionalmente, estas funciones han sido desempeñadas por secciones nacionales de organizaciones dedicadas al fomento de la transparencia, como Transparencia Internacional, aunque también han intervenido otras entidades de la sociedad civil con distintos perfiles. En todo caso la participación de organizaciones con experiencia acreditada en materia de gobernanza y anticorrupción es especialmente relevante para la legitimidad y eficacia del pacto. En función de la materia objeto del contrato, esta experiencia puede complementarse con la participación de entidades que aporten conocimientos técnicos específicos en el ámbito correspondiente como, por ejemplo, organizaciones especializadas en salud pública, educación o medio ambiente.

Según la experiencia de TI en estos procesos, aunque la función de facilitación del pacto puede ser compartida con las autoridades contratantes u otros actores, la función de supervisión debe recaer exclusivamente en una organización de la sociedad civil. La dirección del seguimiento por parte de organismos públicos o empresas privadas está permitida por las normas, pero puede provocar dudas sobre la imparcialidad del proceso y acarrear riesgos reputacionales para el conjunto de la iniciativa.

La forma de seleccionar a la entidad encargada de la supervisión es determinante, ya que las funciones que tendrá asignadas son de carácter sensible. Esta organización tendrá acceso a información del procedimiento de contratación que no suele estar disponible para el público general, lo cual le permitirá observar el comportamiento de las partes y verificar si las decisiones se adoptan en beneficio del interés público.

El proceso de identificación y selección de la entidad supervisora dependerá en gran medida del contexto nacional y de las condiciones particulares en las que se desarrolle el pacto. En la práctica, lo más habitual es que las propias organizaciones se postulen de forma voluntaria, de manera individual o colectiva. Sin embargo, también es posible que la selección se base en un análisis previo realizado durante la fase de identificación del proyecto, en cuyo caso se podría contactar directamente con las organizaciones para que participen en un proceso de selección, por ejemplo, mediante una convocatoria pública.

Sea cual sea el modelo elegido, las organizaciones candidatas deberán cumplir determinados requisitos mínimos de capacidad técnica e independencia institucional, tanto si actúan como promotoras del pacto como si participan en calidad de entidades seleccionadas. Estos requisitos deben estar orientados a garantizar una supervisión objetiva, rigurosa y equitativa del procedimiento de contratación. Además, debe asegurarse la transpa-

rencia del proceso de selección, de modo que resulte posible explicar los motivos por los que una determinada entidad ha sido elegida y en qué condiciones se ha adoptado esa decisión.

Una vez seleccionada la organización de la sociedad civil responsable del seguimiento, deberá procederse, en la fase más temprana posible, a la conformación del equipo de supervisión. Este equipo debe tener capacidad para verificar el cumplimiento normativo del contrato y del pacto, así como para prestar asistencia técnica a las autoridades públicas y operadores económicos para facilitar la ejecución de los compromisos asumidos.

En contrataciones sencillas este seguimiento podrá ser asumido por el personal propio de la organización. No obstante, dada la amplitud y variedad de contratos licitados por cada órgano de contratación, en los casos complejos será improbable que una única entidad cuente con todos los conocimientos especializados necesarios o que estos tengan tiempo disponible para realizar una labor adicional de supervisión. En estos casos puede ser conveniente incorporar expertos externos, en función del volumen, sector y características del proyecto. En el caso de que se externalicen determinadas tareas técnicas, resultará esencial establecer canales claros de coordinación entre el equipo técnico y la entidad supervisora, con el fin de mantener la rendición de cuentas ante el resto de los participantes del pacto y los actores involucrados. En determinados contextos puede optarse por un modelo de supervisión colectiva, en el que la organización de la sociedad civil actúe junto a otras entidades, tales como ONG, colegios profesionales, asociaciones empresariales o sindicatos. Esta configuración puede enriquecer la supervisión con nuevas perspectivas y capacidades técnicas, aunque también puede acarrear mayores dificultades operativas y de gobernanza, derivadas de la necesidad de tomar decisiones colegiadas y gestionar una estructura organizativa más compleja.

Sea cual sea la estructura definitiva, el equipo de supervisión deberá estar formado por personas de reconocido prestigio, con una independencia e integridad incuestionables y con conocimientos técnicos profesionales en la materia objeto del contrato. Para preservar la credibilidad del PI, es fundamental la independencia de los miembros del equipo respecto a las partes interesadas en el procedimiento de contratación. A tal efecto, la documentación del pacto deberá prever disposiciones claras para evitar o gestionar adecuadamente posibles conflictos de interés que puedan surgir en el ejercicio de las funciones de supervisión.

2. FASE DE EJECUCIÓN

En el marco de la ejecución de los pactos de integridad, resulta esencial abordar dos aspectos fundamentales que garantizan su eficacia: la gestión de riesgos y la monitorización. La gestión de riesgos implica la identificación, evaluación y manejo de posibles contingencias que puedan comprometer la integridad del proceso de contratación pública, permitiendo la implementación de medidas preventivas adecuadas. Por su parte, la monitorización se refiere al seguimiento y evaluación de la ejecución del pacto, asegurando el cumplimiento de los compromisos asumidos y facilitando la rendición de cuentas ante la sociedad. Ambos elementos son interdependientes y deben ser diseñados e implementados de forma coherente, adaptándose al contexto específico de cada proyecto, para promover una contratación pública transparente, eficiente y alineada con los principios de integridad.

2.1. Gestión de riesgos

La ejecución de un pacto de integridad exige una planificación rigurosa que contemple de forma anticipada los principales factores de riesgo que pueden comprometer tanto su desarrollo como su eficacia. Dichos riesgos, que pueden ser de diversa índole y en muchos casos se solapan entre sí, tienen capacidad para afectar negativamente a la credibilidad del proceso, a la implicación de los actores participantes y al cumplimiento de los objetivos del pacto.

Con carácter general, resulta esencial que estos riesgos se identifiquen y analicen desde las fases iniciales de diseño del pacto, valorando su probabilidad de aparición, así como su potencial impacto y sus consecuencias jurídicas o prácticas. A partir de este diagnóstico, deben establecerse medidas específicas de mitigación, dirigidas a preservar tanto la integridad del procedimiento de contratación pública como la confianza de los agentes implicados.

2.1.1. Riesgos derivados de los actores implicados

Uno de los principales desafíos en el desarrollo de un pacto de integridad reside en la disposición de las partes interesadas a participar de forma activa ya que si no concurre dicha participación se dificultan las actividades de naturaleza colaborativa, se incrementa la desconfianza entre los participantes, y se reduce el impacto global del pacto.

En este contexto, pueden concurrir diversas manifestaciones de resistencia o desinterés a la adecuada articulación de los PI. Por un lado, es

posible que los responsables públicos adopten una actitud excesivamente formalista, por ejemplo, al negarse a participar en iniciativas no expresamente previstas en la normativa o al limitarse a un cumplimiento superficial de los compromisos pactados, o bien perciban el pacto como una injerencia ajena a su ámbito competencial, el cual les impone cargas adicionales sin tener claro el sentido o beneficio derivado de las mismas. Por otro lado, los licitadores también pueden mostrarse reticentes a participar en un PI si consideran que comporta cargas administrativas adicionales sin beneficios evidentes. Asimismo, puede darse el caso de sujetos afectados que no se sientan representados o directamente vean perjudicados sus intereses, de manera que se opongan a la aplicación de PI. Junto a lo anterior podría ser que el propio equipo de supervisión, o alguna de sus personas integrantes, mantenga vínculos con las partes contratantes, incurriendo en situaciones de conflicto de intereses o no tengan un aliciente real en realizar de forma correcta su labor de control del contrato.

La respuesta adecuada a estos riesgos requiere, en primer término, una correcta selección del proyecto contractual que será objeto del pacto, así como un proceso preparatorio que integre a los participantes potenciales y tenga en cuenta sus intereses e incentivos, de manera que confluyan realmente los intereses y la convicción sobre la oportunidad de llevar a cabo un PI en ese contrato y bajo ese contexto específico. Posteriormente, durante la fase de ejecución, será determinante mantener una comunicación constante y transparente sobre los avances del pacto y los beneficios derivados de su implementación, así como sobre los riesgos o problemas detectados. En supuestos de conflicto o enfrentamiento entre los agentes implicados, corresponderá al monitor de la sociedad civil conforme a lo previsto en el PI ejercer funciones de mediación para facilitar el entendimiento y la continuidad del proyecto.

2.1.2. Riesgos jurídicos y de ejecución del proyecto

Además de los riesgos vinculados a los actores que intervienen en un PI, pueden surgir otros factores que dificulten el normal desarrollo del pacto. Entre ellos destacan especialmente los retrasos en la ejecución del contrato público y los obstáculos de carácter legal.

Los retrasos pueden obedecer a múltiples causas, tales como la falta de capacidad institucional o la lentitud de los procedimientos administrativos necesarios para la certificación de obras. Estos aplazamientos generan mayores costes económicos en la ejecución y seguimiento del pacto, y con frecuencia reducen la motivación de los agentes involucrados.

Aunque en ocasiones se ha alegado que el pacto de integridad podría ser en sí mismo una fuente de dilaciones, la experiencia acumulada por TI desmiente esta afirmación. En numerosos casos, los pactos han contribuido precisamente a identificar y hacer visibles los verdaderos factores causantes de los retrasos, como la descoordinación entre los órganos encargados de la planificación y de la financiación o la inestabilidad política.

Por lo que respecta a los obstáculos legales, en algunos ordenamientos jurídicos puede suceder que ciertas cláusulas del PI resulten incompatibles con la normativa nacional. Así, podría no ser jurídicamente exigible la firma del pacto por parte de los licitadores, o bien no estar autorizada la participación del monitor en determinados momentos del procedimiento. Estas limitaciones pueden solventarse, en parte, mediante el uso de disposiciones que garanticen el acceso del monitor a la documentación relevante una vez adoptadas las decisiones.

2.1.3. Riesgos reputacionales

Finalmente, debe tenerse en cuenta el riesgo de que la percepción pública del pacto de integridad se vea afectada por interpretaciones erróneas o campañas de desprestigio. Este tipo de riesgos puede erosionar la imagen de los sujetos participantes y debilitar el apoyo a iniciativas orientadas a la transparencia en la contratación pública.

Las amenazas reputacionales pueden materializarse de diversas maneras. Algunos agentes pueden malinterpretar el contenido y finalidad del pacto, generando dudas sobre su imparcialidad, especialmente debido a la implicación directa de una organización de la sociedad civil. Igualmente, actores con intereses contrarios a los principios de contratación pública, pueden difundir información falsa o sesgada con el objetivo de obstaculizar el proceso. También podría llevarse a cabo una interpretación contraria de los PI, de forma que se considere que su implementación es sinónimo de una situación de partida corrupta o falta de cumplimiento de los principios de integridad, transparencia y rendición de cuentas y, por ese motivo, no se quiera incluir este tipo de herramientas por parte de los sujetos que participan en un contrato público. Por último, también cabe la posibilidad de que ciertas entidades públicas o empresas promuevan pactos de forma meramente simbólica, sin una voluntad real de cumplir con sus compromisos, desatendiendo las recomendaciones del monitor y vaciando de contenido la iniciativa.

Para mitigar estos riesgos, resulta imprescindible asegurar la máxima transparencia en todas las fases del pacto, reforzar la comunicación pública

sobre su desarrollo y establecer mecanismos efectivos para la verificación de hechos. Asimismo, es esencial contar con normas claras de prevención y gestión de conflictos de intereses dentro del equipo de seguimiento. En los casos más graves, como los de incumplimiento sistemático por parte de la autoridad contratante, el monitor podría valorar abandonar el pacto, de forma que transmitiría un mensaje claro a la opinión pública.

2.2. MECANISMOS DE SEGUIMIENTO, EVALUACIÓN Y APRENDIZAJE

La implementación efectiva de los PI en procesos de contratación pública requiere de un sistema adecuado de monitorización, evaluación y aprendizaje (MEL, por sus siglas en inglés) que permita realizar un seguimiento detallado de la ejecución de la iniciativa y evaluar sus resultados e impactos. Este sistema debe ser diseñado de manera específica para cada PI, adaptándose a las circunstancias y necesidades particulares de la iniciativa. No obstante, existen elementos comunes que deben ser considerados en su elaboración.

2.2.1. Elaboración de indicadores

Una de las primeras acciones en el diseño del sistema MEL es la elaboración de indicadores que permitan medir el éxito del PI. Estos indicadores deben reflejar tanto la eficiencia en la ejecución del proyecto como los cambios concretos generados en los participantes principales, incluyendo autoridades públicas, licitadores, contratistas y comunidades afectadas.

Los indicadores pueden abordar aspectos como la mejora de la gobernanza y la integridad pública, la transparencia empresarial, la competencia leal y la participación de las comunidades afectadas en el proceso de contratación. Es fundamental que la elaboración de estos indicadores se realice de manera participativa e inclusiva, considerando las perspectivas de todos los actores involucrados, para garantizar su pertinencia y eficacia.

2.2.2. Monitorización y evaluación durante la ejecución

Durante la fase de ejecución del PI, es necesario que el facilitador del proceso recabe datos sobre los indicadores establecidos y comparta informes periódicos que evidencien los avances y logros alcanzados. Se recomienda realizar revisiones intermedias o evaluaciones periódicas para verificar el progreso hacia los objetivos y ajustar las actividades y presupuestos según sea necesario. Estas revisiones deben incluir la recopilación de retroa-

limentación de los participantes sobre la efectividad de las actividades implementadas.

Al concluir todas las actividades del PI, se debe llevar a cabo una evaluación final de impacto que determine el grado de contribución del PI a los resultados externos y analice si se ha producido un cambio significativo. Para poder realizar una correcta valoración global de la experiencia es esencial registrar cualquier consecuencia negativa o no prevista, así como las lecciones aprendidas que puedan ser incorporadas en futuras iniciativas. Además, se puede considerar la contratación de evaluadores independientes para realizar una valoración crítica de la eficiencia, eficacia e impacto global de la iniciativa, así como su potencial para ser replicada o ampliada.

2.2.3. Cierre del proceso del pacto de integridad

Un aspecto esencial de los PI es la forma en la que se procede al terminar cada uno de ellos, puesto que de las actuaciones que se lleven a cabo puede depender la sostenibilidad del sistema, basada en la valoración final de la experiencia y de los resultados obtenidos con ella, en relación al esfuerzo adicional, tanto económico como de trabajo o actividades, invertido en su ejecución. Así, con base en la evaluación final del proyecto, el facilitador puede organizar talleres de cierre donde los participantes analicen críticamente las lecciones aprendidas, los principales desafíos enfrentados y las reformas potenciales podrían emprenderse para mejorar las políticas y prácticas. Estas discusiones deben incluir recomendaciones para futuras implementaciones de los PI.

Los resultados del proceso de cierre del PI pueden incorporarse en un informe público final que resuma los logros y retos de la monitorización y proporcione recomendaciones para el futuro. Este informe lo realizará fundamentalmente el monitor, aunque los diversos actores pueden participar en él para mostrar distintos aspectos de la iniciativa. La publicación del informe puede ir acompañada de un evento público final que reúna a los interesados para discutir los resultados del PI y las recomendaciones relacionadas.

Sería conveniente facilitar el acceso a la publicación del informe final a través de sitios web o registros específicos, donde los interesados puedan explorar los datos y la información de manera accesible. También podría proporcionarse esa información a plataformas que recopilan y sistematizan datos sobre iniciativas de acción colectiva, como el Compendio Global de Pactos de Integridad de Transparency International y el B20 Collective Action Hub del Basel Institute. Si se logra la publicación centralizada y

accesible de los datos de implementación de los PI o los instrumentos similares que se hayan utilizado, se podrá llevar a cabo un análisis más profundo de sus aspectos positivos y negativos, de forma que se cuente con información y experiencias previas útiles para optar por la implementación de este tipo de herramientas en el futuro o para decidir de forma fundada no optar por esta vía.

En el caso de optar por la implementación de este tipo de instrumentos, sería positivo incluir los informes de monitorización de la sociedad civil entre los documentos del proyecto que deben ser publicados a través del perfil de contratante y las plataformas de contratación pública, de forma que se pueda acceder a la información sobre ellos de forma sencilla y ágil. La publicación de esta información será útil, porque permitirá comparar los procesos de contratación sujetos a un PI y aquellos que no lo están y conocer el impacto real de los PI en ellos, así como los resultados obtenidos tanto en la ejecución de los contratos como en el ecosistema de operadores económicos.

V. LOS PACTOS DE INTEGRIDAD: UNA HERRAMIENTA PROMETEDORA CON ASPECTOS POR MEJORAR

La experiencia acumulada en la aplicación de los pactos de integridad demuestra que esta herramienta, aunque aún poco explorada en el contexto español, puede contribuir de manera sustantiva al fortalecimiento de la integridad, la transparencia y la rendición de cuentas en la contratación pública. Su potencial para generar espacios de colaboración entre administraciones, operadores económicos y sociedad civil refuerza la dimensión participativa de la contratación, a la vez que promueve un uso más eficiente y ético de los recursos públicos.

Entre los beneficios más destacados se encuentra su capacidad para dotar de mayor legitimidad a los procesos de licitación, disuadir conductas irregulares mediante una supervisión independiente, y visibilizar posibles mejoras técnicas en las distintas fases del procedimiento.

No obstante, la integración de los PI en el sistema de contratación pública español requiere afrontar diversos retos pendientes. El primero es la determinación de los supuestos y momentos en que resulta pertinente su aplicación. A día de hoy, no existe un criterio unificado sobre cuándo activar esta herramienta, ni una sistematización que permita establecer umbrales claros, como el tipo de contrato, su importe, complejidad técnica o nivel de riesgo.

En segundo lugar, persisten dudas sobre la forma jurídica más adecuada para su incorporación. Aunque el artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público permitiría su inclusión como condición especial de ejecución, esta modalidad presenta limitaciones temporales que pueden restar eficacia a la función preventiva de los PI. Por ello, se propone un enfoque más flexible que permita su articulación a través de otras figuras jurídicas, como convenios o contratos de servicios específicos, en función de la naturaleza del procedimiento y los objetivos perseguidos.

Es también preciso apuntar el debate sobre quién debe asumir la función de supervisión. La experiencia demuestra que la figura del monitor, preferentemente externo e independiente, constituye una garantía esencial. La selección de perfiles con alta cualificación técnica, integridad acreditada y ausencia de conflictos de interés es clave para asegurar el impacto del PI. En este sentido, la participación de organizaciones de la sociedad civil con experiencia en control público se revela como un factor determinante, si bien todavía escasamente institucionalizado.

La cuestión de la financiación plantea también desafíos importantes. La implementación de un PI conlleva costes adicionales que deben ser contemplados desde el diseño inicial del procedimiento. La sostenibilidad financiera de esta herramienta exige fórmulas claras que definan quién asume dichos costes (administración contratante, entidad supervisora o ambos), garantizando siempre la independencia del proceso.

A ello se suma la necesidad de reforzar los mecanismos de control y evaluación de la ejecución de los PI, así como de establecer consecuencias jurídicas ante eventuales incumplimientos. La ausencia de normas que permitan sancionar el incumplimiento de los compromisos diluye su capacidad disuasoria y compromete su eficacia.

Por último, debe mencionarse la oportunidad que representan las nuevas tecnologías para ampliar la capacidad de seguimiento y análisis de los procedimientos, así como la importancia de avanzar en la profesionalización de los actores implicados, tanto del sector público como de la sociedad civil, mediante formación especializada y el desarrollo de competencias específicas.

En suma, los pactos de integridad o la aplicación de instrumentos con objetivos similares ofrecen una vía prometedora para avanzar hacia una contratación pública más ética, transparente y sujeta a control. Pero su consolidación en el sistema español exige poder determinar de forma clara cuándo puede ser positiva su implementación, teniendo en cuenta el esfuerzo adicional, tanto económico como de tiempo invertido, que supo-

nen y, junto a ello, establecer un marco normativo más definido que otorgue seguridad jurídica y eficacia a todo el proceso.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARRIBAS REYES, Esteban (2016) «Pactos de integridad, tres décadas de experiencias en Europa como ejemplo para su implementación en España» en *Revista Internacional Transparencia e Integridad,* núm. 1, mayo-agosto 2016, 11 pp.

CAMPOS ACUÑA, M.ª Concepción (2016) «Transparencia en la contratación pública local» en *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 10, Sección Zona Local / Observatorio de Transparencia, Quincena del 30 mayo al 14 junio 2016, pp. 1231.

CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2021) «La integridad como instrumento para la prevención de los conflictos de intereses en la contratación pública» en *Revista digital de Derecho Administrativo* 25, pp. 371-401.

CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2016) «Los conflictos de intereses y los pactos de integridad: la prevención de la corrupción en los contratos públicos» en VILLORIA MENDIETA, M.; GIMENO FELIU, JM; TEJEDOR BIELSA, J. C. (dirs.) *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona, Atelier, pp. 185-212.

CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2014) *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción,* Pamplona, Aranzadi, pp. 365.

COMISIÓN EUROPEA (2016) «Los pactos de integridad refuerzan la lucha contra el fraude y la corrupción.» En *Panorama, inforegio,* primavera 2016, n.º 56, pp. 18-19.

DE GUERRERO MANSO, Carmen; GARCÍA RUIZ, Andrea; CELLA, Camila y ROA, Mónica (2025) «Pactos de integridad: Hacia una adopción estratégica e implementación efectiva en España», Transparencia Internacional España, 71 páginas. Disponible en: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/VF-2025_Informe-Pactos-de-Integridad-Hacia-una-adopcion-estrategica-e-implementacion-efectiva-en-Espana.pdf

DE GUERRERO MANSO, M.ª del Carmen (2018) «La suscripción de pactos de integridad como mecanismo de lucha contra la corrupción en la contratación pública», en Gimeno Feliú, J. M. (dir.) *Observatorio de los contratos públicos 2017*, pp. 225-265.

FERNÁNDEZ MALLOL, Antonio Luis (2014) «La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno» en *REALA Nueva época*, n.º 2, julio-diciembre 2014, pp. 14.

GARRÓS FONT, Inma (2018) «Reflexiones sobre el principio de transparencia. A propósito de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», en *Actualidad Administrativa* n.º 6, Sección Actualidad, junio 2018, Editorial Wolters Kluwer.

GIMENO FELIÚ, José María (2024) *Hacia una buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la estrategia y el valor de los resultados*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid. Colección: Derecho, buen gobierno y transparencia. 232 páginas.

GIMENO FELIÚ, José María (2018a). «Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de Integridad y de Transparencia» en *Revista internacional de transparencia e integridad*, 9.

GIMENO FELIU, José María (2018b) «La nueva Ley de Contratos del Sector Público hacia un modelo de contratación pública transparente», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, número 153, pp. 34-39.

GIMENO FELIU, José María (2017) «Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública» en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA) Nueva Época*, n.º 7, 1 de agosto de 2017.

GIMENO FELIU, José María (2016) «La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad» en VILLORIA MENDIETA, M.; GIMENO FELIU, J. M.; TEJEDOR BIELSA, J. C. (dirs.) *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona, Atelier, pp. 247-300.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. (2019) «La transparencia como principio vertebrador de la contratación pública: significado y problemas de articulación normativa», en *Revista de Estudios de la Guía didáctica de la experiencia de aprendizaje de INAP* «Integridad en la contratación pública» 7 Administración Local y Autonómica: Nueva Época, núm. 12, pp. 6-25. Accesible en https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/10714

GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés Manuel (2016) «La integridad en la contratación pública ¿un principio con sustantividad propia?» en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia* Pamplona, Aranzadi, pp. 31-53.

GRECO, Antonio (2024) «The Integrity Pact. Harnessing collective action for good governance and business integrity in public procurement», Transparency International, 68 pp. Disponible en https://images.transparencycdn.org/images/Global-Integrity-Pacts-Publication_18122024.pdf

IGLESIAS REY, Patricia (2021) «La necesaria transparencia, integridad y el control preventivo de riesgos en la gestión de los fondos europeos covid», en VILLAVERDE GÓMEZ, B. *El control externo y fomento de la integridad: experiencias en la prevención de la corrupción,* Aranzadi Thomson Reuters, pp. 175-197.

MALARET GARCÍA, Elisenda (2016) «El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia» en *Revista digital de Derecho Administrativo* n.º 15, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, pp. 21-60.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel (2017a) «Integridad y estrategia como objetivos básicos de la contratación pública. De la potestad a la obligación» en *Revista de Estudios Locales CUNAL. REL 205 Monográfico 2017: La nueva Ley de Contratos del Sector Público,* pp. 18-33.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel (2017b) «Medidas de transparencia como antídoto contra la corrupción en la contratación pública», en *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 41, 2017, pp. 1-46.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel (2016) *Contratación Pública y Transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*, Madrid, El Consultor-Wolters Kluwer, pp. 468.

MEDINA ARNÁIZ. Teresa (2017) «La lucha contra la corrupción desde la normativa de contratos públicos, ¿realidad o fantasía?» en QUERALT JIMÉNEZ, J.J. y SANTANA VEGA, D. M. (coords.) *Corrupción Pública y Privada en el Estado de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 151-169.

MELLADO RUIZ, Lorenzo (2017) «Contratación pública y corrupción: a la búsqueda de la regeneración democrática mediante la transparencia», en *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, pp. 209-252.

OECD. (2017). Recomendación del Consejo sobre Integridad Pública. Paris: OCDE. Accesible en: https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf

PONCE SOLÉ, Juli (2013) «La prevención de la corrupción mediante la garantía de un derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)», en *Anuario de Derecho Local 2012*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Públic, pp. 93-140.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2017) «La directiva europea de contratación pública y la lucha contra la corrupción», en *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Vol. 8, n.º 1, pp. 24-56.

14

Aproximación al derecho sectorial de la contratación pública «resiliente»: medidas y criterios para impulsar la seguridad del suministro de materias y productos esenciales en la UE. Especial referencia al suministro de medicamentos [1]

J. Jose Pernas García
Profesor titular de Derecho administrativo de la Universidade de A Coruña

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. AVANCE RECIENTE DE LAS MEDIDAS Y CRITERIOS DE RESILIENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE PRODUCTOS Y MATERIAS ESENCIALES. *1. El reforzamiento del ecosistema europeo de semiconductores. 2. El suministro seguro y sostenible de materias primas fundamentales. 3. La garantía de las cadenas de suministro sostenibles y resilientes para los vehículos pesados. 4. El reforzamiento del ecosistema europeo de fabricación de productos de tecnologías cero emisiones.* 4.1. Requisitos mínimo obligatorios en materia de sostenibilidad ambiental. 4.2. Obligación de aplicar determinadas condiciones, requisitos u obligaciones contractuales para el apoyo de determinados objetivos sociales. 4.3. Obligación de tomar en consideración la «contribución de la oferta a la resiliencia». 4.4. La Plataforma Europea

1. Este artículo recoge las informaciones y reflexiones principales de las ponencias del VI Congreso del Observatorio de Contratación Pública, celebrado en Sevilla, los días 16, 17 y 18 de octubre de 2024, y del II Congreso de la Red Iberoamericana de Contratación Pública (REDICOP), dedicado a la compra pública estratégica de medicamentos y de la salud, celebrado en República Dominicana los días 24 y 25 de julio de 2024.

de Cero Emisiones Netas, espacio para el intercambio de experiencias sobre compra pública resiliente *5. La seguridad y garantía del suministro de medicamentos en la contratación pública: análisis del marco jurídico-política de la UE y perspectiva de desarrollo.* 5.1. La escasez de medicamentos es cada vez más frecuente.. 5.2. La respuesta política post-pandemia de la UE. 5.3. Estrategia para abordar la escasez de medicamentos en la UE. 5.4. Buenas prácticas y modelos de contratación favorecedores de la garantía de seguridad del suministro. 5.4.1. El papel del precio y de los criterios cualitativos. 5.4.2. Mejora la cooperación y coordinación entre los Estados miembros. 5.4.3. La utilización de criterios o cláusulas destinadas a garantizar la diversidad de las fuentes de suministro de medicamentos y la reducción de la dependencia de terceros países. La importancia de la preparación contractual. 5.4.4. Redes de garantía de producción de vacunas y otros mecanismos en respuestas a emergencias futuras: contratos de reservas de capacidades. *6. Nuevo marco geoestratégico y la introducción de la preferencia europea. La propuesta de «Ley europea de medicamentos críticos».* 6.1. Preferencia europea en la compra de medicamentos. 6.2. Procedimientos colaborativos para mejorar la seguridad del suministro y la disponibilidad. III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El Pacto Verde (2019) ha definido un modelo de desarrollo económico focalizado en la transición ecológica, que persigue, entre otros objetivos, un uso eficiente de la energía —como expresión de las políticas de lucha contra el cambio climático global— y de los materias primas —que se concreta en las políticas de economía circular—. Estos objetivos persiguen, por una parte, reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y los impactos derivados de los procesos de extracción, producción y consumo y, por otra parte, afrontar los riesgos para la economía y para la seguridad europea, derivados de una Unión Europea dependiente de la energía y de las materias primas externas, y sin capacidad productiva autónoma suficiente en algunos sectores estratégicos.

Ligado a este proceso, y tras la COVID y la guerra de Ucrania, la resiliencia de las cadenas de suministro se ha manifestado como un objetivo de primer orden, con la finalidad de alcanzar lo que se denomina como la «autonomía estratégica abierta» de la UE. Estas crisis pusieron en evidencia la fragilidad y la dependencia de las cadenas de suministro europeas con relación a materias y productos esenciales para la seguridad. La Declaración

de Versalles[2], de 11 de marzo de 2022, apela por adoptar nuevas medidas para construir nuestra «soberanía europea» y reducir nuestras «dependencias»[3]. Los sectores clave para la reducción de las dependencias estratégicas de la UE son las materias primas críticas, los semiconductores, los medicamentos, el ámbito digital y los alimentos[4].

En este marco, la UE ha impulsado, desde el año 2022, un «tsunami» regulatorio que supuso el establecimiento, de modo sistemático, de la obligación de compra pública «sostenible», con relación a productos y prestaciones claves para los objetivos climáticos y de circularidad. Este proceso se ha plasmado mediante la aprobación de normas sectoriales que definen un verdadero derecho sustantivo de la contratación pública verde[5]. Estas normas definen un modelo para la articulación jurídico-técnica de la compra pública sostenible, que es objeto de estudio en otro trabajo monográfico[6], pero que forman parte, junto con las normas analizadas en este artículo, de un proceso más amplio destinado al establecimiento de una compra pública estratégica obligatoria y estructurada.

Más allá de este relevante proceso, que supone un verdadero cambio de dinámica en el desarrollo de la compra pública verde en la UE, en 2023 se introdujo un nuevo enfoque en el desarrollo de este Derecho sustantivo de la contratación pública estratégica. Se trata de diferentes iniciativas regulatorias destinadas a establecer no solo la exigencia obligatoria de criterios

2. Reunión informal de los jefes de Estado o de Gobierno, Declaración de Versalles, 10 y 11 de marzo de 2022.
3. Ejemplo de ello es el hecho de que la producción de insumos para medicamentos genéricos se ha ido trasladando a fuera de Europa en las últimas décadas, sobre todo a China e India (*Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Addressing medicine shortages in the EU* (COM (2023) 672 final).
4. Con relación a los alimentos, se indica la necesidad de aumentar la producción de proteínas vegetales en la UE.
5. Fruto de ese impulso, guiado en buena medida por el Plan de economía circular de la UE y por la políticas en materia de eficiencia energética y cambio climático, fueron aprobadas las siguientes normas comunitarias: Directiva 2023/1791 relativa a la eficiencia energética; Reglamento (UE) 2023/1115, comercialización de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal; Reglamento 2024/1781 sobre el establecimiento de un marco para la adopción de exigencias de ecodiseño para productos sostenibles; Reglamento 2024/3110 productos construcción; Reglamento 2025/40 envases y residuos de envases (2024); Reglamento (UE) 2023/1542 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, relativo a las pilas y baterías y sus residuos; Directiva (UE) 2024/1760, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.
6. «El acelerado desarrollo de un modelo obligatorio, estructurado y armonizado de compra pública sostenible en la UE», *Observatorio de Políticas Ambientales 2024*, Aranzadi, 2025 (en prensa).

de «sostenibilidad», sino también la incorporación de una nueva orientación política: el reforzamiento de la «resiliencia» de la UE y la garantía de las cadenas de suministro de materias y productos esenciales. Destacamos, en este trabajo, las principales normas, propuestas y documentos en las que se ha plasmado este nuevo enfoque estratégico hasta el momento.

Antes de realizar dicho análisis hemos de destacar el último paso que apunta la política de la UE, en materia de contratación pública, hacia la consecución de la mentada autonomía estratégica. La «Brújula para la competitividad» de la UE (2025)[7], hoja de ruta política de la UE para el próximo lustro, prevé la introducción de la «preferencia europea» en la contratación pública para sectores y tecnologías fundamentales. Se trata de favorecer una «proximidad europea» para garantizar la resiliencia de nuestra economía y reducir la dependencia de terceros países, la seguridad de las cadenas de suministros y recuperar la capacidad productiva en la UE en sectores esenciales. Esto representa un cambio de paradigma de profundo calado en el equilibro entre libertades económicas e intervención pública, en el que adquiere peso la defensa de las razones imperiosas de interés general ligadas a la resiliencia de la sociedad europea.

II. AVANCE RECIENTE DE LAS MEDIDAS Y CRITERIOS DE RESILIENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE PRODUCTOS Y MATERIAS ESENCIALES

1. EL REFORZAMIENTO DEL ECOSISTEMA EUROPEO DE SEMICONDUCTORES

El Reglamento 2023/1781, de 13 de septiembre, por el que se establece un marco de medidas para reforzar el ecosistema europeo de semiconductores persigue aumentar la resiliencia de la Unión en el ámbito de las tecnologías de semiconductores que estimule la inversión, y reforzar las capacidades de la cadena de suministro de semiconductores de la Unión. Ante la escasez de suministro y fuerte dependencia de terceros países en la fabricación y el diseño de chip, y las vulnerabilidades que ello representa para la economía de la UE, destaca la previsión de un procedimiento de contratación pública conjunta en los casos de crisis de suministro de semiconductores. Dos o más Estados miembros podrían encargar a la Comisión que agregue la demanda y actúe en su nombre en sus procesos de contratación pública en aras del interés público, cuando tengan, por ejemplo, conocimiento de un riesgo de perturbación grave en el suministro[8].

7. *Comunicación de la Comisión «A competitiveness compass for the EU»*, COM (2025) 30 final, 29/1/2025.
8. Artículo 22, Reglamento 2023/1781.

2. EL SUMINISTRO SEGURO Y SOSTENIBLE DE MATERIAS PRIMAS FUNDAMENTALES

El Reglamento (UE) 2024/1252 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, por el que se establece un marco para garantizar un suministro seguro y sostenible de materias primas fundamentales, tiene como finalidad garantizar el acceso a un suministro seguro y sostenible de materias primas fundamentales para salvaguardar la resiliencia económica y la «autonomía estratégica abierta» de la Unión. En este sentido, el Reglamento prevé la obligación de que los Estados adopten programas nacionales con la finalidad de aumentar el uso de materias primas fundamentales secundarias (materiales reciclados) en la fabricación, y contribuir así a reducir la situación de dependencia, respecto de terceros países, en la importación de materias primas primarias. Para ello, «cuando proceda», se tendrá en cuenta en dicha planificación la adopción de medidas destinadas a considerar el contenido de material reciclado en los criterios de adjudicación en la contratación pública[9]; fomentando así la circularidad de materiales, frente a la adquisición e importación de materias primas primarias.

Además, de forma más general, los considerados de la norma indican que la «transparencia sobre la huella relativa de las materias primas fundamentales introducidas en el mercado de la Unión» puede hacer posibles «otras políticas a escala de la Unión y nacional», como los criterios de contratación pública verde[10]. Parece realizarse un planteamiento favorable al recurso a la contratación pública verde para reducir la huella ambiental de las materias primas, derivadas de terceros países, vinculadas a los bienes o servicios adquiridas por el sector público. La utilización de cláusulas o criterios ambientales que integren la utilización de la metodología de cálculo de la huella de carbono[11] o ambiental es una forma de integrar el impacto de los bienes derivados de terceros países, ligados a la distancia de transporte o a estándares legales más reducidos de protección. Con todo, en cada contrato, habrá que tener en cuenta los condicionantes técnicos y de disponibilidad de datos para integrar este enfoque respectando los principios de la contratación pública.

9. Artículo 25, Reglamento (UE) 2024/1252.
10. Considerando 60, Reglamento (UE) 2024/1252.
11. Esta cuestión la hemos tratado de modo monográfico en PERNAS GARCÍA, J.J., «La utilización de la huella de carbono en la preparación de contratos públicos: Posibilidades y límites de un proceso en construcción», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, NÚM. 61, 2024, pp. 60-106.

3. LA GARANTÍA DE LAS CADENAS DE SUMINISTRO SOSTENIBLES Y RESILIENTES PARA LOS VEHÍCULOS PESADOS

La propuesta inicial del Reglamento para la modificación el Reglamento (UE) 2019/1242 en lo que respecta al refuerzo de las normas de comportamiento en materia de emisiones de CO2 para vehículos pesados nuevos y al establecimiento de obligaciones de comunicación, dispone que, para la contratación de estos bienes, los poderes o las entidades adjudicadoras deben «considerar la resiliencia del suministro, en particular teniendo en cuenta las "Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE"» [12].

Con todo, el texto finalmente aprobado —Reglamento (UE) 2024/1610, de 14 de mayo de 2024, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/1242 en lo que respecta al refuerzo de las normas de comportamiento en materia de emisiones de CO2 para vehículos pesados nuevos y al establecimiento de obligaciones de comunicación—, es más explícito:

> «20 En el caso de los procedimientos de contratación pública contemplados por el presente Reglamento, se recomienda encarecidamente a los poderes adjudicadores y a las entidades adjudicadoras que utilicen un criterio de adjudicación o una especificación técnica que se refiera a la proporción de los productos de las ofertas originarias de países que no son Parte del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (ACP) y que no hayan celebrado un acuerdo de libre comercio, que contenga normas sobre contratación pública, con la Unión. *Dichos criterios van a desempeñar un papel importante en el fomento del suministro de autobuses urbanos de emisión cero por parte de la industria europea, van a garantizar cadenas de suministro sostenibles y resilientes para los autobuses urbanos y van a reforzar la seguridad del suministro dentro de la Unión*» [13].

Con este nuevo Reglamento, la «resiliencia» empieza a desplegarse como verdadero concepto jurídico con posible proyección en la fase de preparación de los contratos públicos. También se prevé la incorporación de criterios de sostenibilidad ambiental, que pueden llegar a tener, dependiendo de su configuración efectiva, una proyección potencial indirecta a la hora de fomentar la industria europea y de reforzar las cadenas cortas de suministro, en la medida en que los productos europeos pueden tener un menor impacto ambiental durante su ciclo de vida, y están expuestos a unos estándares regulatorios de mayor intensidad [14].

12. Considerando 16.
13. La cursiva es nuestra.
14. «21 Se anima a los poderes adjudicadores y a las entidades adjudicadoras a que utilicen un criterio de sostenibilidad medioambiental como criterio de adjudicación o como especificación técnica para sus contratos públicos en sus procedimientos de

El Reglamento desarrolla un artículo titulado, «Garantizar cadenas de suministro sostenibles y resilientes para autobuses urbanos mediante procedimientos de contratación pública». En él se prevé que los poderes y entidades adjudicadoras «aplicarán», para la adjudicación de los contratos públicos para la adquisición o el uso de los vehículos objetivo[15], «el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, que incluirá la mejor relación entre la calidad y precio»[16].

La propuesta inicial de la Comisión Europea la contribución de la oferta a la «seguridad del suministro» debería evaluarse mediante el recurso a criterios de adjudicación. El texto final prevé la exigencia de que los poderes y entidades adjudicadoras usen al menos dos de los criterios de sostenibilidad y resiliencia que se citan como especificación técnica o como criterio de adjudicación. Además, al menos uno de ellos, deber estar «relacionado con la contribución de la oferta a la seguridad del suministro». El texto final no solo se persigue primar, como la propuesta de la Directiva, sino que se permite exigir criterios técnicos de sostenibilidad y resiliencia, al permitir su configuración como especificación técnica.

Los criterios de resiliencia y sostenibilidad son los siguientes:

a) la *proporción de productos de ofertas originarios de terceros países*, determinada de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo; dicho criterio únicamente se aplicará a los productos de ofertas originarias de países que no sean Parte del ACP y que no hayan celebrado con la Unión un acuerdo de libre comercio que incluya normas sobre contratación pública.

---

contratación pública regulados por el presente Reglamento. Sin perjuicio de los actos legislativos de la Unión aplicables a una tecnología específica, incluidos el Reglamento (UE) 2023/1542 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) 2024/... del Parlamento Europeo y del Consejo, a la hora de evaluar la sostenibilidad medioambiental de autobuses urbanos adquiridos con arreglo al presente Reglamento, los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras puedan tener en cuenta diversos elementos sobre el clima y el medio ambiente. Dichos elementos pueden incluir, por ejemplo: la durabilidad y fiabilidad de la solución, la facilidad de reparación y mantenimiento, la facilidad y calidad de reciclado, el uso de sustancias, el consumo de energía, agua y otros recursos en una o más fases del ciclo de vida del producto, la incorporación de componentes usados, la huella medioambiental del producto y su impacto medioambiental en el ciclo de vida, y la cantidad de residuos generados». La cursiva es nuestra.

15. Esta obligación se aplica a los contratos públicos «para la adjudicación de contratos públicos de suministro para la adquisición, arrendamiento, alquiler o compra a plazos de autobuses urbanos nuevos de emisión cero, así como de contratos públicos de servicios cuyo objeto principal sea el uso de dichos autobuses urbanos» (art. 3 sexies).

16. Artículo 3 sexies, Reglamento (UE) 2024/1610.

Esta previsión no impedirá a los poderes adjudicadores y a las entidades adjudicadoras utilizar criterios adicionales.

b) la disponibilidad actual y estimada de piezas de recambio esenciales para el funcionamiento del equipo que sea objeto de la licitación.

c) el compromiso del licitador oferente de que los posibles *cambios en su cadena de suministro durante la ejecución del contrato no afectarán negativamente a dicha ejecución.*

d) una certificación o documentación que demuestre que la organización de la *cadena de suministro del oferente le permite cumplir el requisito de seguridad del suministro.*

e) sostenibilidad medioambiental que vaya más allá de los requisitos mínimos previstos en los actos jurídicos aplicables de la Unión[17].

La determinación de las especificaciones técnicas o criterios de valoración indicados deberá realizarse «en función de la situación del mercado y de conformidad con las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE o 2014/25/UE, y la normativa sectorial aplicable, así como con los compromisos internacionales de la Unión, incluido el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio y otros internacionales que vinculen a la Unión»[18].

Si la contribución del licitador a la «seguridad del suministro» se utiliza como criterio de adjudicación, tendrá una ponderación de entre el 15 % y el 40 % de los criterios de adjudicación[19]. Esto representa un signo del reforzamiento de las políticas de compra pública estratégica, al otorgar un peso relevante en la adjudicación a los criterios vinculados a los objetivos de resiliencia.

4. EL REFORZAMIENTO DEL ECOSISTEMA EUROPEO DE FABRICACIÓN DE PRODUCTOS DE TECNOLOGÍAS CERO EMISIONES

El Reglamento (UE) 2024/1735, de 13 de junio de 2024, por el que se establece un marco de medidas para reforzar el ecosistema europeo de fabricación de tecnologías de cero emisiones netas establece un marco de medidas para reforzar el ecosistema europeo de fabricación de productos de tecnologías cero emisiones. En concreto persigue garantizar «el acceso

17. Artículo 3 sexies, apartado 2.º, Reglamento (UE) 2024/1610.
18. Artículo 3, letra e, apartado 2, Reglamento (UE) 2024/1610.
19. Artículo 3, letra e, apartado 3, Reglamento (UE) 2024/1610.

de la Unión a un *suministro seguro y sostenible* de tecnologías de cero emisiones netas, entre otras medidas, con la *ampliación de la capacidad de fabricación de tecnologías de cero emisiones netas* y sus *cadenas de suministro* a fin de proteger su *resiliencia* y al mismo tiempo contribuir a lograr los objetivos climáticos de la Unión y el objetivo de neutralidad climática»[20]. Se pretende reducir la dependencia estratégica de terceros países con relación a las tecnologías de cero emisiones netas, por lo que «es fundamental [como indican los considerandos del Reglamento] que los mecanismos de apoyo público, como los procedimientos de contratación pública y las subastas, no agraven dicha dependencia»[21].

Para cumplir dicho objetivo establece, entre otras, medidas destinadas a «fomentar la demanda de tecnologías de cero emisiones netas sostenibles y resilientes a través de procedimientos de contratación pública»[22]. Se pretende utilizar el efecto palanca de la compra pública para «crear y mantener una demanda pública estable de tecnologías de cero emisiones netas que haga económicamente atractivo para las empresas *ampliar la producción de productos a medida para el mercado europeo*, diseñados teniendo en cuenta criterios elevados de sostenibilidad y *resiliencia*»[23].

Con independencia de la necesidad de dar cumplimiento de dichos objetivos estratégicos, debe garantizarse en todo caso los principios de la contratación pública, por eso el Reglamento recuerda que, en aplicación de estas reglas especiales de contratación pública, «los Estados miembros no deberán discriminar ni otorgar un *trato diferente injustificado* a los proveedores de productos de cero emisiones netas procedentes de otro Estado miembro»[24]. Esto implica el respeto de las Directivas de la UE en materia de contratación pública, en la aplicación de las previsiones de este Reglamento. Con todo, no puede descartarse, la introducción de medidas proporcionadas que ofrezcan un trato diferente a los operadores cuando esté justificado por la concurrencia de la razón imperiosa de interés general, ligada a la garantía del suministro de productos esenciales.

El Reglamento prevé un artículo 25 sobre la «contribución a la sostenibilidad y la resiliencia en los procedimientos de contratación pública», en la misma línea que el Reglamento (UE) 2024/1610, que analizamos en el epígrafe

20. Artículo 1, apartado 1.º, Reglamento (UE) 2024/1610.
21. Considerando 85.
22. Artículo 1, apartado 2.º, letra c, Reglamento (UE) 2024/1735.
23. Propuesta de Reglamento por el que se establece un marco de medidas para reforzar el ecosistema europeo de fabricación de productos de tecnologías de cero emisiones netas («Ley sobre la industria de cero emisiones netas») (COM (2023) 161 final, 16 de marzo de 2023).
24. Artículo 25.6, Reglamento (UE) 2024/1735.

anterior, pero con un enfoque más ambicioso en la integración de las consideraciones estratégicas mencionadas. De todas formas, las previsiones esté artículo —que analizaremos en los siguiente subepígrafes— deberán entenderse sin perjuicio de «la posibilidad de emplear criterios adicionales no relacionados con el precio» o la posibilidad de excluir las ofertas anormalmente bajas[25], o los artículos 107 y 108 del TFUE, referidos a las ayudas de Estado, en el caso de los «procedimientos de contratación pública no competitivos»[26]. Además, los considerandos del Reglamento indican que la aplicación de sus disposiciones sobre resiliencia debe entenderse sin perjuicio de las reglas internacionales en materia de contratación pública[27], que vinculan a la UE, y en consonancia con la Comunicación de la Comisión, de 24 de julio de 2019, titulada «Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE».

4.1. Requisitos mínimo obligatorios en materia de sostenibilidad ambiental

Los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras tendrán que aplicar los «requisitos mínimos obligatorios en materia de sostenibilidad ambiental», que establezca la Comisión Europea mediante el correspondiente acto de ejecución, que deberá adoptarse antes de 30 de marzo de 2025[28]. La atribución de estas competencias de ejecución a la Comisión Europea permitirá a esta concretar los «principios rectores»[29] para que los poderes y entidades adjudicadoras «detallen especificaciones técnicas, requisitos y condiciones de ejecución» referidas a la sostenibilidad ambiental de los contratos públicos, sin perjuicio del derecho sectorial de aplicación que establezca obligaciones de compra púbica verde[30].

25. Con arreglo al artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE y al artículo 84 de la Directiva 2014/25/UE.
26. Artículo 25.12, Reglamento (UE) 2024/1735.
27. Concretamente se hace referencia a las previsiones a este respecto de los artículos 25 de la Directiva 2014/24/UE —«condiciones relativas al ACP y otros acuerdos internacionales»— y de los artículos 43 «condiciones relativas al Acuerdo sobre Contratación Pública y otros acuerdos internacionales» y 85 —«Ofertas que contengan productos originarios de terceros países»— de la Directiva 2014/25/UE.
28. Artículo 25, apartado 1.º, Reglamento (UE) 2024/1735. Dicho acto de ejecución se adoptará de conformidad con el «procedimiento de examen» a que se refiere el artículo 45, apartado 2, de propio Reglamento.
29. Considerando 61.
30. Los considerandos (número 61) citas concretamente el Reglamento (UE) 2024/1781 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos sostenibles, y Reglamento (UE) 2023/1542 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, relativo a las pilas y baterías.

Esta exigencia de compra pública verde obligatoria será de aplicación a los procedimientos de contratación pública que entren en el ámbito de aplicación de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE o 2014/25/UE, en los que los contratos tengan como parte de su objeto alguna tecnología de cero emisiones netas[31], o en el caso de los contratos de obras y las concesiones de obras que incluyan esta tecnología.

La aplicación de requisitos mínimos obligatorios pretende garantizar, de acuerdo con la voluntad del legislador comunitario, que se aumente la utilización de gasto público para impulsar la demanda de contratación más eficiente para los productos de cero emisiones netas en el ámbito de la sostenibilidad medioambiental «de un modo estructurado» que sea aplicable para los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras. La UE muestra el camino para un impulso de la compra pública verde de forma adecuadamente «estructurada» a nivel jurídico y técnico. Será la legislación secundaria desarrollada por la Comisión Europea la que define qué es «compra pública estratégica» obligatoria, para la consecución de los objetivos de sostenibilidad y resiliencia, de modo que se garantice la aplicación armonizada de estos criterios de compra pública estratégica. Se pasa así «la pantalla» de un enfoque voluntario, sin armonización técnica a nivel comunitario, que ha tenido insuficientes y desiguales efectos en la UE.

Los requisitos mínimos obligatorios, que defina la Comisión Europea, podrán adoptar la forma de especificaciones o requisitos técnicos[32] o de condiciones de ejecución del contrato[33]. Además, a la hora de adoptarlos la Comisión tendrá en cuenta «al menos» los siguientes criterios:

— «La situación del mercado a escala de la Unión para las tecnologías de que se trate». El conocimiento del mercado es un elemento esencial para la definición de requisitos de compra verde económicamente sostenibles y técnicamente viables.

— «Las disposiciones relativas a la sostenibilidad medioambiental establecidas en otros actos legislativos y no legislativos de la Unión aplicables a los procedimientos de contratación pública sujetos a la obligación de aplicar los requisitos mínimos obligatorios de sostenibilidad». Entendemos que se pretende garantizar la coherencia

31. Estas tecnologías son las enumeradas en el artículo 4, apartado 1, letras a) a k) del presente Reglamento.
32. En el sentido del artículo 36 de la Directiva 2014/23/UE, del artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE y del artículo 60 de la Directiva 2014/25/UE.
33. En el sentido del artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE y del artículo 87 de la Directiva 2014/25/UE y de los principios generales de la Directiva 2014/23/UE.

con las obligaciones de contratación pública verde derivadas de otras disposiciones comunitarias.

— «Los compromisos internacionales de la Unión, entre ellos el ACP y otros acuerdos internacionales a los que está vinculada la Unión». Las exigencias de compra verde deben poder desarrollarse en el margen de flexibilidad que ofrecen los instrumentos internacionales para establecer restricciones a la competencia sobre la base de razones de interés general.

Se trata de requisitos mínimos obligatorios, por lo que, tal como prevé el Reglamento, los poderes y entidades adjudicadoras podrán aplicar «requisitos mínimos o criterios de adjudicación adicionales en relación con la sostenibilidad medioambiental»[34], dentro del respeto a la normativa de la UE sobre contratación pública y al «derecho sectorial aplicable»[35]. En todo caso, en la aplicación de dichos requisitos adicionales los poderes y entes contratantes nacionales deberán respetar las libertades del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que en todo caso pueden ser restringidas sobre la base de las razones contenidas en el artículo 36, TFUE, o la concurrencia de exigencias imperativas de protección del interés general. Asimismo, el legislador comunitario, indica que los poderes y entes adjudicadores deben tener libertad para aplicar además criterios de adjudicación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, «como el precio, el coste u otros criterios»[36].

En esta línea, de posibles desarrollos estratégicos nacionales más ambiciosos, los considerandos de la norma indican igualmente que los poderes y entidades adjudicadoras «al evaluar la sostenibilidad medioambiental» de las soluciones de cero emisiones netas, que se adquieran sobre la base del presente Reglamento, «deberán poder tener en cuenta diversos elementos con repercusiones en el clima y el medio ambiente»[37], sin perjuicio del Derecho sectorial de aplicación del que se deriven obligaciones de compra pública verde[38].

34. Artículo 25.2, Reglamento (UE) 2024/1735.
35. Considerando 55.
36. Considerando 55.
37. Considerando 60.
38. El considerando 60 del Reglamento cita el Reglamento (UE) 2024/1781 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos sostenibles, y Reglamento (UE) 2023/1542 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, relativo a las pilas y baterías.

Con todo, este Reglamento otorga cierta flexibilidad —que se ha ampliado en la tramitación de la propuesta inicial de la Comisión Europea— para evitar «consecuencias indeseables específicas»[39]. Los poderes y las entidades adjudicadoras podrán decidir no aplicar, con carácter excepcional, los requisitos mínimos obligatorios cuando se den situaciones de monopolio[40], se produzcan deficiencias específicas del mercado, cuando no se hayan presentado ofertas o solicitudes de participación adecuadas[41], o suponga costes desproporcionados o genere incompatibilidades técnicas[42]. Los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras podrán presuponer que las diferencias de coste estimado superiores al 20 %[43], basándose en datos objetivos y transparentes, son desproporcionadas[44].

Además, en esta misma línea de garantizar un enfoque proporcionado a esta compra pública estratégica obligatoria, el Reglamento prevé, «a fin de limitar la carga administrativa derivada de la necesidad de tener en cuenta criterios relativos a la contribución de la oferta en términos de sostenibilidad y resiliencia, en particular para los compradores públicos más pequeños y los contratos de menor valor que no tengan un impacto importante en el mercado», que «la aplicación de las disposiciones pertinentes del presente Reglamento debe aplazarse dos años para los compradores públicos que no sean centrales de compras y para los contratos de un valor inferior a 25 millones EUR»[45].

39. Considerando 55.
40. El Reglamento indica concretamente lo siguiente: «la tecnología de cero emisiones netas requerida solo pueda ser suministrada por un operador económico en particular y no exista alternativa o sustituto razonable alguno, y la ausencia de competencia no sea el resultado de una reducción artificial de los parámetros del procedimiento de contratación pública» (art. 25.9, letra a, Reglamento (UE) 2024/1735).
41. El Reglamento dispone, en términos literales, que podrán no aplicarse los requisitos mínimos obligatorios cuando «no se hayan presentado ofertas adecuadas o solicitudes de participación adecuadas en respuesta a un procedimiento de contratación pública similar anterior iniciado por el mismo poder adjudicador o entidad adjudicadora en los dos años inmediatamente previos al inicio del nuevo procedimiento de contratación previsto» (art. 25.9, letra b, Reglamento (UE) 2024/1735).
42. El Reglamento dispone, en concreto, que podrán no aplicarse los requisitos mínimos obligatorios cuando «su aplicación obligaría al poder adjudicador o a la entidad adjudicadora a adquirir equipo con costes desproporcionados o generaría incompatibilidades técnicas de explotación y mantenimiento» (art. 25.9, letra b, Reglamento (UE) 2024/1735).
43. La propuesta inicial de la Comisión preveía diferencias de costes superiores al 10 % como referencia para la determinación de esa presunción de desproporcionalidad (art. 19).
44. Artículo 25.10, Reglamento (UE) 2024/1735.
45. Considerando 77. Véase el artículo 49.3, Reglamento (UE) 2024/1735. En dicho artículo se establece que hasta el 30 de junio de 2026, las previsiones sobre la aplicación de requisitos mínimos obligatorios de sostenibilidad, recogidas en el artículo 25, apar-

4.2. Obligación de aplicar determinadas condiciones, requisitos u obligaciones contractuales para el apoyo de determinados objetivos sociales

Sin perjuicio del desarrollo de los requisitos mínimos obligatorios a nivel de la UE, en las condiciones previstas por el Reglamento, los poderes y entidades adjudicadoras tienen en todo caso la obligación de aplicar «al menos una» de «las condiciones, los requisitos o las obligaciones contractuales» que cita el Reglamento y que pretenden contribuir al cumplimiento de varios objetivos estratégicos[46]; todos ellos «importantes para fomentar la resiliencia», como indica el legislador comuniatrio[47]. Las condiciones, requisitos u obligaciones que cita expresamente el Reglamento son las siguientes:

— una condición especial relacionada con consideraciones en materia social o laboral consistente en una condición de ejecución del contrato[48], con el fin de alcanzar un «resultado social positivo»[49]. Este concepto de «resultado social positivo» es un ejemplo la compra pública estratégica, impulsada por el marco jurídico de la UE, busca un rendimiento contractual, que va más allá de lo económico o prestacional, para extenderse al puro rendimiento social.

— un requisito de demostrar el cumplimiento con los requisitos aplicables en materia de ciberseguridad que figuran en un reglamento de ciberresiliencia, en particular, en su caso y cuando sea posible, mediante un régimen europeo de certificación de la ciberseguridad pertinente.

— una obligación contractual específica para entregar a tiempo el componente del contrato relacionado con las tecnologías de cero emisiones netas[50]; dicha obligación puede dar lugar a una obligación de pagar un cargo adecuado en caso de incumplimiento, además de los requisitos contemplados en el Derecho nacional de aplicación, en su caso.

---

tado 1, se aplicará únicamente a los contratos celebrados por centrales de compras -tal como se definen en el artículo 2, apartado 1, punto 16, de la Directiva 2014/24/UE y en el artículo 2, apartado 1, punto 12, de la Directiva 2014/25/UE-, y a los contratos de un valor igual o superior a 25 millones de euros.

46. Artículo 25.3, Reglamento (UE) 2024/1735.
47. Véase el considerando 56.
48. En el sentido del artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE y del artículo 87 de la Directiva 2014/25/UE y de los principios generales de la Directiva 2014/23/UE.
49. Concepto utilizado en el considerando 56.
50. Las tecnologías de cero emisiones netas son las enumeradas en el artículo 4, apartado 1, letras a) a k) del Reglamento.

De mismo modo que ocurre con relación a los requisitos mínimos obligatorios de sostenibilidad, el Reglamento prevé la posibilidad de no aplicar, con carácter excepcional, estas condiciones, requisitos u obligaciones estratégicas, cuando existan situaciones de monopolio, deficiencias específicas del mercado o situaciones en las que los poderes adjudicadores o las entidades adjudicadoras puedan enfrentarse a costes desproporcionados[51] o dificultades técnicas[52].

4.3. Obligación de tomar en consideración la «contribución de la oferta a la resiliencia»

El Reglamento establece la obligación de tener en cuenta «contribución de la oferta a la resiliencia», con relación a determinados procedimientos de contratación pública[53]. Con la introducción de esta exigencia, la norma de tecnologías cero emisiones netas pretende que el suministro de estas tecnologías esté «suficientemente diversificado». Se entenderá que el suministro no está suficientemente diversificado, si el porcentaje de tecnologías o componentes proceden de un tercer país representa más de un 50%, o se incrementó en 10 puntos de media en dos años y alcanza al menos el 40% del suministro de la UE. Esta ausencia de diversificación suficiente será determinada por la Comisión Europea. De acuerdo con los considerandos de la norma, «esto permitirá a la Unión tener en cuenta la evolución de las dependencias de manera eficaz»[54].

Si se determina esta ausencia de suministro suficientemente diversificado, en el momento de la convocatoria de la licitación para los procedimientos de contratación pública afectados, o en el momento del inicio de dicho procedimiento, los poderes y entes adjudicadores «deben tener la

51. Tal y como hemos visto en el punto anterior, los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras podrán presuponer que las diferencias de coste estimado superiores al 20 %, basándose en datos objetivos y transparentes, son desproporcionadas (art. 25.10, Reglamento 2024/1735).
52. Véanse las notas a pie de página 40, 41 y 42.
53. Dicha previsión de aplica a los «procedimientos de contratación pública que entren dentro del ámbito de aplicación de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE o 2014/25/UE en los casos en que dichos contratos incorporen alguna de las tecnologías estratégicas de cero emisiones netas enumeradas en el artículo 4, apartado 1, letras a) a k), del presente Reglamento como parte de su objeto o, en los casos de contratos de obras y las concesiones de obras a que se refiere el apartado 1, que incluyan dicha tecnología, así como en el caso de los contratos adjudicados sobre la base de un acuerdo marco, cuando el valor estimado de dichos acuerdos sea igual o superior a los valores establecidos en el artículo 8 de la Directiva 2014/23/UE, el artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 15 de la Directiva 2014/25/UE» (art. 25.7, Reglamento (UE) 2024/1735).
54. Considerando 56.

obligación de incluir» una serie de condiciones en los procedimientos destinadas «a fin de lograr un resultado resiliente»:

— En primer lugar, la obligación de que el valor de la tecnología de cero emisiones netas o de los principales componentes específicos procedentes del tercer país de que se trate, durante la vigencia del contrato, no debe ser superior a un límite del 50 % en condiciones específicas[55]. Esta obligación no se aplica a los contratos cubiertos por el apéndice I del ACP correspondiente a la Unión, así como por otros acuerdos internacionales pertinentes que vinculen a la Unión[56], cuando la tecnología de cero emisiones netas específica o sus principales componentes específicos procedan de fuentes de suministro que sean signatarias de dichos acuerdos.

— En segundo término, la obligación de aportar a los poderes adjudicadores y a las entidades adjudicadoras, a petición de estos, pruebas suficientes de diversificación del suministro —esto es, el cumplimiento de las condiciones indicadas en el punto anterior de esta relación—, a más tardar al término de la ejecución del contrato[57].

— En tercer término, la obligación del contratista, prevista en los pliegos contractuales, de pagar una «tasa proporcional», en caso de incumplimiento de las condiciones de diversificación de suministro —indicadas en el primer punto de esta relación—, de «al menos» el 10% valor de las tecnologías concretas de cero emisiones netas del contrato[58], a fin de garantizar el cumplimiento del mecanismo de garantía de la resiliencia del presente Reglamento.

55. Esto se concreta, de forma literal, en las siguientes obligaciones: «a) la obligación a lo largo de todo el contrato de no suministrar más del 50 % del valor de la tecnología de cero emisiones netas específica a que se refiere el presente apartado procedente de cada tercer país determinado por la Comisión; b) la obligación, durante la vigencia del contrato, de que no más del 50 % del valor de los principales componentes específicos de la tecnología de cero emisiones netas específica a que se refiere el presente apartado sean suministrados o facilitados directamente por el adjudicatario o por un subcontratista de cada tercer país determinado por la Comisión» (art. 25.7, párrafo segundo, letra a y b, Reglamento (UE) 2024/1735).
56. Con relación a «otros acuerdos internacionales pertinentes que vinculen a la Unión», los considerandos del Reglamento citan «en particular los acuerdos de libre comercio y el artículo III, apartado 8, letra a), del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, para la contratación por parte de organismos públicos, de productos adquiridos para su reventa comercial o con vistas a su utilización en la producción de mercancías para la venta comercial» (considerando 75).
57. Artículo 25.7, párrafo segundo, letra c, Reglamento (UE) 2024/1735.
58. Artículo 25.7, párrafo segundo, letra d, Reglamento (UE) 2024/1735.

De acuerdo con la lógica de obligación-flexibilidad que dirige este nuevo modelo de la UE sobre compra pública estratégica, el Reglamento otorga flexibilidad procedimental para el caso en que la toma en consideración de la contribución a la oferta a la resiliencia haya dado lugar a una situación por la cual no se hayan presentado ofertas adecuadas o solicitudes de participación adecuadas en respuesta a un procedimiento de contratación pública. Así, los poderes adjudicadores o las entidades adjudicadoras podrán, de forma excepcional, acudir al procedimiento negociado sin procedimiento negociado sin publicación previa de conformidad que su normativa reguladora [59], o decidir no aplicar la obligación de toma en consideración de la «contribución de la oferta a la resiliencia» en un procedimiento de contratación pública específico posterior, destinado a responder a las mismas necesidades que las que dieron lugar al procedimiento inicial [60].

4.4. La Plataforma Europea de Cero Emisiones Netas, espacio para el intercambio de experiencias sobre compra pública resiliente

El Reglamento de tecnologías de cero emisiones netas prevé la constitución de una Plataforma Europea de Cero Emisiones Netas que tiene «un papel importante de acelerar la aplicación de la contribución en términos de resiliencia por parte de los Estados miembros y las autoridades públicas en sus prácticas relativas a los procedimientos de contratación y las subastas públicas». En este sentido, la Plataforma examinará las medidas adoptadas por los Estados miembros para garantizar la contribución de la contratación pública a los objetivos de resiliencia, e intercambiará información sobre las mejores prácticas, entre otras cosas, «en lo que se refiere al uso práctico de criterios que definan la contribución a la sostenibilidad y la resiliencia en los procedimientos de contratación pública» [61]. Este planteamiento del Reglamento representa una visión clara sobre la importancia del intercambio de experiencias y buenas prácticas para el impulso seguro y transformador de la compra pública estratégica, que puede guiar, con mayor seguridad, la decisión de los Estados miembros de adoptar medidas adicionales para el desarrollo de la compra sostenible y resiliente.

59. Artículo 32, apartado 2, letra a), de la Directiva 2014/24/UE, artículo 50, letra a), de la Directiva 2014/25/UE o artículo 31, apartado 5, de la Directiva 2014/23/UE.
60. Véase artículo 25.11, Reglamento (UE) 2024/1735.
61. Artículo 29.3, Reglamento (UE) 2024/1735.

5. LA SEGURIDAD Y GARANTÍA DEL SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO-POLÍTICA DE LA UE Y PERSPECTIVA DE DESARROLLO

5.1. La escasez de medicamentos es cada vez más frecuente[62].

Un estudio reciente de la Comisión Europea permite apreciar la gran vulnerabilidad en la disponibilidad de determinadas sustancias (4 de las 11 estudiadas) debido a la fuerte dependencia de fuentes de «ingredientes farmacéuticos activos» de terceros países no miembros de la UE. Esto pone de manifiesto un riesgo importante para la salud pública en la UE, en la medida en que «indica un riesgo potencial de interrupción en la cadena de suministro si estos proveedores de fuera de la UE se enfrentan a problemas de producción»[63]. El hecho de que más del 30% del suministro de los 11 productos estudiados procede de un único país o fabricante «subraya el riesgo de vulnerabilidad». Esta concentración «aumenta el riesgo de interrupción de suministro debido a problemas geopolíticos, restricciones comerciales o problemas de producción»[64].

Asimismo, la Comisión ha indicado resultados desiguales con relación a la diversificación de los centros de producción. Hay cadenas de suministro que pueden ser sólidas, pero otras carecen de la resistencia necesaria. Esta resistencia variable «sugiere la necesidad de estrategias específicas para diversificar los centros de producción con el fin de mitigar los riesgos asociados» a las cadenas de suministro más frágiles[65].

Esta situación no ha podido ser revertida por las obligaciones que establece el Derecho de la UE para garantizar un suministro adecuado y conti-

62. PGEU, *Medicine shortages survey: 2019 results*.

63. En este mismo sentido se pronuncia el *Comité Permanent des Médecins Européens* (*CPME Policy on medicine shortages*, 3 de abril de 2020). En 2024, un dictamen del Consejo Económico y Social de la UE (*Opinion of the European Economic and Social Committee on Securing Europe's medicine supply: envisioning a Critical Medicines Act* (C/2024/1568), ha puesto de manifiesto algunos datos que ponen el acento en la pérdida de capacidad productiva de la UE y en la creciente dependencia de terceros países: «Until the mid-1990s, Europe and the United States supplied 90 % of the substances used in worldwide pharmaceutical manufacturing. Today this figure is only 20 %»; «In 2019, 40 % of the world's APIs were imported from China»; «the vast majority of the world's API producers depend on China for the supply of the intermediate materials needed to produce APIs»; «Several technologies required to produce raw materials are no longer available in the EU»; «The further phasing out of these manufacturing capacities will make reshoring extremely difficult, costly and time-consuming».

64. *Assessment of the supply chain vulnerabilities for the first tranche of the union list of critical medicines, Technical Report*, junio 2024, p. 16.

65. Ídem.

nuado[66]. En la disponibilidad de medicamentos inciden factores extrajurídicos diversos, como las circunstancias imprevisibles —escasez de materias primas, el cambio de los patrones de infección, las catástrofes naturales o las crisis sanitarias— que generan un incremento de la demanda, los problemas de producción, la rentabilidad de los mercados[67], y la dependencia de terceros países y la fragilidad de las cadenas de producción y distribución.

El objetivo de este epígrafe es poner sobre la mesa las actuaciones que se están llevando a cabo en materia de contratación, principalmente, desde el ámbito de la UE, para reforzar la resiliencia del aprovisionamiento de medicamentos esenciales y reducir las vulnerabilidades de las cadenas de suministro. Los objetivos estratégicos son claros: diversificar los centros de producción y reducir la dependencia de terceros países productores de ingredientes farmacéuticos activos. Veamos en qué medida la contratación pública puede, con los actuales desarrollos regulatorios y de gestión, convertirse en una herramienta estratégica transformadora para reforzar la resiliencia de los sistemas sanitarios nacionales.

5.2. La respuesta política post-pandemia de la UE

La pandemia de COVID-19 y la guerra de Ucrania pusieron en evidencia la fragilidad y la dependencia de las cadenas de suministro europeas con relación a productos esenciales para la seguridad, como los medicamentos. Así, la Estrategia farmacéutica para Europa (2020)[68] tiene, entre sus objetivos, construir la «autonomía estratégica abierta» de la UE en el ámbito de los medicamentos, mediante «la diversificación de las cadenas de producción y suministro, asegurando el almacenamiento estratégico y fomentando la producción y la inversión en Europa»[69]. La Estrategia dispone que una

66. La Directiva 2001/83/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano dispone que «los titulares de una autorización de comercialización de un medicamento y los distribuidores de dicho medicamento realmente comercializado en un Estado miembro garantizarán, dentro de los límites de sus responsabilidades respectivas, un abastecimiento adecuado y continuado de ese medicamento a farmacias y a personas autorizadas para la distribución de medicamentos, de modo que estén cubiertas las necesidades de los pacientes de dicho Estado miembro» (artículo 81, apartado 2).

67. El *Comité Permanent des Médecins Européens* indica que «the shortages can be also caused by the pharmaceutical industry's pricing strategies, products discontinuations from unprofitable markets or imposing supply quotas» (*CPME Policy on medicine shotages*, 3 de abril de 2020, p. 3).

68. Comunicación de la Comisión Europea «Estrategia farmacéutica para Europa» (COM (2020) 761).

69. Se indica que las posibles medidas legislativas, para alcanzar dicho objetivo, «podrían incluir obligaciones más estrictas para la industria, a fin de garantizar el suministro,

respuesta adecuada a la crisis «requiere cadenas de suministro resilientes y suficientemente diversificadas». Con todo, no se olvida la necesidad de alcanzar la cuadratura del círculo: reforzar la resiliencia sanitaria de la UE, en el marco de las normas de la UE y la OMC, orientadas a garantizar la apertura de los mercados nacionales[70].

Como hemos visto en la introducción, la Declaración de Versalles[71], de 11 de marzo de 2022, apela por adoptar nuevas medidas para construir nuestra «soberanía europea» y reducir nuestras «dependencias»[72]. Entre los sectores clave para reducir las dependencias estratégicas de la UE, se cita los medicamentos[73]. Concretamente se indica que los Estados se centrarán en apoyar la «producción europea sostenible de medicamentos asequibles» y «aumentar la capacidad de producción de productos esenciales para responder ante crisis sanitarias».

La Comunicación sobre la «Reforma de la legislación farmacéutica y medidas contra la resistencia a los antimicrobianos»[74] señala que la pandemia de la COVID-19 y la invasión rusa de Ucrania «exigen una actuación decidida para modernizar el marco farmacéutico de la UE, con vistas a que sea más resiliente». También apunta que la «escasez de medicamentos es también una preocupación mayor». Entre otros, la Comunicación de la Comisión fija el objetivo de «mejorar la seguridad del suministro y velar

---

la notificación temprana de escasez y retirada de medicamentos, una mayor transparencia de las existencias en toda la cadena de suministro y un papel de coordinación más decisivo para la EMA en cuanto al seguimiento y la gestión de la falta de medicamentos». La Estrategia apunta, con todo, que la UE trabajará junto con los miembros de la OMC en una iniciativa «que podría tener como objetivo facilitar el comercio de productos sanitarios y contribuir a una respuesta eficaz en caso de una emergencia sanitaria».

70. La Estrategia dice expresamente que «si bien es importante evaluar si la capacidad de fabricación de ciertos medicamentos críticos puede ser necesaria en la UE desde la perspectiva de la salud pública y la preparación para crisis, cualquier medida potencial deberá cumplir totalmente con las normas de competencia de la UE y de la Organización Mundial del Comercio (OMC)».
71. Reunión informal de los jefes de Estado o de Gobierno, Declaración de Versalles, 10 y 11 de marzo de 2022.
72. La producción de insumos para medicamentos genéricos se ha ido trasladando a fuera de Europa en las últimas décadas, sobre todo a China e India. Casi el 70% de los medicamentos dispensados en Europa son genéricos (Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Addressing medicine shortages in the EU* (COM (2023) 672 final).
73. Con relación a los alimentos, se indica la necesidad de aumentar la producción de proteínas vegetales en la UE.
74. COM (2023) 190 final, 26 de abril de 2023.

por que los medicamentos estén siempre a disposición de los pacientes, independientemente del lugar en el que residan de la UE»[75].

Las Conclusiones de 23 de junio de 2023 del Consejo Europeo invitan «a la Comisión a que proponga una iniciativa relativa a medidas urgentes para garantizar que se produzcan y estén disponibles en Europa, en cantidad suficiente, los medicamentos y componentes más fundamentales y para diversificar las cadenas de suministro internacionales». La Comunicación de la Comisión Europea, «Hacia una Europa más resiliente, competitiva y sostenible»[76], indica que, a partir de la experiencia adquirida con la pandemia, la UE está trabajando para reforzar la seguridad del suministro de medicamentos y garantizar que estén disponibles para los pacientes independientemente del lugar de la UE en el que estos vivan.

Las Conclusiones del Consejo Europeo, de 26 de junio de 2024, «sobre el futuro de la UE de la salud: una Europa que se preocupa, se prepara y se protege», invita a la Comisión y a los Estados miembros a proseguir los trabajos para abordar las vulnerabilidades en las cadenas de suministro de medicamentos esenciales, y, cuando proceda, a formular propuestas para mejorar la seguridad del suministro, haciendo hincapié en reforzar la fabricación de medicamentos esenciales a escala de la UE.

5.3. Estrategia para abordar la escasez de medicamentos en la UE

La pandemia puso en evidencia la necesidad de dar una respuesta a la escasez de medicamentos. El Parlamento Europeo[77] y el Consejo Europeo[78] han pedido a la Comisión que aborde dicha cuestión; en especial, en lo que respecta al suministro de materias primas farmacéuticas, productos intermedios y sustancias farmacéuticas activas, que pueden contribuir al riesgo de escasez de medicamentos críticos[79].

75. La Comisión propone reformar la legislación farmacéutica, «lo cual incluye una propuesta de nueva Directiva y una propuesta de nuevo Reglamento, con vistas a modernizar, simplificar y sustituir los actos jurídicos siguientes: la Directiva 2001/83/CE 3 y el Reglamento (CE) n.º 726/2004 4 (ambos constituyen la legislación farmacéutica general), el Reglamento (CE) n.º 1901/2006 sobre los medicamentos para niños (el Reglamento sobre medicamentos para uso pediátrico) 5 y el Reglamento (CE) n.º 141/2000 sobre los medicamentos para las enfermedades raras (el Reglamento sobre medicamentos huérfanos)» (ídem).
76. COM (2023) 558.
77. Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de septiembre de 2020, sobre la escasez de medicamentos (2020/2071(INI).
78. Conclusiones del Consejo Europeo, de 2 de octubre de 2020 (EUCO 13/20).
79. Comunicación de la Comisión Europea «Abordar la escasez de medicamentos en la UE», COM (2023) 672 final, Bruselas, 24 de octubre de 2023.

La Comunicación de la Comisión Europea «Abordar la escasez de medicamentos en la UE» (2023)[80] apunta la necesidad de abordar las vulnerabilidades de la cadena de suministro de «medicamentos esenciales»[81], para mejorar la resiliencia de los sistemas sanitarios de la UE. Se menciona la deslocalización de la fabricación de ingredientes farmacéuticos activos (IFA) a un número limitado de ubicaciones fuera de la UE, la escasez de mano de obra que obstaculiza el desarrollo de la producción local y los cambios demográficos vinculados a la edad de los pacientes, como factores determinantes de las mencionadas vulnerabilidades de las cadenas de suministro[82].

La Comunicación de la Comisión plantea como objetivos clave «prevenir o mitigar la escasez crítica a escala de la UE y prestar especial atención a los medicamentos más esenciales para los que debe garantizarse la seguridad del suministro en la UE en todo momento, en tiempos normales y en tiempos de crisis». Para ello, se presenta un amplio conjunto de medidas a corto y largo plazo para hacer frente a la escasez de medicamentos y mejorar la seguridad de su suministro en la UE.

La Comisión pretende facilitar este objetivo mediante orientaciones de la Comisión y de criterios comunes para la contratación de medicamentos esenciales, «como la producción ecológica y la priorización de los suministros en Europa en momentos de escasez crítica»[83]. La Comisión Europea está trabajando en la elaboración de unas orientaciones de la UE sobre contratación pública, cuya aprobación estaba prevista para finales de 2024. Pretende visibilizar aquellas prácticas de contratación que puedan contribuir directamente a la seguridad del suministro y la disponibilidad

80. Ídem.

81. En ejecución de la indicada Comunicación, el 12 de diciembre de 2023, la Comisión Europea, junto con la Agencia Europea de Medicamentos (EMA) y los directores de las agencias de medicamentos de los Estados miembros, publicaron la primera lista de la Unión de medicamentos esenciales. Asimismo, para fomentar la producción de medicamentos esenciales más diversos, la Comisión creó una «Alianza de Medicamentos Esenciales» en enero de 2024. Está integrada por autoridades nacionales, la industria, los representantes de la sociedad civil, la Comisión y las agencias de la UE. Pretende coordinar las medidas contra la escasez prolongada de medicamentos y ocuparse de los puntos vulnerables de la cadena de suministro. Se centra en los medicamentos con el mayor riesgo de escasez y donde esta tiene el mayor impacto en los sistemas sanitarios (visto el 15 de julio de 2024, en la página de la Comisión Europea sobre la Reforma Farmacéutica, https://shre.ink/Dxcm).

82. Está aumentando la demanda de medicamentos adaptados a las afecciones relacionadas con la edad y a la atención geriátrica, influyendo así en las prioridades farmacéuticas de I+D.

83. Comunicación de la Comisión Europea «Abordar la escasez de medicamentos en la UE», COM(2023) 672 final, 24 de octubre de 2023.

mediante la integración efectiva de la seguridad del suministro como criterio de adjudicación, teniendo en cuenta al mismo tiempo los compromisos internacionales de la UE[84].

Un reciente estudio de la Comisión (2024)[85] indica que las medidas de mitigación más comunes para evitar la escasez de medicamentos genéricos son mantener las existencias de seguridad de productos acabados, principios activos y medicamentos genéricos y otros materiales críticos, así como tener más de un proveedor de principios activos u otros materiales críticos.

5.4. Buenas prácticas y modelos de contratación favorecedores de la garantía de seguridad del suministro

5.4.1. El papel del precio y de los criterios cualitativos

De acuerdo con los datos disponibles, la mayoría de los contratos de suministro de medicamentos se adjudican por precio como único criterio[86].

Los procedimientos de contratación impulsados principalmente por parámetros de centrados en el precio de compra suelen proporcionar importantes ahorros de costes a corto plazo, aunque pueden generar riesgos como la escasez de medicamentos[87] o aumentar los precios a largo plazo en un escenario en el que «el ganador se lo lleva todo»[88]. Utilizar el precio más bajo como principal criterio de selección puede reducir los incentivos para que la industria desarrolle una oferta a largo plazo en la UE[89].

84. *Ídem*.
85. *Assessment of the supply chain vulnerabilities for the first tranche of the union list of critical medicines*, Technical Report, junio 2024, pp. 15 y 16.
86. *Study on Best Practices in the Public Procurement of Medicines*, 2022.
87. De acuerdo con un estudio reciente de la Comisión, ya comentado en la introducción, los titulares de las autorizaciones de comercialización de productos entienden que se plantean problemas de viabilidad económica -que afectan a 4 de las sustancias estudiadas-, que revelan vulnerabilidades que podrían comprometer su sostenibilidad y rentabilidad a largo plazo. La Comisión entiende que abordar estos retos económicos es crucial para mantener la salud y la viabilidad de estas cadenas de suministro (*Assessment of the supply chain vulnerabilities for the first tranche of the union list of critical medicines*, Technical Report, junio 2024, p. 16).
88. EAHP (European Association of Hospital Phasmacists), *Position paper on procurement. Advocating for the involvement of hospital pharmacists in procurement*.
89. Comunicación de la Comisión Europea «Abordar la escasez de medicamentos en la UE», COM (2023) 672 final, Bruselas, 24 de octubre de 2023. En el informe *Much more than a market*, de Enrico Letta, se reflexiona sobre el impacto de la utilización del precio más bajo, como referencia principal en la adjudicación contractual: «this can result in suboptimal services, long-term inefficiencies, and a failure to address broader societal and environmental goals, such as the maintenance of local ecosystems and critical supply chains in Europe» (Letta, Enrico, Much more than a market, abril 2024).

Es preciso tomar en consideración no solo volumen y precio, sino incorporar una visión estratégica de la compra de medicamentos y gestionar los riesgos y vulnerabilidades de las cadenas de suministro, así como evaluar el impacto, en términos de gestión del riesgo de escasez, de nuestros procesos de preparación contractual[90].

En este orden de cosas, la Comisión y algunas entidades e instituciones recomiendan la utilización de criterios cualitativos en la adjudicación de los contratos públicos, ligados, por ejemplo, a la aportación de valor añadido a la UE, a la seguridad del suministro o la producción en la UE, EEE o países que hayan celebrado acuerdo sobre contratación pública con la UE[91], y evitar así la consideración exclusiva del precio, como único criterio de valoración de las ofertas[92].

Podemos concluir este apartado, por tanto, acudiendo a las palabras del profesor GIMENO FELIU, que indica, con relación a la compra pública de medicamentos, que es precisa una «relectura» de la contratación pública, de modo que se produzca «un cambio de mentalidad de los distintos actores implicados para abandonar la práctica del precio más bajo como factor determinante para la selección de un único proveedor y avanzar hacia un modelo multi-criterio apoyado en valor y multiadjudicatario»[93].

5.4.2. Mejora la cooperación y coordinación entre los Estados miembros

La Comisión Europea advierte de la existencia de un mercado de medicamentos fragmentado. Esto plantea importantes divergencias tanto en los precios como en el acceso de los pacientes. Es preciso avanzar hacia una coordinación más estrecha y mejorada entre las autoridades nacionales,

90. EAHP (European Association of Hospital Phasmacists), *Position paper on procurement. Advocating for the involvement of hospital pharmacists in procurement*.

91. Esto es considerado una buena práctica por la Comisión Europea (Comunicación de la Comisión Europea «Abordar la escasez de medicamentos en la UE», COM (2023) 672 final, Bruselas, 24 de octubre de 2023).

92. El *Comité Permanent des Médecins Européens* indica lo siguiente a este respecto: «Member States should be encouraged to apply other criteria than price in national tendering procedures such as reliability of supply and the number and location of production sites». Propone incluso la integración de una política de proximidad en la preparación de los contratos públicos: «One solution could be the creation of a label "medicine made in Europe" which national health systems can use as a requirement in tendering procedures» (*CPME Policy on medicine shortages*, 3 de abril de 2020, p. 7).

93. GIMENO FELUI, J. M., *Hacia una buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la estrategia y el valor de los resultados*, Marcial Pons, 2024, p. 193.

para mejorar la eficacia y eficiencia del suministro en la UE[94]. La Estrategia Farmacéutica para Europa (2020) indica que, para alcanzar una mayor cooperación entre los Estados, debe avanzarse «hacia mejores enfoques y estrategias de contratación» e impulsarse la «contratación conjunta de medicamentos críticos»[95].

La coordinación a escala de la UE podría ofrecer un marco estratégico para mejorar la seguridad del suministro de los medicamentos esenciales. De acuerdo con las previsiones del Reglamento (UE) 2022/2372[96], para dar respuesta las crisis sanitarias y la necesidad de garantizar el suministro de medicamentos, la Comisión de la UE puede activar contratos existentes o negociar nuevos contratos, «utilizando los instrumentos disponibles, como el artículo 4 del Reglamento (UE) 2016/369[97]; el procedimiento de contratación pública conjunta a que se refiere el artículo 12 del Reglamento (UE) 2022/2371[98], o las Asociaciones Europeas para la Innovación establecidas en el Reglamento (UE) 2021/695 del Parlamento Europeo y del Consejo»[99]. Asimismo, de acuerdo con las condiciones del artículo 8 del Reglamento (UE) 2022/2372, la Comisión podrá actuar como central de compras para los Estados miembros, con arreglo a las normas y procedimientos establecidos

94. Comunicación de la Comisión Europea «Abordar la escasez de medicamentos en la UE», COM (2023) 672 final, 24 de octubre de 2023.

95. La Comisión ha indicado que «la adquisición conjunta de medicamentos o la adquisición de medicamentos en nombre de los Estados miembros (por ejemplo, en el caso de la pandemia de COVID-19) proporcionó una poderosa herramienta para mejorar el acceso, la asequibilidad y la seguridad del suministro, lo que benefició especialmente a los mercados más pequeños de la UE» (Comunicación de la Comisión Europea «Abordar la escasez de medicamentos en la UE», COM(2023) 672 final, 24 de octubre de 2023).

96. Reglamento (UE) 2022/2372 del Consejo de 24 de octubre de 2022 relativo a un marco de medidas para garantizar el suministro de contramedidas médicas pertinentes para la crisis en caso de emergencia de salud pública a escala de la Unión.

97. Véase, el artículo 4, apartado 5, del Reglamento (UE) 2016/369, de 15 de marzo de 2016, relativo a la prestación de asistencia urgente en la Unión.

98. Reglamento (UE) 2022/2371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud. Esta norma tiene su antecedente más directo en las previsiones del Acuerdo de Adquisición Conjunta de contramedidas médicas, adoptado por la Comisión Europea de 10 de abril del 2014. Dicho Acuerdo recoge «un mecanismo voluntario para que los países participantes y las instituciones de la Unión adquieran conjuntamente contramedidas médicas para diferentes categorías de amenazas transfronterizas a la salud, en particular vacunas, antivirales y otros tratamientos».

99. La adquisición conjunta específica o la adquisición en nombre de los Estados miembros han sido utilizada por la UE como medidas para garantizar la adquisición de contramedidas médicas para evitar y prevenir la escasez de antibióticos, que tuvo lugar en 2022 y 2023 (Comunicación de la Comisión Europea «Abordar la escasez de medicamentos en la UE», COM (2023) 672 final, 24 de octubre de 2023).

en el Reglamento sobre normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión [100] y, en su caso, con arreglo al Reglamento (UE) 2016/369 del Consejo [101].

A juicio de la Comisión Europea, la contratación conjunta puede actuar como una poderosa herramienta para mejorar el acceso, la asequibilidad y la seguridad del suministro, lo que beneficia especialmente a los mercados más pequeños de la UE. Puede mejorar la posición negociadora de los Estados miembros para incentivar las capacidades de producción y la competencia, así como diversificar las cadenas de suministro [102]. Con todo, la industria ha destacado que esta solución puede representar una barrera de acceso al mercado, si se realiza la adjudicación a un único operador económico.

El Reglamento (UE) 2022/2371 [103] prevé la posibilidad de que la Comisión y cualquier Estado miembro puedan participar, como partes contratantes, en un procedimiento de contratación conjunta, de conformidad con el artículo 165, apartado 2, del citado Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046, con la finalidad de adquirir anticipadamente contramedidas médicas frente a amenazas transfronterizas graves para la salud en un período razonable (art. 12.1) [104].Esta adquisición conjunta «tiene por objeto reforzar la posición

100. Se cita el Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046, hoy derogado. el artículo 165 del Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la UE. Debemos destacar el Reglamento (UE, Euratom) 2024/2509, de 23 de septiembre de 2024, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, que fue aprobado para garantizar «nuevas opciones en lo que respecta a los instrumentos de contratación pública a escala de la UE más allá de las situaciones de crisis». Esta norma modifica el concepto de crisis, que engloba las amenazas a la salud pública, y prevé normas simplificadas de contratación para situaciones de crisis, flexibilidad para modificar los contratos de manera excepcional o la organización de procedimientos de contratación conjunta entre uno o varios estados miembros y las instituciones de la Unión, los organismos de la Unión o las agencias ejecutivas.

101. Véase, el artículo 4, apartado 5, del Reglamento (UE) 2016/369, de 15 de marzo de 2016, relativo a la prestación de asistencia urgente en la Unión.

102. Ídem. También se indica que la Comisión estudiará la posibilidad de recurrir a la adquisición conjunta de antibióticos y tratamientos para virus respiratorios antes del invierno de 2024/25. El informe *Study on Best Practices in the Public Procurement of Medicines* (2022) se presentan como buenas práticas de contratación conjunta las desarrollada por la Iniciativa de Adquisición del Báltico y el Foro Farmacéutico Nórdico.

103. Reglamento (UE) 2022/2371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud.

104. Teniendo en cuenta que las amenazas transfronterizas graves para la salud no se limitan a las fronteras de la Unión, el Reglamento (UE) 2022/2371 considera que el modelo debe basarse en un «enfoque coordinado, caracterizado por la solidaridad y la responsabilidad, en la lucha contra tales amenazas». Por ello, la adquisición con-

negociadora de los países participantes, contribuir a la seguridad del suministro de los poderes adjudicadores y garantizar un acceso equitativo a las contramedidas médicas contra las amenazas transfronterizas graves para la salud»[105]. Dicha norma establece exigencias formales, condiciones y reglas de intercambio de información y de transparencia[106] en el desarrollo y ejecución de los procedimientos de contratación conjunta. Sin entrar a analizar el concreto régimen, sí interesa destacar que estos procedimientos irán precedidos de una fase de evaluación que llevará a cabo la Comisión Europea, en la que «se indiquen las condiciones generales previstas para el procedimiento de contratación conjunta». Esta evaluación «tendrá en cuenta la necesidad de garantizar la seguridad del suministro de las contramedidas médicas en cuestión a los países participantes» (art. 12.3, letra c).

5.4.3. La utilización de criterios o cláusulas destinadas a garantizar la diversidad de las fuentes de suministro de medicamentos y la reducción de la dependencia de terceros países. La importancia de la preparación contractual

La Estrategia Farmacéutica para Europa (2020) indica que las cadenas de producción y suministro de productos farmacéuticos no están lo suficientemente diversificadas. Un estudio de la Comisión en 2021 recomienda la necesidad de incorporar requisitos para tener licitadores más diversificados y múltiples y, por tanto, garantizar la diversidad de fuentes de suministro en las licitaciones públicas[107]. En dicho estudio se citan ejemplos de

---

junta de contramedidas médicas se extiende a los Estados de «la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), los países candidatos a la adhesión a la Unión, de conformidad con la legislación de la Unión aplicable, el Principado de Andorra, el Principado de Mónaco, la República de San Marino y el Estado de la Ciudad del Vaticano, como excepción a lo dispuesto en el artículo 165, apartado 2, del Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 y de conformidad con su artículo 3, apartado 2» (cdo. 20).

105. Considerando 20.

106. Además de las propias previsiones, en este sentido, del art. 12.5 del Reglamento (UE) 2022/2371, hay que tener en cuenta que es de aplicación el Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. De acuerdo con el artículo 2 de este reglamento, los ciudadanos tendrán derecho a solicitar acceso a documentos relativos a contramedidas médicas adquiridas conjuntamente.

107. *Future-proofing pharmaceutical legislation. Study on medicine shortages*, final report, 2021, p.5. El Comité Permanent des Médecins Européens considera que: «The ultimate goal of all providers should be to have at least two or three manufacturing sites as they can be subject to accidents and disruptions» (*CPME Policy on medicine shortages*, 3 de abril de 2020).

estrategias de compra o de criterios o cláusulas contractuales dirigidas a minimizar los riesgos de escasez[108].

Para alcanzar esta finalidad la Comisión pretende facilitar, como hemos indicado, orientaciones y criterios comunes para la contratación de medicamentos esenciales, «como la producción ecológica y la priorización de los suministros en Europa en momentos de escasez crítica»[109]. Se muestra favorable a ofrecer «incentivos contractuales a medio plazo para diversificar y atraer a la próxima generación de inversiones en fabricación en Europa», con la finalidad de favorecer la previsibilidad del suministro.

Se aprecia, además, la necesidad de reforzar la capacidad de la UE para poder dirigir la producción en función de sus propias necesidades. Algunas instituciones recomiendan recuperar, mediante incentivos o medidas regulatorias, la producción de medicamentos esenciales en la UE, lo que permitiría tener cadena de suministro más transparente y llevar a cabo un control más fácil y eficaz de las fábricas de los centros de fabricación[110].

El enfoque y la calidad de los procesos de preparación contractual puede tener un impacto relevante en reducción de los riesgos de suministro de medicamentos, pudiendo incidir en los precios o generando monopolios de factor con relación a determinados medicamentos, reduciendo el interés del mercado nacional[111]. Así, con la finalidad de alcanzar los objetivos de resiliencia indicada, es fundamental el intercambio de buenas prácticas entre

108. En Francia se cita la inclusión de cláusulas en los contratos públicos destinadas a que los contratistas aseguren el suministro de medicamentos a través de otros proveedores si ellos no pueden distribuir el producto directamente. Asimismo, como alternativo, también se ha previsto la posibilidad de que el órgano de contratación contrate el suministro con otro proveedor, repercutiendo el coste de dicha compra al contratista. En el caso de España se destaca el uso del procedimiento negociado por razones de urgencia, así como con relación a los derechos exclusivos, que poseen los titulares de las autorizaciones de comercialización de medicamentos. También se menciona, entre otros, el caso de Dinamarca. Indica concretamente que la empresa pública responsable de la compra de medicamentos recoge información mensual sobre las necesidades de medicamentos de los hospitales, para informar a los titulares de los titulares de las autorizaciones de comercialización, con la finalidad de advertirles de los cambios de demanda. Esto permite a estos prepararse ante la fluctuación de la demanda y ajustar en consecuencia los suministros. *Future-proofing pharmaceutical legislation. Study on medicine shortages*, final report, 2021, p. 65.

109. Comunicación de la Comisión Europea «Abordar la escasez de medicamentos en la UE», COM (2023) 672 final, Bruselas, 24 de octubre de 2023.

110. *Comité Permanent des Médecins Européens, CPME Policy on medicine shortages*, 3 de abril de 2020, p. 7.

111. *Cancer medicines shortages in Europe. Policy recomendations to prevent and manage shortages, 2017*, p. 14. Estudio elaborado por *The Economist Intelligence Unit*, con el apoyo de ESMO.

los Estados miembros[112] sobre procesos de preparación contractuales diseñados para prevenir la escasez de medicamentos[113]. Ello es especialmente relevante en tanto no se apruebe un marco jurídico armonizado de la compra pública resiliente en el ámbito sanitario o, cuando menos, se definan las orientaciones de la Comisión Europea en materia de compra pública de medicamentos.

Como hemos indicado, la utilización de criterios cualitativos en la adjudicación de los contratos públicos para la adquisición de medicamentos esenciales, ligados a la seguridad del suministro o a la producción en la UE, EEE o países que hayan celebrado acuerdo sobre contratación pública con la UE, puede ser una herramienta para reforzar la resiliencia de los sistemas sanitarios nacionales. En la definición de estos criterios cualitativos, y para garantizar que generan el resultado estratégico esperado, sin generar riesgos de inviabilidad técnica o económica en la ejecución, es fundamental utilizar la consulta preliminar al mercado[114] para comprender los riesgos de escasez en la ejecución contractual, y mejorar la calidad del proceso de preparación contractual con la finalidad de reducir al mínimo estos potenciales riesgos disruptivos.

La vulnerabilidad del suministro puede aumentar cuando los procedimientos de contratación pública adjudiquen contratos a una única empresa[115]. Por ello, la Comisión recomienda la utilización de modelos de contratación que permitan la adjudicación de contratos a múltiples ganadores[116], con la finalidad de reducir el riesgo de interrupciones del sumi-

112. En este sentido podemos citar las orientaciones de la EMA y de las agencias nacionales: *Good practice guidance for patient and healthcare profesional on the prevention of shortages of medicine for human use*, 13 de mayo de 2020.

113. En este sentido, *Cancer medicines shortages in Europe. Policy recomendations to prevent and manage shortages*, 2017, studio elaborado por The Economist Intelligence Unit, con el apoyo de ESMO.

114. Esto es considerado una buena práctica por la Comisión Europea (Comunicación de la Comisión Europea «Abordar la escasez de medicamentos en la UE», COM (2023) 672 final, Bruselas, 24 de octubre de 2023).

115. En este sentido se pronuncia la Comisión Europea en la Comunicación de la Comisión Europea «Abordar la escasez de medicamentos en la UE», COM (2023) 672 final, Bruselas, 24 de octubre de 2023.

116. GIMENO FELIU considera que «la opción multiadjudicatario permite, sin quebrar ni el principio de competencia ni de selección de la mejor oferta, disponer de una respuesta adecuada ante diferen tes contingencias, funcionando como un modelo equivalente al de los lotes». «Los Acuerdos Marco en salud vienen admitiendo la posibilidad de soluciones multi-criterio, de conformidad con la previsión del artículo 221.4.a) LCSP, que han sido validadas jurisprudencialmente» (GIMENO FELUI, J. M., *Hacia una buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la estrategia y el valor de los resultados*, Marcial Pons, 2024, pp. 193 y 194).

nistro y mantener un entorno competitivo[117]. Con todo, esta aproximación puede tener limitaciones derivadas de la propia realidad del mercado, como es la eventualidad de que los API, accesibles a todos los licitadores, se originan en un mismo país o fabrica.

También, para finalizar este epígrafe, debe ponerse el foco en la necesidad de garantizar que la duración de los contratos esté adaptada para favorecer la previsibilidad de la demanda y la disponibilidad a largo plazo[118].

5.4.4. Redes de garantía de producción de vacunas y otros mecanismos en respuestas a emergencias futuras: contratos de reservas de capacidades

En 2022, la Comisión Europea, en coordinación con la Agencia Ejecutiva Europea en los ámbitos de la Salud y Digital, puso en marcha el proyecto EU-FAB para establecer una red que garantice la capacidad de producción de vacunas y otros medicamentos en respuestas a las emergencias futuras. Se trata de una red de capacidades de producción, siempre latente, que se puede activar de manera rápida en cualquier momento para la fabricación de vacunas en caso de emergencia de salud pública[119]. En 2023, la Comisión ha adoptado medidas para almacenar[120] contramedidas médicas en el marco de rescEU, una reserva estratégica de último recurso financiada por

117. Ídem. Este enfoque es aplicable, por ejemplo, en Italia con relación a los medicamentos biosimilares.

118. Comunicación de la Comisión Europea «Abordar la escasez de medicamentos en la UE», COM (2023) 672 final, Bruselas, 24 de octubre de 2023.

119. El Proyecto ha publicado convocatorias para la presentación de solicitudes de participación en procedimientos negociados, con el fin de establecer contratos marcos para la reserva de capacidades y de derechos prioritarios de fabricación de vacunas en caso de futuras emergencias de salud pública (visto, en https://www.aemps.gob.es/). Puede consultarse la convocatoria en *HADEA/2022/CPN/0009_Framework Contract for the Reservation of Capacities and a Priority Right for Manufacturing of Vaccines* (EU FAB), https://europa.eu/!gKqqvK. El 30 de junio de 2023 se firmaron cuatro contratos EU-FAB con fabricantes de productos farmacéuticos para reservar la capacidad de producir hasta 325 millones de vacunas de diferentes tipos al año (Comunicación «Informe de 2023 sobre el estado de la preparación sanitaria», COM (2023) 792 final, Bruselas, 15 de diciembre de 2023).

120. Con todo, las estrategias nacionales de almacenamiento generan preocupación en la Comisión Europea en la medida en que «puede afectar a la disponibilidad de medicamentos en otros Estados miembros, ser costoso y suponer potencialmente un despilfarro, en particular si no se utiliza junto con medidas de mitigación para hacer frente a la propia escasez». Por ello, propone la necesidad de desarrollar un enfoque estratégico común, entre la Comisión Europea y los Estados Miembros, para el almacenamiento de medicamentos en el primer semestre de 2024, sobre la base de la experiencia adquirida en el marco del Mecanismo de Protección Civil de la Unión (MPCU) y de su actual reserva de rescEU (Comunicación de la Comisión Europea «Abordar la escasez de medicamentos en la UE», COM (2023) 672 final, Bruselas, 24 de octubre de 2023).

la UE, a la que los Estados miembros y los países asociados pueden solicitar asistencia[121].

Más allá de estas actuaciones, la reciente propuesta de «Ley de medicamentos críticos» no aborda la cuestión de la creación de un marco armonizado de la UE para la constitución de reservas, para evitar las eventuales ineficiencias o desigualdades derivadas de la ausencia de coordinación de las iniciativas nacionales de almacenamiento. Veremos si en el marco de la tramitación se introducen propuestas en esta materia.

6. NUEVO MARCO GEOESTRATÉGICO Y LA INTRODUCCIÓN DE LA PREFERENCIA EUROPEA. LA PROPUESTA DE «LEY EUROPEA DE MEDICAMENTOS CRÍTICOS»

6.1. Preferencia europea en la compra de medicamentos

Como ya he os apuntado, la «Brújula para la competitividad» de la UE (2025)[122], hoja de ruta política de la UE para el próximo lustro, prevé la introducción de la «preferencia europea» en la revisión de las Directivas contratación pública —actualmente en desarrollo— para sectores y tecnologías fundamentales.

Con todo, la primera manifestación de este proceso es la denominada «Ley europea de medicamentos críticos»[123], pretende evitar las disrupciones en las cadenas de suministro de estos bienes esenciales y reforzar su disponibilidad, incentivando la diversificación de las cadenas de suministro y la resiliencia de los procedimientos de adjudicación[124]. Con la finalidad de asegurar el suministro de estos productos esenciales, prevé un artículo 18 titulado «fomentar la resiliencia, sostenibilidad y el impacto social positivo en los procedimientos de contratación pública». Esta disposición esta-

121. Con datos de finales de 2023, consta la inversión de 1.200 millones EUR en la constitución de reservas contra amenazas transfronterizas graves para la salud, incluidas amenazas químicas, biológicas, radiológicas y nucleares (QBRN). La primera convocatoria de licitación de 2022 dio lugar a la elección de Francia, Croacia, Polonia y Finlandia para albergar las reservas (Comunicación «Informe de 2023 sobre el estado de la preparación sanitaria», COM(2023) 792 final, Bruselas, 15 de diciembre de 2023).

122. *Comunicación de la Comisión «A competitiveness compass for the EU»*, COM (2025) 30 final, 29/1/2025.

123. *Proposal for a Regulation laying a framework for strengthening the availability and security of supply of critical medicinal products as well as the availability of, and accessibility of, medicinal products of common interest, and amending Regulation (EU) 2024/795* (COM(2025) 102 final).

124. Art. 1.2, letra b.

blece la obligación de utilizar requisitos de contratación diferentes al precio, como la resiliencia[125].

La propuesta normativa prevé obligar a los poderes adjudicadores a aplicar, cuando esté justificado, requisitos de contratación que favorezcan a los proveedores de «medicamentos críticos», sobre los cuales hay un alto grado de dependencia de uno o un número limitado de terceros países, «que fabriquen una proporción significativa de estos medicamentos críticos en la Unión»[126]. Con relación a «otros medicamentos de interés común», se habilita a los poderes adjudicadores, cuando lo justifique un análisis de mercado y por consideraciones de salud pública, a aplicar dicha preferencia en favor de los proveedores que «fabriquen al menos una porción significativa de estos medicamentos en la Unión»[127]. Con todo, estas obligaciones o posibilidades comentadas podrán no aplicarse «cuando lo justifique un análisis de mercado o consideraciones relacionadas con la financiación de los servicios sanitarios»[128].

Además, la propuesta de la Comisión prevé la exigencia de que los Estados miembros, aprueben un programa nacional de apoyo a la seguridad del suministro de medicamentos esenciales, que prevea el «uso coherente de los requisitos de contratación», la incorporación de «enfoques con múltiples adjudicatarios, cuando beneficiosos a la luz del análisis de mercado»; y medidas de fijación de precios y reembolso que apoyen la seguridad del suministro, cuando no se adquieran mediante procedimientos de contratación pública[129].

Para el intercambio de información sobre el desarrollo de estos programas, la propuesta normativa prevé que los Estados miembros notificarán sus programas a la Comisión en su papel de secretaría del Grupo de Medicamentos Críticos. El Grupo de Medicamentos de Uso Crítico facilitará un debate destinado a garantizar la coordinación de los programas nacionales, incluso en lo que respecta a la aplicación de los requisitos de preferencia mencionados en la compra pública de medicamentos críticos, y podrá emitir dictámenes. Cuando el Grupo de Medicamentos Críticos emita un dictamen relativo a los programas nacionales, los Estados miembros le prestarán la

125. Art. 18.1. A este respecto cita, a modo ejemplificativo, los siguientes requisitos que son manifestación del objetivo de resiliencia: mantenimiento de existencias; número de proveedores diversificados; supervisión de las cadenas de suministro y su transparencia ante el poder adjudicador; cláusulas de ejecución del contrato relativas a la entrega puntual.
126. Artículo 18.2.
127. Artículo 18.3.
128. Artículo 18.5.
129. Artículo 19.1.

debida consideración y podrán tenerlo en cuenta al revisar sus programas[130].

De otra parte, más allá de esta tendencia hacia la incorporación de la «proximidad europea», en la actualidad se aprecia una escasa penetración de la proximidad «local o regional» en la compra de medicamentos[131], comprensible dado el reducido margen para la compra de proximidad en el régimen jurídico de la contratación pública de la UE. Con todo, el TJUE ha considerado, con relación a un contrato público de prestaciones de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias, «que la seguridad del abastecimiento puede formar parte de los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar la oferta más ventajosa económicamente en el caso de un servicio como el que se examina en el litigio principal, que pretende proteger la vida y la salud de las personas, previendo una producción propia diversificada y *próxima al lugar de consumo*»[132] (ap. 61). La proximidad puede ser un criterio justificado sobre en la seguridad de las cadenas de suministro, siempre que la configuración de dicha cláusula respete el principio de igualdad y no discriminación y el principio de proporcionalidad[133].

6.2. Procedimientos colaborativos para mejorar la seguridad del suministro y la disponibilidad

La propuesta de «Ley de medicamentos críticos» de la Comisión introduce reglas de procedimientos colaborativos, en coherencia con las indicaciones previas de la Comisión Europea, orientadas a la mejora de la colaboración entre los Estados, que analizamos en el apartado 5.4.2. Se pretende evitar con ellas las disparidades en cuanto a la disponibilidad y el acceso a los medicamentos de interés común en toda la Unión, que afectan desproporcionadamente a algunos Estados miembros. La propuesta parte de la

130. Artículo 19.2.
131. *Study on Best Practices in the Public Procurement of Medicines*, 2022.
132. Sentencia TJUE de 27 de octubre de 2005, *Conste*, asunto C-234/03, ap. 61.
133. No nos extendemos sobre este tema porque hemos desarrollado en un tratado monográfico sobre esta cuestión: PERNAS GARCÍA, J.J., «La utilización de las "cláusulas de proximidad" o el "Voldemort" de la contratación pública. Clarificación conceptual, posibilidades y limites jurídicos y tendencias entre la resiliencia y la preferencia europea», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 12 de mayo de 2025. Véase en este sentido, LAZO VITORIA, X. «El tsunami del "producto local" llega a la contratación pública en España», *Revista General de Derecho Administrativo*, 64, Iustel, octubre 2023, que además coordina el interesante número monográfico sobre compra de proximidad del citado número de la revista. Véase igualmente FALVO, Chiara, LICHÈRE, F., «L'achat public de proximité en France: le cas des produits alimentaires», *Revista General de Derecho Administrativo*, 64, Iustel, octubre 2023.

premisa de que «la adquisición colaborativa de medicamentos críticos y de medicamentos de interés común puede ser una poderosa herramienta para mejorar la seguridad de su suministro y su accesibilidad» [134], haciendo «más atractivos los mercados menores» [135].

Pese a estos efectos potencialmente positivos de la contratación colaborativa, en términos de mayor disponibilidad de recursos, «su aplicación requiere mucho tiempo y recursos, especialmente en la fase inicial», por lo que ello supone un «factor limitante» para su utilización. Por ello, para facilitar el despliegue de iniciativas de contratación en las que participen poderes adjudicadores de distintos Estados miembros, la Comisión, cuando se le solicite, debería prestar su asistencia durante la fase preliminar de creación de la puesta en marcha de una iniciativa de contratación [136].

Con esta finalidad, la propuesta establece un marco para que los Estados miembros soliciten a la Comisión la utilización de distintos instrumentos de adquisición colaborativa de medicamentos críticos y otros medicamentos de interés común. En primer término, prevé la posibilidad de acudir a un procedimiento contratación conjunta entre la Comisión y al menos nueve Estados miembros, cuando, entre otros supuestos habilitantes, se hayan identificado vulnerabilidades en la cadena de suministro de medicamentos críticos [137]. Esta posibilidad se limita a determinados supuestos habilitantes predefinidos para cumplir las exigencias del principio de subsidiariedad [138]. La Comisión podrá además impulsar el procedimiento de contratación conjunta si «contribuye a mejorar la seguridad del suministro y la disponibilidad de medicamentos críticos en la Unión o a garantizar la disponibilidad y accesibilidad de medicamentos de interés común» [139].

Asimismo, en segundo término, se impulsa la contratación transfronteriza, de acuerdo con el artículo 39 de la Directiva 2024/14, de medicamentos de interés común, mediante la previsión de un procedimiento para articular la intervención facilitadora de la Comisión Europea. Esta labor facilitadora se extiende a funciones de asesoramiento y de apoyo administrativo y logístico a las autoridades contratantes de los Estados participantes [140]. En tercer término, la propuesta prevé igualmente la ampliación de las posibilidades vigentes de contratación por parte de la Comisión Europea por

134. Considerando 32.
135. Considerando 33.
136. Considerando 33.
137. Artículos 23.1, 23.2.
138. Considerando 35.
139. Artículo 23.3.
140. Artículo 21.

cuenta y en nombre de los Estados, ya previstas con alcance general en el Reglamento 2024/2509[141], con relación, particularmente, a los medicamentos críticos o de interés común, cuando concurran determinadas condiciones predefinidas que justifiquen dicha intervención, en coherencia con el principio de subsidiariedad, como puede ser la identificación de vulnerabilidades en las cadenas de suministro de medicamentos críticos[142].

III. CONCLUSIONES

1. Tras la constatación del reducido impacto de varias décadas de desarrollo enfoque voluntario de la compra pública estratégica, la UE ha realizado, desde el año 2019, con la aprobación del Pacto Verde, un decidido impulso normativo en favor de un enfoque obligatorio, que se ha configurado mediante el desarrollo en apenas dos años (2023-2025) de un verdadero derecho sustantivo sectorial de la contratación pública estratégica.

2. En este artículo hemos analizado de modo parcial el proceso indicado en el punto anterior. Hemos tratado exclusivamente las normas que han incorporado la «resiliencia» como nuevo objetivo estratégico de la compra pública. Las normas, y propuestas regulatorias, de la UE analizadas en el presente trabajo tienen como finalidad garantizar la seguridad de las cadenas de suministro de materias y productos esenciales y reducir la dependencia de terceros países, incentivar la producción en Europa y, como última manifestación del objetivo de la «resiliencia», aún por concretar, articular la preferencia europea en la contratación pública.

3. La «resiliencia» empieza a desplegarse como verdadero concepto jurídico con posible proyección en la fase de preparación de los contratos públicos. En las normas analizadas también se prevé la incorporación de criterios de sostenibilidad ambiental, que pueden llegar a tener, dependiendo de su configuración efectiva, una proyección potencial indirecta a la hora de fomentar la industria europea y de reforzar las cadenas cortas de suministro, en la medida en que los productos europeos pueden tener un menor impacto ambiental durante su ciclo de vida, y están expuestos a unos estándares regulatorios de mayor intensidad.

4. Para alcanzar los objetivos de garantía de la seguridad de suministro, de reducción de la dependencia de terceros países y de reforzamiento de la capacidad productiva de la UE en sectores esenciales, las normas analizadas utilizan estratégicas jurídicas diferentes en atención a las particularidades

141. Reglamento (UE, Euratom) 2024/2509, de 23 de septiembre de 2024, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión.
142. Artículo 22.

de cada producto o materia y de su propio mercado. Se acude a diferentes soluciones, como la implantación de procedimientos de contratación conjunta —suministro de semiconductores—, la utilización de criterios de adjudicación —materia primas críticas—, la definición de criterios o requisitos obligatorios ligados a la diversificación de fuentes de suministro y, en consecuencia, a la reducción de la dependencia de terceros países e, indirectamente, al reforzamiento de la industria europea —vehículos pesados y tecnología de ceros emisiones netas—, o el establecimiento de una ponderación mínima para otorgar peso a los criterios de adjudicación estratégicos —vehículos pesados—.

5. Este análisis, junto con otros estudios vinculados que hemos realizado recientemente, nos permite atisbar la existencia de un nuevo modelo jurídico de compra pública estratégica, que se caracteriza por las siguientes notas:

— Extendida. La compra pública estratégica se expande a nuevos objetivos, al acoger un enfoque más amplio, al pasar de hablar de compra pública verde y social a compra pública «sostenible», que tienen una perspectiva más amplia de los objetivos sociales. Además, como ya hemos indicado, la compra pública estratégica se extiende a objetivos vinculados a los nuevos riesgos económicos y de seguridad y a la necesidad de apostar por la autonomía estratégica de la UE, que se expresan en el concepto de «resiliencia».

— Obligatoria. Las normas analizadas, como el Reglamento de tecnologías de cero emisiones netas, prevé la aprobación de requisitos mínimos obligatorios de sostenibilidad armonizados a nivel de la UE, mediante actos de ejecución de la Comisión Europea, así como la exigencia de aplicar o tomar en consideración condiciones, requisitos u obligaciones destinadas a contribuir a los objetivos de resiliencia.

— Flexible. Las normas analizadas nos muestran un modelo de compra pública estratégica, que admite la consideración de excepciones, vinculadas a la situación del mercado, a los costes desproporcionados, a la existencia de incompatibilidades técnicas, así como la determinación de criterios o condiciones más ambiciosas por parte de los Estados miembros.

— Armonizada. Para solventar las asincronías políticas, normativas, de gestión y estructurales que debilitan la compra estratégica a nivel nacional, la UE ha decidido acoger el Reglamento para desarrollar esta compra pública estratégica 2.0. El Reglamento es el acto

jurídico que permite establecer un mínimo obligatorio de aplicación de la compra pública sostenible y resiliente para todos los Estados miembros de la UE.

— Transformadora y al servicio del interés general. La compra pública estratégica, definida, y en proceso de definición, manifiesta, como nunca, el potencial transformador del sistema jurídico de los contratos públicos, no solo por la incorporación de un nuevo y verdadero derecho sustantivo sectorial de la contratación pública, sino porque anuncia una revisión de los equilibrios entre libertades económicas e intervención pública, mediante el peso creciente de los objetivos estratégicos, que adquieren carácter obligatorio, y la incorporación de la «preferencia europea», como manifestación de la revisión de los pilares neoliberales de la normativa vigente de contratación pública. Todo esto está siendo acelerado por un nuevo contexto geoestratégico que, unido a la dependencia de terceros países con relación a materias y productos esenciales, sitúa a la UE en una situación de franca debilidad. La contratación pública no puede contribuir, como ha hecho en las últimas décadas «a caballo» de una visión neoliberal de la globalización, a la deslocalización de industrias esenciales y a la generación de riesgos para la resiliencia de las sociedades europeas. Como ha dicho el profesor GIMENO FELIU, «la competencia (...) no es un fin en si mismo, sino una herramienta al servicio de la transformación social mediante la contratación pública»[143].

6. La integración en la contratación de los conceptos de «resiliencia» y de «preferencia europea» abren la puerta para la garantía del suministro de productos esenciales para la seguridad, para la transición climática y circular y para la salud pública, y para recuperar, en un largo proceso, la capacidad productiva en sectores críticos para la sociedad europea. Con todo, este camino exige de un marco jurídico comunitario que otorgue seguridad jurídica y que respete, desde una visión estratégica de la compra pública, los principios de igualdad de trato y no discriminación, de transparencia y publicidad y de proporcionalidad, y las reglas del Derecho internacional.

143. GIMENO FELUI, J. M., *Hacia una buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la estrategia y el valor de los resultados*, Marcial Pons, 2024, p. 198.

15

Contratación pública ecológica en el sector salud. Reflexiones en la búsqueda de su brújula verde

Leticia Fuertes Giné
Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL DESAFÍO CRECIENTE DE LA SALUD EN EL CAMBIO CLIMÁTICO Y LA RESPUESTA DESDE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. II. CONTEXTUALIZACIÓN INTERNACIONAL Y EUROPEA DE LAS POLÍTICAS AMBIENTALES EN LA SALUD. *1. La acción internacional de la contratación pública sostenible en la salud. 2. La dirección ambiental en las políticas europeas.* III. LA MATERIALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS AMBIENTALES. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS ECOLÓGICOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SANITARIA. IV. ¿Y EN LA PRÁCTICA? REVISIÓN DE LOS SUMINISTROS MÉDICOS FUNGIBLES. *1. Metodología de la revisión. 2. Resultados de la revisión.* V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS. VI. BIBLIOGRAFÍA. *1. Urlografía.*

I. INTRODUCCIÓN. EL DESAFÍO CRECIENTE DE LA SALUD EN EL CAMBIO CLIMÁTICO Y LA RESPUESTA DESDE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el voluble y convulso contexto financiero y geopolítico mundial que gobierna nuestra actualidad, el cambio climático y la salud continúan siendo una preocupación prioritaria para los ciudadanos europeos. Así lo

refleja en el más reciente Eurobarómetro[1], al sondear a la población acerca de los ámbitos en los que piensan que la Unión Europea debería priorizar su actuación en los próximos cinco años. En concreto, un 28% de los europeos manifestó que se debería intervenir en la esfera del medioambiente y del cambio climático, mientras que un 27% de los encuestados expresó que se deben tomar de medidas en el campo de la salud (Europea, 2024a, p. 61).

Desde la perspectiva económica de los habitantes de la Unión Europea, estos dos sectores continúan manteniendo su primacía en las respuestas obtenidas. A la consulta relativa a los ámbitos a los que les gustaría que se dedicara e invirtiera el presupuesto de la Unión, un 44% de las respuestas afirmó que a la salud pública, empleo y asuntos sociales (como categoría única de respuesta), y un 33% señaló que al cambio climático y a la protección del medioambiente (Europea, 2024b, p. 17).

La interrelación, conexión, y visión conjunta del medioambiente y la salud es cada vez más común y frecuente. El cambio climático pone en riesgo nuestro entorno y nuestro planeta, y como consecuencia ineludible, a nuestro bienestar, subsumiendo así en la grave crisis climática una emergencia de salud pública. El recrudecimiento de este riesgo no ha pasado desapercibido para la Unión Europea, la cual ha declarado que los factores de riesgo ambiental, como la contaminación atmosférica y el cambio climático, suponen una amenaza creciente para la salud pública en la Unión (OECD y Unión Europea, 2024, p. 16).

El informe «Panorama de la salud: Europa 2024. Estado de la salud en el ciclo de la UE[2]» analiza cómo los peligros del calentamiento global se manifiestan en la salud humana. Entre ellos, cabe destacar el impacto de la exposición a las altas temperaturas y las olas de calor, que contribuye a agravar la mortalidad para las personas vulnerables y en edad avanzada, la perjudicial incidencia de la contaminación atmosférica, que incrementa el riesgo de padecer diversos problemas de salud como enfermedades respiratorias, cáncer de pulmón y enfermedades cardiovasculares, o la elevada probabilidad de que las infecciones zoonóticas pasen de los animales a los seres humanos, pudiendo potencialmente causar otra pandemia (OECD y Unión Europea, 2024, pp. 138, 208).

1. El Eurobarómetro es el instrumento de sondeo utilizado por la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y otras instituciones y agencias de la UE para supervisar periódicamente el estado de la opinión pública en Europa sobre cuestiones relacionadas con la Unión Europea, así como las actitudes sobre temas de naturaleza política o social.
2. Con título original en inglés «*Health at a Glance: Europe 2024. State of health in the EU cycle*».

Para poder afrontar estos retos, así como la globalidad de los desafíos a los que se enfrenta la sanidad, el informe subraya la necesidad de conseguir sistemas sanitarios más resilientes, y de emprender una transición sostenible y ecológica también dentro de los sistemas sanitarios (OECD y Unión Europea, 2024, p. 3). Esta diferenciación entre transiciones no es ni mucho menos baladí, a la luz de las implicaciones y repercusiones que conllevaría cada una de ellas.

Tampoco resulta aleatorio que de las tres dimensiones englobadas dentro de la transición sostenible —la económica, la social, y la medioambiental — este informe insista en la vertiente ecológica. Pese a que la principal misión del sector sanitario es proteger y promover la salud, éste es también uno de los principales responsables del calentamiento global. Se estima que, con carácter general, la huella ecológica de este campo equivale a una horquilla entre un 4.4 y un 4.6% de las emisiones globales netas (es decir, alrededor de 2 gigatoneladas de dióxido de carbono equivalente)[3] (Salud sin Daño y ARUP, 2019, p. 4; Romanello et al., 2023, p. 3).

En el caso de que estos porcentajes no resulten suficientemente ilustrativos de la magnitud de esta crisis climática, dicha horquilla se puede ejemplificar de una manera más gráfica: estas gigatoneladas se corresponden con las emisiones anuales de gases de efecto invernadero de 514 centrales eléctricas de carbón, o con el quinto emisor más grande del planeta[4] (Salud sin Daño y ARUP, 2019, p. 4).

Siendo irrefutable la imperante necesidad de emprender medidas en el sector salud para lograr su descarbonización tras la exposición de estos datos, es igualmente difícil de rebatir los paralelismos que se desprenden, de todo lo anterior, con la disciplina de la contratación pública.

Comenzando con la analogía más patente, existen múltiples similitudes entre la transición sostenible y ecológica, y la contratación pública estratégica y verde, respectivamente. En particular, son evidentes las semejanzas —o más bien, identidades— en los correspondientes marcos de intervención de homónimos. Asimismo, cabe apuntar otra analogía aún no mencionada y de naturaleza numérica, como son las cuantías de gasto de los sectores de la salud y de la contratación pública. Así, los rangos económicos

3. En lo que respecta a nuestro país, los datos de hace una década calculaban aproximadamente que el porcentaje de emisiones ascendía a un 54,2% (Salud sin Daño, 2014, p.1).

4. A este importante porcentaje se le pueden añadir más datos concretos: en lo que respecta por ejemplo al sector de las vacunas, éstas suponen un impacto medioambiental directo total de alrededor de 1.500 toneladas de CO2e, 92 toneladas de residuos plásticos y 10 millones de agujas desperdiciadas (Sanofi, 2024, p.5).

de estos precitados sectores son relativamente equiparables. Por un lado, el ámbito de la salud se puede cuantificar en un 10,9% del producto interior bruto de la Unión Europea, descendiendo solamente dos décimas en España (Unión Europea, 2020). En lo que respecta a la contratación pública, las cifras aumentan ligeramente hasta alcanzar un 14% del producto interior bruto en la Unión Europea (Unión Europea, 2024c), reduciéndose también en alrededor de dos puntos porcentuales en nuestro país, concretándose en un 11,52% (Intervención General del Estado, 2023).

Pero la coincidencia genuinamente importante, o más bien la confluencia entre ambos ámbitos, reside en el uso de la contratación pública como herramienta para impulsar las referidas transiciones, en consonancia con la reivindicación del mencionado informe. Es consabida la capacidad de la contratación pública para gastar el dinero público de una manera eficiente, sostenible y estratégica. Así lo viene promulgando ya la Unión Europea desde el año 2017, apuntando que la contratación pública puede dar respuesta a los objetivos sociales, medioambientales y económicos, cuando esta se efectúe desde una visión estratégica (Comisión Europea, 2017, p. 9).

Tal y como sostiene GIMENO FELIU, esta visión se aleja de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales, acercándose por tanto a la perspectiva de la compra pública como una técnica que permite conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación. Sin embargo, esta perspectiva conlleva intrínsecamente, antes de su puesta en marcha, la necesidad de repensar —habiendo planificado previamente— en cómo utilizar de la mejor manera esta metodología (Gimeno Feliu, 2020, p. 415). Muy especialmente, para la puesta en marcha de la contratación pública ambiental —enfocada a su vez estrictamente en la transición ecológica— se debe pensar en verde, no como una exigencia estética, sino como una herramienta verdaderamente generadora de valor (Gimeno Feliu, 2022).

Y es precisamente esta última idea la que se toma como punto de partida y principal premisa de este estudio. Específicamente, el presente trabajo pretende explorar, desde una óptica no exhaustiva y panorámica, el estado de la contratación pública verde en el sector salud, abarcando desde los recursos disponibles para la facilitación de su puesta en marcha, hasta la evaluación de su efectiva implementación.

II. CONTEXTUALIZACIÓN INTERNACIONAL Y EUROPEA DE LAS POLÍTICAS AMBIENTALES EN LA SALUD

El descubrimiento de la auténtica envergadura del desafío del calentamiento global ha propiciado, simultáneamente, la intensificación de las inquietudes climáticas, y por ende, el emprendimiento de diferentes acciones e iniciativas ecológicas de diversa índole para su afrontamiento.

1. LA ACCIÓN INTERNACIONAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE EN LA SALUD

Al amparo del paraguas proporcionado por el Acuerdo de París y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, entre otros, se han gestado diversas alianzas internacionales centradas en transformar el sector sanitario hacia un entorno más resiliente y respetuoso con el medioambiente (Aliciardi, 2024).

Puede servir como una muestra muy significativa de estas actuaciones —ya realizadas, al haber concluido en el año 2021— el proyecto «Compras sostenibles en salud» (en inglés SHiPP, acrónimo fruto de su idioma original *Sustainable Health in Procurement Project*) desarrollado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en colaboración con Salud sin Daño, y financiado por la Agencia Sueca de Desarrollo Internacional[5]. Su principal objetivo consistía en la promoción de las compras sostenibles en el sector de la salud en las agencias de las Naciones Unidas y en países clave del proyecto, a través de la reducción de la toxicidad de productos químicos y materiales utilizados en productos de salud, la reducción de gases de efecto invernadero en la cadena de suministro y la conservación de los recursos naturales (Salud sin Daño, 2025).

En lo que respecta a la contratación pública estratégica sanitaria, las metas de SHiPP estaban muy claras: desarrollar criterios y estándares universalmente aplicables y sostenibles para la fabricación, distribución y eliminación de los productos adquiridos por el sector de la salud; así como fortalecer la capacidad para la implementación de prácticas de compras sostenibles y la capacitación e implementación de sistemas de monitoreo y

5. Asimismo, de la mano de SHiPP, y a raíz de la iniciativa de las Naciones Unidas para la Contratación y Adquisición Sostenible de Productos del Sector Sanitario (SPHS, por sus siglas en inglés), PNUD y Salud Sin Daño publicaron la guía «compras sostenibles en salud», en la presenta múltiples enfoques de programas sanitarios, estrategias de adquisiciones, casos de estudio y mejores prácticas para desarrollar la resiliencia mediante la aplicación de distintas técnicas para facilitar la transición del mercado dejando de lado el consumo excesivo, la generación de desechos y el daño ecológico.

evaluación que ayuden a promover la rendición de cuentas y transparencia en compras sostenibles en el sector de la salud.

La escala geográfica de este proyecto tuvo un vasto alcance al integrarse con la Red Global de Hospitales Verdes y Saludables, una comunidad mundial de hospitales, sistemas de salud y organizaciones profesionales y académicas que buscan reducir su huella ecológica y promover la salud ambiental pública que cuenta con más de 2.000 miembros en más de 80 países[6] (GGHH, 2025).

La sinergia entre SHiPP y la Red Global de Hospitales Verdes y Saludables resultaba absolutamente simbiótica: para garantizar la consecución de sus objetivos se tomaron como referencia experiencias similares de otros países, en donde los miembros de la Red Global de Hospitales Verdes y Saludables ya habían efectuado la implementación de criterios de compras sostenibles, al ser este, a su vez, uno de los 10 objetivos a los que suscriben al adoptar la Agenda Global de los Hospitales Verdes y Saludables.

Merece una mención apartada y destacada, tanto por su participación como socio como por su rol de líder en estos programas, la organización Salud Sin Daño (también conocido como *Health Care Without Harm*, HCWH). Con oficinas regionales en el Sudeste Asiático y Estados Unidos, un equipo en América Latina y una secretaría mundial, así como asociaciones estratégicas con organizaciones independientes en Australia, Brasil, India, Nepal y Sudáfrica, su propósito en Europa es conseguir una atención

6. Además de las áreas prioritarias generales de actuación seleccionadas por esta Red Global de Hospitales Verdes y Saludables, (como son el clima, las sustancias químicas, los residuos, los productos farmacéuticos, entre otros), la compra pública sostenible forma parte tanto de dichas prioridades como de la agenda global, plasmándose éstas en: la revisión de las prácticas de compras del establecimiento, y utilizar proveedores locales que tengan productos sustentables con certificación de terceros y cumplan con las prácticas éticas y sostenibles, de ser posible; la implementación de un programa de compras sustentables que tenga en cuenta el impacto que podrían tener en el medio ambiente y en los derechos humanos todos los aspectos del proceso de compra, desde la producción al envasado y la disposición final del producto; la exigencia a los proveedores que proporcionen información sobre los ingredientes químicos y las pruebas de seguridad correspondientes a los productos comprados, y la preferencia a los proveedores y a los productos que cumplan estas especificaciones; la limitación de las compras de los hospitales y los sistemas de salud a productos que cumplan estas especificaciones; la utilización del poder de compra para obtener productos fabricados de manera ética y responsable con el medio ambiente, a precios competitivos, y trabajar con los fabricantes y proveedores con vistas a innovar y expandir la disponibilidad de esos productos, o el impulso de la responsabilidad ampliada del productor (EPR, por sus siglas en inglés) para que los productos sean diseñados para generar menos desperdicios, durar más tiempo, ser menos desechables, utilizar menos materia prima peligrosa y menos material de envasado.

médica sostenible y prácticas sustentables en los hospitales, protegiendo así a las personas y al planeta (HCWH, 2025).

2. LA DIRECCIÓN AMBIENTAL EN LAS POLÍTICAS EUROPEAS

En la Unión Europea, de todos los múltiples referentes a los que cabe atribuir la perspectiva transversal ambiental[7], muchas de las actividades análogas a las descritas en la sección anterior están estrechamente interrelacionados con el Pacto Verde Europeo.

Tal podría ser el caso del Observatorio Europeo del Clima y la Salud, creado en el año 2021, fruto de una colaboración entre la Comisión Europea, la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA), el Centro Europeo para la Prevención y el Control de Enfermedades (ECDC), la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (AESA), y otras organizaciones. Su finalidad es permitir que los responsables políticos y de la toma de decisiones visualicen los riesgos para la salud relacionados con el cambio climático y les ayuden a actuar y responder a esos riesgos. De este modo, el objetivo de este Observatorio es ayudar a Europa a prepararse y adaptarse a los efectos del cambio climático en la salud humana, mientras que se aplica el enfoque «Una Sola Salud»[8] (OECS, 2025).

La Organización Mundial de la Salud define «Una sola salud» (también conocida como *One Health*) como un enfoque integral y unificador cuyo objetivo es equilibrar y optimizar de forma sostenible la salud de las personas, los animales y los ecosistemas. Esta visión y colaboración interdisciplinar conecta los conocimientos, los datos y la experiencia de diversas disciplinas y sectores, como son los retos sanitarios globales, las enfermedades zoonóticas, la resistencia a los antimicrobianos, las enfermedades transmitidas por alimentos y el cambio climático, fundamentales para poder reconocer el vínculo intrínseco y abordar colectivamente la salud de

7. Como es, por supuesto, el artículo 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»), entre muchos otros.

8. Además, la página web del Observatorio Europeo del Clima y la Salud está compartida con la Plataforma Europea de Adaptación Climática Climate-ADAPT, colaboración entre la Comisión Europea y la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA) nacida el 23 de marzo de 2012, cuyo objetivo es ayudar a Europa a adaptarse al cambio climático ayudando a los usuarios a acceder y compartir datos e información sobre el cambio climático esperado en Europa, la vulnerabilidad actual y futura de regiones y sectores, estrategias y acciones de adaptación de la UE, nacionales y transnacionales, estudios de casos de adaptación y posibles opciones de adaptación, y herramientas que apoyan la planificación de la adaptación, entre otras (Climate Adapt, 2025).

los seres humanos, los animales, las plantas y el medio ambiente (EFSA, 2025)[9].

En otro orden de ideas[10], la Unión Europea también ha emprendido una serie de acciones para ecologizar la industria química. Descritas en profundidad en la Comunicación «Estrategia de sostenibilidad para las sustancias químicas. Hacia un entorno sin sustancias tóxicas», la principal hoja de ruta trazada por la Unión Europea en este sector tiene como objetivo proteger mejor a los ciudadanos y al medio ambiente e impulsar la innovación para productos químicos seguros y sostenibles, habiendo determinado como medidas específicas para conseguir estas metas la promoción de sustancias químicas seguras y sostenibles desde el diseño, la instauración de ciclos de productos seguros y materiales no tóxicos, el impulso de la transición verde y una contaminación química cero en el medio ambiente, entre otros.

III. LA MATERIALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS AMBIENTALES. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS ECOLÓGICOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SANITARIA

De todas las preguntas que cabría plantearse acerca de la información sintetizada en el apartado anterior, se perfila un interrogante que, en atención a su sustancia, merece ser despejado con premura.

Más allá de la evidente diferencia en la escala territorial y espacial, se puede apreciar otra disparidad notoria, referente al auténtico alcance de estos programas, iniciativas y políticas. Por un lado, la precitada transversalidad ambiental de la Unión Europea puede impulsar y promover un efecto holístico y de amplio espectro, abarcando aspectos más allá de la

9. Es relevante apuntar a que la perspectiva «Una Sola Salud» comenzó su desarrollo hace más de una década, y muy especialmente en el ámbito de las resistencias antimicrobianas, estando ya recogida en el Plan de Acción de la Comisión de 2011 contra la amenaza creciente de las resistencias bacterianas, y siendo posteriormente protagonista del «Plan de Acción europeo "Una sola salud" para luchar contra la resistencia a los antimicrobianos» del año 2017, en el cual se urge a que se amplíe este enfoque para incluir el medioambiente, e incluso mencionándose en el año 202 en la Comunicación «Construir una Unión Europea de la Salud: reforzar la resiliencia de la UE ante las amenazas transfronterizas para la salud».

10. Resulta importante clarificar que el relato de este trabajo no resulta ni mucho menos exhaustivo, habiéndose seleccionado las iniciativas recogidas en éste mismo por su especial incidencia en el medio ambiente. Si este criterio se hubiera decantado con una mayor predilección hacia el sector sanitario, se podrían haber recalcado programas como el EU4Health (basado en el Reglamento (UE) 2021/522), el cual está dirigido a establecer sistemas sanitarios más sólidos, resilientes y accesibles, y allanar el camino hacia una Unión Europea de la Salud, o Procure4Health focalizada en la compra pública de innovación en el sector salud.

salud, pero cabría plantearse cuál es el encaje de este marco generalista en una óptica tan precisa como la contratación pública ecológica.

Por otro lado, en lo que respecta a las actuaciones encuadradas en un ámbito internacional, si bien la premisa de las actividades ya partía de la dirección concreta del empleo de la contratación pública como herramienta para descarbonizar el sector sanitario, se podría reflexionar acerca de cómo se concretaron y desarrollaron los objetivos de estos proyectos. En esencia, ¿cuál es proceso de materialización efectivo de la compra pública verde en un expediente de contratación en el sector salud?

A nivel europeo, es notoria la voluntariedad de la contratación pública estratégica[11]. El razonamiento relativo a este posicionamiento se encuentra en el considerando 95 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, en el cual se desestima la imposición de unos requisitos medioambientales, sociales y de innovación de carácter general y obligatorio, considerándola inapropiada a la luz de las grandes diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados, y se opta por continuar dejando que sea la legislación sectorial específica «*...la que fije objetivos obligatorios en función de las políticas y las condiciones particulares imperantes en el sector de que se trate*».

Conforme ha ido avanzando el tiempo, la Unión Europea ha seguido apostando por la implementación voluntaria de la visión estratégica de la contratación pública, animando a la aplicación sistemática de estos criterios, y aventurando que esta implementación podía lograrse mediante lograrse mediante «*...un apoyo práctico amplio, tal como la divulgación de normas, metodologías para establecer parámetros de referencia, actualizaciones regulares de etiquetas y criterios de evaluación, y disponibilidad de una biblioteca de buenas prácticas*». (Comisión Europea, 2017, p. 9).

En lo que respecta específicamente a la compra pública verde, el proseguimiento de este enfoque se ha visto acompañado de diversas actuaciones destinadas a su preservación y a su reforzamiento. Así, el Pacto Verde Europeo instaba a las autoridades públicas e instituciones europeas a predicar con el ejemplo, asegurando que sus procedimientos de contratación respeten criterios ecológicos, y avanzaba legislación y orientaciones adicio-

11. La delimitación geográfica en esta afirmación resulta adecuada, dado que ya en el año 2017, en la Comunicación «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa» se destaca cómo algunos Estados miembros incluyeron criterios ecológicos obligatorios en la transposición de la aludida Directiva 2014/24/UE. En este sentido, es reseñable la relativamente reciente modificación normativa efectuada en Noruega, según la cual se debe implementar obligatoriamente en los criterios de adjudicación una ponderación de un mínimo de un 30% para los criterios ecológicos.

nales sobre la contratación pública ecológica por parte de la Comisión (Comisión Europea, 2019, p. 9).

Este mismo aliento y compromiso era ratificado en el Plan de Inversiones del Pacto Verde Europeo a través de una doble propuesta: nuevas normas, orientaciones, actividades de formación y la difusión de buenas prácticas, así como criterios ecológicos mínimos obligatorios o metas para la contratación pública en las iniciativas sectoriales, la financiación de la Unión o la legislación sobre productos específicos, los cuales actuarán como criterios mínimos que constituirán, de facto, una definición común de lo que ha de entenderse por «compra verde» (Comisión Europea, 2020, p. 12).

Hasta la fecha, una de las actuaciones impulsadas desde la Unión que podría ser calificada como paradigmática para la compra pública verde es la creación de los criterios voluntarios ecológicos. Categorizados por grupos de productos, estos criterios tienen como objetivo facilitar la ecologización de la contratación pública, estando formulados para que cada autoridad correspondiente pueda incorporarlos a sus pliegos de condiciones tras una mínima revisión como criterios de selección, especificaciones técnicas, criterios de adjudicación y/o cláusulas de ejecución del contrato[12].

Independientemente de la categoría de producto englobada en cada criterio, dichos criterios comparten una estructura idéntica. Con carácter preliminar, proporcionan una clarificación acerca de su ámbito de aplicación específico, es decir, la definición de dichos productos y cualquier subdivisión o tipología adicional de dichos bienes y servicios. Subsiguientemente, informan acerca de la necesidad de verificación del cumplimiento de las consideraciones verdes seleccionadas, especificando cómo debería llevarse a cabo en la fase de presentación de la oferta (en función de si se ha optado por una especificación técnica y/o un criterio de adjudicación), la ejecución del contrato, o en un contrato marco, e incluyendo qué papel podrían desempeñar las etiquetas ecológicas regidas según la normativa ISO 14024 tipo I. Acto seguido, se detallan pormenorizadamente los principales y más significativos impactos medioambientales, y cómo los criterios escogidos pueden reducirlos, minimizarlos o eliminarlos.

12. Todos estos se subsumen en dos clasificaciones de criterios: básicos y generales. Los criterios básicos están diseñados para posibilitar una aplicación sencilla de la contratación pública ecológica, centrándose en el comportamiento medioambiental de un producto. Por su parte, los criterios generales parten de un mayor grado o nivel de rendimiento ambiental de los productos identificados como básicos, y sus destinatarios son aquellas autoridades que desean ir más allá en el cumplimiento de los objetivos verdes y apoyar a la innovación.

Finalmente, se pueden encontrar una serie de cuadros, ordenados conforme a la tipología de los criterios verdes —en función tanto de su área de huella ambiental que se desea minimizar, como de su nivel o grado de ambición ecológica— y de si se tratan de especificaciones técnicas, criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución. El contenido específico que se muestra en estas tablas consiste en una propuesta de redacción de la cláusula verde en cuestión, junto con un párrafo dedicado a los medios de prueba que se deben destinar a la evaluación de su cumplimiento, y en ocasiones, una nota explicativa acerca de aspectos complementarios de la cláusula.

Si se prosigue con el hilo lógico de razonamiento del presente trabajo, correspondería a continuación exponer y analizar los criterios voluntarios de la compra pública ecológica de la Unión Europea en el sector sanitario. Sin embargo, esta intención no va a poder ser satisfecha. De la totalidad de las veinte categorías de productos disponibles online[13], solamente una de ellas comprende una temática relativa al sector salud, y se encuentra derogada en la actualidad[14].De este modo, cabe encontrar un documento datado del año 2014 dedicado a los equipos eléctricos y electrónicos utilizados en el sector sanitario, que se ve desplazado por un informe del año 2022 denominado «evaluación del JRC sobre la necesidad de actualizar los criterios[15]».

En suma, este informe se remonta a la motivación para la creación de estos criterios, evocando que su finalidad era el fomento de la compra de estos equipos sanitarios con un impacto medioambiental reducido —centrándose fundamentalmente en el rendimiento energético, pero teniendo también en cuenta la longevidad del producto y la extensión de su garantía, la gestión de los productos químicos, y el consumo de agua— mientras que se vela y se prioriza la seguridad y el bienestar de los pacientes y del personal médico, técnico y de mantenimiento (Delre *et al*., 2022, pp. 6-8).

Tras este preludio, se proceden a abordar los tres argumentos para la declaración de su obsolescencia. En primer lugar, se apunta al transcurso de más de una década desde su creación y la consecuente elevada probabilidad de que nuevas tecnologías, no alineadas con el grupo de productos

13. Habiéndose efectuado esta consulta el día 23 de abril de 2025, a las 11:36 horas.
14. El estado actual específico de los criterios voluntarios ecológicos se divide en las siguientes proporciones: 14 de ellos han sido tipificado como vigentes, mientras que los seis restantes se catalogan como obsoletos.
15. Por añadidura, en este mismo informe, únicamente disponible en inglés, también se evalúa la idoneidad de la vigencia de papel de copia y papel gráfico, infraestructura de aguas residuales, y calentadores a base de agua.

cubiertos en estos criterios y con posibles impactos ambientales alternativos, hayan entrado en este mercado. En segundo lugar, se subraya la falta de armonización y adaptación de los criterios a la normativa en vigor sobre productos sanitarios; y más concretamente, al Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios, por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) n.º 178/2002 y el Reglamento (CE) n.º 1223/2009 y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo. Y, por último, se señala la incidencia del Pacto Verde, el Plan de Acción para la Economía Circular, y la Estrategia de sostenibilidad para las sustancias químicas en el desfasamiento de estos criterios, animando a tener todos estos instrumentos y los nuevos ámbitos políticos de interés (como la ampliación de la vida útil, la renovación, o la restricción de sustancias peligrosas) en previsión de la futura preparación de criterios nuevos y más ambiciosos (Delre *et al*., 2022, p. 19).

Sin embargo, el carácter obsoleto de los criterios voluntarios para la compra pública verde de los equipos eléctricos y electrónicos utilizados en el sector sanitario —así como el hecho de que dentro de estas 20 categorías de productos, ninguna otra esté destinada al sector de la salud— no debe deben observarse desde una óptica equivalente a un *impasse*, sino desde una necesidad acuciante de explorar diferentes alternativas. Y como respuesta a esta reivindicación y potencial variante, pueden enunciarse como objeto de estudio las «Guías Rápidas de Compras Sostenibles» elaboradas por Salud Sin Daño.

Disponibles en la sección «recursos sobre contratación pública» de la página web de esta organización, se pueden consultar especificaciones y criterios sostenibles para cuatro categorías de productos: PVC y DEHP, compuesto por la reducción del uso de PVC y DEHP en productos médicos y en bolsas de soluciones intravenosas, desinfección e higiene, que engloba la desinfección de alto nivel más segura para instrumental, la rutina de lavado de manos y la desinfección más segura de superficies, los guantes quirúrgicos y de examen, y la reusabilidad de textiles[16].

Tras la revisión de todos estos documentos, es posible establecer y trazar algunas similitudes y paralelismos. En lo que respecta a las dos últimas categorías enumeradas— guantes quirúrgicos y de examen, y reusabilidad de textiles— se puede apreciar una especificidad y extensión considerablemente mayor que en las categorías restantes.

16. Además de estos recursos, en esta misma página web están enlazados otros documentos, como estudios de caso, historias de impacto que inspiran, y guías generalistas de compras sostenibles.

Un análisis en profundidad de los «criterios globales para la compra sostenible de guantes quirúrgicos y de examen» arroja algunos hallazgos significativos. Entre ellos, es reseñable comenzar con la estructura del documento. Éste se encuentra precedido con una sección general de alcance, en el cual se resumen una serie de instrucciones para la comprensión y puesta en uso del documento. Los criterios sostenibles se bifurcan en «cumplimiento obligatorio» y «de cumplimiento deseado / adjudicación», integrando ambos los subapartados de «especificaciones sobre la gestión de la cadena de suministro» —en el cumplimiento obligatorio estas especificaciones se prevén para toda la empresa, mientras que en el de cumplimiento deseado se estipulan a nivel corporativo— «especificaciones del producto», y «especificaciones del empaque», acompañados de unas notas con observaciones y puntualizaciones pertinentes.

Por añadidura, hay una página reservada a «criterios para la innovación, diálogo con el mercado», organizado conforme a las temáticas de «producto y materiales», «fabricación», «fin de vida útil», y «análisis de ciclo de vida». El documento finaliza con una serie de sugerencias sobre obligaciones contractuales, en las cuales se abordan aspectos concernientes a la verificación y control del cumplimiento. La única modificación estructural de la categoría de reusabilidad de textiles respecto a la esbozada es la distinción explícita de criterios medioambientales y sociales, en lugar de su integración bajo el marco de criterios sostenibles.

Avanzando con las constataciones sobre el contenido[17], resulta particularmente reseñable que el grado de formulación y enunciación de los criterios parece estar planteado como un decálogo temático de prácticas sostenibles que pueden ser implementadas, tras su replanteamiento y recomposición, en un procedimiento de contratación pública. En otras palabras, extraídas directamente de este documento, y con una finalidad exclusivamente ejemplificativa, en los «criterios de cumplimiento deseado / de adjudicación», en «especificaciones del empaque», el criterio A27 dispone: «*se utilizan materiales homogéneos en el empaque*», y las notas que le acompañan precisan «*el uso de materiales homogéneos facilita el reciclaje*» (Salud Sin Daño, 2022, p. 17).

17. *Verbi gratia*, se prevén consideraciones acerca de las políticas de integridad y anticorrupción, seguridad y condiciones laborales de los trabajadores en la cadena de suministro, los gases de efecto invernadero en la producción y creación de los guantes, la ausencia de químicos, plásticos, u otras sustancias contaminantes, consideraciones sobre su empaque y embalaje, como la reciclabilidad, su procedencia de bosques de gestión sostenible, uso de energía renovable para la fabricación de los guantes, entre otras.

Esta visión del texto y del lenguaje concreto de estos criterios es el nexo entre las categorías de guantes quirúrgicos y de examen, y reusabilidad de textiles, por un lado, y PVC y DEHP y desinfección e higiene, por otro. Si bien se preservan algunos apartados explicativos, tanto en el subgrupo de bolsas de soluciones intravenosas como en los productos médicos la ramificación de criterios se califica como prioritarios y adicionales, mientras que en todo el grupo de higiene solamente se recogen únicamente «criterios de adquisición». El grado de concreción de las consideraciones ambientales es también mayor en la categoría de PVC y DEHP, indicándose «*Los productos no deben contener policloruro de vinilo (PVC)*», frente al grupo de la higiene, en el cual se determina «*cuando sea posible, eliminar Ftalaldehído (OPA)*».

No se requiere ahondar más en ninguno de estos aspectos para poder apreciar las diferencias entre los criterios voluntarios de la compra pública ecológica de la Unión Europea[18] y los criterios de la contratación sostenible de Salud sin Daño. Desde una perspectiva algo más intrascendente, hay que señalar en primer lugar el ámbito de sendos catálogos. Pudiéndose deducir ya de la propia denominación de sus criterios, es patente que Salud sin Daño abarca consideraciones sociales y ambientales, en comparación con el ámbito exclusivamente ambiental de los documentos de la Unión.

Por su parte, en aquellos aspectos relativos a su estructura y —de manera inevitablemente, por su estrecha interrelación— a su contenido, sí es menester un efectuar un análisis con un mayor detenimiento, por su relevancia y trascendencia en su implementación y en su operatividad.

Los criterios voluntarios ecológicos de la Unión Europea no se desvían lo más mínimo de su finalidad advertida explícitamente en sus instrucciones preliminares. De este modo, el punto de partida de éstos consiste en su formulación como criterios de selección, especificaciones técnicas, criterios de adjudicación y/o cláusulas de ejecución del contrato, para que cada autoridad correspondiente pueda incorporarlos a sus pliegos tras una mínima revisión.

Esta premisa se traduce en una serie de cláusulas en un estadio prácticamente final de redacción[19], integrando además un párrafo en el que se plantean los métodos y medios de control y verificación del cumplimiento

18. Pese a que los actuales criterios sobre equipos eléctricos y electrónicos utilizados en el sector sanitario se encuentran derogados, esta comparación se refiere a la estructura del documento, partiendo de la asunción de que los nuevos criterios se adaptarán a esta misma y preservarán la misma modalidad de formulación y redacción de los criterios.

19. A falta, por ejemplo, de determinar la puntuación a otorgar en un criterio de adjudicación.

de cada una de estas consideraciones ambientales. Las aclaraciones ocasionales disponibles en el documento disponen, en la gran mayoría de ocasiones, del grado de detalle suficiente como para poder reconvertir estas argumentaciones en la posible fundamentación y argumentación para justificar en el expediente la selección efectuada de las cuestiones ambientales.

En contraposición, los criterios de Salud sin Daño presentan un nivel menor de concreción de sus cláusulas, pudiendo entenderse como un compendio de una serie de consideraciones, obligaciones, y/o recomendaciones ambientales adaptadas a distintos materiales médicos fungibles. En este sentido, cabe preguntarse si el hecho de que éstas no estén dirigidas a su incorporación cuasi-directa en los pliegos podría diluir la clasificación de «cumplimiento obligatorio» y «de cumplimiento deseado / adjudicación».

Retomando el precitado criterio A27 respecto a los guantes quirúrgicos y de examen: «*se utilizan materiales homogéneos en el empaque*», éste se encuentra comprendido dentro de los «criterios de cumplimiento deseado / de adjudicación». Sin embargo, a falta de un preludio que complemente a este criterio —como podría ser «se valorará...» o «*se otorgará hasta un máximo de X puntos...*»— la reorientación de éste mismo hacia la clasificación de «cumplimiento obligatorio» —o más concretamente, hacia una especificación técnica— puede resultar relativamente sencilla.

Por añadidura, y exclusivamente con este ánimo comparativo, también debe resaltarse que los métodos de control y verificación del cumplimiento de los criterios verdes de Salud Sin Daño, así como los medios de prueba no están individualizados y adaptados a cada cláusula, sino que todas las sugerencias pertenecientes a este ámbito están ubicadas conjuntamente en un apartado inicial.

En todo caso, ni la presente comparativa ni el grado de desarrollo o alcance de la definitud de los criterios ecológico debe conducir a un juicio subjetivo o de valor —en otras palabras, mejor o peor, o más y menos beneficioso— sino que las deducciones a extraer deben centrarse en el ángulo de cada uno de estos documentos y las repercusiones prácticas que éste conlleva.

Por una parte, la predeterminación de los criterios puede ser un apoyo sustancial para la puesta en marcha o la agilización del proceso de ecologización de los pliegos, al ofrecer una alternativa relativamente más rápida tanto de revisar como de implementar. En cambio, un compendio de consideraciones ambientales que aún no han sido estrictamente transformadas en cláusulas puede proporcionar un mayor margen de adaptación de estos aspectos, así como potenciales ideas y orientación acerca de las cuestiones

ecológicas que requieren una acción prioritaria. Es posible que el aprovechamiento pleno de esta última alternativa implique o requiera un mayor grado de conocimientos o ambición ambiental.

IV. ¿Y EN LA PRÁCTICA? REVISIÓN DE LOS SUMINISTROS MÉDICOS FUNGIBLES

Análogamente al apartado anterior, el cual se articulaba a través de la formulación de una pregunta, es posible concatenar y añadir un nuevo interrogante el hilo conductor de este trabajo.

Numerosas autoridades públicas han venido animando —e instando— a los órganos de contratación a recurrir a la compra pública sostenible. Hace casi una década, la Comisión Europea afirmaba que ésta debería desempeñar un papel mayor para conseguir objetivos sociales, medioambientales y económicos, y defendía una aplicación sistemática de los criterios estratégicos para lograr resultados óptimos de la contratación (Comisión Europea, 2017, p. 9).

Sin embargo, la aplicación de la compra pública estratégica —y a los efectos de este estudio, más particularmente su vertiente ambiental— no ha estado exenta de dificultades. Así quedaba reflejado en el informe de la Comisión «Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior», en el cual, al desatacar los principales problemas que habían encontrado los Estados miembros al poner en práctica la compra pública ecológica, se apunta a la falta de obligación jurídica de incluir criterios medioambientales en los procedimientos de licitación y a la ausencia de datos sobre la eficacia y los beneficios económicos de aplicar este tipo de criterios y la dificultad para supervisar su aplicación, entre otras cuestiones (Comisión Europea, 2021, p. 9).

El desarrollo del análisis de este trabajo ha seguido una trayectoria eminentemente teórica, examinando sucintamente la evolución de las políticas ambientales en el sector de la salud, y cómo éstas pueden hacerse efectivas durante la preparación de un expediente a través de la introducción de criterios verdes sanitarios en el pliego. Tras haber establecido este marco conceptual que actúa a modo de premisa para seguir analizando estas cuestiones, se estima oportuno agregar una dimensión empírica a este estudio, y dirigir la atención hacia su dimensión práctica. Específicamente, se pretende tratar de esclarecer, en la medida de lo posible, el grado de implementación de la contratación pública sanitaria verde.

1. METODOLOGÍA DE LA REVISIÓN

La determinación del grado de implementación de la contratación pública sanitaria verde pasa indefectiblemente por la revisión de los pliegos pertinentes, la detección de la cláusula verde en cuestión, y la extracción y manejo de los datos que se extraigan fruto de este proceso. No obstante, y aunque correcto, este planteamiento resulta excesivamente general, debiendo precisarse con mayor concreción algunas cuestiones determinantes para poder efectuar este procedimiento. Por ejemplo, qué fase del procedimiento de litación será inspeccionada para la identificación de las consideraciones medioambientales, o cuál es el objeto del contrato del sector salud más representativo para estos propósitos.

El diseño inicial de este estudio observacional parte de las constataciones de la Unión Europea acerca de la ausencia de datos sobre la aplicación de criterios verdes, la dificultad para supervisar su aplicación, y la vinculación entre la falta de obligación jurídica para su inclusión y la dificultad para su adopción. Esta última frase debe ser cotejada a la luz de la estructura y conformación de la contratación pública estratégica provista por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, según la cual la obligatoriedad estipulada en su artículo 1.3 de incluir criterios medioambientales[20] se precisa en las condiciones especiales de ejecución del artículo 202 de esta misma Ley.

La combinación de la declaración de la Unión sobre la dificultad que conlleva la voluntariedad de la contratación pública estratégica, junto con la arquitectura de ésta misma fijada por la Ley de Contratos del Sector Público parece conducir naturalmente la investigación hacia el estudio de los criterios de adjudicación del artículo 145 de dicha Ley —dado que en esta fase la incorporación de criterios verdes es voluntaria—, con el objetivo de confirmar o refutar si el carácter facultativo de la inclusión de consideraciones verdes en éstos constituye o no un obstáculo.

Reviste también una particular importancia la selección del objeto del contrato específico que será supervisado. Una búsqueda por formulario de licitaciones en la Plataforma de Contratos del Sector Público para el CPV

20. Esta simplificación de la redacción del artículo 1.3 se lleva a cabo únicamente a los efectos de este estudio, afirmando el tenor literal de dicho artículo 1.3 «En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social».

33000000 Equipamiento y artículos médicos, farmacéuticos y de higiene personal, sin ningún otro filtro, arroja un resultado de 74.595 contratos[21]. Si bien ya se desprende de la envergadura de este número la imposibilidad de realizar un análisis global, esta inviabilidad es aún más manifiesta si se tiene en cuenta que la metodología principal de la revisión de las licitaciones —como se adelantaba con anterioridad— se ha basado en un análisis manual minucioso y detallado «pliego a pliego» (ORIESCON, 2024, p. 128)[22].

Con el objetivo simultáneo de poder reducir esta muestra para efectuar un estudio de estos criterios de adjudicación con carácter absoluto, se ha optado por acotar la búsqueda llevada a cabo en la Plataforma de Contratos del Sector Público al CPV 33140000 Material médico fungible, junto con los siguientes filtros: «tipo de contrato: suministro», y «estado: licitaciones en plazo» y «procedimiento: abierto», obteniendo esta vez un total de 52 resultados[23]. La selección del suministro de material médico fungible[24] está alineada con la naturaleza de los criterios verdes sanitarios expuestos en el apartado anterior, la elección del procedimiento abierto obedece a la evaluación de aquellos contratos con el mayor importe económico, y la «licitación en plazo» atiende a que este análisis sea lo más actual posible.

Para asegurar la fiabilidad de la muestra y de la revisión de sus criterios verdes, frente a la inexistencia una verificación ni control de calidad de la información registrada (ORIESCON, 2024, p. 128), de los referidos 52 contratos se excluyeron 10 expedientes resultantes de acuerdos marco, 2 expedientes cuyos suministros médicos fungibles no estaban destinados al sector de la salud, y 3 expedientes que, al contener una errata en su fecha de presentación —constando 31/12/2125— no se encontraban disponibles para su consulta.

21. A fecha 23 de abril de 2025, a las 22:35 horas.
22. La descripción de esta metodología proviene de la explicación recogida en el informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en 2023 elaborado por la ORIESCON, en el cual se examinó el estado de la implementación de ésta misma en todos los expedientes de servicios y suministro SARA referidos a: servicios cuyos CPV comienzan con los dígitos 72 (CPV 72): servicios TI: consultoría, desarrollo de software, Internet y apoyo; suministro cuyos CPV empiezan por los dígitos 48 (CPV 48): paquetes de software y sistemas de información; suministro cuyos CPV empiezan por los dígitos 302 (CPV 302): equipo y material informático.
23. La consulta se llevó a cabo el día 23 de abril de 2025, a las 10:35 horas.
24. Más específicamente, los objetos de los contratos comprendidos dentro de este CPV incluían materiales diversos para laboratorio, para distintos servicios o áreas como ginecología u oftalmología, material de cirugía, de extracción, de esterilización, jeringas, protección radiológica, válvulas, catéteres, geles términos, ventilación mecánica, implantes y prótesis, gases, batas, mascarillas, etc.

Una vez obtenido este grupo de estudio se ha efectuado una revisión individualizada de cada uno de los criterios de adjudicación de los 37 expedientes —es decir, incluyendo todos sus correspondientes lotes: alrededor de 214— para extraer cada uno de sus criterios de adjudicación, separándolos primero por precio, y después por su cuantificación mediante la mera aplicación de fórmulas, o mediante un juicio de valor. Subsiguientemente se evaluó si estas dos últimas categorías poseían un carácter o no ambiental, para subsumirlos en una clasificación final basada en su afinidad de aspectos valorados.

Es relevante recalcar nuevamente que la finalidad última de este artículo no vela tanto por la calidad matemática y exhaustiva de las cifras obtenidas, sino por proporcionar una óptima visión panorámica de los criterios de adjudicación en la contratación pública sanitaria y el estado de la compra pública verde, tratando de establecer similitudes, patrones, y, diferencias entre ellos.

2. RESULTADOS DE LA REVISIÓN

La finalidad de los siguientes datos numéricos y gráficos consiste en tratar de mostrar, de la manera más comprensiva posible, una visión global de los parámetros de los criterios (ambientales) de adjudicación implementados en la contratación pública de material médico fungible.

El gráfico uno muestra el cómputo total de criterios de adjudicación medioambientales encontrados. Así, de los 37 expedientes analizados, 9 de ellos contenían al menos un criterio de adjudicación verde cuantificable mediante la mera aplicación de fórmulas, respecto al único criterio de adjudicación ambiental sujeto a un juicio de valor. Aunque ninguno de dichos expedientes examinados contenía criterios de ambas tipologías, varios de ellos sí contenían más de un criterio con carácter medioambiental cuantificable mediante la mera aplicación de fórmulas.

Gráfico 1- Número de criterios de adjudicación medioambientales identificados

Elaboración propia

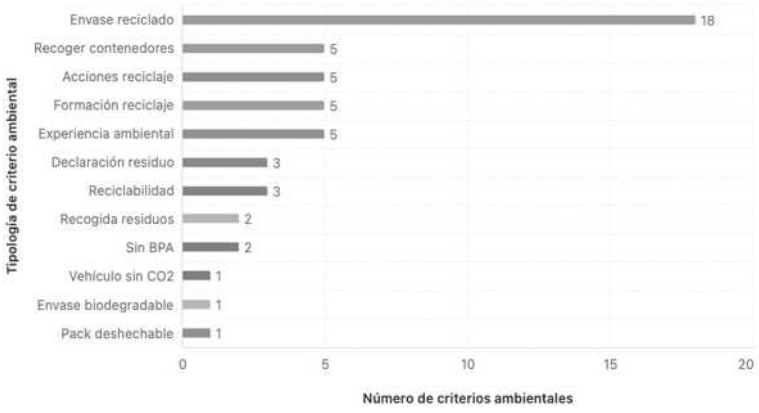
Después de una meticulosa lectura de todos estos expedientes, las pautas de cribado para filtrar y determinar estos «síes» y «noes» se ha fundamentado tanto en el propio contenido del criterio de adjudicación, como en la distinción explícita por el propio pliego de su índole medioambiental. Esta clasificación verde expresa se ha hallado en todos los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, no pudiendo afirmar lo mismo respecto a los criterios sujeto a un juicio de valor. La inclusión de este último dentro de este paraguas ambiental se llevó a cabo tras evaluar su contenido a la luz de las orientaciones de Salud sin Daño. Específicamente, el ámbito de aplicación de dicho criterio sujeto a un juicio de valor abarcaba la ausencia de ftalatos.

Pese a que la toma de decisiones para este supuesto concreto se encontraba respaldada por las recomendaciones de Salud sin Daño, esta resolución puede conectarse con una limitación metodológica encontrada durante la ejecución de este estudio. Numerosos criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor estaban localizados bajo un título vinculado con aspectos funcionales, técnicos, de calidad o de seguridad. No obstante, estas clasificaciones no son limitantes o excluyentes entre sí, y a menudo presentan interconexiones o vinculaciones entre ellas, o desde una perspectiva polifacética, con una dimensión ambiental implícita. Sirva como ejemplo la interoperabilidad, las conexiones universales de algunos materiales o dis-

positivos, o la fecha de caducidad. En estos casos, se ha optado por preservar la clasificación original del órgano de contratación y considerarlo como un «no» a los efectos estadísticos de la gráfica número 1.

Como se adelantaba, esta situación no ha tenido lugar con los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, al haberse localizado todos ellos en un apartado destacado del pliego bajo la rótula de «criterio de adjudicación ambiental». En concreto, el gráfico 2 presenta las modalidades de criterios ambientales encontrados en los 9 referidos expedientes.

Gráfico 2- Tipología ambiental de criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas



Elaboración propia

La creación de estos grupos y su respectiva designación de cada una de las tipologías ha atendido a la intención de mantener, en la mayor medida posible, el tenor literal de la redacción de los pliegos. De este modo, pese a que sería posible crear una clasificación común y general que permitiera subsumir más agrupaciones, reduciendo así el número total de tipologías (como podría ser el conjunto de «reciclaje»), estas categorías han sido ordenadas conforme a algunas particularidades de suficiente entidad como para mantenerlas de manera separada entre ellas.

Por consiguiente, la titulación «envase reciclado» contempla que el envase esté compuesto por, al menos, un 70% de material que haya sido reciclado. Por el contrario, la «reciclabilidad» se refiere a que este envase pueda ser reciclado tras su uso, siendo esta previsión bastante similar al «envase biodegradable» y «*pack* desechable». La «recogida de residuos» y la «recogida de contenedores» se ha plasmado de manera diferenciada con arreglo al diferente ámbito de recolección de estos fungibles. Relacionado igualmente con la materia de los fungibles se puede apuntar a «sin BPA», relativo a la ausencia de blisfenol A en el material médico ofertado, y a la «declaración de residuo», concerniente a la información sobre cómo se clasifica el producto utilizado como residuo[25].

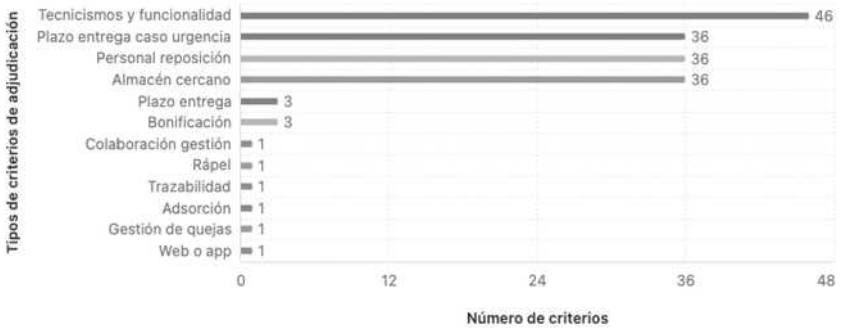
En otro orden de ideas, se valora igualmente la proactividad ambiental, con el emprendimiento de acciones ambientales relacionadas con el ámbito del suministro en el pasado —«experiencia ambiental»— o en el presente —«acciones reciclaje»—, así como la impartición de formación ambiental. Por último, también se tiene en cuenta los medios para realizar el suministro en el criterio «vehículo sin CO^2», en función del distintivo ambiental de la Dirección General de Tráfico del vehículo con el que se lleve a cabo el reparto.

Aparte de la mera delimitación conceptual ambiental estos criterios de adjudicación de carácter ambientales, es relevante señalar que, en la formulación y redacción de la integridad de éstos mismos constaba un medio de prueba específico para su verificación: desde una declaración responsable, una fotografía de los envases, o los certificados pertinentes (como el distintivo ambiental de la Dirección General de Tráfico, o el sello de la gestión forestal sostenible). Asimismo, y aunque no ha sido objeto de análisis en este estudio, la ponderación más alta atribuida a éstos alcanzaba un 20% de la totalidad de los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

Con arreglo al reducido número de expedientes que contienen un criterio de adjudicación de carácter ambiental, así como para esclarecer qué otras consideraciones se combinan o consideran para puntuar las licitaciones de suministro de material médico fungible, se ha considerado oportuno repetir el mismo proceso de análisis efectuado con los criterios ambientales para el resto de los criterios de adjudicación de los expedientes revisados.

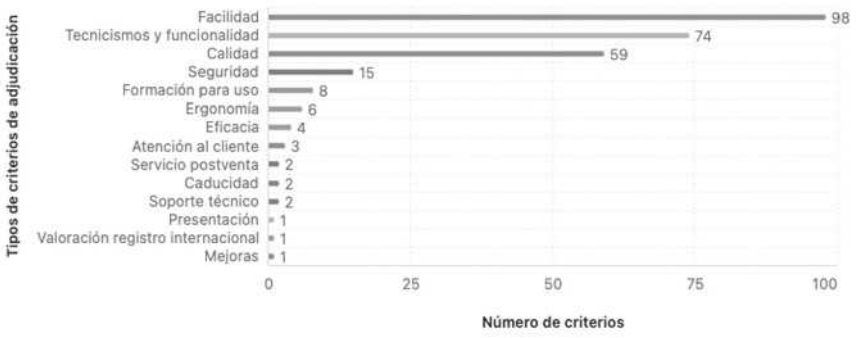
25. De conformidad con el Decreto 21/2015, de 3 de marzo, sobre gestión de los residuos sanitarios en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Gráfico 3- Tipología de criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas



Elaboración propia

Gráfico 4- Tipología de criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor



Elaboración propia

Dado que la repetición del proceso de análisis comporta la reproducción de la metodología descrita *ad supra*[26], y sin ánimo de que esta evaluación resulte excesivamente reiterativa o eclipse los resultados obtenidos sobre los criterios ambientales, se considera procedente realizar un breve comentario conjunto de ambos tipos de criterios de adjudicación, incidiendo solamente en algunas precisiones relevantes.

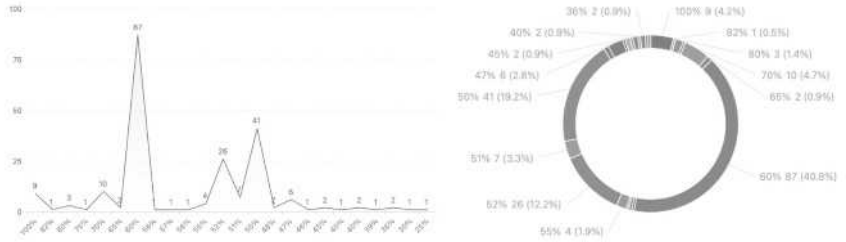
A través de una simple observación de estos dos gráficos, se desprende de manera inmediata la prevalencia de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor. Ahora bien, trascendiendo este modo de cuantificación se aprecia una coincidencia en los principales criterios empleados. En concreto, en la categoría de «tecnicismos y funcionalidad», la cual aúna composición y características técnicas, seguridad de su uso, facilidad de utilización y ergonomía, rentabilidad y rendimiento (en el sentido de la eficiencia, compatibilidad entre los productos, envasado y etiquetado, ajuste, confortabilidad, navegabilidad, o capacidad de cruce, entre otras.

Aunque en esta enumeración se han listado otros aspectos que han sido igualmente previstos en una categoría separada, como «seguridad» o «ergonomía», en «tecnicismos y funcionalidad» se tienen en cuenta todos los elementos del párrafo anterior conjuntamente. Un fenómeno muy similar sucede con la «facilidad», que también ha sido citada en «tecnicismos y funcionalidad», pero de manera aislada valora la fluidez o desenvoltura en la colocación, el uso, de manejo, en el seguimiento y el control del paciente, en la administración de medicación, en la visibilidad de indicadores, en el llenado, en el cierre, o en la manejabilidad, entre otras.

Por último, y siguiendo el mismo hilo de razonamiento que ha llevado a explorar los criterios de adjudicación no explícitamente ambientales, se han evaluado asimismo los distintos porcentajes atribuidos al criterio del precio.

26. Con la salvedad de que en los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor en los que se valoraban cuestiones dispares, que podían *a priori* atribuirse a varias categorías, han sido efectivamente incluidas en más de una categoría, para conservar la finalidad última del motivo por el cual se atribuía la puntuación.

Gráfico 5- Ponderación del criterio precio



Elaboración propia

Los presentes datos revelan una amplísima horquilla de ponderaciones del criterio precio, que oscila desde un 25% hasta un 100%. Estos dos porcentajes se corresponden con los extremos del intervalo de las ponderaciones, pero no constituyen ni la media de las ponderaciones ni las cifras más populares para la ponderación del precio. Comenzando por el número más alto, solamente nueve lotes han previsto la proporción más alta (100%), y por ende, que éste sea el criterio único de adjudicación de éstos mismos. Descendiendo a la inversa en esta escala, solamente un contrato ha incorporado un 25% del precio, y aunque se pueden notar ligeros repuntes en algunas proporciones —2 lotes en el 36%, el 40%, y el 45%, 6 lotes en el 47% — los aumentos más sustanciales se detectan entre el 50% y el 55%, con 46 y 26 lotes, respectivamente, y el mayor grado de unanimidad se ubica en el 87%. En un cómputo global, si se efectúa una escisión entre la gama del 100% al 51%, ambos inclusive, frente al 49% al 25%, los cálculos arrojan una predisposición de la importancia del criterio precio con 153 lotes, respecto de 19 lotes en los que predomina la calidad. Exactamente en el punto medio del 50% se ubican 41 lotes, prácticamente la mitad de lotes que en la ponderación del criterio precio más empleada (60%).

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

A lo largo del presente trabajo, el desarrollo de sus contenidos se ha efectuado bajo una óptica fundamentalmente expositiva, exceptuando la introducción puntual de algunas deliberaciones y comentarios. Dándose por finalizada esta labor descriptiva, resulta pertinente realizar una aproximación transversal e integradora a este estudio, que permita la interco-

nexión de las cuestiones más significativas y la formulación de una serie de puntualizaciones y precisiones holísticas a modo de conclusión.

La premisa fundamental de este estudio partía de la problemática acerca de la imperante urgencia de la descarbonización del sector salud, y del papel que podía jugar la contratación pública verde para impulsar la ecologización sanitaria. Para poder comenzar a dilucidar los elementos fundamentales de este planteamiento, se han puesto de manifiesto las principales políticas e iniciativas internacionales y europeas, con un especial énfasis en su marco de actuación ambiental. Precisamente este ámbito de emprendimiento de acciones desencadenó la premisa de la hipótesis referida en este estudio acerca de cómo se materializan estas actividades en una preparación del expediente, propiciando a su vez el análisis de los criterios de la compra verde de la Unión Europea y de la contratación sostenible de Salud sin Daño.

Y es en este momento de la recapitulación del análisis en el que merece detenerse para añadir alguna precisión adicional, que trascienda a la formulación de los precitados criterios. En este sentido, es relevante cotejar el contenido bruto de estas consideraciones medioambientales, con independencia de su redacción posterior, con las particularidades tanto del sector salud, como de la disciplina de la contratación pública.

Comenzando por el sector salud, debe avanzarse la puntualización de que la subsunción de todas las áreas y campos de la rama sanitaria bajo este rótulo equivale a una simplificación efectuada en este trabajo para poder proporcionar una visión lo más panorámica posible. No obstante, no puede obviarse la notable heterogeneidad que caracteriza este sector. Teniendo en cuenta únicamente los suministros, se puede abarcar desde la adquisición de medicamentos y vacunas, hasta el material médico fungible analizado sucintamente en este estudio, hasta los equipos y dispositivos médicos. Es más, si se focaliza la atención en un plano más global como puede ser un entorno sanitario tan diverso como un hospital, a estos suministros se les debe añadir otros aprovisionamientos imprescindibles para su correcto funcionamiento: reactivos de laboratorio, textiles, productos de limpieza, o lencería, entre muchos otros.

A simple vista, puede parecer que la única adaptación que se debe realizar es la adecuación de los ámbitos ambientales de las cláusulas a incluir en la licitación a las especificidades de cada categoría de producto. Sin embargo, esta visión es demasiado reduccionista y se aleja de la compleja realidad de la ecologización de este sector. De este modo, resulta imprescindible sumar y adecuar a esta incorporación de consideraciones verdes

las particularidades —y en algunos casos, limitaciones— propias de este sector, tales como los estrictos estándares de seguridad del paciente, los protocolos de esterilización y la imposibilidad de reutilizar determinados insumos críticos.

Los hallazgos plasmados en este estudio —tanto el descubrimiento y análisis de los propios criterios, como la evaluación empírica de los criterios de adjudicación de los expedientes revisados— apuntan a que sí es posible la introducción de consideraciones verdes en la contratación pública del sector salud, tras su adecuada adaptación a los pliegos, y tras haber ponderado qué aspectos es más procedente y viable ecologizar, manteniendo a la vez las exigencias relativas a la seguridad y protección de la salud. Aunque estas constataciones abren la puerta a la implementación de la contratación pública ecológica sanitaria, este delicado equilibrio entre los aspectos ambientales y los requerimientos intrínsecos del sector salud podrían llegar a comprometer el avance de la contratación pública circular.

Sin perjuicio de lo estipulado en el párrafo anterior, y dirigiendo la atención hacia la disciplina de la contratación pública, la incorporación de las consideraciones ambientales está ampliamente aceptada. Esto no evita que sea aconsejable proceder con cautela durante este proceso. Por ejemplo, podría ser recomendable obrar con precaución en relación con los criterios «deseados / de adjudicación» a nivel corporativo de los guantes quirúrgicos y de examen, ya que podrían resultar confundibles con una política general de responsabilidad corporativa medioambiental, y por tanto, entenderse que no cumplen las condiciones sobre el vínculo con el objeto del contrato, como se señala en el considerando 97 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública[27].

En comparación con la ya aludida diversidad del sector salud, es cierto que se podría sostener que el rango de temáticas disponibles en los criterios ambientales para la contratación pública sanitaria es limitado, adquiriendo esta frase un nuevo cariz si se añade que los criterios de la Unión Europea se encuentran obsoletos. Existen otros recursos alternativos elaborados por Salud sin Daño —junto con su socio norteamericano Practice Greenhealth y la Red Global de Hospitales Verdes y Saludable— destinados a la puesta

27. Igualmente, no solamente deben tenerse en cuenta las especialidades sobre el vínculo con el objeto del contrato, que además, como explica GALLEGO CÓRCOLES (2019, p. 92) y a raíz de diversas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como Max Haavelar (C-368-10), ha visto su gradual flexibilización en su interpretación. Por añadidura, también se deberían tener en cuenta todas las particularidades para la inclusión de criterios ambientales en los criterios de adjudicación, como la imparcialidad, la no discriminación, la igualdad de trato, la transparencia, y la proporcionalidad, entre otros.

en marcha de la compra pública ecológica en el sector salud, como la guía para la compra pública sostenible en el sector salud[28]. En ésta, se sugiere articular la toma de decisiones sobre qué criterio verde puede resultar más adecuado en torno a una serie de preguntas, entre las que se encuentra «¿destaca este servicio / producto por un impacto ambiental elevado en alguna de las fases de su ciclo de vida?».

Este interrogante puede resultar especialmente útil y ser muy adecuado en la preparación de la licitación, pero también tiene inconvenientes. Entre ellos, la acumulación de la gran mayoría de emisiones de gases de efecto invernadero durante la fabricación y producción de estos productos sanitarios (Salud sin Daño y ARUP, 2019, p. 4) lo que puede dificultad la efectiva supervisión de la correcta implantación de las medidas ambientales.

En esta línea, y a modo de faro que oriente la toma de decisiones ambientales, ya se recogían en este trabajo las palabras de GIMENO FELIU (2022), relativas a que se debe pensar en verde, no como una exigencia estética, sino como una herramienta verdaderamente generadora de valor, y así lo ratifica DE GUERRERO MANSO (2018, p. 167), afirmando que: «*...el objetivo de la contratación ecológica no ha de ser simplemente "colorear de verde" los contratos, sino analizar cada una de las necesidades que tiene una administración pública, y determinar de qué manera y en qué medida su licitación puede realizarse respondiendo a criterios de eficiencia ambiental...*», apostando también por el control del cumplimiento de estas consideraciones ambientales.

En último lugar, acerca del estudio empírico recogido en este trabajo, resulta particularmente interesante —más allá de las limitaciones metodológicas implícitas ya descritas— las similitudes encontradas con un muestreo no exhaustivo de las cláusulas ambientales aplicadas en las licitaciones de vacunas en España (Gimeno Feliu y García-Álvarez García, 2024, p. 14). En dicha revisión, se encontraron pliegos sin ningún tipo de consideración ambiental, y en lo que respecta a los criterios de adjudicación, una tipología relativa a «criterios objetivos técnicos de calidad», que comprendía la seguridad en la administración, la presentación, dosis adicionales, plan de formación y, un criterio medioambiental explícitamente categorizado como tal, sobre los envases totalmente biodegradables, incluyendo su presentación en monodosis y multidosis.

Aunque en el trabajo observacional efectuado se han identificado otras categorías de criterios verdes, todas las enumeradas en el párrafo anterior son coincidentes. Por añadidura, las características verdes acerca de los envases eran también mayoritarias. Si bien no se debe en ningún caso mini-

28. En su idioma original, «*Sustainable Procurement in Health Care Guide*».

mizar ni desdeñar el esfuerzo y los pasos dados hacia la ecologización del sector salud de la mano de la contratación pública, puede lanzarse un último interrogante conclusivo a modo de cierre de este estudio: ¿es ésta una suficiente ambición ambiental para conseguir un sector salud más verde?

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALICIARDI, M. B. (2024) *Compras públicas sostenibles en el sector salud*, Boletín del Observatorio de Contratación Pública, ISSN-e: 2952-3109.

ARUP y SALUD SIN DAÑO (2019) *Huella climática del secto de la salud. Cómo contribuye el sector de la salud a la crisis climática global: oportunidades para la acción*, Cuidado de la salud climáticamente inteligente. Libro Verde Número Uno, pp. 52, disponible en https://accionclimaticaensalud.org/sites/default/files/2021-06/huellaclimatica.pdf

COMISIÓN EUROPEA (2011) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Plan de acción contra la amenaza creciente de las resistencias bacterianas». COM (2011) 748 final https://eur-*lex*.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0748:FIN:ES:PDF

COMISIÓN EUROPEA (2011) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. «Plan de Acción europeo "Una sola salud" para luchar contra la resistencia a los antimicrobianos». COM (2017) 339 final https://eur-*lex*.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52017DC0339

COMISIÓN EUROPEA (2017) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa», COM(2017) 572 final, https://eur-*lex*.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0572

COMISIÓN EUROPEA (2020). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. «Construir una Unión Europea de la Salud: reforzar la resiliencia de la UE ante las amenazas transfronterizas para la salud». COM (2020) 724 final. https://eur-*lex*.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0724

COMISIÓN EUROPEA (2020). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. «Estrategia de sostenibilidad para las sustancias químicas Hacia un entorno sin sustancias tóxicas». COM (2020) 667 final.

https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/economia-circular/estrategiadesostenibilidadparalas-sustanciasquimicas_tcm30-527273.pdf

COMISIÓN EUROPEA (2020). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. «Plan de Inversiones del Pacto Verde Europeo». COM (2020) 21 finalhttps://eur-*lex*.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0021

DE GUERRERO MANSO, C. (2018) «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*, ISSN 1133-4797, N.º. *Extra*, pp. 141-177.

DELRE, A., LA PLACA, M.G., ALFIERI, F., FARACA, G., KOWALSKA, M.A., VIDAL ABARCA GARRIDO, C. AND WOLF, O. (2002) *Assessment of the European Union Green Public Procurement criteria for four product groups*, EUR 30943 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, ISBN 978-92-76-46056-5, doi:10.2760/661750, JRC127215, pp. 50, https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC127215

GALLEGO CÓRCOLES, I. (2017) «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, ISSN-e 1989-8983, N.º 4, 2017, pp. 92-113, https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10497/11195

GIMENO FELIU, J. M. (2020). «La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad». *Revista de Economía Industrial*, *415*, pp. 89-97.

GIMENO FELIU, J. M. (2022). «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*, *59*.

GIMENO FELIU, J. M. y GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G. (2024) «El encaje del cambio de modelo en el marco normativo español», en *La contratación pública como palanca para la sostenibilidad en las campañas de vacunación en España,* SANOFI, pp. 16-30.

INTERVENCIÓN GENERAL DEL ESTADO (2023) *Guía Marco para Control Financiero Permanente de la Contratación Pública (LCSP),* pp. 122, https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/

Documents/Gu%C3%ADa%20Contrataci%C3%B3n%20LCSP%20Rev23%20ACC.pdf

OECD y COMISIÓN EUROPEA (2024) *Health at a Glance: Europe 2024: State of Health in the EU Cycle*, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/b3704e14-en.

OIRESCON (2024) *Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en 2023*, pp. 206 https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informes-especiales-supervision/ies-contratacion-estrategica2023.pdf

ROMANELLO, M., NAPOLI, C. d., GREEN, C., KENNARD, H., LAMPARD, P., SCAMMAN, D., WALAWENDER, M., ALI, Z., AMELI, N., AYEB-KARLSSON, S., BEGGS, P. J., BELESOVA, K., BERRANG FORD, L., BOWEN, K., CAI, W., CALLAGHAN, M., CAMPBELL-LENDRUM, D., CHAMBERS, J., CROSS, T. J., COSTELLO, A. (2023). The 2023 report of the Lancet. Countdown on health and climate change: the imperative for a health-centred response in a world facing irreversible harms. *The Lancet*, *402*(10419), 2346-2394. https://doi.org/10.1016/S0140-6736(23)01859-7

SALUD SIN DAÑO (2014). *España. Ficha informativa sobre emisiones del sector de la salud*, pp. 2. https://accionclimaticaensalud.org/fact-sheets/es/Espa%C3%B1ol%20-%20Espa%C3%B1a

UNIÓN EUROPEA (2024a) *Standard Eurobarometer 102 – Autumn 2024. Public opinion in the European Union, First Results*, disponible en https://europa.eu/eurobarometer/about/eurobarometer?etrans=es

UNIÓN EUROPEA (2024b). *Standard Eurobarometer 102 – Autumn 2024. Europeans and the EU budget*, disponible en https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/3215

1. URLOGRAFÍA

AUTORIDAD EUROPEA DE SEGURIDAD ALIMENTARIA. *Una sola salud*. https://www.efsa.europa.eu/es/topics/one-health#hitos

bolsas de soluciones intravenosas. Guía rápida de compras sostenibles. https://lac.saludsindanio.org/media/4472/download?inline=1

COMISIÓN EUROPEA. *Green public proucrement criteria and requirements* https://green-forum.ec.europa.eu/green-public-procurement/gpp-criteria-and-requirements_en

COMISIÓN EUROPEA. *¿Qué es One Health?*https://health.ec.europa.eu/one-health/overview_en#documents

COMISIÓN EUROPEA. *Chemicals Strategy.* https://environment.ec.europa.eu/strategy/chemicals-strategy_en#timeline

COMISIÓN EUROPEA. *Health at a glance: Europe 2024.* https://health.ec.europa.eu/state-health-eu/health-glance-europe/health-glance-europe-2024_en

COMISIÓN EUROPEA. *Public procurement.* https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement_en

https://europe.noharm.org/who-we-are

https://hospitalesporlasaludambiental.org/acerca-de

OBSERVATORIO EUROPEO DE CLIMA Y SALUD. *¿Quiénes somos?* https://climate-adapt.eea.europa.eu/es/observatory/About

RED GLOBAL DE HOSPITALES VERDES Y SALUDABLES. *¿Quiénes somos?*

RED GLOBAL DE HOSPITALES VERDES Y SALUDABLES. *Acciones en materia de contratación pública.* https://hospitalesporlasaludambiental.org/compras

SALUD SIN DAÑO *¿Quiénes somos? https://global.noharm.org/*

SALUD SIN DAÑO. Criterios globales para la compra sostenible de guantes quirúrgicos y de examen. https://lac.saludsindanio.org/media/4604/download?inline=1

SALUD SIN DAÑO. Guía rápida de compras sostenibles Desinfección de alto nivel* más segura para instrumental. https://lac.saludsindanio.org/media/4600/download?inline=1

SALUD SIN DAÑO. Guía rápida de compras sostenibles Desinfección más segura de superficies. https://lac.saludsindanio.org/media/4602/download?inline=1

SALUD SIN DAÑO. Guía rápida de compras sostenibles Rutina de lavado de manos* https://lac.saludsindanio.org/media/4603/download?inline=1

SALUD SIN DAÑO. Nuevos criterios de sostenibilidad para la adquisición de guantes https://lac.saludsindanio.org/media/4604/download?inline=1

SALUD SIN DAÑO. Reducción del uso de PVC y DEHP: productos médicos. Guía rápida de compras sostenibles https://lac.saludsindanio.org/media/4473/download?inline=1

SALUD SIN DAÑO. Reducción del uso de PVC y DEHP:

quirúrgicos y de examen https://lac.saludsindanio.org/media/4605/download?inline=1

SALUD SIN DAÑO. *Repositorio de especificaciones y criterios de productos* https://global.noharm.org/resources/procurement

SALUD SIN DAÑO. *SHiPP* https://lac.saludsindanio.org/compras-sostenibles-en-salud-proyecto-shipp

SALUD SIN DAÑO. Sustainable procurement criteria | Reusable textiles. https://europe.noharm.org/media/4572/download?inline=1

SALUD SIN DAÑO. *Sustainable Procurement in Health Care Guide. https://global.noharm.org/focus/procurement/sustainable-procurement-guide*

UNDP. *Guía para la adquisición sostenible de productos sanitarios.* https://www.undp.org/es/argentina/comunicados-de-prensa/como-lograr-compras-sostenibles-en-salud

UNIÓN EUROPEA, *Healthcare expenditure statistics*. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Archive:Healthcare_expenditure_statistics#Highlights

WIKBORG. REIN. *Important changes to the procurement regulations – tightening requirements to consider climate and environmental concerns*. https://www.wr.no/en/news/important-changes-to-the-procurement-regulations-tightening-requirements-to-consider-climate-and-environmental-concerns

IV
Aspectos prácticos de la contratación pública

16

El enriquecimiento injusto de la Administración en la continuidad de la prestación de servicios públicos

Teresa Roa Martínez[1]
Universidade de Vigo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: ¿PROCEDE APLICAR EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN SUPUESTOS DE ULTRAACTIVIDAD DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS? *1. Continuidad del servicio una vez finalizado el período contractual o de prórroga al margen del mecanismo recogido en el artículo 29.4 LCSP. 2. Continuidad del servicio prestado de forma irregular más allá del período pactado. 3. Conclusiones del análisis jurisprudencial.* IV. REFLEXIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN LA CONTINUIDAD DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA VISTA DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA. V. BIBLIOGRAFÍA.

1. Contratada predoctoral beneficiaria del «Programa de ayudas de apoyo a la etapa predoctoral» de la Xunta de Galicia cofinanciadas parcialmente por la Unión Europea en el marco del Programa FSE+ Galicia 2021-2027. Ayuda adjudicada mediante Resolución de 1 de julio de 2024, conjunta de la Consellería de Educación, Ciencia, Universidades y Formación Profesional y de la Agencia Gallega de Innovación (DOG 10 de julio de 2024). Expte. núm. ED481A-2024-077.

I. INTRODUCCIÓN[2]

La contratación pública está sometida a una regulación que exige la licitación de los contratos conforme a los principios plasmados en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP)[3]. No obstante, pese a los rigurosos criterios recogidos en la normativa, en la práctica la necesidad de garantizar la continuidad de determinados servicios da lugar a situaciones *de facto* irregulares. En ocasiones la Administración, ante la imposibilidad de interrumpir la prestación del servicio, acude a mecanismos al margen de la normativa e insta al contratista a la continuación de la prestación del servicio sin cobertura legal alguna[4]. Esta situación es especialmente común en aquellos servicios que no pueden ser interrumpidos. En particular, aquellos contratos de servicios[5] como los sanitarios, sociosanitarios o aquellos directamente relacionados con la salubridad, cuya interrupción podría ocasionar elevados perjuicios sociales o ambientales. Por consiguiente, dado que el interés público exige garantizar la continuidad de determinados servicios, no es infrecuente que, una vez vencido un contrato, la Administración opte por instar al contratista la continuidad de la prestación, dando lugar a «prórrogas» carentes de amparo legal[6]. Así, el contratista debe continuar prestando un servicio al margen de la legalidad, ante la imposibilidad de su abandono y las potenciales consecuencias negativas que ello tendría para el mismo[7]. Estas situaciones irregulares han dado lugar a una elevada litigiosidad en lo que respecta a la retribución del contratista.

---

2. La redacción del presente trabajo se cerró en abril de 2025, por lo que no han sido objeto de análisis pronunciamientos posteriores.
3. Como son los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, o no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores (art. 1 LCSP).
4. La Disposición adicional cuadragésima séptima de la LCSP establece la obligación de los órganos de contratación de velar, entre otras cuestiones, por la calidad y continuidad de determinados servicios (contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV LCSP).
5. Nótese que desde la aprobación de las nuevas Directivas de contratación pública y su transposición, los contratos de servicios pueden tener por objeto servicios públicos. En este sentido, véase LAZO VITORIA, X. «Contratos de servicios de régimen común y los que conllevan prestaciones directas a favor de la ciudadanía. Su virtualidad para la prestación de servicios públicos». En MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. (coord.). *La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, la LRJSP y la LRSAL*. Madrid. Wolters Kluwer España, 2019, pp. 713-716.
6. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.ª «El contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos». *Revista de Administración Pública*, núm. 212, 2020, p. 398.
7. En aquellos supuestos en los que el contrato de servicios conlleve prestaciones directas a favor de la ciudadanía, el contratista está expresamente sujeto *ex* art. 312 b) a la obligación de «*prestar el servicio con la continuidad convenida*». En todo caso, con inde-

En este escenario, el objeto del presente trabajo es realizar un análisis jurisprudencial de la retribución del contratista cuando este se ha visto obligado a continuar, de forma irregular[8] y a instancia de la Administración, con la prestación del servicio tras la finalización del pacto o contrato suscrito, así como sus prórrogas. Es decir, la problemática de la retribución del contratista en supuestos de ultraactividad del contrato sin cobertura legal[9]. En concreto, en lo relativo a la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto[10] como fundamento para la retribución del contratista por la prestación del servicio. Nótese que no serán objeto de estudio en el presente trabajo los supuestos en los que la continuidad de la prestación del servicio se canalice mediante la previsión del art. 29.4 LCSP[11], sino única-

---

pendencia de si constituyen o no contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, existen numerosos servicios que, por su naturaleza, no son susceptibles de interrupción, dados los graves perjuicios que ello produciría. Por tanto, el contratista no puede abandonar los mismos sin que hayan sido asumidos por la Administración u otro prestador. Sobre los perjuicios que el abandono de la prestación conlleva para el contratista, véase MELÓN PARDO, C. y MARCOS VAQUERO, Z. «Ultraactividad del contrato público y riesgo y ventura del contratista». En CODES CALATRAVA, A. et al. (coords.) y ORTEGA BURGOS, E.; PASTOR RUIZ, F. (dirs.). Derecho administrativo 2023. Madrid. Tirant lo Blanch, 2023, pp. 427-429.

8. GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. «Enriquecimiento injusto ante las consecuencias de la contratación irregular». *Revista de Administración Pública*, núm. 222, 2023, p. 102. El autor señala que, de acuerdo con el Dictamen del Consejo de Estado 606/2020, entre las situaciones irregulares «*más comunes*» se halla «*la prolongación de las prestaciones una vez expirado el plazo*», recogiendo distintos supuestos que dan lugar a dicha situación y que abarcan desde la «*aquiescencia expresa o tácita de la Administración sin formalización o simplemente con orden verbal*» a las «*órdenes de continuidad del servicio o de prórroga contractual, algo expresas pero irregulares*».

9. Entendemos la ultraactividad del contrato como «*la continuidad en la ejecución de la prestación una vez superado el tiempo en el que ésta debía ejecutarse*» en los términos definidos en MELÓN PARDO, C. y MARCOS VAQUERO, Z. «Ultraactividad del contrato público y riesgo y ventura del contratista». En CODES CALATRAVA, A. et al. (coords.) y ORTEGA BURGOS, E.; PASTOR RUIZ, F. (dirs.). Derecho administrativo 2023. Madrid. Tirant lo Blanch, 2023, pp. 421-422.

10. GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. «Enriquecimiento injusto ante las consecuencias de la contratación irregular». *Revista de Administración Pública*, núm. 222, 2023, p. 109.

11. En el presente trabajo se analiza la continuidad de prestación de servicios a instancia de la Administración y al margen de la legalidad una vez vencido el contrato suscrito, o cuando esta se venía realizando sin contrato válido. Esto es, la continuidad prestacional sin cobertura legal o lo que MELÓN PARDO y MARCOS VAQUERO denominan la «*situación de ultraactividad propiamente dicha*». Véase MELÓN PARDO, C. y MARCOS VAQUERO, Z. «Ultraactividad del contrato público y riesgo y ventura del contratista». En CODES CALATRAVA, A. et al. (coords.) y ORTEGA BURGOS, E.; PASTOR RUIZ, F. (dirs.). Derecho administrativo 2023. Madrid. Tirant lo Blanch, 2023, pp. 421-422.

mente aquellos supuestos que carezcan de soporte legal en el marco normativo vigente[12].

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Con carácter previo al análisis de la retribución del contratista, nos detendremos brevemente en la exposición de la doctrina del enriquecimiento injusto. De conformidad con la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, el principio del enriquecimiento injusto ha sido acogido por el orden contencioso-administrativo y ha venido aplicándose en el mismo, al menos, desde los años sesenta[13].

En la aplicación del principio de enriquecimiento injusto los tribunales vienen exigiendo los mismos requisitos establecidos por la jurisprudencia civil, que el Tribunal Supremo sintetiza en los siguientes términos[14]:

> *«a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido (...).*
>
> *b) El empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable (...).*
>
> *c) La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, de forma que éste sea el efecto de aquél. (...).*
>
> *d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento*».

Este análisis no incluye la continuidad en la prestación del servicio en virtud del art. 29.4 LCSP. En dicho precepto se regula la posibilidad de «*prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un período máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato*». Es decir, se trata de una prórroga del contrato permitida por la Ley de Contratos del Sector Público para evitar la interrupción de la prestación. La razón por la que el tratamiento jurisprudencial de esta situación, que está normativamente amparada, no es objeto de análisis en el presente trabajo, es que este únicamente se centra en la continuidad de prestación de servicios de forma irregular una vez vencido el contrato o pacto suscrito entre las partes y al margen del mismo. Sobre la imposición de la continuidad prestacional al amparo del art. 29.4 LCSP véase BOUSO DARRIBA, G. «Prórroga obligatoria y continuidad prestacional forzosa en los contratos públicos». *Revista Escuela Jacobea de Posgrado*, núm. 21, 2021, pp. 137-139.

12. Tampoco será objeto de análisis la continuidad de las concesiones de servicios transcurrido su plazo, puesto que en dicho supuesto, aun habiéndose extinguido el contrato por cumplimiento, de acuerdo con el art. 288 LCSP «*el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato*».
13. Entre otras, STS 11/05/2004, rec. 3554/1999, ECLI:ES:TS:2004:3180 y STS 15/04/2002 rec. 10381/1997, ECLI:ES:TS:2002:2629.
14. Ibid.

A los anteriores requisitos la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo añade una nueva exigencia relativa a que el desequilibrio «*ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración*»[15].

En este contexto, podría parecer que la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto a supuestos de continuidad prestacional sin cobertura legal es clara. De hecho, parte de la doctrina ha considerado que acudir a dicha institución es, en ocasiones, la solución más justa[16]. No obstante, como se verá, en la práctica existe una amplia amalgama de supuestos con sus concretas vicisitudes, ante los que los tribunales han adoptado diferentes criterios. Por consiguiente, a continuación se realiza un análisis jurisprudencial de la aplicación del enriquecimiento injusto en la retribución del contratista en los supuestos de continuidad de la prestación del servicio irregularmente y a instancia de la Administración.

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: ¿PROCEDE APLICAR EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN SUPUESTOS DE ULTRAACTIVIDAD DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS?

La continuidad de la prestación de servicios al margen de la normativa de contratos es todavía una realidad. Prueba de ello es que estas situaciones irregulares han dado lugar a numerosos recursos contencioso-administrativos en relación con la retribución del contratista cuando este continúa en la ejecución de la prestación, una vez finalizado el contrato. Como se ha adelantado, en dichos procedimientos se ha planteado la posibilidad de acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto para fundamentar la retribución del contratista y evitar que las prestaciones realizadas a instancia de la Administración ocasionen un desequilibrio patrimonial al prestador del servicio. Debe ponerse de manifiesto que, dada la relevancia de lo fáctico en la aplicación de esta doctrina, en dichos procedimientos existen múltiples factores que pueden influir en la adopción de distintos criterios por los tribunales. Entre otros, los concretos hechos acaecidos (p. ej., si el servicio

15. STS 18/07/2003, rec. 254/2002, ECLI:ES:TS:2003:5151; STS 18/06/2004, rec. 2000/1999, ECLI:ES:TS:2004:4264; STS 12/12/2012, rec. 5694/2010, ECLI:ES:TS:2012:8362 y STS 05/07/2016, rec. 1368/2015, res. 1630/2016, ECLI:ES:TS:2016:3285.

16. GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. «Enriquecimiento injusto ante las consecuencias de la contratación irregular». *Revista de Administración Pública*, núm. 222, 2023, p.106, con cita de M. Rebollo Puig (1995), «El enriquecimiento injusto de la Administración Pública», Madrid. Marcial Pons, p. 351.

se venía prestando desde el inicio de forma irregular —o no—, la oposición —o no— del contratista a la prórroga forzosa...), la configuración de los pliegos o la naturaleza del servicio. Por ello, sin perjuicio de la elevada casuística existente, a continuación se recoge un análisis de cómo la jurisprudencia ha abordado la retribución del contratista en los siguientes supuestos: (i) la continuidad del servicio una vez finalizado el período contractual o de prórroga al margen del mecanismo recogido en el art. 29.4 LCSP, y (ii) la continuidad del servicio prestado de forma irregular más allá del período pactado.

1. CONTINUIDAD DEL SERVICIO UNA VEZ FINALIZADO EL PERÍODO CONTRACTUAL O DE PRÓRROGA AL MARGEN DEL MECANISMO RECOGIDO EN EL ARTÍCULO 29.4 LCSP

En los supuestos en los que el contratista continúa prestando el servicio a instancia de la Administración, una vez finalizado el período contractual o de prórroga al margen del mecanismo recogido en el art. 29.4 LCSP y, por tanto, sin cobertura legal, los tribunales han aceptado con carácter general la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto para fundamentar su retribución.

Así, el TSJ de Aragón aplicó la doctrina del enriquecimiento injusto al resolver varios supuestos en relación con las prórrogas irregulares del contrato de servicios para el transporte sanitario de pacientes (tanto urgente como no urgente)[17]. En concreto, en la STSJ Aragón de 30 de mayo de 2024[18], considerando que no resultaba de aplicación la previsión recogida en el art. 29.4 LCSP en ninguno de los supuestos, el Tribunal calificó las prórrogas de «*ilegales*» y señaló que «*es obvio que cuando hay una prórroga ilegal no puede pretender la administración que se pague según el contrato, el cual se firmó en función de una oferta y unas circunstancias concretas, por lo que imponer su obligación y con un precio contractual de un contrato periclitado carece de todo fundamento (...) e implicaría, decimos ahora, un enriquecimiento injusto y una confiscación de derechos —pues una cosa es que uno pierda dinero en virtud de un contrato que no calibró bien, lo que es el riesgo y ventura del mismo y otra que se le obligue más allá de lo que estuvo dispuesto a aceptar al contratar y cuando menos se tiene derecho al percibo del coste real del servicio*».[19] Es decir, en el supuesto de un servicio prestado al margen del contrato suscrito y que carece de cobertura contractual alguna (al declararse «*ilegales*» sus prórrogas), pero cuya continuidad era precisa por motivos de interés público, el TSJ de Ara-

17. STSJ Aragón 30/09/2022, rec. 190/2021, res. 360/2022, ECLI:ES:TSJAR:2022:1204.
18. STSJ Aragón 30/05/2024, rec. 530/2022, res. 210/2024, ECLI:ES:TSJAR:2024:776.
19. Ibid.

gón consideró que retribuir la prestación en idénticos términos que los del contrato que inicialmente había sido suscrito supondría un enriquecimiento injusto para la Administración.

En el mismo sentido se ha pronunciado también el TSJ de Baleares[20] en relación con la prestación del servicio de transporte sanitario cuya continuidad se había ordenado por la Administración al contratista al margen de «*todos los cauces legales en su preparación y adjudicación*». En dicho supuesto, el Tribunal apreció la concurrencia de enriquecimiento injusto de la Administración y condenó a esta a abonar «*todos los gastos y costes incurridos por la prestación del servicio*». Igualmente, el TSJ de Canarias ha afirmado, con base en la doctrina del enriquecimiento injusto, que resulta procedente el pago de las facturas relativas a la prestación de los servicios de limpieza de un centro de la tercera edad, que se venía prestando a través de sucesivas prórrogas tácitas «*sin la cobertura de contrato administrativo alguno*», al afirmar que «*nos encontramos ante una contratación irregular, debiendo pechar la Administración con las consecuencias de su incapacidad para legalizar la prestación del servicio que nos ocupa, entre las que se encuentra, sin duda, la obligación de abonar los servicios efectivamente prestados (...), pues de lo contrario incurría en un enriquecimiento injusto*», si bien en ese caso el Tribunal rechaza el abono de los intereses de demora solicitados por la recurrente[21].

Otros Tribunales Superiores de Justicia se han pronunciado también en el mismo sentido en relación con contratos de diversa índole. Así, el TSJ de Castilla-La Mancha ha reconocido, con base en el enriquecimiento injusto, el derecho del contratista que siguió prestando un servicio de transporte por carretera a que le fuese abonado el pago por su prestación[22]. En el mismo sentido se ha pronunciado también la Junta Consultiva de Contratación Pública de Canarias en su Informe 9/2018 de 14 de diciembre de 2018, que señala que «*el contratista tendrá el derecho a reclamar una indemnización por el coste incurrido constitutivo de enriquecimiento injusto en favor de la Administración*». El TSJ de Cataluña ha considerado que en el caso de que la Administración imponga coactivamente la permanencia del contratista se impone la «*ineludible contrapartida*» de la compensación económica o indemnización que ha de incluir el beneficio industrial. Es decir, se acude a una compensación económica al margen del contrato inicialmente suscrito[23]. En estos supuestos, cuando el contratista continúa prestando el servicio a instancia

20. STSJ Baleares 17/12/2020, rec. 97/2020, res. 656/2020, ECLI:ES:TSJBAL:2020:1096.
21. STSJ Canarias 28/10/2021, rec. 192/2021, res. 617/2021, ECLI:ES:TSJICAN:2021:3735.
22. STSJ Castilla-La Mancha 29/07/2024, rec. 77/2021, res. 164/2024, ECLI:ES:TSJCLM:2024:1859.
23. STSJ Cataluña 05/03/2024, rec. 2843/2022, res. 726/2024, ECLI:ES:TSJCAT:2024:1662.

de la Administración y una vez finalizado el contrato, no procede continuar aplicando el precio previsto en el mismo para su retribución. Así lo ha afirmado con suma claridad el TSJ de Extremadura, al señalar que «*el contrato tenía previsto una duración, el precio que se paga estaba previsto para esos años, por lo que la prórroga, una vez transcurrido dicho plazo, es posible que requiera una actualización de precios, puesto que al modificar por razones de interés público el contrato, prorrogándolo más allá del tiempo previsto, ha modificado las características del contrato*»[24].

En síntesis, numerosos pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia reconocen la posibilidad de acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto para fundamentar la retribución del contratista que continúa con la prestación del servicio a instancia de la Administración. No obstante, es preciso poner de manifiesto que también existen pronunciamientos en los que, por distintas razones, los Tribunales Superiores de Justicia han rechazado la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto. En este sentido, cabe destacar el criterio del TSJ de la Comunidad Valenciana[25] en un supuesto en el que el contratista se vio en la obligación de continuar con la prestación de un servicio en los mismos términos en que lo había hecho durante el período de duración ordinaria del contrato. El Tribunal reconoce que no procede la aplicación de la normativa contractual al continuar el servicio más allá del tiempo máximo mencionado en el contrato, pero señala «*aun así, y por más situación excepcional que concurra, ello no es motivo suficiente que avale la variación en el cálculo del precio establecido en el contrato*» al continuar la prestación «*en sus mismos términos y con los mismos caracteres*», y ello pese al incumplimiento de la Administración de su obligación de licitar un nuevo contrato.

Por su parte, el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 27 y 28 de enero de 2025 ha afirmado que «*el contratista que de buena fe continúa prestando un servicio, a petición de la Administración, una vez expirada la duración del contrato y sin modificado alguno, no puede resultar perjudicado económicamente cuando la Administración contratante recibe el servicio sin protesta o reserva alguna, debiendo considerarse que la realización de aquellos servicios tiene origen contractual*»[26], considerando procedente la aplicación del art. 198.4 LCSP en lo relativo al devengo de intereses de demora. Sin embargo, el Alto Tribunal todavía no se ha pronunciado sobre cuál es la fórmula idónea para retribuir al contratista por la prestación de los referidos servicios. Sobre esta cuestión

24. STSJ Extremadura 08/02/2023, rec. 162/2022, res. 57/2023, ECLI:ES:TSJEXT:2023:135.
25. STSJ Comunidad Valenciana 10/07/2024, rec. 322/2023 res. 455/2024, ECLI:ES:TSJCV:2024:4092.
26. STS 27/01/2025, rec. 1289/2023, res. 78/2025, ECLI:ES:TS:2025:294 y STS 28/01/2025, rec. 531/2023, res. 85/2025, ECLI:ES:TS:2025:295.

tendrá que pronunciarse próximamente, pues el ATS de 9 de abril de 2025[27] admite un recurso de casación que tiene como cuestión de interés casacional determinar «*si, durante el período de continuidad en la prestación de un servicio impuesto unilateralmente al contratista por el órgano de contratación en las mismas condiciones existentes, una vez extinguido el contrato administrativo de que trae causa, para el abono de los servicios prestados procede trasladar en su integridad el régimen económico previsto en los pliegos que regían el contrato finalizado, incluyendo el relativo a la revisión de las tarifas*».

En conclusión, de la jurisprudencia analizada se constata que existe un amplio grado de consenso en lo que respecta a la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en la retribución de la prestación de servicios cuya continuidad se ha producido, a instancia de la Administración, al margen de la normativa aplicable. La aplicación de esta doctrina fundamenta la retribución del contratista que ha actuado de buena fe continuando con la prestación del servicio. Sin embargo, su aplicación práctica no está exenta de dificultades, particularmente, en lo que respecta a la cuantificación de la retribución del contratista. Sobre este aspecto se espera que próximamente aporte luz el Tribunal Supremo en el recurso de casación admitido a trámite mediante ATS de 9 de abril de 2025.

Por último, y aunque no es propiamente el objeto del presente trabajo, cabe realizar una breve referencia a la retribución del contratista en la continuidad del servicio como consecuencia de una prórroga forzosa prevista en los pliegos. Así, en el supuesto en que la continuidad de la prestación obedezca a la previsión en los pliegos de una prórroga forzosa para el contratista la respuesta de la jurisprudencia había sido, con carácter general, la aceptación de la continuidad de lo pactado en el contrato sin apreciar un enriquecimiento injusto de la Administración. A título ilustrativo, el TSJ de Canarias[28] ha considerado que no concurre enriquecimiento injusto, por cuanto se trata de la aplicación de una posibilidad prevista en los pliegos, por tanto, la prestación del servicio debe continuar en los términos previstos en los mismos. Sin embargo, es preciso poner de manifiesto que incluso en dichos supuestos podría concurrir un enriquecimiento injusto de la Administración. Ello siempre que concurra un cambio de circunstancias con respecto a las inicialmente pactadas[29] en el contrato. En definitiva, pese a la expresa previsión de una prórroga forzosa en los pliegos, la prestación del

27. ATS 09/04/2025, rec. 4445/2024, ECLI:ES:TS:2025:3652A.
28. STSJ Canarias 19/11/2020, rec. 102/2020, res. 651/2020, ECLI:ES:TSJICAN:2020:3953.
29. Sobre esta cuestión véase GIMENO FELIÚ, J. M. «Plazos y prórrogas en la contratación pública». *Observatorio de Contratación Pública*, 2023. Disponible en: https://www.obcp.es/opiniones/plazos-y-prorrogas-en-la-contratacion-publica (último acceso: 30 de abril de 2025).

servicio más allá del período previsto inicialmente en el contrato puede determinar una alteración de las características del mismo y, en consecuencia, podría invocarse la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto[30]. En este sentido, debe advertirse que actualmente también está planteando debate la retribución del contratista en dichos supuestos. Prueba de ello es el ATS de 20 de julio de 2023[31] que admite a trámite un recurso de casación cuya cuestión de interés casacional es la siguiente: «*Determinar si, en un contrato* (...) *donde el pliego de cláusulas administrativas particulares contemple la prórroga forzosa para el contratista, los posibles perjuicios derivados de la prolongación obligada del contrato debe asumirlos la empresa en virtud del principio de riesgo y ventura, o deben ser compensados a tenor del principio de equilibrio económico del contrato*». Pese a que el referido recurso de casación no vaya a resolver concretamente la cuestión que aquí se analiza, lo cierto es que la resolución del Tribunal Supremo no resultará baladí, pues podría aportar claridad sobre los criterios a tener en consideración para determinar la retribución del contratista.

2. CONTINUIDAD DEL SERVICIO PRESTADO DE FORMA IRREGULAR MÁS ALLÁ DEL PERÍODO PACTADO

En este escenario, cabe plantearse qué sucede entonces con la retribución del «contratista» ante la continuidad, a instancia de la Administración, de la prestación de un servicio que se venía realizando sin un contrato válido. Por ejemplo, los servicios prestados de forma irregular al amparo del vedado contrato verbal. La jurisprudencia ha sido más reticente a la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en supuestos en los que la prestación del servicio comenzó ya de forma irregular. Así, algunos tribunales han entendido que «*no cabe válidamente* (…) *situar en mejor y aun igual posición a quien realiza la prestación apartándose voluntariamente de las normas de la contratación pública que a quien la realiza a su amparo*»[32], considerando que debe prevalecer el principio de buena fe frente al de prohibición del enriquecimiento injusto, sin que, por tanto, pueda prosperar la pretensión

30. Si bien la doctrina no es unánime habiéndose rechazado en ocasiones su aplicación o acudiendo a otras herramientas o mecanismos (como la responsabilidad contractual o extracontractual), de acuerdo con GONZÁLEZ SANFIEL el enriquecimiento injusto ha sido «*la institución más utilizada por la jurisprudencia para afrontar el problema de la contratación irregular, esto es, el coste de las prestaciones realizadas por un empresario en favor de la Administración sin que existiera una cobertura contractual adecuada*», no obstante dicho autor reconoce que existen distintos mecanismos para ello y que existe una disparidad de criterios sobre cuál es la más idónea. Véase GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. «Enriquecimiento injusto ante las consecuencias de la contratación irregular». *Revista de Administración Pública*, núm. 222, 2023, p. 129.

31. ATS 20/07/2023, rec. 6338/2022, ECLI:ES:TS:2023:10861A.

32. STSJ Galicia 03/10/2023 rec. 7103/2023, res. 318/2023, ECLI:ES:TSJGAL:2023:6681.

de aquel que presta el servicio, desde un inicio, al margen de toda cobertura legal, al haber aceptado voluntariamente la relación contractual y sus condiciones, todas ellas al margen de la normativa de contratación pública.

Sin embargo, en la STS núm. 1275/2023 de 17 de octubre de 2023, el Tribunal Supremo consideró que se puede acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto para el pago de facturas por prestación de servicios, incluso en casos en los que no está permitida la contratación verbal. El Alto Tribunal, que reiteró en dicha Sentencia su jurisprudencia en relación con el enriquecimiento injusto haciendo énfasis en que deberá analizarse en cada caso la concurrencia de los requisitos exigidos para la aplicación de la doctrina[33], entendió que esta era de aplicación incluso para la vedada contratación verbal. Cabe recordar que, como se ha expuesto, entre dichos requisitos se halla la inexistencia de mala fe y que el Tribunal Supremo ha hecho referencia en sus recientes Sentencias de 27 y 28 de enero de 2025, antes citadas, a la imposibilidad de perjudicar al contratista que de «buena fe» continúa prestando un servicio. En consecuencia, cuando la prestación carece desde un inicio de cobertura legal lo relevante es, en último término, determinar si es posible apreciar la concurrencia de buena fe y, en su caso, cuáles serían las consecuencias de su ausencia. Por consiguiente, a la vista del análisis jurisprudencial, se aprecia que en estos casos, los hechos y la actuación del contratista pueden suponer un elemento determinante para apreciar la concurrencia de buena fe y, por tanto, aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto. En estos supuestos, para tratar de construir un escenario en el que, eventualmente, pueda tener cabida la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto podría resultar recomendable dejar constancia escrita del carácter deficitario de la prestación, así como, en su caso, de la voluntad del contratista de poner fin a la prestación del servicio, requiriendo a la Administración que recepcione el servicio asumiendo su prestación[34]. No obstante, pese al pronunciamiento del Tribunal Supremo, cabe concluir que la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto

33. La doctrina ya venía defendiendo este posicionamiento. Véase GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. «Enriquecimiento injusto ante las consecuencias de la contratación irregular». *Revista de Administración Pública*, núm. 222, 2023, p. 136. Dicho autor señala: «*el enriquecimiento injusto sigue siendo la fuente de la obligación de pago de las prestaciones realizadas en favor de la Administración cuando se cumplan los requisitos exigidos (buena fe, enriquecimiento-empobrecimiento, orden de la Administración) en una situación de contratación irregular*».

34. Nótese que una de las cuestiones más problemáticas en estos casos es la prueba. Pues si se trata de un contrato verbal puede ser complejo acreditar que el contratista lo había aceptado para un período de tiempo limitado o en unas condiciones determinadas y que se ha visto obligado a continuar con la prestación del servicio, transcurrido el plazo pactado o alteradas sustancialmente las condiciones.

en prestaciones iniciadas al margen de la Ley de Contratos del Sector Público puede entrañar mayores dificultades.

De esta manera, el contratista que hubiera procedido a la asunción de un compromiso con la Administración al margen de la normativa de contratos se encuentra en una encrucijada, máxime cuando el servicio no es susceptible de interrupción. No puede abandonar el servicio sin que quede garantizada su prestación, pero tampoco puede acudir a los mecanismos que la norma de contratos prevé en materia de revisión de precios, viéndose en ocasiones obligado no solo a prestar el servicio *sine die*, sino a asumir íntegramente el incremento de costes que puede producirse con el paso del tiempo en la prestación del servicio, sin que la retribución a percibir se actualice en modo alguno[35]. En otras palabras, si el servicio se ha prestado desde un inicio de forma «irregular» o al margen de cobertura legal, el contratista puede verse abocado a una situación especialmente desfavorable. Debe señalarse que, si bien es cierto que el mismo colaboró en el alcance de esta situación irregular, lo que puede poner en duda su buena fe, no lo es menos que fue la Administración la que incumplió sus obligaciones en materia de contratación pública al no licitar el contrato.

En definitiva, a la vista de los distintos criterios mantenidos por los tribunales y pese al reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo, todavía son muchas las zonas grises en la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en la continuidad de prestación de servicios cuando estos se venían prestando de forma irregular desde su inicio. En particular, la aplicación de la referida doctrina puede verse obstaculizada por el hecho de que el contratista iniciase la prestación del servicio con conocimiento del carácter irregular de la prestación. La prestación realizada en el marco de un pacto irregular con la Administración pública al margen del procedimiento de licitación y, por tanto, al amparo de un *pseudocontrato*, nulo de pleno derecho, puede dificultar al contratista apelar con éxito a la doctrina del enriquecimiento injusto, habida cuenta de la dificultad de acreditar los requisitos exigidos para ello y, en concreto, el relativo a la buena fe.

3. CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

De la jurisprudencia analizada se constata que existe un consenso relativo en la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto para fundamentar la retribución del contratista que, a instancia de la Administración, ha mantenido la prestación del servicio con posterioridad a la finalización del contrato, evitando así su interrupción. No obstante, todavía existen

35. Al tratarse de supuestos que carecen de cobertura legal con carácter general no es posible aplicar ningún mecanismo de revisión de precios.

algunos aspectos dudosos como cuál es la fórmula idónea para retribuir al contratista por dicha prestación. A la fecha de redacción del presente trabajo, se espera que el pronunciamiento del Tribunal Supremo en el recurso de casación admitido a trámite mediante Auto de 9 de abril de 2025 aporte luz a la cuestión.

A mayor abundamiento, si la continuidad del servicio tiene su causa en una prórroga forzosa prevista en los pliegos, el análisis jurisprudencial muestra que se plantean con mayor frecuencia interrogantes en relación con la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en lugar de las previsiones del contrato. No obstante, sobre esta cuestión actualmente también está pendiente el pronunciamiento del Tribunal Supremo en el recurso de casación admitido a trámite mediante Auto de 20 de julio de 2023.

Por otra parte, el análisis jurisprudencial evidencia la concurrencia de una mayor incertidumbre sobre la retribución del contratista en supuestos en los que el servicio se venía prestando, desde su inicio, de forma irregular. Pese a que la STS núm. 1275/2023 de 17 de octubre, arrojó mayor claridad a la cuestión permitiendo acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto, incluso en supuestos de contratación verbal, siempre que concurran los presupuestos para apreciar el enriquecimiento injusto, todavía existen dudas sobre en qué supuestos podrá apreciarse su concurrencia.

IV. REFLEXIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN LA CONTINUIDAD DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA VISTA DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA

La elevada cantidad de litigios que suscita la problemática de la retribución del contratista en la continuidad de la prestación de servicios permite atisbar un problema todavía mayor, al que la doctrina del enriquecimiento injusto no proporciona una solución de raíz. Esto es, la necesidad de trabajar en garantizar, en el marco de la legalidad, la prestación continuada de los servicios que no son susceptibles de interrupción.

Actualmente, el único mecanismo previsto en la normativa que permite la continuidad del contratista en la prestación de los servicios cuyo contrato haya finalizado es el establecido en el art. 29.4 LCSP. Dicho precepto permite la prórroga del contrato «*hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un período máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato*» siempre que concurran los requisitos recogidos en el mismo. No obstante, la jurisprudencia demuestra que dicho precepto no ha proporcionado un cauce legal suficiente para garantizar la continuidad

de la prestación de determinados servicios. Así, si no resulta de aplicación dicho mecanismo, o si transcurrido ese periodo máximo de nueve meses todavía no se ha adjudicado el nuevo contrato, la continuidad del servicio podría verse en riesgo. Atendiendo a la normativa vigente, la Administración en aras de evitar una contratación irregular y sin cobertura legal, podría acudir, en su caso, a un contrato menor para garantizar la prestación del servicio de forma temporal[36], pero es posible que dado el importe limitado de estos contratos (*ex* art. 118 LCSP) esta figura no sea suficiente para garantizar la prestación del servicio por el tiempo que medie hasta la adjudicación de un nuevo contrato. De hecho, el análisis jurisprudencial evidencia que existen numerosos supuestos en los que la prestación del servicio continúa al margen de la legalidad, con el riesgo que esto supone para garantizar su prestación ininterrumpida y con respeto a los estándares mínimos de calidad.

La jurisprudencia analizada permite concluir que la problemática de la retribución del contratista es únicamente una consecuencia del verdadero problema. La cuestión fundamental, más allá de la retribución del contratista en estas situaciones irregulares de ultraactividad del contrato, es cómo garantizar en el marco de la legalidad la prestación sin solución de continuidad de aquellos servicios que no pueden ser objeto de interrupción. Actualmente, todavía no se han extinguido las prácticas irregulares en la contratación, existiendo una gran litigiosidad al respecto y siendo necesario trabajar y avanzar en integrar en nuestra normativa mecanismos que eviten esta situación «patológica y contraria a Derecho»[37] para garantizar la continuidad de los servicios en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público. Por tanto, es fundamental avanzar en el desarrollo de instrumentos que permitan cerciorarse, con antelación suficiente, de que la prestación de los servicios que no puedan interrumpirse quedará garantizada dentro de la legalidad. Por ello, para aquellos servicios cuya prestación no sea susceptible de interrupción —y que deberían determinarse con antelación— se propone la inclusión de una obligación de las Administraciones de iniciar la licitación del servicio (o, en su caso, los medios para asumirlo) con anterioridad suficiente a la finalización del contrato vigente. De forma tal que se «garantice» que, aun concurriendo imprevistos (p. ej., recursos que paralicen el procedimiento de licitación), la prestación del servicio no se vea interrumpida, contando en su defecto con el margen temporal que propor-

36. Por ejemplo, si no concurren las circunstancias del art. 29.4 LCSP, o si se ha excedido el plazo máximo de aplicación de este instrumento.

37. Véase MELÓN PARDO, C. y MARCOS VAQUERO, Z. «Ultraactividad del contrato público y riesgo y ventura del contratista». En CODES CALATRAVA, A. et al. (coords.) y ORTEGA BURGOS, E.; PASTOR RUIZ, F. (dirs.). Derecho administrativo 2023. Madrid. Tirant lo Blanch, 2023, p.426.

ciona el art. 29.4 LCSP. En otras palabras, la inclusión de un mecanismo que garantice una mayor planificación para la prestación de estos servicios y permita su continuidad sin la necesidad de acudir a prórrogas irregulares.

Dotar a las Administraciones de instrumentos que eviten poner en riesgo la continuidad del servicio resultará beneficioso para todos los actores implicados en la contratación pública. En primer lugar, es beneficioso para la Administración al evitar el detrimento de las arcas públicas que puede producirse como consecuencia de los recursos contencioso-administrativos suscitados por la retribución de servicios prestados sin cobertura legal y, además, impide que la Administración incurra en irregularidades para garantizar la prestación del servicio, con las responsabilidades institucionales o personales que de las mismas se pudieran derivar. En segundo término, redunda en beneficio del contratista, que obtiene una mayor seguridad no solo en cuanto a su retribución, sino en relación con el período máximo de prestación del servicio, al evitarse situaciones en las que se vea en la obligación de continuar prestándolo de forma indefinida. En tercer lugar, el beneficio más importante: el de la ciudadanía. Los ciudadanos conseguirían mayores garantías en la prestación de los servicios, tanto en lo que respecta a su eventual interrupción como a la garantía de cumplimiento de los estándares de calidad. En consecuencia, se propone la inclusión de un mecanismo que garantice la continuidad de los servicios con respeto a las exigencias de los principios que han de regir una licitación pública y evitando las situaciones irregulares que puedan dar lugar a un enriquecimiento injusto de la Administración.

Sin embargo, en tanto estas situaciones irregulares no se erradiquen, es preciso detenerse en cómo abordar la retribución del contratista. Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que «*ante una situación excepcional en que denunciado el contrato en la forma legalmente establecida y pactada, la Administración por razones de interés público unidas a la necesidad de continuidad del servicio —y mientras no se seleccione al nuevo contratista— impone coactivamente la permanencia del anterior con unas consecuencias equiparables a las producidas cuando la Administración hace uso de las facultades que forman el contenido del "ius variandi", con la ineludible contrapartida de la compensación económica a favor del contratista o concesionario de un servicio público*»[38]. Por tanto, resulta evidente que la ultraactividad del contrato debe ir acompañada de la correspondiente retribución del contratista. Pero ¿cómo se cuantifica esa retribución? Es en este punto en el que la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto plantea mayor controversia. Existen discrepancias sobre si procede aplicar al período de continuidad prestacional el precio pactado

38. STS 18/11/1986, res. 1449/1986, ECLI:ES:TS:1986:14535.

inicialmente en el contrato —o pacto suscrito entre las partes en caso de prestaciones iniciadas sin cobertura legal—, si este puede ser objeto de actualización, o si procede abonar el coste real de la prestación del servicio, como solicitan algunos contratistas.

Sin perjuicio de la elevada casuística que concurre en estos supuestos, cabe recordar que la Ley de Contratos del Sector Público establece que durante la prórroga del contrato las características de este deben permanecer «inalterables» (art. 29.2 LCSP). De acuerdo con dicha previsión, cabe considerar que si estas se ven alteradas (p. ej., ampliación del plazo de prestación, incremento sustancial de los costes de la prestación) aun si se tramitase una prórroga de acuerdo con lo previsto en la normativa de aplicación esta podría considerarse contraria a Derecho. Lo anterior determinaría que no se aplicase el marco contractual ni, en consecuencia, el precio pactado en el contrato, habida cuenta de la alteración de sus características[39]. En este escenario, no parece razonable que la Administración que actúe al margen de la legalidad, sin tramitar la prórroga de conformidad con la regulación establecida en la Ley de Contratos del Sector Público se vea beneficiada de su actuación irregular pudiendo prolongar la aplicación de las condiciones del contrato o pacto inicial —y, en particular, el precio—, cuando los elementos del contrato se han visto alterados[40].

Por tanto, cabe considerar que en aquellos supuestos de ultraactividad las características del «contrato» no permanecen inalteradas durante el período de duración de la «prórroga» irregular, al alterarse la duración del

39. En este sentido, véase GIMENO FELIÚ, J. M. «Plazos y prórrogas en la contratación pública». *Observatorio de Contratación Pública*, 2023. Disponible en: https://www.obcp.es/opiniones/plazos-y-prorrogas-en-la-contratacion-publica (último acceso: 30 de abril de 2025). El autor señala que, de conformidad con el art. 29.2 LCSP, si se produce una alteración de las condiciones establecidas en el contrato, como puede ser una alteración desproporcionada de costes imprevisible y ajena al contratista, la prórroga no sería viable, aun cuando esta estuviera prevista en los pliegos y concluye que «*salvo que la decisión de prorrogar incorpore el ajuste de la retribución a los costes reales derivados de forma imprevisible y que no fueron parte por ello de los compromisos de la oferta, no podrá imponerse una prórroga forzosamente pues el artículo 29 LCSP no habilitaría tal opción (aunque lo previera el pliego)*».

40. CANO CAMPOS, T. «Invalidez de los contratos públicos, enriquecimiento injusto y restitución». *Observatorio de Contratación Pública*, 2025. Disponible en: https://www.obcp.es/opiniones/invalidez-de-los-contratos-publicos-enriquecimiento-injusto-y-restitucion (último acceso: 30 de abril de 2025). En relación con las consecuencias de la invalidez de los contratos, dicho autor señala que la posición de los tribunales está provocando que «*la Administración tenga cada vez menos incentivos para respetar los estrictos requisitos de la contratación y cuente con más alicientes para vulnerar tales exigencias, prorrogar contra legem los contratos, ordenar ilegalmente acuerdos de continuidad o mantener los efectos de los contratos a pesar de haber declarado de oficio su nulidad*».

contrato, y no debiera aplicarse lo inicialmente pactado o recogido en el contrato. En ese caso, resulta razonable concluir que es de justicia retribuir al contratista, que no puede abandonar la prestación ante la imposibilidad de interrumpir un determinado servicio, con el coste real de la prestación del servicio, sin que pueda extenderse la aplicación del principio de riesgo y ventura al periodo de ultraactividad [41]. De lo contrario, la Administración se vería beneficiada de una actuación irregular, lo que podría incentivar a los órganos de contratación a llevar a cabo estas prácticas. Por ejemplo, acudiendo al vedado contrato verbal o retrasando la licitación de un nuevo contrato que, previsiblemente, supondría un mayor coste y prolongando, en detrimento del contratista, la aplicación de los precios establecidos en un contrato o pacto obsoleto, que ya no vincula a las partes y que no se adecúa a la realidad del mercado. Por consiguiente, admitir la aplicación del enriquecimiento injusto en la retribución del contratista que ha prestado el servicio a instancia de la Administración, garantizando que el mismo no se vea interrumpido, no solo resultaría en numerosas ocasiones de justicia material, sino que contribuiría a disuadir a la Administración de la utilización de mecanismos irregulares.

En línea con lo anterior, en estos supuestos de ultraactividad, dado que la prestación se efectúa al margen del contrato, parece razonable que no resulten de aplicación las condiciones contractuales inicialmente pactadas. Ello, porque el contratista carece de una obligación contractual y, aunque las circunstancias concurrentes y la necesidad de garantizar la prestación del servicio impidan su abandono, este no debería verse perjudicado. Por tanto, su retribución debe evitar el enriquecimiento injusto de la Administración teniendo en consideración, como se ha expuesto, el coste real de la prestación del servicio. En este sentido, como afirman MELÓN PARDO y MARCOS VAQUERO «*existe base legal más que suficiente para que se reconozca al contratista que continúa prestando el servicio más allá de la vigencia del plazo del contrato el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le provoque la ejecución de la prestación durante el periodo de ultraactividad del contrato*» [42].

En todo caso, debe señalarse que acudir al enriquecimiento injusto como vía para retribuir al contratista lleva aparejada su propia problemática. Así, parte de la doctrina ha señalado que se está «*haciendo una interpretación judi-*

41. MELÓN PARDO, C. y MARCOS VAQUERO, Z. «Ultraactividad del contrato público y riesgo y ventura del contratista». En CODES CALATRAVA, A. et al. (coords.) y ORTEGA BURGOS, E.; PASTOR RUIZ, F. (dirs.). Derecho administrativo 2023. Madrid. Tirant lo Blanch, 2023, pp. 432-435.
42. Ibid., p. 435.

cial del enriquecimiento injusto muy "dadivosa" para algunos contratistas»[43], con los perjuicios que ello conlleva para la contratación pública y el riesgo de que el erario público tuviera que soportar, *a posteriori*, reclamaciones de notable importe como consecuencia de estas actuaciones irregulares. En este sentido, podría ser relevante atender a las circunstancias concretas por las cuales el contratista debe continuar prestando el servicio: ¿No lo ha licitado la Administración? ¿Ha quedado desierta la licitación? ¿Qué precio se ha establecido? Estas circunstancias fácticas pueden proporcionar claridad sobre la concurrencia de buena fe del contratista y la procedencia de acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto. Igualmente, dado que el transcurso del tiempo puede determinar que las condiciones económicas difieran considerablemente de las pactadas en el marco contractual, puede resultar relevante atender a los precios fijados en la nueva licitación, además de las facturas presentadas por el contratista, para la determinación del coste real del servicio.

Asimismo, debe tenerse en consideración que la respuesta que se proporcione a esta cuestión tendrá repercusión más allá de lo meramente económico. Los servicios que continúan prestándose en estas condiciones son, generalmente, aquellos cuya interrupción podría tener graves consecuencias, por lo que es esencial garantizar su continuidad, así como el cumplimiento de ciertos estándares de calidad. De obligar al contratista, fuera de todo amparo legal, a continuar con la prestación del servicio sin una retribución acorde podría ponerse en riesgo la continuidad y calidad del mismo. Nótese además que ello puede provocar que el nuevo procedimiento de licitación quede desierto al generar un efecto disuasorio para los potenciales licitadores, prolongándose todavía más la situación irregular con los riesgos que esta lleva aparejados.

En conclusión, ante el recurso de la Administración a la contratación al margen de la legalidad para garantizar la continuidad de la prestación de determinados servicios, la jurisprudencia acepta, con carácter general, el uso del mecanismo del enriquecimiento injusto para lograr la retribución del contratista. Sin embargo, el empleo de esta institución se trata de un remedio provisional que no soluciona el verdadero problema: la necesidad de erradicar la prestación de servicios sin cobertura legal y garantizar su continuidad en el marco de la legalidad.

43. CANO CAMPOS, T. «Las consecuencias de la declaración de invalidez de los contratos públicos: del enriquecimiento a la restitución». *Revista de Administración Pública*, núm. 225, 2024, p. 148.

V. BIBLIOGRAFÍA

BOUSO DARRIBA, G. (2021). «Prórroga obligatoria y continuidad prestacional forzosa en los contratos públicos». *Revista Escuela Jacobea de Posgrado*, núm. 21, pp. 125-168.

CANO CAMPOS, T. (2025). «Invalidez de los contratos públicos, enriquecimiento injusto y restitución». *Observatorio de Contratación Pública*. Disponible en https://www.obcp.es/opiniones/invalidez-de-los-contratos-publicos-enriquecimiento-injusto-y-restitucion (último acceso el 30 de abril de 2025).

CANO CAMPOS, T. (2024). «Las consecuencias de la declaración de invalidez de los contratos públicos: del enriquecimiento a la restitución». *Revista de Administración Pública*, núm. 225, pp. 133-170.

DE VICENTE GONZÁLEZ, J. L. (2005). «Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración local». *Revista de Administración Pública*, núm. 168, pp. 409-441.

FORTES MARTÍN, A. (2019). «El (nuevo) contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a favor de la ciudadanía ¿consolidación o disrupción del contrato de servicio público?». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. *52.*

GIMENO FELIÚ, J. M. (2023). «Plazos y prórrogas en la contratación pública». *Observatorio de Contratación Pública*. Disponible en https://www.obcp.es/opiniones/plazos-y-prorrogas-en-la-contratacion-publica (último acceso el 30 de abril de 2025).

GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (2023). «Enriquecimiento injusto ante las consecuencias de la contratación irregular». *Revista de Administración Pública*, núm. 222, pp. 99-137.

LAZO VITORIA, X. (2019). «Contratos de servicios de régimen común y los que conllevan prestaciones directas a favor de la ciudadanía. Su virtualidad para la prestación de servicios públicos». En MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. (coord.). *La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, la LRJSP y la LRSAL*. Madrid. Wolters Kluwer España, pp. 710-736.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. (2019). «El concepto de servicio público en las LCSP. Formas de prestación de los servicios locales tras la LCSP 9/2017 y su elección». En MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. (coord.).

La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, la LRJSP y la LRSAL. Madrid. Wolters Kluwer España, pp. 51-68.

MELÓN PARDO, C. y MARCOS VAQUERO, Z. «Ultraactividad del contrato público y riesgo y ventura del contratista». En CODES CALATRAVA, A. et al. (coords.) y ORTEGA BURGOS, E.; PASTOR RUIZ, F. (dirs.). *Derecho administrativo 2023.* Madrid. Tirant lo Blanch, 2023, pp. 421-438.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.ª (2020). «El contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos». *Revista de Administración Pública*, núm. 212, pp. 375-400.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.ª (2020). «La contratación verbal irregular. Un viejo problema ¿con nuevas soluciones?» *Revista CEFLegal*, núm. 232, pp. 81-118.

Jurisprudencia:

ATS 20/07/2023, rec. 6338/2022, ECLI:ES:TS:2023:10861A.

ATS 09/04/2025, rec. 4445/2024, ECLI:ES:TS:2025:3652A.

JCCA Canarias, Informe 9/2018 de 14/12/2018 sobre continuidad en la prestación de un servicio cuya vigencia del contrato ha finalizado. Disponible en https://gobiernodecanarias.org/cmsgobcan/export/sites/hacienda/contratacion/galeria/2018_Informe_9.pdf (último acceso el 30 de abril de 2025).

STS 18/11/1986, res. 1449/1986, ECLI:ES:TS:1986:14535.

STS 15/04/2002, rec. 10381/1997, ECLI:ES:TS:2002:2629.

STS 18/07/2003, rec. 254/2002, ECLI:ES:TS:2003:5151.

STS 11/05/2004, rec. 3554/1999, ECLI:ES:TS:2004:3180.

STS 18/06/2004, rec. 2000/1999, ECLI:ES:TS:2004:4264.

STS 12/12/2012, rec. 5694/2010, ECLI:ES:TS:2012:8362.

STS 05/07/2016, rec. 1368/2015, res. 1630/2016, ECLI:ES:TS:2016:3285.

STS 17/10/2023, rec. 6316/2020, res. 1275/2023, ECLI:ES:TS:2023:4480.

STS 27/01/2025, rec. 1289/2023, res. 78/2025, ECLI:ES:TS:2025:294.

STS 28/01/2025, rec. 531/2023, res. 85/2025, ECLI:ES:TS:2025:295.

STSJ Aragón 30/09/2022, rec. 190/2021, res. 360/2022, ECLI:ES:TSJAR: 2022:1204.

STSJ Aragón 30/05/2024, rec. 530/2023, res. 210/2024, ECLI:ES:TSJAR: 2024:776.

STSJ Baleares 17/12/2020, rec. 97/2020, res. 656/2020, ECLI:ES:TSJBAL: 2020:1096.

STSJ Canarias 19/11/2020, rec. 102/2020, res. 651/2020, ECLI:ES:TSJI-CAN:2020:3953.

STSJ Canarias 28/10/2021, rec. 192/2021, res. 617/2021, ECLI:ES:TSJI-CAN:2021:3735.

STSJ Canarias 04/01/2022, rec. 694/2021, res. 4/2022, ECLI:ES:TSJICAN: 2022:1059.

STSJ Castilla-La Mancha 29/07/2024, rec. 77/2021, res. 164/2024, ECLI:ES:TSJCLM:2024:1859.

STSJ Cataluña 05/03/2024, rec. 2843/2022, res. 726/2024, ECLI:ES:TSJCAT:2024:1662.

STSJ Comunidad Valenciana 14/05/2024, rec. 314/2023, res. 298/2024, ECLI:ES:TSJCV:2024:1509.

STSJ Comunidad Valenciana 10/07/2024, rec. 322/2023, res. 455/2024, ECLI:ES:TSJCV:2024:4092.

STSJ de Extremadura 08/02/2023, rec. 162/2022, res. 57/2023, ECLI:ES:TSJEXT:2023:135.

STSJ Galicia 03/10/2023, rec. 7103/2023, res. 318/2023, ECLI:ES:TSJGAL: 2023:6681.

STSJ Madrid 04/04/2024, rec. 2249/2021, res. 214/2024, ECLI:ES:TSJM: 2024:3862.

17

Gestión y reforma de los estadios municipales de fútbol a través de un caso: La Romareda [1]

Pedro Pascual Alejandre
Graduado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. *1. Objeto de estudio. 2. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo.* II. ANTECEDENTES. *1. La construcción del estadio y la primera concesión (1957). 2. La supresión del impuesto de consumo de lujo (1962-1965). 3. La revisión del canon concesional y la ampliación del estadio (1972-1976). 4. El disfrute por vía de hecho y la cesión a precario (2003-2023). 5. El sueño de una nueva Romareda. Más de 20 años de larga espera.* III. NOTAS PRELIMINARES. *1. Los servicios públicos deportivos. 2. El dominio público. 3. Instalaciones deportivas.* IV. CONCESIÓN ADMINISTRATIVA DE CARÁCTER DEMANIAL. *1. Las concesiones fallidas de La Romareda (2015 y 2019). 2. Viabilidad y naturaleza jurídica. 3. Régimen jurídico. 4. Adjudicación. 5. Financiación de la reforma.* 5.1. Formas de financiación. 5.2. Los gastos de reforma o construcción financiados por el consistorio. *6. Canon concesional.* 6.1. Un canon flexible. 6.2. El impacto de la financiación del club en el cálculo del canon concesional. *7. Plazo. 8. Una pequeña aclaración: el contrato de concesión de obras. 9. Conclusiones.* V. EL OTORGAMIENTO DE UN DERECHO DE SUPERFICIE. *1. Una oportunidad histórica y sin precedentes. 2. Viabilidad y naturaleza jurídica. 3. Régimen jurídico. 4. Adjudicación. 5. Financiación de la reconstrucción. 6. Canon. 7. Plazo. 8. Pronunciamientos del TACPA y del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.* 8.1. El Acuerdo 62/2023, de 29 de junio, del Tribunal Administra-

1. Agradezco al profesor GIMENO FELIÚ su apoyo y guía como director del Trabajo de Fin de Grado del que es fruto este capítulo.

tivo de Contratos Públicos de Aragón A) El objeto del contrato. B) La presunta prestación complementaria. 8.2. La Sentencia 324/2024 de 26 de septiembre de 2024 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. A) La incompetencia del TACPA. B) La naturaleza del contrato. C) Desviación de poder. *9. Conclusiones.* VI. COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y LA NUEVA ROMAREDA S.L.. *1. El nuevo panorama tras el fracaso del derecho de superficie. 2. Los project finance. 3. Las sociedades de propósito especial. La Nueva Romareda S.L.*. 3.1. Naturaleza y régimen jurídico. 3.2. La Nueva Romareda S.L. como poder adjudicador. 3.3. Ayudas de Estado y vulneración del derecho europeo. *4. Financiación de la reconstrucción. 5. La gestión del nuevo estadio. 6. Plazo. 7. Conclusiones.* VII. CONCLUSIONES GENERALES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN[2]

1. OBJETO DE ESTUDIO

El Estadio Municipal de La Romareda, uno de los más emblemáticos del fútbol español, empezó a ser construido en 1956 y, tras varias reformas y ampliaciones a lo largo de su historia, ha sido derribado para la construcción de un nuevo campo, que será una de las 11 sedes españolas de la vigésimo cuarta edición de la Copa Mundial de la FIFA de 2030.

Este importante proyecto no ha sido una cuestión pacífica para la ciudad y, en concreto, para el Ayuntamiento de Zaragoza, propietario del recinto deportivo[3]. En los últimos años, han sido tres las opciones que se han llegado a plantear de manera firme para reformar o construir el nuevo estadio:

— Una concesión demanial por plazo de 75 años al Real Zaragoza S.A.D., entidad a la que se terminaría repercutiendo el importe de la remodelación y reforma financiada por el Consistorio.

— El otorgamiento de un derecho real de superficie sobre la parcela en la que se ubica el Estadio Municipal de La Romareda con el fin de que el superficiario construyese un nuevo estadio.

2. **Debido a las limitaciones de espacio de esta publicación, los ANEXOS de este capítulo no han sido incorporados a la misma y podrán ser consultados en la web del Observatorio de Contratación Pública (https://www.obcp.es/).**

3. Situación que, como veremos, cambiará en el momento en el que se terminen de edificar las nuevas instalaciones.

— La creación de una entidad de propósito especial con capital público (Ayuntamiento de Zaragoza y Gobierno de Aragón) y privado (Real Zaragoza S.A.D.) para acometer el proyecto y la posterior gestión de la infraestructura.

A pesar de que la última fórmula ha sido seleccionada como el instrumento adecuado para acometer esta reforma y, de hecho, ya se están ejecutando parte de las obras, en este trabajo se procederá a realizar un estudio pormenorizado de las tres alternativas.

Tomando como hilo conductor el caso de la Romareda, se pretende analizar los instrumentos que nos ofrece el ordenamiento jurídico para acometer la reforma de un estadio de fútbol de titularidad pública —generalmente municipal— y su posterior gestión por parte de los clubes de fútbol[4].

La Romareda no es el único Estadio propiedad de entes públicos: de un total de 75 estadios de fútbol españoles analizados, 58 de ellos son de titularidad pública[5], generalmente municipal. De esta forma, queda acreditado el interés que suscita este estudio para las diferentes administraciones públicas propietarias de estas instalaciones cuando se plantean su reforma o reconstrucción.

A pesar de que la situación de cada ciudad presenta unas características muy concretas y las conclusiones que se realicen en este trabajo respecto a la mejor opción para acometer la reforma de la Romareda no sean extrapolables en su totalidad a todos los casos, sí que es interesante que se tengan en cuenta las diferentes alternativas ya que, como se puede observar en el ANEXO II, la situación jurídica más común de estas instalaciones es la de concesión demanial, quedando el resto de instrumentos analizados condenados al olvido, especialmente la constitución de un derecho de superficie que, hasta el momento, no se ha utilizado para este tipo de complejos deportivos.

Asimismo, este trabajo puede ser de especial interés para los ciudadanos que viven en la capital aragonesa debido a que la cuestión de la reforma de La Romareda ha sido un tema muy polémico durante años, especialmente en los periodos electorales.

Este debate no es baladí para los políticos zaragozanos, principalmente por la alta asistencia de público al Estadio, cifrada en 22.535 espectadores

4. A pesar de que este estudio se circunscribe al análisis de las tres alternativas que se plantearon en Zaragoza, existen otras posibilidades para renovar o reconstruir y administrar este tipo de instalaciones deportivas, como por ejemplo la cesión de uso.
5. En el ANEXO I se pueden comprobar los Estadios analizados así como su titularidad.

de media durante la temporada 2023-2024, situando a la Romareda como el campo de fútbol con mayor presencia de aficionados en la Liga *Hypermotion*[6], superando en afluencia a 11 de los equipos que conformaban la Liga *EA SPORTS* durante la pasada campaña.

2. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

Para la realización de este trabajo he creído conveniente comenzar explicando los antecedentes de la Romareda, con el fin de demostrar la complejidad y dificultades que implican la gestión de este tipo de instalaciones, sobre todo cuando es necesario acometer una reforma o una reconstrucción. Además, he incluido unos apuntes preliminares para una mejor comprensión de los instrumentos analizados.

Tras la primera aproximación conceptual, procederé con el estudio detallado de las tres alternativas que se barajaron para reformar o construir una Nueva Romareda siguiendo el orden temporal en el que se barajaron las diferentes propuestas. De esta forma, comenzaremos analizando la concesión demanial; posteriormente, continuaremos con el estudio de la adjudicación de un derecho de superficie y, finalmente, analizaremos la utilización de una sociedad de propósito especial basada en la colaboración público-privada.

Con esta estructura se pretende seguir una línea lógico-temporal que permita al lector entender la evolución de los hechos y circunstancias que han terminado desencadenando la selección de la última fórmula coma la adecuada para acometer este importante proyecto.

Tanto en la primera como en la tercera opción haré referencias a otros campos de fútbol que se han reformado o se gestionan bajo su régimen, mientras que, en el caso del derecho de superficie, tales apuntes no serán posibles, ya que no se ha utilizado para este tipo de infraestructuras.

II. ANTECEDENTES

1. LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADIO Y LA PRIMERA CONCESIÓN (1957)

Mientras finalizaban las obras del Estadio Municipal de La Romareda, en el Consistorio de la ciudad se trabajaba en la forma de gestión que regularía el uso de las nuevas instalaciones deportivas. El Estadio se catalogó

6. https://www.heraldo.es/noticias/deportes/futbol/real-zaragoza/2024/06/07/estadio-romareda-mejores-cifras-asistencia-segunda-division-1740011.html (14-09-2024).

como bien de dominio público de servicio público y se optó por una concesión demanial.

Esta concesión fue aprobada por el Pleno del Ayuntamiento el 13 de junio de 1957 por un plazo de 30 años —hasta el 30 de agosto de 1987— y un canon anual de 50.000 pesetas.

La construcción de La Romareda había supuesto alrededor de 37 millones de pesetas a las arcas municipales, por lo que es llamativo que se estableciese un canon tan bajo. Sin embargo, en el mismo pleno en el que se aprobó la concesión[7], se ratificó un concierto fiscal con dicho club para cobrarle el Impuesto de Consumo de Lujo[8], de forma que el Ayuntamiento se aseguraba un pago mínimo de 600.000 pesetas por temporada[9].

2. LA SUPRESIÓN DEL IMPUESTO DE CONSUMO DE LUJO (1962-1965)

El primer conflicto que surgió entre Ayuntamiento y Club fue fruto de la supresión del Impuesto de Consumo de Lujo a través de la Ley 85/1962, de 24 de diciembre, sobre reforma de Haciendas Municipales. Esto suponía que, a pesar de la existencia del concierto entre ambas entidades, el Ayun-

7. La concesión fue otorgada directamente al Real Zaragoza C.D., no siendo procedente acudir a la subasta debido a que el mencionado club era el único capacitado para satisfacer los servicios deportivos que se pretendían ofrecer.

8. Este impuesto había sido cedido a los Ayuntamientos a través de la Ley de 17 de julio de 1945 de Bases de Régimen Local. En concreto, es en la base 26 de dicha norma donde se recoge la cesión de dicho tributo, siendo necesario acudir a la Circular del Ministerio de Hacienda de 31 de octubre de 1946 para comprobar las tarifas aplicables y sus respectivos objetos, en nuestro caso: «Epígrafe 26. – Quince por ciento del importe de todos los espectáculos de carácter deportivo, incluso en localidades bonificadas a los miembros de la Sociedad directiva, que satisfarán el importe conforme los precios que figuren para el público en las localidades que ocupen; las Sociedades deportivas, presentando con la debida antelación el billetaje en la oficina municipal, para su sellado, podrán acogerse al sistema de presentar al siguiente día de la celebración del espectáculo, en dicha oficina municipal, factura de liquidación del impuesto de localidades vendidas, acompañadas de las no vendidas, comprobándose la liquidación por el personal municipal, siendo deducibles las localidades no vendidas y gratuitas que determina el Reglamento de Espectáculos, pero no las llamadas de favor; el Ayuntamiento podrá acordar la intervención de la taquilla cuando lo estime oportuno». SEGURA CORTÉS, Manuel, «El traspaso del impuesto de Consumo de Lujo a los Ayuntamientos» en Revista de Estudios de la Vida Local n.º 25, C. Bermejo, Madrid, 1946.

9. De esta forma, el Consistorio se aseguraba unos ingresos anuales mínimos totales de 650.000 pesetas, aunque quedaban un poco lejos del 1.200.000 de pesetas anuales que la Comisión de Hacienda y Presupuesto había fijado como necesarios para que la construcción del estadio resultara financiera.

tamiento de Zaragoza, perdía la potestad para seguir cobrando el impuesto al Real Zaragoza y, por tanto, dicho concierto fiscal quedaba inoperante.

Tanto en la concesión como en el concierto, se habían incluido cláusulas que vinculaban íntimamente ambas relaciones jurídicas. De esta forma, se había dispuesto que la finalización de una de ellas implicaba la terminación de la otra[10]; por ello, la Comisión de Propiedades propuso la rescisión de la concesión de La Romareda[11].

Aunque sendas entidades intentaron llegar a un acuerdo de revisión o novación de la concesión demanial del Estadio, lo cierto es que las posturas se mantuvieron muy alejadas durante la primera etapa del enfrentamiento.

Mientras que en el Consistorio tramitaba la rescisión de la concesión —que fue aprobada el 12 de agosto de 1963—, el Real Zaragoza hizo dos propuestas: una primera que implicaba el pago de 215.000 pesetas anuales, independientemente del abono del canon de concesión demanial, y que fue rechazada el 22 de abril de 1963; una segunda en octubre del mismo año que elevaba la cantidad a 300.000 pesetas pero que contenía dos cláusulas[12] que el Ayuntamiento consideró inasumibles.

---

10. **Cláusula decimoséptima de la concesión demanial (1957):** «La rescisión de esta concesión comprenderá automáticamente la pérdida de la fianza y la recisión del contrato de Consumo de Lujo y viceversa».
Apartado tercero del concierto del Impuesto de Lujo (1957): «El concierto se estipula por las temporadas futbolísticas 1957-1958 y 1958-1959, comprendiendo, en su consecuencia, los partidos de fútbol que juegue el Real Zaragoza C.D. desde 1.º de septiembre de 1957 a 31 de diciembre de 1959. No obstante, si la concesión del campo de la Romareda se adjudicara al Real Zaragoza C.D., el concierto se entenderá prorrogado, sin necesidad de nuevo acuerdo, durante la vigencia de aquella. En todo caso, la terminación, por cualquier causa, de la concesión, llevará aparejada la del concierto».

11. A pesar de que la Comisión de Propiedades se centró en argumentar la rescisión de la concesión en base a la íntima relación entre concierto y concesión durante el nacimiento y desarrollo de ambas relaciones jurídicas, así como en las cláusulas anteriormente mencionadas, lo cierto es que, en base a la octava cláusula de la concesión, desde mi punto de vista, también podrían haber encontrado un argumento jurídico suficiente para dar por concluida la concesión. Considero que se podía justificar la existencia de circunstancias sobrevenidas —supresión del impuesto de consumo de lujo por parte del Estado— de interés público —importante reducción de los ingresos de una de las obras públicas más importantes de la Corporación—; sin embargo, la rescisión a través de esta cláusula implicaba la indemnización por daños al Club.
Cláusula octava de la concesión demanial (1957): «La Corporación se reserva la facultad de dejar sin efecto la concesión antes del vencimiento, si lo justificaran circunstancias sobrevenidas de interés público, mediante resarcimiento de los daños que se causaran, o son él cuando no procedieren».

12. «**3.ª)** El abono indicado quedará sin efecto, o reducido en la cuantía correspondiente, en el caso de que se dicten normas legales que impongan a favor del Estado,

Ante esta situación, el Real Zaragoza interpuso un recurso de reposición contra el acuerdo plenario que extinguía la concesión, el cual fue desestimado por el Ayuntamiento mediante acuerdo plenario el 14 de noviembre de 1963. El Club convencido de sus argumentos jurídicos presentó un recurso contencioso-administrativo frente al acuerdo de desestimación de su recurso de reposición, que fue resuelto por la Sala de la Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Zaragoza en la Sentencia 82/1964 de 30 de noviembre.

En dicha resolución, la Sala asumió la tesis del consistorio, y consideró que la voluntad de ambas entidades era la de «gemelar la vida de ambos contratos» y que, por ello, el canon concesional del estadio se había fijado en 50.000 pesetas, haciendo inimaginable e inasumible dicha cantidad sin la firma del concierto fiscal. Basándose en estos argumentos, los Magistrados consideraron que «la desaparición del objeto y la imposibilidad de cumplimiento del convenio sobre el Impuesto, acarrean la del de concesión del Campo», por lo que el recurso interpuesto por el Real Zaragoza fue desestimado.

Dicha sentencia fue recurrida en apelación ante Tribunal Supremo; sin embargo, paralelamente, el 8 de noviembre de 1965, el Real Zaragoza volvió a realizar una propuesta de mejora del canon concesional, elevándolo a 450.000 pesetas y un aumento del 10% cada 5 años; su aceptación por parte del Ayuntamiento implicaría el desistimiento en el recurso que se había presentado, siendo necesario que el Consistorio restableciese la concesión demanial con las nuevas condiciones.

Finalmente, el Ayuntamiento restableció la concesión demanial con los cambios pertinentes en el Pleno de 11 de noviembre de 1965.

3. LA REVISIÓN DEL CANON CONCESIONAL Y LA AMPLIACIÓN DEL ESTADIO (1972-1976)

En 1972, la situación económica del Real Zaragoza era delicada por lo que en dos ocasiones —17 de marzo y 2 de noviembre— se solicitó al Ayun-

---

Provincia o Municipio, nuevos gravámenes fiscales en forma de impuestos, arbitrarios o tasas o se eleven los vigentes actualmente. Si el importe anual del nuevo gravamen o de la elevación de los actuales representas cifra superior a trescientas mil pesetas quedaría suspendida la compensación aludida y si el importe fuese inferior se reduciría la compensación en la misma cifra.

4.ª) Esta oferta queda condicionada a que se reponga el acuerdo municipal de 10 de agosto de 1963 y se admite en consecuencia la vigencia y eficacia plena del Contrato de 13 de junio de 1957, sin que en otro caso implique renuncia alguna a los derechos que considere poseer el Real Zaragoza C.D.».

tamiento la revisión del canon concesional contenido en la cláusula sexta del contrato[13], que había sido objeto de modificación en 1965. De nuevo, el 11 de abril de 1973 se volvió a dirigir un escrito al Consistorio en la misma línea que los anteriores. Meses más tarde, durante el mes de enero de 1974, tras la negativa del Consistorio de ampliar el Estadio, el Real Zaragoza mostró interés por su adquisición e insistió en la necesidad de acometer dichas obras.

El Pleno, en julio de 1974, aprobó una propuesta realizada por la Comisión de Propiedades y le sugirió al Real Zaragoza disminuir el canon anual a 10.000 pesetas, siempre y cuando se redujese el plazo concesional en 9 años, finalizando la concesión el 30 de agosto de 1978, con posibilidad de prórroga[14]. La propuesta no fue aceptada por parte del Club.

Numerosas negociaciones y propuestas se sucedieron en el tiempo hasta que, el 12 de julio de 1975, el Club fue autorizado para ejecutar la ampliación del Estadio valorada en poco más de 80 millones de pesetas, con cargo al erario público, recayendo la responsabilidad de abonar los sobrecostes en el Real Zaragoza.

Asimismo, se procedió a realizar una serie de modificaciones en la concesión que estaba vigente. Los cambios más significativos fueron la elevación del canon a 3.500.000 pesetas revisables cada cinco años y la fijación del final de la concesión el 30 de agosto del año 2000.

La concesión sufriría dos modificaciones más hasta su extinción:

— En 1976, se reformó la cláusula sexta del convenio, especificando que el Club abonaría al Consistorio 450.000 pesetas en concepto de canon concesional, y 3.050.000 pesetas en concepto de amortización del coste de las obras de ampliación. Asimismo, se comprometía a desembolsar unos intereses del 3,1079% sobre las 80.438.100 pesetas que el Ayuntamiento había pagado al Real Zaragoza con el fin de que acometiera la ampliación del Estadio. La primera anualidad

13. «**6.ª.** – El canon de esta concesión será el de CUATROCIENTAS CINCUENTA MIL PESETAS (450.000 – pts.) anuales, pagaderas por trimestres anticipados de CIENTO DOCE MIL QUINIENTAS PESETAS (112.500 – pts.) cada uno, que deberán ser ingresadas en la Caja Municipal dentro de los diez primeros días de cada trimestre. El importe del canon se aumentará en un 10% cada cinco años, los cuales se contarán a partir de 1.º de enero de 1966. El canon establecido tendrá efecto retroactivo a 1.º de enero de 1966, dividido en trimestres adelantados».

14. «**2.ª.** – La concesión finará en treinta de agosto de mil novecientos setenta y ocho, pudiendo prorrogarse tácitamente por periodos de un año, a partir de dicha fecha, si cualquiera de las partes no declara su voluntad expresa con tres meses de antelación, de darlos por concluido».

sería de 2.500.000 pesetas, siendo el resto inferiores al aplicar una reducción de 94.791 pesetas cada año.

— En 1997, el Real Zaragoza, ya constituido como Sociedad Anónima Deportiva[15], se subrogó en la precitada concesión.

4. EL DISFRUTE POR VÍA DE HECHO Y LA CESIÓN A PRECARIO (2003-2023)

Una vez expirado el tiempo de concesión, el Real Zaragoza no dejó de utilizar el Estadio y, por su parte, el Ayuntamiento tampoco ejerció la potestad de recuperación posesoria que reconocida en el artículo 55 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Fue en 2013 cuando se decidió regularizar el uso del estadio y ceder a precario el recinto municipal, de forma que el Real Zaragoza podía disfrutar de las instalaciones para su actividad deportiva, asumiendo los gastos de suministros y servicios provocados por aquella, así como los correspondientes a la conservación del Estadio.

Esta cesión se realizó por un máximo de 10 años, con la posibilidad de que el Consistorio la revocase en cualquier momento argumentando motivos de interés público sin generar derecho de indemnización a favor del Club.

5. EL SUEÑO DE UNA NUEVA ROMAREDA. MÁS DE 20 AÑOS DE LARGA ESPERA

A finales del siglo XX, la situación del estadio era ya complicada. Dos informes técnicos, uno encargado por el Club y otro elaborado por un arquitecto municipal, apuntaban a que era necesario adecuar las instalaciones. Surgía entonces la duda de si era preferible remodelar el estadio o construir uno nuevo, siendo la segunda opción la recomendada por los arquitectos Fernando Andrés Pérez y Guillermo Ortego Carretero, quienes apuntaron que «[...] nuestra recomendación iría más hacia la construcción de un nuevo campo, pues creemos que la reforma puede ser tan cara como la nueva construcción y sin duda, los resultados serán insatisfactorios»[16].

15. La conversión del Real Zaragoza Club Deportivo en el Real Zaragoza Sociedad Anónima Deportiva fue acometida por prescripción legal, tras la aprobación del Real Decreto 1084/1991, 5 de julio, sobre Sociedades Anónimas Deportivas.
16. Trabajo encargado por el Ayuntamiento de Zaragoza: «Un campo de Fútbol para la Zaragoza del futuro. Estudio de evaluación de alternativas sobre remodelación del campo de fútbol "La Romareda" o construcción de un nuevo estadio» (agosto 2002).

Tras la aprobación inicial de una modificación aislada del plan general (26 de julio del 2002) y con la formulación del plan parcial para el sector SUZ89/4 (29 de noviembre del 2002), se pretendía construir el nuevo estadio en el incipiente barrio de Valdespartera, mientras que los terrenos de la vetusta Romareda se destinarían a usos lucrativos con la posibilidad de construir 950 viviendas. Asimismo, se convocó un concurso de ideas para el nuevo estadio, en el que resultó vencedor el estudio de Ricardo Bofill.

Sin embargo, el Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón informó desfavorablemente la modificación del Plan General y, a pesar de la interposición de un su recurso de alzada ante el Gobierno de Aragón frente al acuerdo del COTA, con el cambio del gobierno municipal en 2003, ya no se recurrió ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, por lo tanto, esta vía fue abandonada.

Tras el fracaso de este proyecto, el Ayuntamiento se replanteó las actuaciones sobre la Romareda de tal forma que, a través de la modificación n.º 7 del PGOU de Zaragoza, se amplió el área del sistema general, con el fin de disponer un área de intervención que permitiese afrontar los gastos de reconstrucción del estadio *in situ*. En esta ocasión fue el arquitecto Carlos Lamena quién firmó el nuevo proyecto (2005), que tampoco se llegaría a ejecutar.

Es en el año 2007 cuando la Corporación vuelve a interesarse por la vieja Romareda y, en este caso, se retoma la decisión de trasladar el estadio, aunque a un barrio distinto: San José, cuyo plan parcial reservaba una parcela para usos deportivos. El Proyecto Sicilia y Asociados fue el que ganó el concurso de ideas, aunque con la llegada de la crisis en 2008 nunca llegó a materializarse.

La última reforma planteada, anterior a las actuaciones objeto de análisis de este trabajo, fue firmada por el arquitecto municipal Ricardo Usón García en 2011, pero, finalmente, también fue abortada.

El clamor popular sobre la necesidad de construcción —o por lo menos la reforma— de un nuevo estadio ha ido en aumento. Además, el deterioro de las instalaciones con el paso del tiempo ha sido más patente[17], incluso con episodios de algún desprendimiento en el edificio adyacente o el cre-

17. Informe de junio de 2016 sobre la situación de La Romareda elaborado por la Dirección de Arquitectura del Ayuntamiento de Zaragoza.

cimiento de plantas en las gradas durante los periodos estivales[18]. Por todo ello, la necesidad de actuar sobre el estadio en los últimos años se ha convertido en algo imperativo, siendo tres las fórmulas que se han planteado para acometer la reforma o reconstrucción del campo:

— Concesión administrativa de carácter demanial (2015 y 2019) —APARTADO IV

— Otorgamiento de un derecho de superficie (2022) – APARTADO V

— Colaboración público-privada (2023) – APARTADO VI

III. NOTAS PRELIMINARES

Antes de proceder al desarrollo de las diferentes alternativas planteadas vamos a bosquejar una serie de conceptos y cuestiones que nos ayudarán a contextualizarlas.

1. LOS SERVICIOS PÚBLICOS DEPORTIVOS

Tras observar los enormes problemas que pueden llegar a surgir entre Ayuntamiento y Club de Fútbol, situación que se ha dado no sólo en Zaragoza, sino también a lo largo y ancho de todo el territorio español, serán muchos los ciudadanos que se planteen la siguiente pregunta: ¿por qué los consistorios asumen la construcción de los estadios de fútbol en vez de permitir que sean los propios clubes los que se financien sus propias infraestructuras?

La respuesta parte de la obligación de las entidades locales de servir con objetividad los intereses generales que les están encomendados *ex artículo* 6.1 LBRL. Para lograr este objetivo, el artículo 25.2.l) de dicha ley reconoce como una de las competencias propias de los Municipios la «Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre»[19]. Su ejecución debe de regirse por lo dispuesto en la normativa estatal o autonómica que regule dicha materia.

18. https: //www.heraldo.es/multimedia/imagenes/aragon/susto-por-un-desprendimiento-de-un-techo-de-la-romareda/ (03/01/2025). https://www.heraldo.es/noticias/aragon/zaragoza/2019/05/17/elecciones-municipales-zaragoza-2019-romareda-otros-recintos-programas-electorales-1315163.html (13/01/2025).

19. En el artículo 101.2.a) *in fine* de la Ley de Régimen Local aprobada en el 16 de diciembre de 1950, ya se recogía como competencia general de los Municipios la construcción de campos de deportes.

La legislación que habremos de tomar como base para ver las competencias en cuanto a servicios deportivos municipales es la autonómica, ya que las comunidades autónomas en base al artículo 148.1. 19.ª CE han asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía la competencia en materia de promoción del deporte. En el caso del Ayuntamiento de Zaragoza, acudimos al artículo 7.3 de la Ley 16/2018, de 4 de diciembre, de la actividad física y el deporte de Aragón:

> «Corresponden a los municipios aragoneses las siguientes competencias en materia de actividad física y deporte:
>
> a) **Fomentar, promover y difundir el deporte y la actividad física.**
>
> b) **Construir, equipar y gestionar instalaciones y equipamientos deportivos**[20].
>
> c) Velar por la reserva de espacio para la construcción de estas instalaciones en sus instrumentos de ordenación urbanística.
>
> d) Controlar e inspeccionar el uso y aprovechamiento de las instalaciones deportivas.
>
> e) Colaborar con la ejecución de programas para la promoción de la actividad física y el deporte, de acuerdo con los criterios establecidos por la Comunidad Autónoma de Aragón.
>
> f) Promover y fomentar el asociacionismo deportivo.
>
> g) Autorizar la realización de actividades físicas y deportivas en los bienes e instalaciones públicas municipales de los que sea titular y en aquellas otras cuya gestión tenga encomendada.

20. En el mismo sentido: art. 8.3 Ley 3/2012, de 2 de abril, del deporte de Galicia; art. 15.2.a) Ley 5/2022, de 29 de junio, de Actividad Física y Deporte del Principado de Asturias; art. 7.e) Ley 2/2000, de 3 de julio, del Deporte de Cantabria; art. 5.b) Ley 2/2023, de 30 de marzo, de la actividad física y del deporte del País Vasco; art. 7.e) Ley Foral 15/2001, de 5 de julio, del Deporte de Navarra; art. 9.2.b) Ley 1/2015, de 23 de marzo, del ejercicio físico y del deporte de La Rioja; art. 10.1.b) Ley 3/2019, de 25 de febrero, de la Actividad Físico-Deportiva de Castilla y León; art. 23.1.b) Ley 15/1994, de 28 de diciembre, del Deporte de la Comunidad de Madrid; art. 7.1.e) Ley 5/2015, de 26 de marzo, de la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha; art. 39.1.b) Decreto legislativo 1/2000, de 31 de julio, por el que se aprueba el Texto único de la Ley del deporte de Cataluña; art. 7.1.e) Ley 2/2011, de 22 de marzo, del deporte y la actividad física de la Comunitat Valenciana; art. 10.b) Ley 8/2015, de 24 de marzo, de la Actividad Física y el Deporte de la Región de Murcia; art. 9.18.b) Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía; art. 8.1.º.b) Ley 2/1995, de 6 de abril, del Deporte de Extremadura; art. 12.2.b Ley 1/2019, de 30 de enero, de la Actividad Física y el Deporte de Canarias; art. 29.2.y) Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears (es el único caso que no habla directamente de gestión, sino únicamente de regulación y gestión de instalaciones deportivas).

h) Organizar o colaborar en la organización de competiciones o actividades deportivas de ámbito municipal, sin perjuicio de las competencias que, en materia de competiciones oficiales, tienen las federaciones deportivas aragonesas.

i) Regular y conceder, dentro del ámbito del municipio, ayudas económicas para la promoción de la práctica deportiva.

j) Cualquier otra establecida por la legislación básica estatal y la legislación de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de régimen local».

Como podemos observar, no hay duda de que los Ayuntamientos están habilitados legalmente para acometer la edificación de instalaciones deportivas. Estamos ante una competencia municipal, sin perjuicio de que aquellos clubes de fútbol que quieran —o, más bien, puedan—, se construyan sus propios estadios.

Sin duda, esta situación puede resultar curiosa debido a que, tal y como indica DE LA PLATA CABALLERO, «[...] el deporte es privado, es una actividad de naturaleza privada, nacido y estructurado en asociaciones privadas [...]», pero tal y como él mismo apostilla, estas características son propias del nacimiento de la actividad deportiva. Llega un momento en el que dicha actividad adquiere tal relevancia que es necesaria la intervención de los poderes públicos[21], que en el caso español tienen asignados el fomento del deporte en el artículo 43.3 CE, erigiéndose como uno de los principios rectores de la política social y económica.

Así, muchos ayuntamientos han terminado asumiendo la construcción y reforma de estas instalaciones deportivas que, en muchas ocasiones, sin el apoyo municipal no podrían haber sido ejecutadas por los propios clubes. Al fin y al cabo, los estadios de fútbol son infraestructuras costosas y la situación económico-financiera de muchas entidades balompédicas no se caracteriza precisamente por su fortaleza.

2. EL DOMINIO PÚBLICO

Estas instalaciones, dado que tienen como vocación la promoción del deporte, son afectadas a dicho servicio público, lo que las convierte en bienes de dominio público. Esta clasificación no es baladí porque repercute directamente en las posibilidades que se pueden plantear a la hora de construir el estadio de fútbol y, en general, cualquier otro tipo de bien demanial.

21. DE LA PLATA CABALLERO, Nicolás Francisco, «Los servicios públicos deportivos», Universidad Europea-CEES Ediciones, Madrid, 2001, pp. 134-136.

Sin ánimo de exhaustividad, partiendo del artículo 132 CE podemos afirmar que existen cuatro categorías de bienes públicos clasificados según su naturaleza jurídica: bienes de dominio público, bienes patrimoniales, bienes comunales y bienes del Patrimonio Nacional[22]. Todos ellos conforman el entramado de recursos materiales que permiten a las Administraciones Públicas cumplir con su servicio a los intereses generales *ex artí*culo 103 CE.

Los bienes de dominio público se caracterizan por ser de titularidad pública —en nuestro caso municipal— y por estar afectos al uso general o servicio público, salvo aquellos que legalmente hayan sido calificados directamente como demaniales (art. 5.1 LPAP). La inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad se erigen como los tres principios básicos del dominio público, teniendo un impacto incuestionable sobre su régimen de utilización.

Los bienes demaniales, como *res extra commercium*, se encuentran excluidos del tráfico jurídico privado; sin embargo, esto no supone que los sujetos privados se vean imposibilitados a realizar un uso de ellos. De esta forma, acudiendo a las normas del derecho administrativo, observaremos que los bienes dominicales pueden ser utilizados por la propia administración (uso directo) o por particulares. En este último caso se pueden dar tres tipos de usos (arts. 85 LPAP, 75 RBEL y 73 a 75 RBASOELA):

- **Uso común o general –** caracterizado por un disfrute sin afectar al disfrute del resto de sujetos.
- **Uso común especial –** a pesar de no impedir el aprovechamiento de los demás, implica la concurrencia de una serie de circunstancias (peligrosidad, intensidad, preferencia, rentabilidad singular o similares) que suponen «un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de este».
- **Uso privativo –** que, en palabras de la propia ley, determina la ocupación de una porción del dominio público, de modo que se limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados.

En el caso de los estadios de fútbol, la utilización efectuada por parte de los clubes es, generalmente, de carácter privativo.

22. MOREU CARBONELL, Elisa, «Los bienes públicos» en *Manual de Derecho administrativo. Revista de Derecho Público,* Marcial Pons, Madrid, 2024, p. 749.

3. INSTALACIONES DEPORTIVAS

Por último, me gustaría aclarar qué instalaciones deportivas son objeto de análisis en este trabajo. Dentro de la competencia municipal de «Construir, equipar y gestionar instalaciones y equipamientos deportivos», cabe incluir una enorme variedad de equipamientos deportivos; pero, en nuestro caso, la instalación deportiva que se analiza es el estadio principal de un municipio[23], en el que se aspira a albergar las competiciones nacionales e internacionales futbolísticas de mayor nivel posible, de acuerdo con las limitaciones que presente.

De esta forma, quedarían fuera de este trabajo cualquier otro tipo de campo de fútbol o centro deportivo de menor envergadura, con los que se pretenden satisfacer otras necesidades más centradas en la dotación de instalaciones para la actividad deportiva directa de asociaciones deportivas y de la ciudadanía en general. La forma de gestionar estos equipamientos es completamente distinta a la que vamos a explicar inmediatamente.

Por último, me gustaría aclarar que: campo de fútbol, instalaciones deportivas, complejo deportivo... serán términos utilizados para hacer referencia al estadio principal de una localidad. Con ello se pretende dotar de mayor dinamismo y riqueza lingüística a este trabajo.

IV. CONCESIÓN ADMINISTRATIVA DE CARÁCTER DEMANIAL[24]

1. LAS CONCESIONES FALLIDAS DE LA ROMAREDA (2015 Y 2019)

En plena campaña preelectoral, durante el mes de abril de 2015, el Real Zaragoza solicitó el otorgamiento de una concesión sobre el Estadio Municipal de La Romareda durante 75 años.

Se iniciaron los trámites pertinentes e incluso se redactaron los pliegos que regirían la futura utilización del estadio, estableciéndose el marco básico —muy básico— para acometer la remodelación de las instalaciones, aunque sin delimitar un horizonte temporal para su ejecución.

23. En el ANEXO I se puede comprobar alguna excepción, ya que hay municipios que cuentan con más de un estadio de gran envergadura al que le sería aplicable este estudio.
24. En el ANEXO III se recogen en un cuadro las diferentes concesiones demaniales que hay otorgadas sobre campos de fútbol municipales y sus principales características. Asimismo, están las concesiones *non natas* de La Romareda de los años 2015 y 2019, y la concesión de 1957 (teniendo en cuenta la ampliación del plazo que se hizo con las modificaciones).

Estos pliegos fueron sometido a información pública[25], pero el resultado de las elecciones del 24 de mayo de 2015 y el cambio del Gobierno Municipal que se produjo, impactó de manera significativa en el futuro de La Romareda, ya que se suspendió la tramitación de la concesión.

Tuvieron que pasar 4 años para que el 18 de octubre de 2019 se firmara un convenio de colaboración entre el Consistorio y el Club, mediante el cual, el Ayuntamiento de Zaragoza se comprometía a remodelar y reformar el Estadio de La Romareda, asumiendo la financiación de las obras.

Una vez extinta la cesión de uso a precario y tras la remodelación del campo de fútbol, se procedería a otorgar directamente al Real Zaragoza una concesión administrativa de carácter demanial sobre las nuevas instalaciones deportivas. Por su parte, el Club abonaría el coste total de la reforma del estadio a través de un canon concesional que se establecería teniendo en cuenta diversos factores.

Debido a la crisis sanitaria, entre otras circunstancias, el convenio no llegó a cumplirse y no hubo ni reforma ni concesión alguna. Pese a ello, procederemos a analizar las escasas características que se previeron en el Convenio de Colaboración, así como los pliegos del año 2015, de forma que podamos entender las implicaciones que hubiesen supuesto acometer la reforma y gestión de La Romareda a través de este instrumento jurídico.

2. VIABILIDAD Y NATURALEZA JURÍDICA

Tal y como apuntábamos en las notas preliminares, el derecho administrativo regula la utilización de los bienes dominicales. En nuestro caso, para que un club pueda utilizar de forma privativa un estadio de fútbol calificado como dominio público, según los artículos 84.1 y 86.3 LPAP, necesitará de un título habilitante suficiente que se lo permita: una concesión demanial[26].

Matizando la definición dada por el profesor FERNÁNDEZ ACEVEDO[27], podríamos definir la concesión de dominio público como el título jurídico previsto por el legislador para que la Administración otorgue a uno

25. Anuncio en el Boletín Oficial de Aragón n.º 103, de 2 de junio de 2015.
26. En el mismo sentido se pronuncian los artículos 78.1.a) RBEL y 81.a) RBASOELA.
27. «[...] la concesión de dominio se configura como el título jurídico por el que la Administración otorga a uno o varios sujetos el derecho exclusivo y excluyente de utilizar, ocupar o aprovechar de modo privativo una porción de un bien de dominio público, con carácter temporal pero estable, para un fin concreto y en virtud del interés público expresado en la norma reguladora». FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, «Las concesiones administrativas de dominio público», Civitas, Madrid, 2007, p. 62.

o varios sujetos el derecho exclusivo y excluyente de utilizar, ocupar o aprovechar, de forma privativa, por entero o parcialmente un bien de dominio público, durante un período de tiempo determinado, para un fin concreto y en virtud del interés público; sin perjuicio de que también se puedan ver satisfechos los intereses particulares del concesionario.

A pesar de que esta definición general engloba todas las concesiones dominicales, independientemente de las características del bien en cuestión, lo cierto es que el régimen jurídico aplicable es cuanto menos complejo. De hecho, la legislación especial[28] es de preferente aplicación sobre los preceptos que regulan las concesiones en la LPAP, aunque estos tengan la calificación de legislación básica[29].

A esta situación se le añade el debate existente en torno a su naturaleza jurídica. Mientras que hay algunos autores que defienden que nos encontramos ante un acto unilateral administrativo, otros se decantan por la figura contractual, sin olvidar que también se han adoptado posturas intermedias[30].

Pese a que la legislación no determine expresamente la naturaleza de las concesiones, hecho que zanjaría la controversia, coincido con el profesor FERNÁNDEZ ACEVEDO con que nos encontramos ante un acto unilateral administrativo[31]. Son numerosos los argumentos que se pueden alegar, pero uno de los fundamentales se encuentra en el artículo 9.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, excluyendo del ámbito de su aplicación a las concesiones de bienes de dominio público[32] (sin perjuicio de las remisiones que se puedan realizar a determinados preceptos de dicha ley, como la del artículo 94 LPAP a la LCSP respecto a las prohibiciones para ser titular de concesiones demaniales).

28. Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, etc., así como sus reglamentos de desarrollo.
29. Puede resultar contradictorio, pero el artículo 84.3 LPAP es muy claro y en caso de existir legislación especial, la normativa respecto a las concesiones de la LPAP es supletoria: «Las concesiones y autorizaciones sobre bienes de dominio público se regirán en primer término por la legislación especial reguladora de aquéllas y, a falta de normas especiales o en caso de insuficiencia de éstas, por las disposiciones de esta ley». Véase, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «Sistema jurídico de los bienes públicos», Cizur Menor, Navarra, 2012, p. 74.
30. Las diferentes opiniones doctrinales aparecen contrastadas en FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, «Las concesiones...» cit., pp. 113-121.
31. FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, «Las concesiones...» cit., pp. 121-131.
32. Aunque esto no excluiría de manera definitiva la calificación de las concesiones demaniales como contratos, ya que podríamos encontrarnos ante un contrato atípico, MOREU CARBONELL, Elisa, «Los bienes...» cit., p. 761.

Sin embargo, me gustaría matizar que no estaríamos ante un acto unilateral puro, ya que está supeditado a que la contraparte, en este caso una entidad deportiva, acepte la concesión demanial para que pueda surtir efectos.

Los clubes de fútbol se encuentran en una situación mucho más privilegiada que los concesionarios de otro tipo de bienes dominicales. Esto se debe a diversos factores: la naturaleza de las instalaciones, cuyos costes son bastante elevados; el hecho de que exista normalmente un solo club por municipio que sea capaz de gestionar eficazmente el estadio municipal; y el coste político que puede suponer para el gobierno local un conflicto con el principal club de fútbol de la ciudad, que suele contar un importante apoyo social.

Por todo lo antedicho, es evidente que antes de proceder a la concesión demanial de un campo de fútbol, el Consistorio deberá de negociar las condiciones con el Club, con el fin de que finalmente acepte la concesión. Dentro de dichas condiciones no hay obstáculo a la imposición al Club de realizar reformas en las instalaciones, de hecho, en el artículo 93.4 párrafo segundo LPAP se reconoce implícitamente tal posibilidad: «No estarán sujetas a la tasa cuando la utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público no lleve aparejada una utilidad económica para el concesionario, o, aun existiendo dicha utilidad, la utilización o aprovechamiento entrañe condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquélla».

Asimismo, a diferencia de lo que ocurre con los negocios vinculados a los bienes patrimoniales, no existe ningún límite cuantitativo a la imposición de prestaciones que se subsuman en el objeto de los contratos previstos en la LCPS.

Concluida esta apreciación, podemos confirmar que la concesión demanial es una técnica jurídica adecuada para acometer la gestión y, en su caso, la reforma o construcción de un estadio municipal de fútbol calificado como bien de dominio público[33].

33. No es posible la utilización de otras figuras previstas para la gestión de bienes patrimoniales, como por ejemplo un contrato de arrendamiento. En Oviedo, durante 14 años, el Estadio Nuevo Carlos Tartiere fue utilizado de manera irregular por parte del Real Oviedo, ya que, aunque se había firmado un contrato de arrendamiento, las instalaciones estaban calificadas como bien de dominio público. En el año 2014, tras la solicitud de ampliación de la vigencia del contrato de arrendamiento por parte del Club, se procedió a regularizar la situación del Estadio, constituyéndose una concesión demanial.

3. RÉGIMEN JURÍDICO

Para los estadios municipales de fútbol, el régimen jurídico de sus concesiones demaniales hay que conectarlo con el régimen de los bienes de las entidades locales. La normativa que lo regula es algo compleja y está compuesta por un conjunto de leyes y reglamentos de carácter estatal y autonómico, por ello, es importante establecer el orden en que se deben aplicar dichas normas[34]:

1.º. En primer lugar, habría que aplicar la normativa estatal sobre bienes de las administraciones públicas de carácter básico:

   a. Preceptos básicos de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas *ex artí*culo 2.2 en relación con la Disposición Final Segunda.

   b. Preceptos básicos del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas según lo dispuesto en su Disposición Final única.

2.º. Normas básicas en materia de régimen local:

   a. Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

   b. Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

3.º. La normativa autonómica sobre régimen local y régimen de los bienes locales:

   a. Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón.

   b. Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón.

34. CEBRIÁN ABELLÁN, Manuel, «El patrimonio de las entidades locales. Régimen jurídico tras la promulgación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas y su Reglamento (RD 1373/2009); la Ley del Suelo (TRLS) y la LCSP (Ley 30/2007)», Bosch, Barcelona, 2010, pp. 59-71. En nuestro caso nos circunscribiremos al régimen jurídico correspondiente a los bienes de las entidades locales aragonesas.

4.º. Normativa estatal no básica en materia de régimen local y bienes de las entidades locales:

   a. Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales[35].

5.º. Ordenanzas propias de cada entidad.

6.º. Normativa integrante del ordenamiento jurídico administrativo y civil:

   a. Preceptos no básicos de la LPAP y de su reglamento de desarrollo.

      Si acudimos a las normas indicadas y a los artículos básicos, podremos observar cómo el régimen concreto de las concesiones demaniales para las entidades locales queda desarrollado principalmente en la LPAP y los reglamentos autonómico y estatal. Por su parte, la LBRL como la LALA se limitan a establecer los órganos competentes para aprobar las concesiones en el ámbito local[36] y, además, su contenido es el mismo debido a la preeminencia de la LBRL sobre la LALA.

      Es cierto que el artículo 84.3 LPAP, de carácter básico, dispone que: «Las concesiones y autorizaciones sobre bienes de dominio público se regirán en primer término por la legislación especial reguladora de aquéllas y, a falta de normas especiales o en caso de insuficiencia de éstas, por las disposiciones de esta ley»; sin embargo, esto no afecta al régimen expuesto, ya que la normativa sobre régimen local no entraría dentro del concepto de legislación especial, utilizado para para referirse a las leyes en materia de costas, minas, aguas, carreteras...

Si nos circunscribimos a los artículos concretos sobre concesiones demaniales, el orden de prelación es el siguiente:

1.º Legislación básica de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas – artículo 84; artículo 91, apartado 4; artículo 92, apartados 1, 2, y 4; artículo 93, apartados 1, 2, 3 y 4; artículo 94; artículo 97;

35. Este reglamento es de aplicación supletoria en aquellas Comunidades Autónomas con normativa autonómica sobre bienes de entidades locales, sin embargo, es norma clave en el resto de las autonomías.

36. El artículo 211 LALA no nos debe despistar porque, aunque haba de concesiones administrativas, se está refiriendo a las concesiones de servicios públicos y no de bienes demaniales.

artículo 98; artículo 100; artículo 101, apartados 1, 3 y 4; artículo 102, apartados 2 y 3; artículo 103, apartados 1 y 3.

2.º El artículo 21.1.o); artículo 22.2.ñ); artículo 33.2.m); artículo 34.1.l); artículo 47.2. j); artículo 58.2; artículo 118.1.A).a) y artículos 79 a 83 de la Ley de Bases del Régimen Local; así como, los artículos 74 a 87 TRRL.

3.º La Ley de la Administración Local de Aragón, con un contenido muy similar a los artículos de la LBRL, tiene referencias a las concesiones demaniales en el artículo 29.2.f); artículo 30.1.m) y s); artículo 126.4.h); artículos 169 a 173; artículos 177 a 182.

4.º El Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón – artículos 81 a 94.

5.º El Reglamento de Bienes de las Entidades Locales – artículos 74 a 87.

6.º Régimen no básico de la LPAP – preceptos referidos a concesiones demaniales que no se encuentren en los mencionados *supra*.

4. ADJUDICACIÓN

Si analizamos la forma de adjudicación de las concesiones demaniales de los estadios de fútbol por parte de los Ayuntamientos, podemos observar que existen dos formas: el régimen de concurrencia o el otorgamiento directo.

Como base para clarificar el procedimiento adecuado, debemos acudir al artículo 93.1 LPAP, que establece como procedimiento general el régimen de concurrencia. Sin embargo, matiza que es posible otorgar directamente una concesión de dominio público cuando se cumplen dos premisas:

1.ª Encontrarnos ante alguno de los supuestos previstos en el artículo 137.4 LPAP.

2.ª La existencia de circunstancias excepcionales debidamente justificadas.

Por su parte, al analizar los artículos 83.1 RBASOELA y 78.2 RBEL, nos encontramos con que la única forma posible para otorgar una concesión de demanial sería la licitación pública, quedando excluida la adjudicación directa. Ambos reglamentos, al negar la posibilidad de otorgar directamente una concesión a las entidades locales, que sí tienen reconocida en la

LPAP, están vulnerando una ley, supuesto terminantemente prohibido por el artículo 128 LPAC. Sin embargo, hay que recordar que tanto RBEL como RBASOELA son de aplicación preferente sobre la normativa no básica de la LPAP tal y como hemos indicado *supra*, por lo que debemos de comprobar el carácter de los preceptos implicados antes de precipitarnos a la hora de dar una respuesta a esta cuestión.

El artículo 93.1 es básico y de aplicación directa, sin embargo, dado el régimen de supletoriedad del resto de artículos no básicos de la LPAP, entre los que se encuentra el artículo 137.4, se nos plantea la duda de si es de aplicación preferente o no sobre los preceptos reglamentarios. De no ser así, sólo cabría la adjudicación directa de los estadios municipales a través de algún supuesto definido en alguna ley[37].

Para esta cuestión, creo que es razonable adoptar la posición de PAREJO ALFONSO[38], considerando el contenido del artículo 137.4 LPAP como básico cuando nos encontramos aplicando el artículo 93.1, ya que se está utilizando un precepto de carácter básico que nos remite al contenido de otra disposición[39]. De esta forma, podemos confirmar que los municipios pueden conceder directamente una concesión demanial.

Una vez resueltas las contradicciones de la normativa, procedemos a comprobar si es conforme a derecho la adjudicación directa de una concesión demanial sobre un estadio de fútbol municipal, es decir, si se cumplen las dos condiciones precitadas.

37. Las leyes donde tendría sentido encontrarlos sería las relacionadas con el régimen de las entidades locales o las leyes del deporte.

38. PAREJO ALFONSO, Luciano, «El régimen de la utilización de los bienes y derechos de dominio público. Autorizaciones y concesiones» en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Chinchilla Marín (coordinadora), Civitas, Madrid, 2004, pp. 451-452, y PAREJO ALFONSO, Luciano, «El régimen jurídico legal general de los bienes públicos» en *Derecho de los bienes públicos Vol. I*, Parejo Alfonso y Palomar Olmeda (coordinadores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 195-199. Esta posición también la adoptan otros autores como LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «Sistema jurídico...» cit., pp. 154-155.

39. El autor matiza qué apartados concretos del artículo 137.4 LPAP serían considerables como básicos y válidos para las concesiones demaniales, dado que nos encontramos ante una disposición que regula cuestiones de bienes patrimoniales cuya naturaleza difiere enormemente respecto de los bienes dominicales. Así, conforme a los principios de los bienes de dominio público recogidos en el artículo 132 CE, se puede conceder de forma directa una concesión en los supuestos de los apartados a), b), c) y d) del artículo 137.4 LPAP. PAREJO ALFONSO, Luciano, «El régimen jurídico legal general de los bienes públicos» en *Derecho de los bienes públicos Vol. I*, Parejo Alfonso y Palomar Olmeda (coordinadores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 195-199.

En primer lugar, de acuerdo con el artículo 137.4 LPAP, confirmamos que estaríamos ante el supuesto estipulado en el apartado c) por encontrarnos ante un estadio en el que se realiza una actividad que implica un fin de interés general —el fomento del deporte— por parte de una entidad con fines lucrativos —el Real Zaragoza SAD—. También podríamos alegar que estaríamos ante un servicio público de promoción y difusión del deporte.

«4. Se podrá acordar la adjudicación directa en los siguientes supuestos:

a) Cuando el adquirente sea otra Administración pública o, en general, cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público.

A estos efectos, se entenderá por persona jurídica de derecho privado perteneciente al sector público la sociedad mercantil en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de una o varias Administraciones públicas o personas jurídicas de Derecho público.

b) Cuando el adquirente sea una entidad sin ánimo de lucro, declarada de utilidad pública, o una iglesia, confesión o comunidad religiosa legalmente reconocida.

c) Cuando el **inmueble** resulte **necesario para dar cumplimiento a una función de servicio público** o a la **realización de un fin de interés general por persona distinta de las previstas en los párrafos a) y b).**

d) [...]».

Para cumplir con la segunda condición impuesta legalmente, faltaría justificar la concurrencia de circunstancias excepcionales que hacen recomendable el otorgamiento directo. No es difícil encontrar argumentos que abalen la excepcionalidad[40]:

— Unas instalaciones de estas características implican una serie de costes de mantenimiento y conservación bastante elevados, por lo que es necesario que la entidad que la gestione tenga la suficiente

40. Los argumentos presentados son aquellos que con mayor facilidad se podrían utilizar para justificar la adjudicación directa de una concesión demanial de un estadio municipal en cualquier municipio, sin embargo, cada caso tiene sus particularidades, por lo que nos podemos encontrar con razonamientos muy curiosos como por ejemplo uno de los argüidos por parte del Ayuntamiento de Ferrol: «**Vinculación do Racing na sociedade ferrolá.** Máis aló dos centos de anécdotas e vicisitudes que poden acreditar este vínculo -xa superado o século da súa existencia- concorre un dato obxectivo que o exemplifica: o accionariado do Racing Club de Ferrol SAD esta integrado no relativo a persoas físicas, por 4.061 persoas. É dicir, iso correspondería ao 7% da poboación empadroada en Ferrol maior de idade».

capacidad como para generar unos ingresos que le permitan afrontar dichos gastos.

— La actividad principal para la que se construyen estos estadios es la práctica del fútbol en competiciones oficiales y no oficiales y, a pesar de que es posible la celebración de otro tipo de eventos, es lógico que sea una entidad balompédica la que administre las instalaciones.

— La historia y la participación del Club en las ligas de fútbol —profesionales y no profesionales— permiten proyectar la imagen de la ciudad no sólo a nivel nacional, sino también internacional cuando participa en competiciones como la *Champions*, la *Europa League* o la *Conference League*; hecho que se ve potenciado por el uso de las redes sociales de los equipos. Esto claramente repercute de forma positiva en la economía del municipio con un especial impacto en el turismo.

— El arraigo del Club al propio estadio que, normalmente, lleva utilizando durante años, por lo que una desvinculación del mismo sería de difícil comprensión y aceptación para la población.

Con estos razonamientos quedaría más que justificada la adjudicación directa de la concesión sobre cualquier estadio principal de un municipio al club principal de la ciudad. Realizando un análisis rápido de esta situación en cualquier localidad de cierta envergadura, confirmaremos que sólo un club cumple todas y cada una de estas circunstancias excepcionales.

Además, en las únicas urbes dónde nos podríamos encontrar con dos clubes aspirantes a regentar el principal estadio del Ayuntamiento, no existe tal problema, porque dichos clubes son propietarios de su propio campo de fútbol (Madrid, Barcelona, Valencia y Sevilla[41]).

Por todo lo expuesto, podemos confirmar la posibilidad de otorgamiento directo de los estadios municipales. De hecho, en las dos concesiones que se plantearon para ceder La Romareda, el otorgamiento directo fue la opción elegida[42].

41. Véase ANEXO II.

42. Si nos remontamos a la concesión que se otorgó en 1957, la adjudicación también se realizó de forma directa. Además, como se puede comprobar en el ANEXO IV, en el Ayuntamiento se limitaron a corroborar la inexistencia de otras entidades que pudiesen concurrir a una futura subasta de la concesión.

Si me tuviera que decantar por una de las opciones, lo haría por el régimen de adjudicación directa por el ahorro de tiempo que supone. El régimen de concurrencia tiene unos plazos más dilatados, y lo único que va a producir es retrasar la concesión al mismo sujeto; es muy poco probable —por no decir imposible— que otra entidad distinta al club principal de la ciudad, decida presentarse al concurso.

5. FINANCIACIÓN DE LA REFORMA

5.1. Formas de financiación

A la hora de financiar las obras de reforma de un estadio municipal de fútbol, nos podemos encontrar con una colaboración entre ayuntamiento y Club (financiación público-privada), o con que, de manera independiente, sea una de las entidades la que asuma la totalidad de las inversiones necesarias para acometer la remodelación del estadio (financiación exclusivamente pública o financiación exclusivamente privada).

La situación que podría parecer ideal para un consistorio sería que fuese el club quien asumiese por completo los gastos de reforma o reconstrucción. La principal ventaja de esta alternativa es que el ayuntamiento no asume ningún gasto ni riesgo directamente. Asimismo, tiene la posibilidad de cobrar el canon que se determine por el uso del dominio público. Eso sí, no hay que olvidar que en este caso existiría el riesgo de que se produjese la desaparición de la entidad concesionaria con las obras inacabadas, se extinguiese la concesión demanial (art. 101.a) LPAP) y que el consistorio tuviera que finalizarlas.

Esta primera posibilidad no fue la prevista por el convenio de colaboración de 2019, en el que se estipulaba una reforma financiada y ejecutada en su totalidad por el Ayuntamiento de Zaragoza. Asimismo, se pactó la repercusión de los gastos de la remodelación a través de la concesión demanial que se le pretendía otorgar al Real Zaragoza, disponiendo la creación de dos cánones: un canon por ocupación del demanio público y un canon de amortización de las obras.

En la misma línea se habían manifestado los pliegos de la concesión fallida de 2015, en los que se establecía la asunción por parte del Ayuntamiento de Zaragoza los costes de ejecución del proyecto de remodelación que se pactase, «todo ello sin perjuicio de que el mismo (el proyecto) pueda ser objeto de ejecución y financiación por parte de la entidad concesionaria con sujeción a la legislación sectorial urbanística, patrimonial y en materia de contratación que resulte de aplicación» (Clausula cuarta – Obligaciones del concesionario).

Ambos casos son ejemplos de una financiación realizada de forma íntegra por parte del consistorio, aunque posteriormente se repercuta sobre el club. Bien es cierto que en caso de que finalmente a través de la concesión se reintegre la totalidad de los costes de la reforma, la financiación mutaría a privada, aunque habría sido el ayuntamiento quién hubiese asumido todos los riesgos inherentes a la ejecución de las obras, así como el riesgo de impago por parte del club.

Desde mi punto de vista, la financiación íntegramente pública de la reforma de un estadio, a pesar de que la entidad deportiva se comprometa a su reintegro, es la peor elección. El Ayuntamiento, una administración pública, es quién asume completamente la ejecución de unas obras que van a ser disfrutadas exclusivamente por una entidad privada, quedando el Consistorio expuesto a las externalidades y riesgos que pudieran acontecer. Sería muy complicado encontrar argumentos que respalden que en estos casos se está actuando en aras del interés general del municipio[43].

Por último, el sistema mixto, puede ser interesante, e incluso estar motivado en aquellos casos en los que la entidad deportiva no está en condiciones de pagar la totalidad de los gastos que acarrean la reforma de un estadio. A diferencia del modelo anterior, la entidad privada beneficiaria de las instalaciones asume compromisos financieros desde el inicio, y el riesgo no es soportado al completo por el consistorio.

No creo que se pueda generalizar y escoger siempre un mismo modelo de financiación, por lo que habrá que acudir al caso concreto para intentar establecer el modelo que se adapte a sus circunstancias: financiación privada, pública o mixta.

Si acudimos a las concesiones demaniales de estadios de fútbol más recientes[44], observaremos que en la mayor parte de los casos es el concesionario quién asume la totalidad de los costes de la reforma conforme a unos calendarios de ejecución. Por su parte, el Ayuntamiento suele asumir algunos gastos de adecuación de las instalaciones antes de entregarlas.

43. Los únicos supuestos donde se podría llegar a plantear esta alternativa serían en aquellos en los que la reforma fuese necesaria por riesgo para los usuarios y, además, la entidad balompédica se encontrase en una situación económica crítica que le impidiese abonar cuantía alguna. Asimismo, sería razonable acudir a esta fórmula en casos como el que ocurrió en los años 50 en Zaragoza. El Club, en 1954, vendió el Campo de fútbol de Torrero del que era propietario para sanear sus cuentas, lo que supuso la necesidad de erigir un nuevo estadio que albergase los partidos de un Real Zaragoza que no podía asumir los costes construcción. Así, el Ayuntamiento financió las obras de La Romareda, que a través del canon concesional fueron parcialmente repercutidas en el Club.

44. Ver ANEXO III.

5.2. Los gastos de reforma o construcción financiados por el consistorio

En los casos de financiación exclusivamente pública o mixta, habría que plantearse si el Ayuntamiento debiera o no repercutir los gastos de reforma en la entidad concesionaria. Estaríamos ante el abono de una cantidad distinta a la correspondiente por el uso del dominio público, que desarrollaremos en el próximo epígrafe.

Para los supuestos de financiación exclusivamente pública, considero que sí que hay que repercutir, total o parcialmente, el montante económico que la reforma le ha supuesto a las arcas municipales[45]. El Ayuntamiento ha asumido unos gastos y unos riesgos para la construcción de un bien demanial que va destinado directamente a una entidad privada, es decir, que su actividad se podría asimilar a la de una entidad financiera que otorga una hipoteca, con el matiz de que el prestatario no es el titular del bien hipotecado, aunque sí que tiene derecho a utilizarlo.

El argumento de que el Ayuntamiento *in fine* será quién disfrute del estadio una vez se extinga la concesión debe de ser rechazado, porque es evidente que esta entidad pública no cuenta con los medios adecuados como para poder gestionar este tipo de instalaciones de forma solvente y, por ende, el club aspirará de nuevo al otorgamiento de una concesión sobre el campo de fútbol en el futuro.

Una vez determinado que efectivamente habría que repercutir el coste abonado por el consistorio en la entidad deportiva, habrá que determinar si cabe algún tipo de rebaja. En este sentido, hay que recordar la importancia económica que tiene el fútbol y los efectos positivos que tiene sobre la economía local, por lo que sería razonable minorar en cierto modo la cuantía que se deba revertir, realizando para ello los estudios pertinentes que permitan establecer la cantidad idónea a repercutir al club.

En cuanto a la forma de amortizar el montante que se fije, lo más sencillo es un modelo lineal, sin embargo, los ingresos de los clubes de fútbol están sometidos a importantes fluctuaciones, sobre todo en casos de ascenso o descenso de categoría, así que habría que buscar un método capaz de adaptarse a estos cambios. La propuesta realizada respecto al canon, que veremos en el próximo punto, no se puede trasladar a los gastos de amortización, debido a que aquí buscamos que se revierta una determinada cantidad de dinero al ayuntamiento.

45. Esto es lo que se hizo con la ampliación de La Romareda en 1975 a cargo del Ayuntamiento de Zaragoza, fijándose en la concesión demanial el pago de una cuantía en concepto de amortización de la reforma.

Partiendo de la idea del modelo lineal[46], se podrían calcular dos cuantías de amortización: una que podríamos calificar como «mínima», y otra que denominaríamos «de referencia». La primera de ellas se calcularía de acuerdo con el período máximo por el que se adjudique la concesión, mientras que la segunda se establecería teniendo en cuenta un plazo menor.

De esta forma, lo ideal sería que la entidad deportiva abonase esa cantidad de referencia, mas, en caso de que su situación económica no se lo permitiese, podría abonar una cuantía menor siempre y cuando no fuese inferior al mínimo estipulado. De la misma manera, en caso de que el club atravesase una buena situación financiera, estaría habilitado para amortizar una cantidad superior a la de referencia. Por tanto, con este método, se facilitaría el abono de los costes de la reforma que se estableciesen dentro del período concesional[47].

Para el caso de una financiación mixta, el razonamiento es el mismo e incluso se podría utilizar el sistema de amortización propuesto. Las aportaciones realizadas por el Club para la reforma se tendrían en cuenta a efectos de establecer el canon concesional, por lo que no las tendríamos en cuenta a la hora de establecer nuestras cantidades mínimas y de referencia.

6. CANON CONCESIONAL

Antes de delimitar cómo se debería de establecer el canon a abonar por parte de los clubes de fútbol, me gustaría recordar la alta variabilidad de los ingresos que estas entidades suelen sufrir, en especial con el cambio de categoría[48]. En la mayoría de los casos, si analizásemos la gráfica de la cifra de negocios a lo largo del tiempo de un club de fútbol, podríamos deducir los cambios de categoría.

46. El modelo establecido en el Convenio de 1975 disponía exclusivamente una cantidad fija a abonar por parte del club en concepto de amortización, sin posibilidad de adaptación a sus circunstancias económicas, es decir, que se optó por un modelo lineal. Así, la cláusula sexta del documento fijaba que: «**6.º.** – La cantidad que deberá abonar el Real Zaragoza C.D. anualmente será de TRES MILLONES QUINIENTAS MIL PESETAS (3.500.000 pts.), de la cual CUATROCIENTAS CINCUENTA MIL PESETAS tendrán el carácter de canon y TRES MILLONES CINCUENTA MIL PESETAS el de amortización del coste de las obras de ampliación del Campo de Fútbol aprobadas por acuerdo plenario de 11 de marzo de 1976. [...]».
47. Se adjunta en el ANEXO VI un ejemplo de cómo podría haber funcionado este modelo para el caso de La Romareda si el Convenio de Colaboración de 2019 se hubiese cumplido.
48. Ver ANEXO V.

6.1. Un canon flexible

El modelo que se va a presentar se circunscribe a la cantidad que se debería abonar por la utilización del estadio de fútbol, sin perjuicio de las inversiones y reformas costeadas por el club que pudiesen minorar e incluso anular el canon concesional.

El artículo 93.4 LPAP, en caso de que se decida establecer un canon concesional por el uso del dominio público[49], nos remite al capítulo VIII del título I de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público para su determinación.

Actualmente, la cuota tributaria se calcula «con carácter general, tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. [...]» (art. 24.1.a) TRLRHL). El precepto continúa señalando las siguientes cuestiones: el método de determinación del importe máximo que se podrá cobrar; la forma de la cuota tributaria: la cantidad resultante de aplicar una tarifa, una cantidad fija señalada al efecto, o la cantidad resultante de la aplicación conjunta de ambos procedimientos; y, la posibilidad de considerar criterios genéricos de los sujetos obligados a satisfacer la tasa.

Salvo que las ordenanzas fiscales establezcan los criterios y parámetros con los que determinar la tasa por utilización de los estadios municipales de fútbol[50], la normativa no es nada precisa y, si acudimos a las diferentes concesiones de estadios municipales vigentes en la actualidad en diferentes municipios, no hay un criterio uniforme. En el caso de la concesión de La Romareda de 2015, la cuota establecida era fija[51].

A mi modo de ver, dada la inconcreción de la normativa y la singularidad económica de las entidades balompédicas, defiendo que se debería de establecer una tarifa con capacidad de adaptación a la situación del club.

---

49. El artículo 20.1.a) 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, reitera la posibilidad de que las entidades locales cobren una tasa por el uso de los bienes demaniales.
50. No es el caso de la Ordenanza Fiscal n.º 25 del Ayuntamiento de Zaragoza sobre tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local.
51. «SEXTA. – CANON. El concesionario deberá abonar como canon anual la cantidad de DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL EUROS (225.000.-€), en concepto de ocupación de dominio público, correspondiente al suelo y vuelo que constituye el Estadio Municipal "La Romareda" [...]».

Frente a una cuantía fija, el establecimiento de un porcentaje sobre la diferencia entre los ingresos generados por el club por la utilización del estadio y los gastos asociados a la actividad en el campo permite que el canon se adapte a las circunstancias económicas aquel, de forma que el pago del mismo no suponga un gasto ridículo cuando la entidad se encuentra en un buen momento, ni tampoco un coste exorbitante que lastre la situación del club en momentos complicados.

Además, sería interesante que este porcentaje fuese diferente según la categoría en la que se encontrase el club. Para la determinación de dicho porcentaje, a pesar de que nos serviría de referencia el 6% que como mínimo todo arrendatario de un bien patrimonial local debe de abonar al ayuntamiento (arts. 100.2 RBASOELA y 92.2 RBEL), como nos encontramos ante unas instalaciones extraordinarias y con muchas singularidades a considerar, es recomendable que para cada caso se haga un estudio económico *ad hoc* y, en base a este, fijar los porcentajes más adecuados.

Actualmente, nos encontramos con que dos ayuntamientos han utilizado esta fórmula para sus estadios municipales: el Ayuntamiento de Albacete y el de Castellón de La Plana.

Para fijar la tarifa porcentual han tenido en cuenta dos cuestiones: «una remuneración adecuada para los bienes objeto de concesión», y «el retorno razonable para el concesionario, por la inversión y el riesgo que asume», con el fin de mantener el equilibrio económico de la concesión.

Donde discrepan principalmente estas concesiones es en la base sobre la que debe aplicarse dicho porcentaje, ya que en el caso de Albacete se consideran la venta de abonos y de entradas en partidos oficiales, así como los ingresos obtenidos por publicidad estática, mientras que el Ayuntamiento de Castellón, aunque coincide en lo referido a los ingresos por la asistencia de público, incluye todos los ingresos publicitarios, independientemente de la plataforma en la que se obtengan.

Los porcentajes que estimaron y establecieron ambos consistorios fueron:

— Un 4% anual cuando el Club compita en primera RFEF.

— Un 5% y un 6% anual cuando el Club compita en segunda división (Castellón y Albacete respectivamente).

— Un 6% anual cuando el Club compita en primera división.

Para el caso de La Romareda, estos porcentajes nos podrían servir de referencia, pero tal y como indicábamos *supra*, habría que realizar un estudio para fijar los tipos aplicables más adecuados a nuestras circunstancias. El hecho de que estos estadios tengan fijado un canon similar seguramente se deba a que la masa social de ambos clubes (unos 12.000 abonados) y la capacidad de los estadios (17.500 el Estadio Carlos Belmonte y 15.500 el SkyFi Castalia), así como otros factores, son muy parecidos.

El Estadio Municipal de La Romareda tiene proyectada una capacidad de más de 40.000 personas, y el número de abonados del Real Zaragoza se suele situar por encima de los 20.000, por lo que, en caso de haber optado por la concesión demanial, los porcentajes no tendrían por qué coincidir con los referenciados.

Por último, analizando las cláusulas del Estadio SkyFi Castalia, observé que se habían establecido unas cuantías máximas para el canon concesional. Desde mi punto de vista es un error, porque si lo que buscamos es la adaptabilidad del canon a la coyuntura del club, dicho límite es contrario a este objetivo, rompiendo además el equilibrio económico de la concesión en favor del club[52].

6.2. El impacto de la financiación del club en el cálculo del canon concesional

Por último, en relación con el canon concesional, hay que considerar que, en ocasiones, la entidad futbolística también aporta fondos a la financiación de las obras de remodelación del Estadio.

Ante esta situación, el párrafo segundo del artículo 93.4 LPAP es muy claro: «No estarán sujetas a la tasa cuando la utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público no lleve aparejada una utilidad económica para el concesionario, o, aun existiendo dicha utilidad, la utilización o aprovechamiento entrañe condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquélla». Finalmente, se determina que estas circunstancias deberán de recogerse en los pliegos de condiciones o en las cláusulas de la concesión.

De esta forma, ante un caso de financiación exclusivamente privada o mixta, habrá que considerar las aportaciones realizadas por el club para la

52. Cómo mucho podríamos entender la existencia de un canon máximo siempre que se estableciese un canon mínimo, consiguiendo así una asunción correlativa de riesgos por ambas partes.

reforma o construcción del campo, con el fin de realizar las minoraciones que procediesen.

7. PLAZO

El plazo se plantea como un tema fundamental cuando se redactan los pliegos de una concesión de dominio público. Recordemos que a través de la misma se le otorga el uso exclusivo y excluyente de un bien demanial a un sujeto concreto, impidiendo su disfrute al resto de los ciudadanos y entidades, Ayuntamientos inclusive[53]. Además, es un factor que tiene un impacto directo a la hora de abordar la financiación de la reforma.

El máximo tiempo por el que se puede otorgar una concesión es de 75 años *ex artí*culo 93.3 LPAP, aunque, *in fine*, el precepto abre la posibilidad a que el plazo sea menor en caso de que la normativa especial así lo disponga.

El RBEL, en su artículo 79, dispone que las entidades locales podrán otorgar concesiones por un plazo máximo de 99 años. No obstante, de nuevo, nos encontramos con una cláusula final similar a la contenida en la ley patrimonial: «a no ser que por la normativa especial se señale otro menor». Por su parte, en el RBASOELA, observamos que en su artículo 83.2, el período máximo por el que una entidad local aragonesa puede constituir una concesión demanial es de 50 años[54], «salvo que disposiciones especiales señalen otro plazo menor».

Con esta disparidad normativa en cuanto al tiempo máximo por el que se puede otorgar una concesión de dominio público, hay que esclarecer cuál de los límites es el que debe operar en las concesiones de los estadios municipales de fútbol.

En primer lugar, las diferentes limitaciones temporales contenidas en la LPAP y el RBEL tienen fácil solución, ya que el plazo establecido en el reglamento es superior al dispuesto en la ley patrimonial estatal, por lo que no cabe su aplicación. Además, en el caso de Aragón, el RBEL tiene aplicación supletoria, por lo que habría que acudir primero a los límites dispuestos en el reglamento autonómico, que sí dispone un plazo inferior al previsto por la LPAP.

53. En previsión de esta circunstancia, muchos Consistorios se reservan durante un determinado número de días al año la utilización del estadio municipal para la celebración de actos, asumiendo los gastos que pudieren ocasionar.

54. Este límite de 50 años también lo establece el *Decret 336/1988, de 17 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament del patrimoni dels ens locals* en su artículo 61.c).

Aplicar como límite máximo los 50 años dispuestos por el RBASOELA supondría aceptar que dicha normativa tiene carácter de especial. Tal y como adelantábamos al analizar el régimen jurídico de las concesiones, por legislación especial hay que entender aquella referida a ámbitos muy concretos sobre los que el Estado ha desarrollado una normativa específica.

Asumir que las entidades locales de Aragón tienen unas características propias al resto España y que, por ello, el RBASOLEA se subsume en el concepto de norma especial, en mi opinión, no es correcto.

La aplicación del RBASOLEA es claramente territorial, es decir, que rige en los municipios aragoneses por su pertenencia al territorio autonómico, no por qué dichas entidades gocen de alguna singularidad concreta.

Calificar este reglamento autonómico como normativa especial supondría asumir que: toda aquella comunidad autónoma con competencias en materia de bienes locales, al legislar o desarrollar reglamentariamente sobre dicha cuestión, estaría generando una norma especial, por lo tanto, el establecimiento de un plazo inferior a 75 años supondría su aplicación, provocando una quiebra del régimen local básico[55].

Con el ordenamiento jurídico vigente, el plazo máximo por el que se podría conceder el uso de un estadio de fútbol municipal calificado como bien de dominio público es de 75 años[56].

Por último, dentro del ámbito temporal, cabe preguntarnos si los consistorios podrían establecer prórrogas en la concesión demanial que se acordase.

El RBEL, al regular el clausulado mínimo que toda concesión de dominio público debe contener, establece que el plazo de utilización tendrá carácter improrrogable (art. 80.3.ª). Por su parte, el RBASOELA, hace lo propio en su artículo 84.c).

Pese a la existencia de estas disposiciones, la LPAP, a la hora de establecer el plazo máximo, dispone que, a efectos de cómputo de éste, se con-

55. En este sentido encontramos la Resolución de 4 de diciembre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la que se resuelve que el periodo máximo por el que una entidad local catalana puede otorgar una concesión demanial es de 75 años, siendo inaplicable el plazo máximo de 50 años dispuesto en el *Decret 336/1988, de 17 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament del patrimoni dels ens locals.*

56. La Ley de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía y su reglamento de desarrollo ya establecen directamente como plazo máximo 75 años en sus artículos 32.1 y 59.2 respectivamente. En la misma línea, el artículo 184.3 de la Ley 8/2010 de Régimen local de la Comunitat Valenciana, se adapta al límite máximo de la LPAP.

sideraran las prórrogas que se efectuasen. De esta forma, queda claro que la voluntad del legislador estatal es que, a la hora de utilizar este título habilitante, sea la Administración Pública concedente la que decida si la concesión es improrrogable o no. Al tener carácter básico el artículo 93.3 LPAP en el que se hace mención de las prórrogas, ni RBEL ni RBASOELA podrían vetar la prorrogabilidad a las entidades locales.

En el caso de los estadios municipales de fútbol, la posibilidad de establecer prórrogas es muy interesante. Ante una reforma financiada por el Ayuntamiento o de forma mixta, se podría utilizar este instrumento de forma condicional, disponiendo la posibilidad de prórroga (dentro de los límites máximos) siempre y cuando el Club cumpliese con sus obligaciones económica-financieras.

Además de la posibilidad de utilizar las prórrogas como elementos para fomentar el cumplimiento de los compromisos asumidos por la entidad deportiva, el establecimiento de un tiempo menor en el que amortizar las instalaciones, reduce el riesgo de que el ayuntamiento no pueda resarcirse de los costes de la reforma o construcción del estadio en caso de desaparición del club, ya que las cuotas calculadas serían de cuantía superior a las correspondientes a una concesión por un plazo de 75 años sin prórrogas.

Compatibilizar este uso finalista de las prórrogas con el modelo de amortización variable propuesto *supra* se antoja complicado, al disminuir la capacidad de adaptabilidad de este último, por lo que habría que ir al caso concreto para conjugar ambas técnicas.

En el caso de la Romareda, las dos concesiones proyectadas establecían un plazo de 75 años. A pesar de ser conformes a la normativa, considero que hubiese sido un error haber concedido el estadio durante este tiempo:

— En cuanto a la concesión proyectada en 2015, se presentaba el problema de que ni siquiera se había planteado en firme la reforma del complejo deportivo, y las disposiciones que la referenciaban, no establecían compromisos concretos de ninguna de las partes. Dadas las condiciones en las que ya se encontraba el estadio, lo ideal hubiese sido haber planteado una concesión cortoplacista, de forma que, llegado el momento de acometer la remodelación, el Real Zaragoza tendría una razón de peso —el otorgamiento de una nueva concesión— para llegar a un acuerdo e implicarse en la reforma de las instalaciones deportivas.

— El Convenio de Colaboración de 2019, pese a considerar explícitamente la reforma del estadio, no establecía el régimen económico-

-financiero concreto con el que el Club amortizaría las obras financiadas por el Ayuntamiento, quedando el bien dominical expuesto a un uso exclusivo durante un largo período de tiempo sin una protección adecuada de los intereses generales.

8. UNA PEQUEÑA ACLARACIÓN: EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS

Estoy convencido de que, durante la lectura de este apartado, muchos se habrán planteado la siguiente cuestión: ¿por qué no utilizar un contrato de concesión de obras para la reforma o construcción de un estadio municipal?

Esta pregunta es importante, debido a que las características de este contrato permitirían al club en cuestión obtener una concesión sobre el estadio de fútbol construido o reformado a su costa; es más, el supuesto que nos atañe se subsume perfectamente en el objeto de este tipo de contratos, que básicamente es la construcción o reforma de una infraestructura pública.

En estos casos, la contraprestación del contrato consiste «o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio» (art. 14.1 LCSP), es decir, que en los casos de construcción o remodelación de bienes de dominio público se otorga una concesión demanial.

Este tipo de contratos, a diferencia de las concesiones demaniales, se encuentran sometidos a la LCSP (art. 2.1 LCSP), por lo que encontramos una serie de diferencias respecto a las concesiones que no se encuentran vinculadas a un contrato público.

Son dos las cuestiones divergentes respecto al régimen patrimonial las que producen que este tipo contractual no sea adecuado para el caso analizado:

— Por una parte, la exigencia de capacidad de solvencia para poder contratar, que el Real Zaragoza no cumplía en los momentos en los que se plantearon las diferentes alternativas. No es un caso singular, sino que es fácil encontrar otros clubes con una situación económico-financiera complicada y, por ende, no aptos para presentarse en licitaciones públicas. A esta situación hay que sumarle el hecho de que el Club no cumpliría con ninguno de los criterios de solvencia técnica que se pudieran exigir —como mínimo uno— en virtud del artículo 88 LCSP.

— La reducción de la duración máxima por la que se puede otorgar la concesión, pasando de los 75 a los 40 años, lo que puede suponer que no sea posible por parte del club llegar a obtener una rentabilidad por la construcción de un estadio que le permita amortizarlo, es decir, que puede hacer antieconómico el contrato.

En la justificación contenida en los pliegos del procedimiento de licitación del derecho de superficie de La Romareda, se justificaba expresamente el descarte de este tipo de contrato: «[...] dado que otras fórmulas como [...] una concesión de obra pública, no permitiría la amortización de la inversión a efectuar en los plazos previstos, obteniendo los rendimientos económicos acordes con el mercado inmobiliario». De esta forma, queda claro que este instrumento no era viable para el caso de La Romareda. Ello no obsta a que pueda servir para otros Estadios pero, como decimos, para que sea económicamente atractiva, la inversión realizada debería de amortizarse como máximo en cuarenta años.

9. CONCLUSIONES

A modo de recapitulación, lo más importante a la hora de utilizar una concesión sobre bienes de dominio público como instrumento para la reforma y gestión de un estadio municipal es que:

i. Las concesiones demaniales se presentan como un instrumento adecuado para acometer la reforma o construcción de un estadio de fútbol municipal.

ii. La adjudicación puede hacerse mediante concurso o de forma directa, aunque lo más razonable es otorgar la concesión directamente.

iii. La financiación privada o mixta suelen ser las más apropiadas para satisfacer los intereses generales, sin perjuicio de que haya casos excepcionales en los que la financiación exclusivamente pública pudiera ser razonable.

iv. Cuando existen aportaciones por parte del consistorio, el club debería amortizar total o parcialmente las inversiones realizadas por aquel, siendo adecuada la utilización de un modelo de amortización adaptable.

v. En caso de financiación privada y mixta, las aportaciones por parte de la entidad deportiva pueden minorar o anular el canon concesional, el cuál debería de estar estructurado como un porcentaje

sobre la diferencia entre la suma de los ingresos por taquilla, abonos y publicidad dispuesta en las instalaciones, y los gastos de mantenimiento por el uso del estadio. Asimismo, podrían pactarse un canon mínimo y otro máximo.

vi. El máximo tiempo por el que se podría otorgar una concesión sería de 75 años, aunque sería recomendable plantearse la utilización de al menos una prórroga para fomentar el cumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad deportiva.

Si nos paramos a analizar bajo estas premisas los pliegos de la concesión de 2015, podemos observar que están lejos de presentar un clausulado que defienda el interés general del municipio. El hecho de que el procedimiento se iniciase a pocas semanas antes de unas elecciones me lleva a concluir que el Gobierno Municipal de ese momento, con la finalidad de obtener rédito electoral, primó los fines políticos sobre los intereses de la ciudadanía.

El otorgamiento de una concesión demanial no puede realizarse de forma precipitada, se necesita tiempo para, por una parte, fijar unas condiciones que salvaguarden el interés general y, por otra, asegurar el compromiso del club, evitando que se utilicen las instalaciones prácticamente a coste cero.

Asimismo, es recomendable que las concesiones se otorguen al comienzo del mandato, con el fin de evitar situaciones en las que la entrada de un nuevo Gobierno Municipal paralice o incluso suspenda el procedimiento de adjudicación, que fue lo que ocurrió en Zaragoza tras las elecciones de 2015[57].

En cuanto al Convenio de 2019, poco podemos concluir de forma general, dado que los pliegos de la concesión no se llegaron a redactar. De todas las formas, sí que considero criticable que el Ayuntamiento se comprometiese a costear íntegramente la Romareda sin ningún tipo de compromiso financiero por parte del Club.

V. EL OTORGAMIENTO DE UN DERECHO DE SUPERFICIE

1. UNA OPORTUNIDAD HISTÓRICA Y SIN PRECEDENTES

En este apartado nos situamos en el año 2022, la crisis sanitaria del COVID-19 ya se ha superado y confluyen tres hechos que permiten al

57. Actualmente el Ayuntamiento de Valladolid vive esta situación y la nueva concesión demanial que se pretendía otorgar por parte del anterior gobierno local, se encuentra paralizada.

Ayuntamiento de Zaragoza replantearse cómo acometer la reforma de la Romareda[58]:

— El 24 de mayo de 2022 se produce un cambio significativo y determinante en la propiedad del Real Zaragoza. Un grupo inversor norteamericano, capitaneado por Jorge Mas, y en el que participa David Beckham, adquiere el 90,94% de las acciones del Club, mostrando su voluntad de colaborar con las Administraciones Públicas.

— La reforma o reconstrucción de La Romareda se plantea como un desafío para el Consistorio, en el que se baraja tanto una actuación *in situ* como una posible reubicación del Estadio, estudiándose diferentes alternativas como Valdespartera, San José, el Actur, Arcosur, una zona cercana a la autovía de Madrid y una localización próxima a Puerto Venecia. Tras numerosas reuniones, tanto con grupos políticos como con diferentes entidades, se acordó mantener el campo en su actual localización.

— España, junto a Portugal y Ucrania[59], habían presentado su candidatura para convertirse en anfitriones de la Copa Mundial de Fútbol en su vigésimo cuarta edición en el año 2030. La ciudad de Zaragoza pretendía ser una de las sedes españolas, por lo que la actuación en La Romareda pasó a ser imperativa si se quería alcanzar dicho objetivo.

Ante este panorama, con un Real Zaragoza más propenso a colaborar en la reforma del campo, el consenso sobre su ubicación y los altos beneficios directos e indirectos que podían generarse si Zaragoza se convertía en una de las ciudades donde se jugase un mundial de fútbol, se barajaron otros instrumentos jurídicos que permitiesen remodelar o reconstruir el campo, más allá de la concesión demanial o el contrato de concesión de obras.

En concreto, se planteó la constitución de un derecho de superficie sobre la finca en la que se erigía el Estadio. Aunque no era un instrumento que se hubiera utilizado para acometer la construcción y posterior gestión de este tipo de infraestructuras[60], sí que se había usado para otros casos, como por ejemplo para la construcción de viviendas de protección oficial.

58. Memoria de la Modificación aislada núm. 206 del Plan General de Ordenación Urbana, de menor entidad, pp. 25-26.
59. Posteriormente, Marruecos se uniría a la candidatura.
60. Bien es cierto que en el caso del Estadio Abanca Balaídos (Vigo), una de las gradas se asienta sobre una finca que no es propiedad del Concello de Vigo, sino de la Zona Franca de dicha ciudad. En dicho solar se constituyó un derecho de superficie en favor

Tras la necesaria modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza aprobada por el Pleno del Ayuntamiento en sesión celebrada el día 29 de marzo de 2023, sobre la que ahondaremos más adelante, se redactaron los pliegos para el otorgamiento del derecho de superficie sobre la parcela ED-PV 28.22, en la que se encontraba la Romareda.

El Consistorio publicó el anuncio y los pliegos de dicha licitación el 5 de abril de 2023, sin embargo, un concejal del Ayuntamiento presentó un recurso especial en materia de contratación frente a los citados documentos el 2 de mayo ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, órgano que estimó dicho recurso mediante el Acuerdo 62/2023, de 29 de junio. Sin duda, esta decisión fue un enorme contratiempo para el Consistorio, que recurrió el acuerdo ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

A pesar de que a través del Auto 154/2023, de 21 de julio del 2023, el TSJAr estimó la medida cautelar solicitada por el Ayuntamiento de suspender el Acuerdo del TACPA, la inseguridad jurídica que iba a reinar hasta que se pronunciase de manera definitiva sobre el asunto[61], hizo que el Real Zaragoza no fuese capaz de obtener la financiación externa suficiente para acometer el proyecto, por lo que no pudo presentarse al concurso[62]. De esta manera, el sueño de una nueva Romareda se volvía a esfumar.

A lo largo de las próximas líneas analizaremos esta alternativa, extraña para algunos por su infrautilización en nuestro país. Ya adelanto que, tal vez, se haya realizado demasiado énfasis en la concepción e implicaciones que supone el derecho de superficie, pero considero que dichos apuntes son esenciales para la comprensión de la figura y su aplicación a nuestro caso. Además, como colofón, procederemos a analizar los interesantes pronunciamientos del TACPA y del TSJAr.

---

del Consistorio de la ciudad, sin embargo, como veremos, este no es un supuesto de instrumentalización del derecho real de superficie para la reforma o reconstrucción de un estadio de fútbol municipal. https://www.farodevigo.es/gran-vigo/2024/07/17/zona-franca-prorroga-2080-derecho-superficie-grada-rio-balaidos-concello-vigo-105753844.html (07/11/2024).

61. El pronunciamiento definitivo se realizó mediante la Sentencia 324/2024, de 26 se septiembre de 2024, cuyo fallo anuló el acuerdo del TACPA; también, avaló la utilización del derecho de superficie por parte del Ayuntamiento de Zaragoza.

62. El 14 de septiembre el Real Zaragoza emitió un comunicado en el que expresaba estas circunstancias. https://www.realzaragoza.com/noticias/la-inseguridad-juridica-alrededor-del-proyecto-del-nuevo-estadio-imposibilita-al-real-zaragoza-obtener-el-acceso-a-financiacion-externa (17/01/2025).

2. VIABILIDAD Y NATURALEZA JURÍDICA

Hay que comenzar destacando el eminente carácter civil del derecho de superficie, ya que se trata de un derecho real. Como curiosidad hemos de apuntar que numerosos autores sitúan el nacimiento de esta figura en el Derecho Romano, en concreto, en el otorgamiento del derecho a construir sobre suelo público, práctica que terminaría trasladándose a las relaciones *inter privatos*[63]. Bien es cierto que en sus inicios se concebía como un derecho personal, pero la protección de naturaleza real que poco a poco el Pretor le fue atribuyendo, terminó por constituir un auténtico derecho real[64].

Cuando nos preguntamos qué es el derecho de superficie, seguramente, nuestro primer impulso sea acudir al Código Civil, sin embargo, podremos comprobar que no contiene definición ni regulación alguna sobre dicha figura, tan sólo una mención explícita en su artículo 1611[65], el cual se circunscribe a indicar que la redención del derecho de superficie será regulada por una ley especial.

Es en el artículo 53.1 TRLSRU dónde encontramos una definición de este derecho real: «El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo»[66], es decir, el derecho de superficie permite al superficiario construir sobre suelo ajeno —el del

63. DE LOS MOZOS, José Luis, «El derecho de superficie en general y en la relación con la planificación urbanística», Ministerio de la Vivienda, Servicio Central de Publicaciones, Madrid, 1974, pp. 25-27. GUILARTE ZAPATERO, Vicente, «El derecho de superficie», Aranzadi, Navarra, 1966, pp. 5-6. Hay autores que fijan sus orígenes en la *Lex Icilia*, que permitió edificar a la plebe en el monte Aventino, considerado *ager publicus*. MARTÍN DÍEZ-QUIJADA, Ángel, «La cesión de solares por la administración en régimen de derecho superficiario», RAP, 1974, p. 25.

64. GUILARTE ZAPATERO, Vicente, «El derecho...» cit., pp. 133-134.

65. Algunos autores consideraban el derecho de superficie como figura análoga a los foros y, por ende, defendían que el artículo 1655 CC también le era aplicable. Mas, desde la promulgación de la Ley del Suelo de 1956 que provocó cambios en la concepción de la figura, se abandonaron las tesis que abogaban por la aplicación de dicho precepto. ALONSO PÉREZ, María Teresa, «La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación», Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000, pp. 81-88.

66. También nos puede servir como apoyo para aproximarnos a esta figura la definición otorgada al derecho de superficie por parte del derecho navarro en el artículo 430 de

concedente—, erigiéndose como propietario de lo edificado hasta la extinción de la relación jurídica[67].

Fue la Ley de Suelo de 1956, junto con el Reglamento Hipotecario de 1959, los que provocaron la recepción de la concepción moderna del derecho de superficie en España[68]. De esta forma, la mayor parte de la doctrina dejó de considerar el derecho de superficie como una figura asimilable a los censos o a los foros, para pasar a definirla como un derecho real autónomo. Esta acepción es la que la mayoría mantiene en la actualidad.

Como hemos podido comprobar, al constituirse un derecho real de superficie, se limita la propiedad del dueño del suelo en favor del superficiario, quién, una vez construido el edificio, se convierte en propietario de éste con plenas facultades, aunque de manera temporal y sin perjuicio de los límites que se pudieren haber dispuesto en el título constitutivo.

Nos encontramos ante una relación jurídica singular, debido a que se deroga temporalmente el principio de accesión contenido en el artículo 358 CC. A pesar de que se construye sobre un suelo ajeno, lo edificado, temporáneamente, es propiedad del superficiario, generándose así una disociación de la propiedad[69]. Este hecho es esencial para diferenciar esta figura

---

la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, definición que me parece más acertada debido a su concisión: «El derecho real de superficie confiere la facultad de construir en suelo ajeno y de mantener separada la propiedad de lo construido. Este derecho puede referirse también a edificación subterránea [...]».

67. Las implicaciones de este derecho no fueron una cuestión pacífica en la doctrina patria, es más, en la STS de 15 de junio de 1984 podemos observar no sólo cómo se reconoce su singularidad, sino que además se mencionan hasta cinco concepciones distintas de la figura. (SEGUNDO) CONSIDERANDO: «[...] el derecho de superficie, habida cuenta de su singular y específica naturaleza, **(1.ª)** bien se le considere como un derecho real, enajenable y transmisible, sobre cosa ajena o del grupo de los de naturaleza perpetua o inmobiliaria, **(2.ª)** ya como una propiedad limitada en ciertos aspectos, pero independiente de la propiedad del suelo, **(3.ª)** considerado como un caso de "*dominium utile*", **(4.ª)** ora como relación jurídica descompuesta en que el superficiario respecto del suelo ostenta un derecho real de disfrute sobre fundo ajeno, que le autoriza a ocupar el área de éste, y respecto a las construcciones mismas tiene una propiedad limitada, **(5.ª)** o siguiendo doctrina moderna marcada por el positivo avance de configurarlo como una forma de propiedad que, haciendo decaer el principio "superficies solo cedit", tiene su razón de ser en estimular y facilitar la construcción, así como posibilitar una propiedad dividida por planos horizontales [...]».

68. DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, «El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales», Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000, p. 107.

69. ALONSO PÉREZ, María Teresa, «La construcción...» cit., pp. 125-128.

de otras afines[70], ya que lo que se generan son dos titularidades sobre dos objetos distintos que recaen en una misma finca —por una parte, el suelo, perteneciente al concedente y, por otra, el edificio, perteneciente al superficiario[71]—.

Una vez delimitado el derecho de superficie, podemos aplicarlo a nuestro caso concreto: la constitución de un derecho de superficie sobre la finca en la que se encuentra La Romareda, hubiese supuesto que el superficiario —previsiblemente, el Real Zaragoza S.A.D.—, una vez construido el nuevo campo, se hubiera convertido en el propietario de las instalaciones durante el plazo estipulado en los pliegos, salvo extinción anticipada; mientras que, el Consistorio, durante dicho período, hubiese mantenido la propiedad del suelo y, sólo tras la extinción de la relación jurídica, se hubiera convertido en propietario del complejo deportivo[72].

Llegados a este punto, a más de uno le habrá sorprendido el hecho de que el superficiario se haga propietario de lo edificado, y no es para menos. Esta cuestión tiene mucha importancia porque, tal y como se bosquejaba en

70. Es interesante el análisis realizado por la profesora DE LA IGLESIA MONJE en el que establece las diferencias entre el derecho de superficie y otros derechos como: la enfiteusis, el usufructo, el uso y habitación, las servidumbres prediales, la accesión invertida, la construcción extralimitada, el arrendamiento y los derechos de sobre edificación y subedificación. DE LA IGLESIA MONJE «El derecho...» cit., pp. 131-183.

71. La profesora ALONSO PÉREZ nos ofrece una descripción gráfica de este derecho que nos ayuda a comprenderlo: «Se podría describir gráficamente la restructura resultante entendiendo que el volumen –la columna– se disocia por planos horizontales paralelos al suelo, pues esta es la idea habitual que se tiene del derecho de superficie (aunque no es la única posible y esta visión limita mucho la potencialidad del derecho de superficie). El propietario constituyente retiene la propiedad del plano bidimensional que es el suelo, mientras el superficiario adquiere la propiedad "superficiaria" del edificio que ya está construido o que se va a realizar, según el caso. El volumen no ocupado por el edificio o parte del mismo afectado por el derecho de superficie –en la que hay que incluir por ejemplo el subsuelo si no se ha integrado en la superficie– constituye la sede objetiva de la propiedad ordinaria cuya titularidad corresponde a quien concedió el derecho de superficie». ALONSO PÉREZ, María Teresa, «La temporalidad del derecho de superficie y los efectos de su extinción» en Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda, Alonso Pérez (directora), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

72. En este sentido se pronunció el vicegerente de Urbanismo el 23 de enero de 2023 en un informe: «Con independencia del negocio jurídico que se establezca para la futura explotación del campo de fútbol, el Ayuntamiento de Zaragoza conservará la titularidad dominical del suelo con independencia de que la edificación que se construya sea temporalmente propiedad de un tercero que la explotará hasta la extinción del derecho otorgado, sin perjuicio de que en el correspondiente Pliego de Condiciones económico administrativas puedan establecerse todas aquellas obligaciones, limitaciones y derechos que se juzguen convenientes para la salvaguarda de los intereses municipales».

las primeras líneas de este estudio, los bienes de dominio público son inalienables, es decir, no se pueden ni enajenar ni gravar. Claramente el derecho de superficie hubiese supuesto un gravamen para La Romareda, la cual estaba considerada un bien de dominio público y, por tanto, no era posible constituir un derecho de superficie sobre la misma[73].

Con el fin de resolver este problema, a través de la Modificación aislada n.º 206 del Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza, se transformó el bien de dominio público en bien patrimonial, calificándolo como sistema general privado y quedando reconocida expresamente la posibilidad de constituir un derecho de superficie sobre la finca en la que se erigía [Parcela CGU/ED(PV28.22)][74]. De esta manera, se habilitaba la utilización este instrumento para la reforma y gestión de La Romareda, en consonancia con lo dispuesto el artículo 106 LPAP: «La explotación de los bienes o derechos patrimoniales podrá efectuarse a través de cualquier negocio jurídico, típico o atípico».

Por último, no me puedo resistir a citar la STS de 24 de marzo de 1992, ya que no sólo reconoce la posibilidad de constituir un derecho de superficie por parte de un Ayuntamiento, sino que además resume gran parte de las cuestiones que se han analizado en este punto:

> «Cuarto. La creación, [...], por parte del Ayuntamiento, ejercitando facultades que entraban en habilitaciones previstas en el Ordenamiento jurídico de los bienes de los entes públicos, de un derecho de superficie a favor del particular mencionado, [...], constituye por de pronto un acto propio de dicho Ayuntamiento, [...].»Porque, además, es un acto perfectamente legal, que se sirve de una institución —la del derecho de superficie—, que, aunque de origen tan remoto: «*Lex Thoria Agraria*» (año 624 a. de C.) y la «*Lex Ilicia de Aventino*» (año 298 de la fundación de Roma), se consideraba prácticamente

73. La única forma de atribuir un derecho de uso privativo sobre un bien de dominio público es la concesión administrativa (art. 86.3 LPAP). Además, el Tribunal Supremo defiende que no es posible constituir un derecho se superficie sobre bienes de dominio público destacando el eminente carácter limitativo de la inalienabilidad de los bienes demaniales, reconocida nada menos que en el artículo 132 CE (FJ 4.º y 5.º STS 979/2013, de 4 de octubre de 2013).

74. No era necesario que se especificase la posibilidad de constitución de un derecho de superficie sobre la finca, con la determinación de su carácter patrimonial hubiese sido suficiente; sin embargo, entiendo que, en aras de evitar cualquier duda sobre las intenciones del Consistorio, se decidió realizar dicha aclaración. Desde mi punto de vista esto fue un acierto porque el Ayuntamiento deja muy claro que a la hora de acometer la reforma de la Romareda lo quería hacer mediante la constitución de un derecho de superficie y no utilizando otro negocio jurídico.

fenecida[75] en el Derecho civil (la doctrina llegó a calificar de epitafio la mención que de ella se hace en el artículo de 1611 de su Código, y tangencial la del art. 107.5 de la Ley Hipotecaria), pero que se ha intentado resucitar, precisamente en el Derecho urbanístico, como un Ave Fénix, que permite romper con el derecho de accesión, recogido en el Digesto: «*Omne quod inaedificatur solo cedit*».

En síntesis, la constitución de un derecho de superficie era una alternativa perfectamente viable en términos jurídicos y, además, hubiese supuesto un gran ejemplo a seguir por parte de otros Ayuntamientos para la gestión y reforma de sus respectivos campos de fútbol. Como veremos a continuación, esta opción presentaba unas condiciones muy beneficiosas para el Consistorio, sobre todo en términos económicos, aunque como en todo negocio jurídico, existían riesgos.

3. RÉGIMEN JURÍDICO

En el caso del derecho de superficie, el régimen jurídico regulatorio de sus efectos, modificación y extinción es menos problemático que el de las concesiones demaniales, por lo menos para las Administraciones Públicas.

Como mencionábamos anteriormente, la Ley del Suelo de 1956 supuso un hito fundamental para el desarrollo y utilización del derecho de superficie en España, de hecho, las sucesivas leyes del suelo han mantenido la regulación básica de esta figura —sin perjuicio de los cambios realizados—, resolviendo el silencio que guarda el Código Civil sobre su régimen[76]. No deja de ser curioso que una institución civil haya terminado siendo desarrollada por leyes urbanísticas[77].

Actualmente son los artículos 53 y 54 del TRLSRU los que contienen el marco legal básico del derecho de superficie, aplicable a todas las Administraciones públicas según lo preceptuado en el artículo 53.4 —«El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho»— en relación con la Disposición Final Segunda apartado 2 del mismo texto.

---

75. Otros autores como el profesor MARTÍN DIEZ-QUIJADA calificaban al derecho de superficie como institución fosilizada hasta la promulgación de la Ley del Suelo de 1956. MARTÍN DÍEZ-QUIJADA, Ángel, «La cesión...» cit., p. 26.
76. Han existido propuestas de reforma del Código Civil que incluían un régimen para el derecho de superficie, como la de AUGUSTO COMAS. DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, «El derecho...» cit., p. 59.
77. Véase una reflexión al respecto en MARTÍN DÍEZ-QUIJADA, Ángel, «La cesión...» cit., pp. 47-50.

Asimismo, en el caso de las administraciones aragonesas, el artículo 113 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón[78], recoge unas sucintas líneas en las que se determina que su utilización se limita a la construcción de VPO o a otros usos de interés social, como el deporte. El procedimiento de adjudicación de este derecho real debe de realizarse conforme a lo establecido en los artículos 107 a 111 LUA.

4. ADJUDICACIÓN

Cuando el derecho de superficie, que en nuestro caso se iba a constituir sobre una finca y no sobre un edificio, está destinado a usos no residenciales, las formas de enajenación previstas por la legislación aragonesa son las siguientes:

- Licitación por pluralidad de criterios (art. 108 LUA): se erige como el procedimiento general.
- Licitación por precio (art. 109 LUA): sólo se puede utilizar de forma excepcional para constituir derechos de superficie sobre «terrenos y aprovechamientos integrantes de los patrimonios públicos de suelo que sólo podrá aplicarse en relación con aquellos que, no estando destinados a usos residenciales, tengan atribuida por el planeamiento urbanístico una finalidad incompatible con los fines del patrimonio público del suelo, de conformidad con lo establecido en esta Ley y en el planeamiento urbanístico».
- Permuta (art. 110 LUA): podríamos plantearnos la permuta de derechos de superficie, pero en este caso lo descartamos directamente porque no se dan las circunstancias para su aplicación.
- Adjudicación directa (art. 111 LUA): se estipulan una serie de supuestos que permiten la adjudicación directa. En nuestro caso,

78. Artículo 113 LUA: «1. La Administración de la Comunidad Autónoma, los municipios y cualesquiera otros entes públicos o sus entidades instrumentales podrán constituir derechos de superficie en terrenos de los patrimonios públicos de suelo respectivos, con destino a la construcción de viviendas protegidas preferentemente de alquiler o a otros usos de interés social. 2. El procedimiento de constitución del derecho de superficie para la construcción de viviendas protegidas será el establecido en la legislación de vivienda. En los restantes supuestos, el procedimiento aplicable y el carácter oneroso o gratuito del mismo se regirá por lo dispuesto en los artículos anteriores».

serían las circunstancias de la letra c) o las del apartado h)[79] las que nos permitirían otorgar directamente el derecho de superficie. En el caso de la letra c) podríamos alegar la existencia de un interés general en que el Real Zaragoza fuese el superficiario de las instalaciones y, para ello, nos podríamos servir de la mayoría de los argumentos esgrimidos con anterioridad para determinar la concurrencia de circunstancias excepcionales a la hora de adjudicar una concesión demanial de forma directa al principal club del municipio. Dichos razonamientos también serían válidos para defender la excepcionalidad del caso del apartado h), donde además se exige que el superficiario fuese ocupante del bien inmueble, requisito que Real Zaragoza cumplía sin ninguna duda.

Por lo tanto, el Ayuntamiento tenía dos posibilidades: o bien acudir a una licitación por pluralidad de criterios, o bien adjudicar directamente el derecho de superficie al Real Zaragoza. El procedimiento que finalmente se escogió fue el primero de ellos.

Sinceramente, considero que aquí el Ayuntamiento de Zaragoza se equivocó. Aunque era posible la utilización de la licitación por pluralidad de criterios, en mi opinión, hubiese sido más adecuado realizar una adjudicación directa.

79. Artículo 111. Adjudicación directa: «1. Se podrá acordar la cesión directa de los bienes y derechos del patrimonio público del suelo en los siguientes supuestos:
a) Cuando el adquirente sea otra Administración pública o, en general, cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público. A estos efectos, los municipios, la Administración de la Comunidad Autónoma y sus entidades instrumentales podrán transmitirse terrenos, directamente e incluso a título gratuito, comprendidos o no en los patrimonios públicos de suelo, con fines de promoción de viviendas, construcción de equipamiento comunitario u otras infraestructuras o instalaciones de uso público o interés social. El régimen de disposición de los bienes de patrimonios públicos de suelo que sean cedidos a empresas públicas será el establecido en esta Ley y, en su caso, en la normativa de vivienda.
b) Cuando la permanencia de los usos a que se destinen los terrenos o aprovechamientos lo requiera, la Administración podrá también ceder directamente, por precio inferior al de su valor urbanístico o con carácter gratuito, el dominio de terrenos que no estén destinados a usos residenciales en favor de entidades privadas de interés público y sin ánimo de lucro, para destinarlos a usos de interés social que redunden en beneficio manifiesto de la Administración cedente.
c) Cuando el inmueble resulte necesario para dar cumplimiento a una función de servicio público o a la realización de un fin de interés general por persona distinta de las previstas en los apartados precedentes.
[...]
h) Cuando, por razones excepcionales debidamente justificadas, se considere conveniente efectuar la venta a favor del ocupante del inmueble».

Entiendo que la elección del otro procedimiento se hizo con el fin de parecer más transparentes de cara a la ciudadanía, pero también hay que tener en cuenta que era muy poco probable —por no decir imposible— que alguna entidad tuviese interés en acudir a dicha licitación, ya que la futura explotación y sus beneficios quedaban supeditados al rendimiento económico y deportivo del Real Zaragoza, quién iba a ser el principal usuario de las instalaciones. En definitiva, la adjudicación directa, para este caso, tenía mucho más sentido.

5. FINANCIACIÓN DE LA RECONSTRUCCIÓN

Cuando se planteó la constitución del derecho de superficie y se redactaron los pliegos, se determinó que La Romareda se derribaría y se construiría un nuevo estadio, sin coste alguno para las arcas municipales. A través de la obligación dispuesta en el apartado H de la decimocuarta cláusula de los pliegos, el superficiario habría asumido la totalidad de los gastos de ejecución de las obras[80].

A diferencia de lo que ocurría con las concesiones demaniales, en las que se podían establecer fórmulas muy diversas en cuanto a la financiación, en el caso del derecho de superficie, la única forma de que el Ayuntamiento aportase fondos sin desnaturalizar la institución sería a través de una indemnización en el momento de la extinción del derecho[81].

El segundo párrafo del artículo 54.5 TRLSRU establece que en principio no habrá derecho a indemnización por la adquisición de la propiedad de lo edificado por parte del concedente, aunque deja abierta la posibilidad a que las partes acuerden el régimen de liquidación que consideren oportuno.

---

80. En concreto se estipula que:«[...] El adjudicatario queda obligado y así deberá quedar reflejado en la escritura pública que se otorgue: [...] H.- Asumir los gastos de ejecución de las obras y de la instalación deportiva, incluidas las relativas a la transferencia, modificación o sustitución de todas las instalaciones de servicio y suministros, así como la puesta en funcionamiento de la misma y todos aquellos costes de mantenimiento y explotación de las instalaciones y servicios, incluyendo los relativos a la contratación con empresas proveedores de servicios de agua, electricidad, gas, telefonía, contadores y consumos de distintos suministros, y en general todos aquellos derivados del uso de la instalación. [...]».

81. Es cierto que podría plantearse la aportación de fondos a través de subvenciones, pero habría que estudiar si pudieran llegar a suponer Ayudas de Estado, prohibidas por el artículo 107 TFUE; analizaremos esta cuestión en el Apartado VI. De todas las formas, considero que, si el Consistorio quiere participar en la financiación del Estadio, es mejor acudir a otras alternativas en las que el Ayuntamiento mantiene la propiedad de las instalaciones, o bien a las fórmulas de colaboración público-privadas.

El Ayuntamiento de Zaragoza no estableció ningún tipo de compensación, es más, niega cualquier derecho a indemnización en el primer párrafo de la cláusula decimoséptima de los pliegos: «Finalizado el derecho de superficie por el transcurso del plazo otorgado, o en su caso por resolución del contrato, revertirán al Ayuntamiento de Zaragoza la totalidad de las obras ejecutadas que constituyen la instalación deportiva y usos terciarios complementarios que fueron objeto de explotación durante el indicado plazo, incluyendo su mobiliario, adquiriendo el municipio su titularidad dominical sin derecho a indemnización alguna por parte del superficiario».

El hecho de que el superficiario tuviera que pagar la construcción de un edificio que iba a terminar siendo propiedad de un tercero puede sonar algo extraño e incluso antieconómico. Sin embargo, hay que tener en cuenta que durante 75 años ese superficiario iba a ser dueño de dicho inmueble y, por ende, habría obtenido todos los rendimientos que hubiera generado con su explotación y la de los usos terciarios vinculados a la finca y reconocidos en el PGOU. Además, hemos de considerar que, tras 75 años, las instalaciones hubieran necesitado de algún tipo de intervención, por lo que nos encontraríamos en el punto de partida de este estudio.

En definitiva, esta fórmula permitía al Ayuntamiento ahorrarse los costes de construcción del Estadio, pudiendo destinar los recursos municipales a cubrir otras necesidades de los zaragozanos[82].

6. CANON

Tal y como ocurría con las concesiones demaniales, el derecho de superficie puede constituirse a título onerosos o gratuito, *ex artí*culo 53.3 TRLSRU. El mismo precepto indica que la contraprestación que se pudiere establecer «podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie».

82. Esta alternativa que puede sonar muy ventajosa para el Ayuntamiento no deja de presentar un alto nivel de riesgo, ya que en caso de que el superficiario —asumiendo que fuese el Real Zaragoza— hubiese desaparecido en el transcurso de construcción del nuevo estadio, la situación jurídica de la Nueva Romareda se hubiera tornado muy complicada.

El Consistorio podría haber optado por no cobrar cuantía alguna al adjudicatario del derecho de superficie[83], sin embargo, se acordó establecer un canon total por valor de TREINTA MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS DOCE EUROS (30.857.912.-€), coincidente con el indicado por la arquitecto Jefe de Servicio de Administración del Suelo y Vivienda del Ayuntamiento de Zaragoza[84]. Bajo mi punto de vista, esta tasación se tiene que considerar como valor de referencia a cobrar por parte de la corporación municipal, ya que el hecho de poder constituir el derecho de superficie a título gratuito permitiría que se estableciesen valores intermedios entre los cero euros y la valoración del derecho realizada por los servicios municipales.

Centrándonos en la forma de pago del canon, en la cláusula cuarta (apartado 2) de los pliegos se determina lo siguiente:

> «Dicho precio se abonará, en el mes de enero de cada anualidad, por el adjudicatario del contrato, mediante 70 plazos anuales por los importes que a continuación se detallan:
>
> - 150.000 € anuales para las diez primeras anualidades.
> - 250.000 € anuales para las diez segundas anualidades.
> - 350.000 € anuales para las diez terceras anualidades.
> - 450.000 € anuales para las diez cuartas anualidades.
> - 500.000 € anuales para las diez quintas anualidades.
> - 600.000 € anuales para las diez sextas anualidades.
> - 785.791,20 € anuales para las diez últimas anualidades.
>
> La fecha de la primera cuota a abonar será la que resulte de sumar cinco años a la fecha de inscripción registral del derecho de superficie que se otorga y se hará efectivo mediante cargo en cuenta bancaria, incluyendo el IVA o impuesto correspondiente que lo sustituya al tipo legal aplicable, debiendo abonarse las sucesivas cuotas en la forma y plazos establecidos anteriormente junto al IVA o impuesto que le corresponda.

83. De esta forma se hubiese hecho más atractivo el negocio jurídico en cuestión; sin embargo, es comprensible que se quisiera establecer un canon para obtener cierta rentabilidad económica de unos terrenos propiedad del Ayuntamiento.

84. En el ANEXO VI de los pliegos de otorgamiento del derecho de superficie, titulado «Tasación del derecho de superficie», podemos comprobar cómo se determinó su valor. Se puede consultar en el siguiente enlace: https://www.zaragoza.es/sede/servicio/contratacion-publica/anuncio/76446/document.pdf

> A partir de la séptima anualidad, la cuota del precio a satisfacer será actualizada anualmente mediante la aplicación de un coeficiente del 1,008 de forma sucesiva y acumulativa, todo ello con el fin de corregir la variación en el índice de precios por el coste de la vida.
>
> Consecuentemente con lo anterior, desde la fecha de inscripción del derecho de superficie que se otorgará, el adjudicatario tendrá cinco años de carencia en el pago del precio, tiempo que se juzga necesario para la ejecución de la nueva instalación deportiva.
>
> El adjudicatario del contrato podrá mejorar el calendario de pagos establecido en la presente cláusula, que tendrá su reflejo en la baremación de la licitación pública objeto de convocatoria».

En principio, considero que es una modalidad de pago bastante razonable. Es destacable el hecho de que se establezcan cinco años de carencia; recordemos, que el superficiario debía no sólo construir las instalaciones, sino también demoler los edificios preexistentes, lo que iba a suponer que durante un tiempo no pudiera obtener todo el rendimiento posible bajo circunstancias normales.

Además, el hecho de que las cuotas periódicas sean ascendentes hubiese permitido al adjudicatario gozar de mayor liquidez durante los primeros años. Entiendo que mediante este sistema de amortización se pretendía precisamente no ahogar financieramente al Real Zaragoza, ya que carecía de fondos propios suficientes como para costear toda la obra, por lo tanto, debía recurrir a la financiación ajena[85].

Como corolario podemos afirmar que se puede o no establecer un canon por la constitución de un derecho de superficie, siendo recomendable que cuando se establezca, su pago se realice mediante un sistema de cuotas ascendentes, tras un período de carencia que coincida con el período del que dispone el superficiario para construir.

85. A pesar de que me he planteado aplicar un modelo de canon variable similar al que he propuesto para los casos de concesiones demaniales en las que existe financiación pública y se determina que el superficiario debe, total o parcialmente, amortizar esa inversión pública; considero que, para la alternativa que estamos analizando no tendría mucho sentido. El hecho de que el superficiario financie enteramente la obra supone que el montante de las deudas e intereses a pagar sea bastante grande durante los primeros años, por tanto, es mucho mejor un modelo de pago de cuotas crecientes en el que las primeras cuotas no son muy altas, quedando concentrado gran parte del valor total a abonar en las últimas cuotas. En el ANEXO VII se puede comprobar una simulación del modelo adaptable y las diferencias con el de cuotas ascendentes que contenía los pliegos.

7. PLAZO

El plazo máximo por el que se puede conceder un derecho de superficie es de 99 años *ex artí*culo 53.2 *in fine*[86]. En nuestro caso, el plazo por el que se pretendía conceder el derecho de superficie sobre la parcela en la que se erigía La Romareda era de 75 años, así lo disponía la cláusula tercera:

> «TERCERA. – PLAZO DEL CONTRATO
>
> El derecho de superficie se otorgará sobre la parcela municipal por un período de SETENTA Y CINCO AÑOS, [...].
>
> A tal efecto, el inicio para el cómputo de dicho plazo producirá en la fecha en que se lleve a cabo la inscripción registral del derecho de superficie que se otorga sobre la parcela municipal, previa formalización en documento público del indicado derecho, dado el carácter constitutivo del mismo.
>
> No obstante, lo anterior, con carácter excepcional y para el supuesto de que el adjudicatario de las obras vea suspendidas las mismas por causa no imputable al mismo, el Ayuntamiento de Zaragoza podrá ampliar el plazo del derecho de superficie por un período equivalente a aquel en que quedaron suspendidas, previa solicitud del superficiario».

Es una cláusula que no presentaba problemas y además resolvía una de las cuestiones que suele preocupar a la doctrina: el momento a partir del cual comienza el cómputo del plazo del derecho de superficie[87]. Asimismo, era razonable la posible ampliación que se reconoce en caso de suspensión de las obras no atribuible al superficiario[88].

---

86. Cuando por primera vez se reguló el derecho de superficie en España, el plazo máximo permitido estaba fijado en 50 años. Con la reforma de la Ley del Suelo en 1975 y su posterior refundición mediante el RD 1346/1976, se establecieron dos periodos máximos distintos, uno para las Administraciones Públicas, de 75 años, y otro para particulares, de 99 años. Estos plazos no se modificaron a pesar de las reformas de 1990 y 1998, y fue la Ley 8/2007, de 28 de mayo, la que volvió a unificar criterios, estipulando el mismo plazo máximo para todos, prohibiendo los derechos de superficie superiores a 99 años. El TRLSRU mantiene esta última regulación.

87. Esta cuestión la plantea el profesor LÓPEZ FERNÁNDEZ al analizar la imperatividad de la duración máxima del derecho de superficie. Considera incomprensible que se fije legalmente un plazo máximo y no se determine el *dies a quo*, ya que la propia concepción y regulación de la figura puede dar lugar a que nos planteemos diferentes inicios del cómputo del periodo pactado: el momento de formalización de la escritura pública; cuando el derecho se inscribe en el Registro de la Propiedad; el día en el que se finalice el edificio; o el momento en que se extinga el plazo para edificar, aunque ya esté finalizada la construcción. LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel, «El inadecuado régimen urbanístico del derecho de superficie» en Anuario de Derecho Civil, Volumen 69, núm. 3, Ministerio de Justicia, BOE, Madrid, 2016, pp. 844-846.

88. Resulta llamativo que no se recogiese posibilidad de prórroga alguna. Desde mi punto de vista, hubiera sido algo positivo, así, en caso de que el Ayuntamiento y el Real

8. PRONUNCIAMIENTOS DEL TACPA Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

8.1. El Acuerdo 62/2023, de 29 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Al principio de este apartado ya anticipábamos que un recurso especial interpuesto frente al anuncio y los pliegos sobre el otorgamiento del derecho de superficie ante el TACPA terminó dilapidando dicha alternativa. Por ello, es interesante analizar el Acuerdo 62/2013, de 29 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y, así, profundizar en sus argumentos y conclusiones[89].

En el fundamento de derecho previo, el Tribunal delimita el régimen jurídico aplicable al supuesto, dado que, en el ínterin de tiempo existente entre el anuncio de los pliegos y la presentación del recurso especial en materia de contratación, había entrado en vigor la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de Aragón. Asimismo, el TACPA analiza y confirma la legitimación del concejal recurrente para interponer el recurso.

Centrándonos ya en los aspectos que nos interesan para nuestro estudio, resulta que dicho concejal consideraba que el Ayuntamiento de Zaragoza había calificado indebidamente el negocio jurídico que se pretendía licitar. Defendía que no nos encontrábamos ante un contrato patrimonial sino ante un contrato administrativo, sometido a la Ley de Contratación del Sector Público. Según su opinión, la verdadera naturaleza jurídica de la relación que se pretendía establecer era propia de un contrato de concesión de obra, ya que se incluían prestaciones propias de ese tipo de contratos.

En este punto, recordemos que el artículo 9.2 LCSP excluye de su ámbito de aplicación a «los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, [...],

---

Zaragoza hubieren considerado oportuno prorrogar su relación jurídica, la habrían podido alargar sin problemas. Creo que con la expresión «deberá fijarse necesariamente el plazo de duración» el artículo 53.2 TRLSRU lo que pretende es dotar de certidumbre al periodo de vigencia del derecho de superficie, con el fin de salvaguardar la seguridad jurídica, por lo que no veo inconveniente a que, en la escritura pública, a parte del plazo, se fije una opción de prórroga, siempre y cuando la suma de ambos no supere el periodo máximo de los 99 años. DE LA IGLESIA ya se mostraba a favor de las prórrogas, argumentando que no suponían una desnaturalización de la institución superficiaria. DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, «El derecho...» cit., pp. 372-374.

89. La competencia de este órgano para conocer del recurso planteado se tratará en el próximo punto en el análisis de la sentencia del TSJAr.

que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial». Sin embargo, *in fine*, añade que «[...] En estos contratos solo podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 34.2.».

Estoy de acuerdo con que efectivamente la construcción de la Nueva Romareda, de forma abstracta, se subsume perfectamente en el objeto de los contratos de concesión de obras, mas, tal y como se ha analizado *supra*, se consideró que no era un instrumento con el que se fuese a lograr el fin último de la Corporación: la construcción de un nuevo estadio apto para albergar partidos de un campeonato de fútbol mundial[90].

Aclarada esta cuestión nos centramos ya en la controversia surgida en cuanto a la naturaleza del contrato, para ello nos ocuparemos de responder dos preguntas: ¿cuál era el verdadero objeto del contrato que estaba en proceso de licitación? ¿podemos considerar la proyección y construcción de la Romareda como una prestación complementaria del contrato de otorgamiento del derecho de superficie?

A) El objeto del contrato

La primera pregunta creo que no ofrece ningún tipo de dudas y podemos afirmar sin vacilaciones que el objeto del contrato era el de otorgar un derecho de superficie sobre la parcela en la que se erigían las antiguas instalaciones.

A pesar de que el concejal se esfuerza por defender que el objeto del contrato, según el anuncio de la licitación, era que «el adjudicatario redacte el proyecto para la construcción de nuevo estadio municipal de fútbol de acuerdo con las especificaciones contenidas en el pliego de Cláusulas Técnicas elaborado por los servicios técnicos municipales y el Anteproyecto que debe formular para acudir a la licitación»[91], opino que está totalmente equivocado.

90. Creo que es conveniente recordar que el hecho de iniciar un procedimiento de licitación pública no implica que se vaya a terminar adjudicando el contrato, incluso puede darse el caso de que nadie se presente. Esta situación era la que se pretendía evitar por parte del Consistorio, ya que el contrato de concesión de obras *per se* no permitía hacer económicamente atractiva la construcción del Estadio.

91. Acuerdo 62/2023, de 29 de junio, del TACPA, p. 9.

En primer lugar, el objeto del anuncio de licitación realizado por el Ayuntamiento de Zaragoza no tenía el contenido que el concejal apuntaba, es más, el anuncio decía lo siguiente: «2.- Objeto del contrato: (Cláusula Segunda) Otorgamiento de un derecho de superficie mediante licitación pública, por plazo de 75 años, con adjudicación a la oferta económica más ventajosa con varios criterios de adjudicación, sobre la parcela municipal SG-ED (PV) 28.22, destinada a equipamiento deportivo privado, usos coadyuvantes al mismo y usos terciarios, con la finalidad de que el adjudicatario redacte el proyecto para la construcción del nuevo estadio municipal de futbol, lleve a cabo su ejecución y la gestión y explotación del mismo».

En segundo lugar, considero que lo más adecuado para juzgar el objeto de un contrato es acudir al propio contrato o, como en este caso en el que no se llegó a firmar, a los pliegos. En dichos pliegos, podemos comprobar que el objeto principal del contrato era el otorgamiento de un derecho de superficie[92], ergo me reafirmo en lo antedicho: el objeto del contrato no se subsumía en uno de los supuestos contemplados para los contratos de concesión de obras[93].

En el Acuerdo del TACPA vemos como consideran lo contrario al determinar *prima facie*, para declararse competentes, que el objeto del contrato se encuadra en el supuesto previsto para los contratos de concesión de obras[94], centrándose exclusivamente en la construcción y ejecución del Estadio, sin hacer mención alguna a la constitución del derecho de superficie, verdadero objeto del contrato. Además, es curioso que, a la hora de analizar

92. «**SEGUNDA. – OBJETO DEL CONTRATO:** El **objeto del contrato es el otorgamiento, con carácter oneroso de un derecho de superficie** sobre una parcela municipal ubicada en el Polígono Romareda de 47.399,30 m^2 de superficie, donde se ubica actualmente el estadio de fútbol de La Romareda, cuya descripción figura de forma pormenorizada en la ficha descriptiva que se adjunta como Anexo I al presente Pliego, y sin perjuicio de la posibilidad de que los licitadores comprueben la información urbanística que estimen pertinente, todo ello con la finalidad de construir un nuevo estadio municipal de fútbol y explotar el mismo, a cuyos efectos el objeto puede desglosarse en las siguientes prestaciones: [...]».

93. Esta cuestión no sólo es importante a efectos contractuales, sino también a la hora de establecer la competencia del TAPCA como veremos más adelante.

94. «Por tanto y partiendo del concepto del contrato de concesión de obra pública contenido en el artículo 14 en relación con el 13.1 de la LCSP, y el artículo 2.1.6 de la Directiva 2014/24/UE antes citado, las **dos características que identifican esta figura contractual** hacen referencia respectivamente a su **objeto** y a **la forma de remunerar al contratista**; así, **el contrato de concesión de obra ha de tener por objeto bien la ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto**, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I, o bien la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público

el fondo del asunto, el razonamiento aplicado para determinar la naturaleza del contrato es distinto, porque asume que el objeto del contrato sí que es el derecho de superficie y se centra en analizar si la presunta prestación complementaria de proyectar y construir el Estadio supera los umbrales del artículo 9.2 LCSP.

Es incomprensible que para declararse competente defienda que nos encontramos ante un contrato de concesión de obras y, posteriormente, afirme que «[...] sin dicha valoración (en referencia al valor de las prestaciones) este Tribunal administrativo **no puede identificar la prestación principal de contrato y por ende, no puede determinarse la verdadera naturaleza del contrato,** [...]». En consecuencia, el Tribunal acaba contradiciéndose en el propio acuerdo: en principio sí que es capaz de determinar la naturaleza jurídica del contrato, pero termina reconociendo que no cuenta con los datos suficientes que le permitan concluir dicha naturaleza. Sobre esta cuestión volveremos a la hora de analizar la competencia del TACPA.

Por el momento, nos quedamos con la primera tesis defendida por el TACPA, en la que asume que el objeto del contrato se corresponde con el de un contrato de concesión de obra, un error evidente tanto por el literal del objeto de los pliegos como por los diferentes indicios que apuntaban a que efectivamente se quería acordar la constitución de un derecho de superficie:

— En los pliegos se mencionaba que se habían valorado diferentes fórmulas para acometer la reforma o reconstrucción de la Romareda, entre las que se encontraba la concesión de obras que, de hecho, se había descartado[95]. Por consiguiente, no sólo se determina un objeto distinto al del contrato de concesión de obras, sino que se descarta expresamente que nos encontrásemos ante un supuesto del artículo 14 en relación con el 13.1 LCSP.

---

contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra y que se trate de una obra susceptible de explotación económica, por cuanto la segunda nota que caracteriza a este tipo de contrato es la particular forma de remunerar las prestaciones realizadas por el contratista con el derecho que se le reconoce a explotar la obra, pudiendo este derecho estar acompañado o no del abono de un precio. **De este modo, cabe afirmar que claramente concurren las notas de este contrato en el presente caso**».

95. Es cierto que tanto la concesión de obras como el otorgamiento del derecho de superficie pueden tener como fin último la ejecución de obra, sin embargo, no podemos confundir el propósito por el que se firma un contrato con el objeto del mismo. Para un mismo propósito pueden existir varias fórmulas contractuales con las que poder alcanzarlo, sin embargo, el objeto de los diferentes contratos no tiene por qué coincidir, es más, lo normal será que no sea el mismo.

— El Consistorio modificó el Plan General de Ordenación Urbana con el fin de poder constituir un derecho de superficie sobre la parcela en la que se encontraba la Romareda, ya que el estadio se erigía como bien demanial, lo que impedía cualquier tipo de gravamen. Si el Ayuntamiento hubiera preferido utilizar la alternativa de la concesión de obras, no hubiera invertido recursos en realizar esta modificación. Asimismo, se determinó específicamente la posibilidad de constitución de un derecho de superficie en la parcela donde se erigía la antigua Romareda.

Por lo antedicho, creo que queda más que probado que el objeto del contrato era otorgar un derecho de superficie y no ejecutar una obra, por lo tanto, con lo analizado hasta el momento, estaríamos ante un contrato patrimonial.

B) La presunta prestación complementaria

La cláusula de los pliegos donde se determina el objeto del contrato, en su primer párrafo, tras estipular el objeto del contrato[96], determina lo siguiente: «[...] a cuyos efectos el objeto puede desglosarse en las siguientes prestaciones: [...]». Pues bien, las prestaciones que enumeran a continuación no creo que puedan considerarse como complementarias, sino que más bien estaríamos ante una delimitación del ejercicio del derecho a construir que el superficiario adquiere como consecuencia de este contrato.

La primera y la segunda de las supuestas prestaciones complementarias son las que más interés suscitan, es más, es en ellas sobre las que se sustenta gran parte del recurso presentado ante el TACPA, así que de las consideraciones que realicemos sobre ellas dependerá la naturaleza del contrato.

El contenido concreto de las referidas prestaciones es el siguiente: «**a)** El adjudicatario se obliga a la redacción de un proyecto para la construcción de un nuevo estadio de fútbol, de acuerdo con las especificaciones contenidas en el Pliego de Cláusulas Técnicas elaborado por los servicios técnicos municipales y el Anteproyecto que debe formular para acudir a la licitación; **b)** El adjudicatario se obliga a promover la construcción de la nueva instalación deportiva de acuerdo con su Anteproyecto y de conformidad con el Proyecto presentado para su aprobación, que habrán de respetar el Pliego de Cláusulas Técnicas particulares».

96. También indica la finalidad con la que se realiza el contrato, aunque tal aclaración, en mi opinión, debería de contenerse en la justificación del contrato y no en la cláusula donde se determina el objeto, ya que puede confundir y producir que se genere una equivalencia entre el significado de objeto y finalidad para la que se firma el contrato.

Es cierto que lo dispuesto en estas líneas del pliego, de forma abstracta, se subsume perfectamente en el objeto de contrato de una concesión de obras, sin embargo, ya hemos razonado que el objeto del contrato es el otorgamiento de un derecho de superficie. Ahora, la cuestión estriba en sí hay que considerar esta obligación una prestación complementaria del contrato o no. En caso afirmativo, habría que aplicar las consecuencias derivadas del incumplimiento del artículo 9.2 LCSP *in fine*, ya que el presupuesto de la construcción del estadio se situaba en los 139.250.000 €, superando con creces la mitad del valor del negocio (85.053.956 €).

Si la respuesta a esta pregunta la intentamos encontrar en el Acuerdo del TACPA veremos que el Tribunal considera que en el contrato se han estipulado prestaciones que van más allá de las propias de un derecho de superficie. Bajo la premisa de la existencia de dichas prestaciones, intenta aplicar el artículo 9.2 LCSP, comprobando si el 50% del valor del derecho de superficie se ve superado por el valor del proyecto y las obras a ejecutar. Sin embargo, no es capaz de realizar dicha tarea ya que el referenciado valor no se incorporó en la documentación preparatoria del expediente contractual.

Ante esta situación el Tribunal determina que no puede pronunciarse sobre la naturaleza del contrato; no obstante, termina concluyendo que la ausencia del cálculo de los valores de las prestaciones referidas a proyectar y ejecutar la obra supone la existencia de un vicio de nulidad del procedimiento y declara nulo el procedimiento licitatorio del derecho de superficie.

Evidentemente, en caso de haberse incluido el valor de la realización del proyecto y la construcción del estadio en el procedimiento licitador, según la argumentación del Tribunal, habría calificado el negocio jurídico como un contrato de concesión de obra y creo que, en este punto, el TACPA hubiese vuelto a errar en su pronunciamiento.

Considero que el hecho de que en los pliegos del contrato de superficie se contuviese una obligación de proyectar y construir el estadio, no implica que esto fuese una prestación complementaria que el superficiario debiera realizar en favor del concedente —por lo menos en el corto plazo—, me explico:

Hemos comenzado este análisis haciendo hincapié en la naturaleza y en las implicaciones del derecho de superficie. Se ha concluido que este derecho real implica la disociación de la propiedad, generándose una titularidad sobre lo construido en favor de del superficiario, mientras que el concedente mantiene la propiedad únicamente sobre el suelo. De esta forma, queda claro que quién es beneficiario de la construcción es quién la realiza y, aun-

que sólo sea propietario de lo edificado de forma temporal, el concedente no está percibiendo directamente prestación alguna por el hecho de que se haya construido[97]. La prestación percibida por el concedente durante la vigencia del derecho de superficie es el canon que se haya fijado —salvo que se otorgue a título gratuito—.

Una vez se extingue el derecho real de superficie, la propiedad de lo construido revierte al concedente, y es en este momento en el que sí nos podemos plantear la existencia de una prestación complementaria.

En mi opinión, la reversión de lo edificado sí es una prestación dentro de un contrato de derecho de superficie, ya que no deja de ser una obligación impuesta al superficiario en favor del propietario del suelo[98], a pesar de que sus efectos se produzcan en el futuro. Podríamos hablar de una prestación diferida que se subsume en el supuesto de un contrato de obras, ya que se ejecuta una obra que, traspasado un tiempo, termina siendo propiedad de un poder adjudicador.

Aunque estemos ante una prestación, esto no implica que le debamos otorgar el calificativo de complementaria. El párrafo segundo del artículo 54.5 LCSP ya nos advierte de que una vez extinto el derecho de superficie, el dueño de la finca se convierte en propietario de lo edificado, por lo que esa transmisión que se produce en el momento final de la relación jurídica está prevista en la propia legislación, de ahí que la debamos considerar como una prestación inherente al derecho de superficie despojada de cualquier calificativo de accesoriedad. Es cierto que, en nuestro caso, el Ayuntamiento ha fijado una serie de requisitos que se deben cumplir a la hora de edificar en la finca gravada, pero esto no deja de ser una mera delimitación de un derecho real, como por ejemplo ocurre cuando se disponen una serie de condiciones para otorgar una donación.

No me parecería extraño que hubiese opiniones contrarias que defendiesen que el hecho de imponer unas directrices al superficiario para que construya supusiera la complementariedad de la prestación. El TACPA

97. Esto es clave y, además, una de las principales diferencias entre la constitución de un derecho de superficie y un contrato de concesión de obras, ya que en este segundo caso la Administración sí que es propietaria de lo que se está construyendo, a pesar de que su gestión no vaya a ser directa.

98. En nuestro supuesto, es posible que sea más complicado ver la existencia de esta prestación, dado que el Ayuntamiento antes de la constitución del derecho de superficie tenía un estadio de fútbol y, tras la extinción de dicho gravamen, va a volver a ser propietario de unas instalaciones con características similares; sin embargo, si pensamos en otro supuesto en el que sobre los terrenos no existía edificio alguno, se observa que es más que razonable considerar la existencia de una prestación en el momento en el que se transmite la propiedad de lo construido.

parece defender esta línea, pero no llega a argumentar por qué la construcción del Estadio es accesoria al derecho de superficie, simplemente atestigua que es subsumible en el objeto de un contrato administrativo típico y procede a intentar comparar los valores de las prestaciones.

Es en este punto donde el TACPA realiza una propuesta totalmente descabellada, que, pese a la hipotética aceptación de su tesis, creo que no sería aceptable, ya que pretendía imputar una prestación en favor del Ayuntamiento de Zaragoza por el valor de construcción del estadio, estimado en 139.250.000 €.

Considero que atribuir un valor actual a la presunta prestación complementaria recibida por parte del Consistorio pasados unos setenta años desde la finalización de las obras no es razonable, ya que se está equiparando la recepción de una obra vieja a la de una nueva.

La verdad es que buscar una valoración para esta tesis del TACPA se torna cuanto menos complicado. De todas las formas, considero que una posible solución la podríamos encontrar en el propio régimen del derecho de superficie, en concreto en el artículo 54.5 TRLSRU, donde se habilita el establecimiento de un régimen liquidatorio para el momento extintivo[99]. Así, aquella indemnización que se pudiese establecer en favor del superficiario sería el valor a considerar a la hora de aplicar el artículo 9.2 LCSP[100].

Esta pequeña consideración y propuesta respecto a la interpretación del contrato realizada por el TACPA no supone bajo ninguna circunstancia aceptar por nuestra parte que la proyección y construcción del estadio son prestaciones complementarias dentro del otorgamiento de un derecho de superficie.

99. A pesar de que del propio precepto referenciado se intuye que el legislador entiende que no tiene que existir una contraprestación en el momento extintivo ya que, salvo pacto en contrario, no existe derecho a indemnización: «A la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie». Esta postura es comprensible dado que este tipo de relaciones están previstas para largos periodos de tiempo, por tanto, una vez quedan extintas, el edificio en cuestión ya tiene una «edad», así que es bastante probable que haya que realizar actuaciones sobre el aquel e, incluso, demolerlo y erigir una nueva construcción.

100. En nuestro caso, el valor a imputar hubiese sido de 0 euros, debido a que en los pliegos no se reconocía indemnización ninguna en favor del superficiario una vez quedase extinto el derecho real de superficie. Es razonable que el Consistorio no se comprometiese a pagar indemnización alguna ya que «dejaban» un campo de fútbol de 67 años y se iban a «encontrar» —transcurridos 75 años— unas instalaciones con características similares y edad parecida.

Por último, una vez analizada la parte más polémica del negocio jurídico, no me gustaría despreciar el resto de presuntas prestaciones contenidas en los pliegos[101]:

— La contenida en la letra c) no es más que una consecuencia del ejercicio del derecho de superficie: la adquisición del derecho de superficie por parte del adjudicatario y de la propiedad temporal sobre lo edificado.

— En la letra d) se limita a establecer que el adjudicatario tiene la obligación de conservar, gestionar y explotar el nuevo estadio, es decir, otra consecuencia directamente relacionada con el derecho real analizado. Es cierto que se obliga a garantizar el uso de las instalaciones por parte del Real Zaragoza, pero en todo caso esto sería una prestación en favor de dicha entidad, no del Ayuntamiento.

— Finalmente, en la letra e) se determina que la ejecución de las obras deberá de realizarse por fases, permitiéndose la celebración de partidos de fútbol en todo momento. De nuevo, podemos observar que esto no supone ningún tipo de prestación en favor del Consistorio.

Concluido el análisis de las supuestas prestaciones podemos afirmar que no nos encontrábamos ante tales, sino que los diferentes apartados que

101. c) El adjudicatario adquirirá un derecho de superficie para un periodo de 75 años, de acuerdo con el Estudio de viabilidad económica presentado por el cesionario de uso actual de la instalación, o en su caso el plazo que resulte de la oferta presentada a la licitación, lo que le permitirá, en su condición de titular superficiario, la explotación de la instalación deportiva así como de los aprovechamientos lucrativos terciarios existentes en la parcela, que podrán ser objeto de cesión en régimen de uso, arrendamiento o cualquier otro admitido en Derecho en favor de terceros, durante el plazo para el que se otorga el derecho de superficie.
En consecuencia, el superficiario ostentará la propiedad temporalmente limitada de las futuras construcciones, separada de la propiedad del suelo, durante el plazo y condiciones que señale el derecho de superficie otorgado.
d) El adjudicatario del derecho de superficie tendrá la obligación de conservar, gestionar y explotar la nueva instalación durante el plazo del derecho de superficie, garantizando la permanencia de Real Zaragoza SAD, o quien pudiera sucederle, como cesionario de uso estrictamente del nuevo campo de fútbol, de forma que pueda celebrar los partidos de competición en dicho emplazamiento, todo ello sin perjuicio de que dicha entidad deportiva asuma los gastos de puesta en funcionamiento de la instalación en cada ocasión que utilice la misma.
e) El adjudicatario del derecho de superficie, tendrá la obligación de acometer la ejecución de las obras por fases, a cuyos efectos habrá de aportar calendario de las actuaciones que pretenda efectuar según el modelo establecido en el Anexo V, que en todo caso habrán de garantizar durante todo el proceso de ejecución de la nueva instalación que el actual cesionario de uso de la instalación pueda celebrar en la misma la mayor parte de los partidos de fútbol de cualquiera de las competiciones nacionales.

se enumeraban eran simplemente una delimitación del derecho de superficie.

Como conclusiones de este pronunciamiento podríamos destacar:

— El objeto del contrato era la constitución de un derecho de superficie, por tanto, el TACPA se equivocó al considerar *prima facie* que el objeto era la ejecución de unas obras.

— No se puede considerar que el hecho de construir sobre suelo ajeno al ejercer un derecho de superficie es una prestación complementaria en favor del concedente, ergo, en caso de que una Administración Pública otorgue un derecho real de estas características, no habría que entrar a valorar si el valor de las obras ejecutadas es superior al 50% del valor del derecho de superficie.

— En caso de que se aceptase la tesis propuesta por el TACPA, que sí aprecia la complementariedad de la construcción del Estadio, se propone la comparación de los valores del derecho de superficie y el de la indemnización en favor del superficiario fijada para el momento de la extinción del derecho, con el fin de aplicar lo dispuesto en el artículo 9.2 LCSP *in fine*.

8.2. La Sentencia 324/2024 de 26 de septiembre de 2024 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

El Ayuntamiento de Zaragoza, dado su desacuerdo con la estimación del recurso especial que supuso la anulación de la licitación del derecho de superficie sobre la Romareda, presentó un recurso frente al Acuerdo 62/2023 del TACPA ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón el 13 de julio de 2023. Asimismo, solicitó como medida cautelar, la suspensión cautelar del acto impugnado para poder continuar con el procedimiento de otorgamiento del derecho de superficie.

Mediante el Auto 154/2023, de 21 de julio de 2023, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se estimó la medida cautelar solicitada por el Ayuntamiento. El Tribunal no sólo analizó que se cumplieran los diferentes presupuestos que permitían adoptar dicha medida, sino que también dejó entrever el sentido de la sentencia que terminaría dictando, es más, algunos de los razonamientos utilizados en el auto los terminó replicando literalmente en la sentencia.

A continuación, pasaremos a examinar directamente la Sentencia 324/2024, de 26 de septiembre de 2024, del Tribunal Superior de Justicia de

Aragón, que es la que nos interesa para el objeto de nuestro estudio[102]; seguiremos el orden de estudio de la cuestión aplicado por el TSJAr.

A) La incompetencia del TACPA

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón es un órgano colegiado especializado adscrito actualmente al Departamento de Hacienda, Interior y Administración Pública del Gobierno de Aragón.

Este Tribunal tiene unas competencias tasadas en el artículo 118.1 de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, entre las que se encuentran el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación.

Este tipo de recursos, regulados en el Capítulo V del Título I de la Ley de Contratos del Sector Público, sólo se pueden interponer ante una serie de actos relacionados con la contratación. En concreto deben de cumplir los siguientes requisitos:

1.º Encontrarnos ante alguna de las siguientes actuaciones recogidas en el artículo 44.2 LCSP.

2.º Que la actuación este referida a alguno de los contratos dispuestos en el artículo 44.1 LCSP.

3.º Que sea un poder adjudicador el que pretenda concertar —o haya ya concertado— dicho contrato.

En la *litis* que nos concierne la posible incompetencia del TACPA podría haber surgido por el incumplimiento del segundo de los requisitos expuestos, ya que no había duda de que los otros dos requisitos se satisfacían[103].

Los contratos cuyas actuaciones son susceptibles de recurso especial son:

— Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros.

102. El contenido del auto referido al derecho de superficie es prácticamente idéntico al de la sentencia, por lo tanto, no es necesario tratarlo de forma separada. Las cuestiones sobre la adopción de las medidas cautelares solicitadas por el Ayuntamiento, aun siendo interesantes, no presentan gran relevancia para nuestro estudio y, por ello, no serán analizadas.

103. El concejal recurrió el anuncio y los pliegos de la licitación, actuaciones susceptibles de recurso *ex* artículo 44.2.a) LCSP. Además, el Ayuntamiento de Zaragoza es poder adjudicador en virtud del artículo 3 LCSP en conexión con el artículo 3.1.a LBRL.

— Contratos de suministro y servicios que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

— Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de algún contrato de obras, suministro o servicios, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

— Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

— Los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.

— Los subvencionados a que se refiere el artículo 23, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios.

De esta forma queda patente que, en principio, el contrato por el que se pretendía otorgar el derecho de superficie sobre la Romareda no era susceptible de recurso especial en materia de contratación al no encontrarse entre los supuestos mencionados[104].

Es en este punto dónde yerran tanto el concejal como el TACPA al considerar que estábamos ante un contrato de concesión de obras. Como se ha expuesto en el apartado anterior, el contrato en cuestión era un contrato patrimonial y, por tanto, no cabía el recurso especial.

El TSJAr deja muy claro desde el principio que es evidente que el contrato, cuyo anuncio y pliegos se habían recurrido, tenía como objeto el otorgamiento de un derecho de superficie, por lo que no era posible la interposición de un recurso especial[105].

104. Es cierto que a partir del artículo 9 LCSP podríamos argumentar directamente que el anuncio y los pliegos del otorgamiento del derecho de superficie no eran susceptibles de recurso por encontrarse fuera del ámbito de aplicación de la Ley, sin embargo, he considerado interesante traer a colación la regulación del recurso especial, porque el contrato de concesión de obra sí que es recurrible a través de este instrumento y, de hecho, el concejal defendía que esta era la naturaleza del contrato que se pretendía adjudicar.

105. FJ2: «[...] En el caso presente nos encontramos con la licitación pública por otorgamiento de un derecho de superficie de carácter oneroso por plazo de setenta y cinco años sobre la parcela municipal SG-ED (PV) 28.22 destinada a equipamiento deportivo

El pronunciamiento califica de error insoslayable el hecho de que el TACPA, ante las dudas que tenía respecto a la naturaleza del contrato, se declarara competente para pronunciarse sobre el asunto. El Tribunal apunta que «Si no hay competencia, no puede pronunciarse sobre el fondo, y si el fondo no determina que claramente hay contrato administrativo susceptible de recurso ante el TACPA, ello impide reconocer su propia competencia y, como en este caso, anular».

De esta forma, el TSJAr concluye que el TACPA debería de haberse declarado incompetente. Añade que si los miembros del Tribunal en cuestión tenían dudas respecto a la naturaleza del contrato bien podrían haber solicitado al Ayuntamiento que les aportara la valoración de la proyección y construcción del Estadio, que, al fin y al cabo, según el segundo razonamiento realizado por el TACPA, era lo que iba a determinar la naturaleza del contrato[106].

Figuradamente, el TSJAr indica en su sentencia que el TACPA considera que «no puedo calificarlo como contrato administrativo porque no tengo el dato de la valoración de la contraprestación, pero sin saber por ello si estamos ante un supuesto del 44.2 de la ley 9/2017, que me atribuiría la competencia, me declaro competente para anularlo y lo anulo».

A pesar de estar de acuerdo con esta parte del pronunciamiento, considero que el TSJAr no llega a mencionar expresamente una cuestión que creo que es fundamental, y es que el TACPA a la hora de apreciar si es competente para resolver la controversia razona que el contrato es de concesión de obras porque su objeto se corresponde con el de ese tipo de contratos, es decir, que en este momento sí que es capaz de determinar la naturaleza del contrato; pero, cuando va a pronunciarse sobre el fondo del asunto, asume que nos encontramos ante un contrato patrimonial[107] en el que concurre una prestación complementaria subsumible en el supuesto de contrato de concesión de obras y, por ello, declara que hay que comparar los valores de las

privado, usos coadyuvantes al mismo y usos terciarios, promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza, por lo que, *prima facie*, el TACPA carece de competencia para conocer del recurso. [...]».

106. De hecho, el TACPA está facultado por el artículo 129.2 LUECPCAA para realizar las actuaciones de comprobación oportunas a la hora de admitir o no a trámite un recurso (en la normativa anterior aplicable a este caso, esta cuestión estaba regulada en el artículo 21.2. *in fine* LMMCSPA).

107. No lo dice expresamente, pero a la hora de analizar el fondo del asunto, procede a la aplicación del artículo 9.2 LCSP, lo que implica una asunción implícita de que el objeto del contrato era el otorgamiento de un derecho de superficie y, por ende, estábamos *prima facie* ante un contrato patrimonial, sin perjuicio de lo que se podría llegar a concluir una vez realizada la comparación de valores de las prestaciones contenidas en el negocio jurídico.

prestaciones para determinar la naturaleza del contrato, de conformidad con el artículo 9.2 LCSP. De esta forma, me reafirmo en que el TACPA considera dos objetos del contrato distintos, uno a la hora de declararse competente y otro cuando analiza el fondo del asunto.

Con este pequeño apunte, podríamos decir que lo que viene a hacer el TACPA, y también lo digo figuradamente, es lo siguiente: «me declaro competente asumiendo que el objeto del contrato se corresponde con una concesión de obras, lo que me permite asumir que el contrato es susceptible de recurso especial; pero, posteriormente, aplico un razonamiento completamente distinto, asumiendo implícitamente que el objeto del contrato es diferente al que había indicado en un principio y concluyo que no puedo conocer la naturaleza del contrato porque no tengo el dato que me permitiría determinarla. Además, aunque me considero incapaz para determinar la naturaleza del contrato, necesaria para declararme competente, anulo la licitación».

Como conclusión de esta parte podríamos afirmar que el TACPA era incompetente para conocer de este asunto. Como adelantábamos, el TSJAr falló en este sentido y declaró nulo el Acuerdo de aquél en virtud del artículo 47.1.b LPACAP.

B) La naturaleza del contrato

Una vez declarada la incompetencia del TACPA, no hubiese sido necesario que el TSJAr se parase a analizar si existía o no un contrato de obras o concesión de obras; sin embargo, dada la relevancia de la cuestión, el Tribunal se pronuncia sobre ello en el fundamento jurídico tercero de la sentencia.

En base a la STJUE C-412/04, el TSJAr defiende que lo esencial es el objeto principal del contrato, que en este caso era el otorgamiento de un derecho de superficie sobre la parcela en la que se erigía la Romareda. Posteriormente, indica que es procedente analizar si existen prestaciones complementarias subsumibles en alguno de los contratos de la LCSP cuyo valor supere el 50% del valor del negocio, cuya prestación principal propia de un contrato patrimonial.

El TSJAr aprecia que no existe prestación complementaria por el hecho de que se construya, ya que considera que la edificación sobre la finca es una obligación inherente al objeto del contrato. Añade que la construcción —de un estadio— es el principal objetivo del derecho de superficie y su ejecución corresponde al adjudicatario, quien puede realizarla directa o indirectamente, quedando las relaciones que pudiesen surgir entre super-

ficiario y terceros sometidos al régimen jurídico privado. Además, hace hincapié en que el Consistorio queda totalmente ajeno a la construcción de las instalaciones deportivas: «[...], el Ayuntamiento se desliga de todo lo relativo a la construcción y gestión del campo, incluida la elección de quien haya de realizar materialmente la obra, y sólo pretende que la ciudad cuente con un campo para acoger el Mundial y que sirva de soporte a las entidades que lo precisen, [...]».

Asimismo, en la sentencia se incluye un supuesto legalmente reconocido que implica la utilización del derecho de superficie para la construcción de viviendas de protección oficial, con el que se ejemplifica y demuestra que la obligación de construir, inherente al dicho negocio jurídico, no lo transforma en un contrato de obras o concesión de obras.

Como corolario a este punto el Tribunal dice lo siguiente: «Por todo ello, tampoco se puede considerar, y haciendo abstracción de que no se han llevado a cabo valoraciones concretas más allá de comparar el coste del campo con el total del derecho de superficie que hay prestaciones complementarias que superen el valor de la principal, pues lo que se considera tal (la proyección y construcción del estadio) es el objetivo último de la cesión y queda plenamente relegado al campo privado, siendo la adjudicataria del derecho de superficie la que se quedará con el campo durante 75 años y lo explotará como considere», es decir, que el Tribunal sin necesidad de realizar comparación de valores, determina que la naturaleza del contrato en ningún momento podía asimilarse a la de un contrato de obras o de concesión de obras, ya que las prestaciones complementarias defendidas por el TACPA no eran tales, sino que se trataban del propósito de la relación jurídica.

En este punto, como habrán podido observar, el TSJAr resuelve la pregunta que nos planteábamos con anterioridad: ¿podemos considerar la proyección y construcción de la Romareda como una prestación complementaria del contrato de otorgamiento del derecho de superficie?

Siguiendo la línea argumental expuesta al analizar el Acuerdo del TACPA, en mi opinión, la respuesta a dicha pregunta coincide con la dada por el TSJAr, aunque con matices, ya que éste califica la proyección y construcción del campo como el objetivo del negocio jurídico —y en algún momento como obligación—, mientras que yo defiendo su carácter prestacional no complementario.

Estoy de acuerdo con que no puede considerarse que sea una prestación realizada en favor del Ayuntamiento en el momento en el que se construye, sin embargo, sí que creo que hemos de tratarla como una prestación que surge en el momento de extinción de la relación jurídica.

Tal y como indicaba *supra*, cuando se construye, es el superficiario quien ostenta la propiedad de lo edificado, por lo tanto, no es aceptable considerar que el Consistorio está recibiendo en ese instante una prestación. Sin embargo, una vez extinto el derecho real, se produce la transmisión de la propiedad al Ayuntamiento, quién recibe en estos momentos una construcción ya prevista en el momento en que se otorgó el derecho de superficie; es más, va a convertirse en propietario de unas instalaciones que cumplen una serie de requisitos predispuestos por él mismo.

Desde mi perspectiva, el hecho de construir en el derecho de superficie se presenta como una prestación en diferido que se mantiene latente a lo largo de la relación jurídica y que sólo en el momento en que se extingue el derecho de superficie, se materializa propiamente como prestación en favor de la contraparte —el dueño de la finca—.

Además, no creo que mi opinión y la del TSJAr estén muy alejadas, es más, son compatibles. El hecho de que la construcción del Estadio sea el objetivo final de la constitución del derecho de superficie no impide que la podamos considerar también una prestación inherente a dicha relación jurídica.

Como conclusión podríamos extraer que desde el punto de vista del TSJAr la pretendida prestación complementaria defendida por el TACPA no era tal, sino que se trataba del objetivo último del derecho de superficie, por lo que no era procedente realizar la comparación del artículo 9.2 LCSP. Por ello, se declara que estaríamos ante otro motivo de anulación del Acuerdo del TACPA

C) Desviación de poder

Por último, el TSJAr analiza la desviación de poder apreciada por parte del Ayuntamiento, indicando que efectivamente se produjo tal desviación en el momento en el que el TACPA anuló una licitación sobre la cual no tenía competencia para pronunciarse.

9. CONCLUSIONES

Como conclusiones a este apartado, en el que hemos analizado una fórmula novedosa para la reforma o construcción y posterior gestión de un estadio de fútbol municipal, podríamos destacar las siguientes:

i. La constitución de un derecho de superficie en favor de un club balompédico es un instrumento viable para acometer la reforma o construcción de un estadio de fútbol municipal.

ii. La adjudicación puede hacerse mediante licitación con pluralidad de criterios o de forma directa, siempre que se cumplan los requisitos estipulados para su utilización. En el caso de la Romareda se podría haber utilizado cualquiera de las fórmulas, aunque, en mi opinión, la más adecuada hubiese sido la adjudicación directa.

iii. La financiación de las instalaciones corre a cargo del superficiario, sin perjuicio de las subvenciones que se le pudieran otorgar.

iv. Por la constitución del derecho de superficie en su favor, el superficiario puede quedar obligado a pagar un canon. Asimismo, para una reconstrucción de un estadio de fútbol sería procedente establecer un período de carencia y un sistema de cuotas crecientes.

v. El máximo tiempo por el que se podría otorgar una otorgar un derecho de superficie sería de 99 años. Durante su vigencia la propiedad de la finca y del suelo pertenece a sujetos diferentes.

vi. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón avala la utilización de esta fórmula para la reconstrucción de estadios de fútbol.

VI. COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y LA NUEVA ROMAREDA S.L.[108]

1. EL NUEVO PANORAMA TRAS EL FRACASO DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Ante la imposibilidad del Real Zaragoza de conseguir financiación para acometer por sí mismo la reconstrucción de la Romareda y así poder acudir a la licitación del derecho de superficie, el concurso quedo desierto[109]. De nuevo, el sueño de un nuevo estadio no acababa materializándose.

Si el Ayuntamiento de Zaragoza quería lograr que la ciudad fuese subsede del Mundial 2030 y, además, que el Club participase en la financiación de las obras, debía explorar nuevas fórmulas para que la Nueva Romareda se edificase a tiempo. Asimismo, el Gobierno de Aragón mostró su interés en formar parte del proyecto.

El hecho de que se quisiese financiar el coste de las instalaciones mediante una fórmula que incluyese al sector público y al privado nos sitúa

108. En la elaboración de este apartado ha sido de especial interés y utilidad el estudio elaborado por los profesores GIMENO FELIÚ y GARCÍA-ALVÁREZ sobre esta alternativa para acometer el proyecto de La Nueva Romareda.

109. Por tanto, se cumplió la premonición que hacíamos anteriormente respecto al poco interés que podía suscitar el derecho de superficie a otros agentes económicos.

dentro del concepto de colaboración público-privada, definido en el Libro Verde sobre esta materia como «las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio» [110].

Esta colaboración se puede instrumentalizar de diferentes formas, pero para la reforma de la Romareda, se descartaron directamente alguna de ellas:

— **Contrato de concesión de obras y la creación de una sociedad mixta.** La utilización de un contrato de concesión de obras era inviable, ya que como hemos explicado en su momento, el Real Zaragoza no cumplía con los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional, entre otros factores. También queda excluida la posibilidad de constituir una sociedad de economía mixta con el fin de adjudicarle directamente un contrato de concesión de obras, debido a que, para ello, es necesario que el socio privado haya sido seleccionado conforme a los preceptos que la LCSP dispone para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya el objeto de la sociedad mixta creada [111]. Nos reiteramos en que el Real Zaragoza no podía ser seleccionado de acuerdo con los criterios de la LCSP por no cumplir con los mínimos de solvencia, así que esta vía tampoco era factible.

— **La constitución de un derecho de superficie.** Esta fórmula hemos visto en el apartado anterior era perfectamente plausible debido a que, en un principio, el Real Zaragoza podía postularse como superficiario y, de hecho, fue la alternativa que se pretendió utilizar. Sin embargo, la situación de inseguridad jurídica que se generó impidió al Club obtener las garantías financieras suficientes como para acometer el proyecto. Además, hay que tener en cuenta que en las fechas en las que se plantea la colaboración público-privada —finales del año 2023—, el TSJAr aún no se había pronunciado de

110. Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, Bruselas, 30.4.2004 COM (2004) 327 final.

111. Es la disposición adicional vigésima segunda LCSP la que establece este requisito: «1. Las concesiones de obras y de servicios podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado [...]».

manera firme, por lo tanto, podría darse el caso de que se pronunciase en contra de la constitución de un derecho de superficie para la construcción de la Romareda, así que, iniciar una nueva licitación o adjudicar dicho derecho de forma directa al Real Zaragoza, no tenía sentido.

Ante la imposibilidad de utilizar las dos fórmulas mencionadas, se propuso la creación de una sociedad de propósito especial (SPE), propia de los *Project Finance*, una técnica de financiación de infraestructuras procedente del mundo anglosajón.

2. LOS *PROJECT FINANCE*

Los *Project Finance* son estructuras financieras que se crean para sufragar los costes de un determinado proyecto[112]. Los fondos provienen tanto del capital aportado por los socios[113] —hay ocasiones en las que ni siquiera hay

112. A la hora de utilizar el término *Project Finance* hay que ser cautelosos, ya que también se usa para hacer referencia a uno de los contratos específicos que se suele firmar dentro de la estructura financiera creada: el contrato de financiación con fondos ajenos. En este sentido: «Dos son pues, las figuras que deben diferenciarse cuando estamos ante la expresión *Project Finance*, tal y como venimos señalando insistentemente. En primer lugar, la estructura general de un *Project Finance* en el que se interrelacionan diferentes contratos con una finalidad económica común, pero cuyos titulares son distintos y cuyos resultados se dirigen a la devolución del del préstamo o crédito que se les facilitó a través de un contrato de financiación o *Project Finance* (segunda figura) con características propias derivadas de la propia naturaleza del proyecto a financiar». VAÑÓ VAÑÓ, María José, «El contrato de "Project Finance"», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
En el pacto parasocial que analizaremos hay en un momento en el que se utiliza este término, sin embargo, creo que no se hace de la forma más adecuada, ya que habla de sistema de *Project Finance* cuando en realidad se está refiriendo a los posibles contratos de financiación que se pudieran firmar: «[...] en garantía de la financiación bancaria que pudiera obtener la Sociedad en un sistema de *Project Finance* o similar» (Cláusula 7.2).

113. Hay autores qué si establecen unos porcentajes de referencia para los *Project Finance*, indicando que el capital social aportado por los promotores del proyecto se debe situar entre el 20% y 30% de su coste NASSAR, Nagla, «Project Finance, Public Utilities, and Public Concerns: A Practitioner's Perspective» en Fordham International Law Journal, *Volume* 3, *Issue* 6, *Article* 6, The Berkeley Electronic Press, Nueva York, 1999. Mientras que otros, como el profesor HOFFMAN establecen un marco muy amplio para que sean los socios los que decidan cuánto capital quieren aportar directamente al proyecto: «The term project finance does not necessarily imply that the underlying debt is nonrecourse to the project sponsor. As the definition indicates, project finance debt can be nonrecourse or limited recourse. Project finance transactions can be placed on a continuum, with recourse to project sponsors ranging from nonrecourse to almost complete recourse, as is increasingly common in structured project finance». HOFFMAN, Scott L., «The Law and Business of International Project Finance», *Second Edition*, Kluwer Law International, La Haya, 2001.

desembolso de capital social— como de la deuda contraída con terceros. La concesión de fondos ajenos se basa en la capacidad del proyecto de generar flujos de caja positivos que cubran los intereses y el capital prestado.

Es cierto que, en nuestro caso, por el momento, no se ha recurrido a la deuda ajena, sin embargo, es una de las formas de financiación previstas en el pacto parasocial que se firmó, así que la vocación de los socios era servirse del marco que ofrece el *Project Finance* para acometer la reconstrucción de la Romareda. Además, como veremos, no todas las aportaciones realizadas por los socios han sido a través del capital, sino que también se ha recurrido a préstamos participativos.

Los *Project Finance* no tienen una naturaleza jurídica *per se*, sin embargo, estas estructuras financieras sí que se caracterizan por qué su materialización se produce a través de la creación Sociedades de Propósito Especial. Esta sociedad se erige como el eje vertebrador de un complejo de contratos, cada uno con su propia idiosincrasia.

Queda acreditado que la utilización de esta fórmula es viable, aunque la falta de una regulación específica nos impide acudir a un régimen concreto que nos guíe a la hora de su instrumentación. Considero que, ese vacío legal, es lo que permite a estas estructuras adaptarse perfectamente a las características de cada proyecto concreto y, de hecho, esta es una de sus grandes ventajas[114]. Sin embargo, no podemos olvidar que sí habrá que cumplir con la legislación vigente cuando se adjudiquen los contratos, se constituya la SPE o haya que resolver los posibles conflictos ante la jurisdicción competente.

En nuestro caso, el primer paso que se dio para utilizar esta técnica financiera fue la firma del Protocolo Marco de Actuaciones de 27 de octubre de 2023, suscrito por el Ayuntamiento de Zaragoza, Gobierno de Aragón[115]

114. En este sentido se pronuncian DE LOS HEROS ECHECOPAR y MARÍN VILLARÁN: «Si bien el Project Finance tiene características que son comunes con otros mecanismos de financiamiento, un primer elemento a tomar en cuenta es que en el Project Finance el financiamiento se adapta al proyecto que se quiere financiar. Dadas las particularidades de cada proyecto, como pueden ser la industria, los riesgos asociados al proyecto, si se trata de un proyecto público o de uno privado, la experiencia de los promotores del proyecto, si es un proyecto nuevo (*greenfield*) o es un proyecto que ya está en marcha (*brownfield*), entre otros, ningún Project Finance será igual a otro - y quizá esto último es lo que hace que el Project Finance sea una técnica de financiamiento tan interesante. De esto se desprende también que lo que puede haber funcionado bien para un Project Finance, no necesariamente funciona bien para otro». DE LOS HEROS ECHECOPAR, Juan Carlos, y MARÍN VILLARÁN, Luis Ernesto, «Una revisión al *Project Finance*» en Revista de Derecho Administrativo n.º 16, Círculo de Derecho Administrativo, Lima, 2016.

y Real Zaragoza S.A.D., donde se determinaron los pasos a seguir para poner en marcha la reconstrucción de la Romareda.

3. LAS SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECIAL. LA NUEVA ROMAREDA S.L.

3.1. Naturaleza y régimen jurídico

Tal y como adelantábamos, para poder acometer un *Project Finance*, es necesario constituir una Sociedad de Propósito Especial. Estas sociedades son vehículos financieros que se crean con el fin de obtener los recursos económicos suficientes con los que, posteriormente, puedan cumplir con su objeto social, que, en nuestro caso, es la construcción de un nuevo estadio[116].

Además, estas entidades cuentan con una ventaja clave, y es que permiten el aislamiento de bienes y derechos de la sociedad respecto se sus socios, por lo que no computan en el presupuesto de las entidades públicas participantes[117] y permite eludir los problemas de déficit que se pudieran derivar de otras fórmulas enmarcadas en las PPP.

Estas sociedades no cuentan con un régimen normativo específico que las rija, de forma que, a la hora de ser constituidas, tienen que adoptar una de las formas jurídicas reconocidas en la legislación española.

Normalmente se acude a las sociedades de capital, en concreto, a las sociedades anónimas o a las limitadas, aunque nada obsta la utilización de otras legalmente admitidas. La elección de un tipo u otro dependerá de la decisión de los socios promotores que, en principio, optarán por aquella cuyo régimen se adapte mejor a sus necesidades y objetivos.

---

115. El Gobierno de Aragón, a la hora de participar en este proyecto, lo hace a través de la Corporación Empresarial Pública de Aragón, una sociedad unipersonal del Gobierno de Aragón que agrupa todas las participaciones empresariales directas de la Administración autonómica y actualmente está adscrita al Departamento de Presidencia, Economía y Justicia.

116. En este sentido: «Desde la perspectiva del sector público-financiero, las "entidades vehiculares de inversión para propósitos especiales" tienen por finalidad la financiación de proyectos de gran magnitud, entre los que se encuentran las plantas industriales o las obras civiles que requieran una ingente inversión». HERNANDO CEBRIÁ, Luis, «Entidades de Propósito (o cometido) especial y otras entidades vehiculares o puente. (Una aproximación a su configuración tipológica desde el Derecho de sociedades)», Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, p. 52.

117. REBOLLO FUENTE, Andrés, «APPs institucionales, financiación de infraestructuras y contabilidad pública» en Reflexiones: Revista de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial, Vol. 2, n.º 2, Consejería de Obras Públicas y Transportes, Sevilla, 2007.

En nuestro caso, la forma jurídica elegida para constituir la SPE fue la de la sociedad limitada. Esta elección seguramente se vio motivada por el régimen de transmisión de las participaciones sociales, mucho más rígido que el de las sociedades anónimas[118], y que facilitaba el control de la Administración sobre el socio privado, con el fin de asegurar su implicación en el proyecto.

De esta manera, conforme a lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital se procedió a constituir La Nueva Romareda S.L. el 21 de diciembre de 2023. Previamente, el Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza, en sesión extraordinaria de 18 de diciembre de 2023, procedió a aprobar la participación de la Corporación en dicha Sociedad[119], en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11.1.l) de la Ley 10/2017, de 30 de noviembre, de régimen especial del municipio de Zaragoza como capital de Aragón[120].

118. Es más, en los estatutos y en el pacto parasocial, se endurece el régimen de transmisión de participaciones, ya que se recoge una cláusula *lock-up* que prohíbe las transmisiones voluntarias de aquellas mediante actos *inter vivos* durante los primeros cinco años desde la constitución de la Sociedad. Asimismo, esta regla se aplica a las sucesivas ampliaciones de capital que se pudieren realizar y que, de hecho, ya estaban previstas, entendiéndose en todo caso que el periodo de *lock-up* se computa desde la fecha de del Pacto de Socios. En este punto he de destacar que en los estatutos sociales también se hacía referencia a esta cláusula de *lock-up*, sin embargo, el cómputo del plazo para las ampliaciones de capital debía iniciarse en el momento de constitución de la Sociedad. Al coincidir la fecha de adopción del pacto parasocial con la de creación de la Sociedad, no existe problema alguno, pero, en caso de que no coincidiesen, hubiésemos de haber seleccionado la fecha de adopción del pacto parasocial, dada su preeminencia sobre los estatutos sociales (Cláusula 1 del Pacto).

119. La aprobación no fue por unanimidad, sino que los votos se distribuyeron de la siguiente forma: 19 votos a favor, 2 votos en contra y 9 abstenciones.

120. Creo que es importante apuntar que no nos encontramos ante una empresa pública local. Por una parte, a través de esta entidad no pretende realizar ninguna actividad económica, ya que su propósito es la obtención de financiación para un proyecto. El hecho de que esta sociedad tenga como objeto la explotación de un estadio y unos terrenos de usos terciarios no es más que una consecuencia de la propia estructura financiera debido a que, mediante los beneficios obtenidos con dicha explotación, sólo se pretende recompensar a los socios por el capital aportado vía dividendos. Así, el fin perseguido por el Consistorio a la hora de constituir la Sociedad no es participar en una actividad económica, sino resarcirse de los fondos destinados a la misma. Por todo ello, no había que aplicar las normas ni los trámites necesarios para que el Ayuntamiento pudiese participar en actividades económicas (art. 97 TRRL y 202 a 204 RBASOELA).

Por otra parte, también hemos de alejar la figura analizada de cualquier sociedad mercantil local prestadora de servicios públicos, ya que La Nueva Romareda S.L. no iba a prestar servicios de tales características ni directa ni indirectamente, su actividad se circunscribirá a la explotación de un bien patrimonial.

Con el fin de que estas entidades —las SPEs— no se extralimiten de sus funciones y terminen por no satisfacer el objetivo por el que fueron creadas, es muy importante que se adopten una serie de medidas que garanticen su dedicación al objeto social[121] y, al mismo tiempo, determinar un adecuado reparto de los riesgos inherentes a la estructura financiera en la que quedan encajadas. El Protocolo sirvió de base para lograr estos extremos, sin embargo, en los estatutos y en el pacto parasocial[122] es donde se terminó delimitando perfectamente los derechos y obligaciones de cada una de las partes y las posibles consecuencias de su incumplimiento.

3.2. La Nueva Romareda S.L. como poder adjudicador

Una vez determinada la naturaleza jurídica de la Sociedad creada, hay que analizar cómo podrá llevar a cabo su cometido de construir un nuevo estadio. Este punto es esencial porque va a determinar el proceder de la entidad a la hora de relacionarse contractualmente con terceros.

Para comprobar si La Nueva Romareda S.L. es o no poder adjudicador acudimos al artículo 3.3 LCSP[123], cuyo tenor es el siguiente:

> «Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades:
>
> a) Las Administraciones Públicas.
>
> b) Las fundaciones públicas.
>
> c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.
>
> d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no ten-

121. Estas cautelas tomadas por parte de los socios son elementos que nos ayudan a identificar este tipo de sociedades. HERNANDO CEBRIÁ, Luis, «Entidades...» cit., p. 72.

122. Los pactos parasociales se definen como «los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen». PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido, «El *enforcement* de los pactos parasociales», Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, n.º 5, 2003. Sin embargo, el hecho de que estos pactos se mantengan en el seno de las relaciones internas de los socios puede provocar que no sean eficaces dentro del seno de la Sociedad, por lo menos de forma inmediata cuando se alegan. Así, para garantizar su eficacia en todo momento, la Sociedad suscribe dichos pactos, tal y como ha ocurrido con el Pacto de Socios de La Nueva Romareda S.L.

123. El contenido de este precepto proviene de la trasposición de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

gan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores».

Claramente nuestra SPE sólo parece subsumible en el apartado d), pero hay que comprobar que efectivamente se cumplen los requisitos en él dispuestos:

— Que sea una entidad con personalidad jurídica propia. Las sociedades de capital tienen reconocida la personalidad jurídica en virtud de los artículos 35. 2.º del Código Civil en relación con el 33 LCSP.

— Que haya sido creada para satisfacer el interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. El interés general es evidente y no vamos a redundar en los argumentos que ya hemos expuesto a lo largo de este estudio. Por su parte el carácter industrial o mercantil podría generarnos alguna duda, principalmente porque el artículo 2 LCSP estipula lo siguiente: «Las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil», es decir, que siempre tienen dicho carácter y, consecuentemente, el criterio que estamos analizando no se cumpliría. Sin embargo, dado que nos encontramos ante un artículo procedente de la trasposición de una Directiva europea, es esencial considerar la jurisprudencia del TJUE, quien en su Sentencia 10 de noviembre de 1998, Caso BFI Holding BV (C-360/96), determinó que la Directiva analizada «distingue entre, por una parte, necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y, por otra, necesidades de interés general que tienen carácter industrial o mercantil», de esta manera es compatible la existencia de una satisfacción del interés general con el carácter mercantil del organismo en cuestión[124].

124. En esta línea, en base a la jurisprudencia del TJUE, el profesor GIMENO FELIÚ afirma «[...] que resulta indiferente para determinar el cumplimiento de este requisito que, además de satisfacer necesidades de interés general, la entidad desempeñe otras actividades que no las satisfacen e incluso que las actividades para satisfacción del interés general sólo constituyan "una parte relativamente poco importante" de su actividad global». GIMENO FELIÚ, José María, «Ser o no ser poder adjudicador. ¡Esa no es la cuestión!», Web del Observatorio de Contratación Pública. https://www.obcp.es/opiniones/ser-o-no-ser-poder-adjudicador-esa-no-es-la-cuestion (17/01/2025).

— Que uno o varios de los sujetos considerados poder adjudicador conforme al artículo 3 LCSP:

  ○ financien mayoritariamente su actividad, o

  ○ controlen su gestión, o

  ○ nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

La financiación mayoritaria por parte del Ayuntamiento de Zaragoza y el Gobierno de Aragón es patente como comprobaremos en el próximo punto, pero es que, además, ambos organismos nombran a 2/3 de los consejeros que componen la Junta General de la Sociedad (Cláusula 6 del Pacto).

Por todo lo antedicho, La Nueva Romareda S.L. es poder adjudicador y, por lo tanto, debe de someterse a la Ley de Contratos del Sector Público en el caso de que quiera llevar a cabo negocios jurídicos cuyo objeto se subsuma en el de alguno de los contratos que dicha norma recoge. Si acudimos a la Plataforma de Contratación del Sector Público podemos observar cómo esta sociedad ya ha realizado adjudicaciones en base a la LCSP.

3.3. Ayudas de Estado y vulneración del derecho europeo

El artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea es muy claro y prohíbe cualquier tipo de ayuda ofrecida por parte del Estado que pueda repercutir de forma negativa al normal funcionamiento del mercado interior y genere perturbaciones en los intercambios comerciales entre Estados miembros[125].

La Comisión Europea, a la hora de analizar si en un caso concreto existe Ayuda de un Estado miembro, utiliza cuatro criterios que se tienen que cumplir cumulativamente[126]:

— La medida debe ser imputable al Estado y financiada mediante recursos estatales.

125. Artículo 107 TFUE: «Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

126. Del literal de cualquier Decisión de la Comisión Europea en materia de ayudas del Estado en relación con el artículo 107 TFUE se pueden extraer estos requisitos. Véase por ejemplo la Decisión de 28 de octubre de 2024, SA.114781 (2024/N) – *Spain «Aid to*

— Debe conferir una ventaja económica a su beneficiario.

— Dicha ventaja debe ser selectiva.

— La medida debe distorsionar o amenazar con distorsionar la competencia y afectar al comercio entre Estados Miembros.

En casos muy similares en los que se ha financiado con fondos públicos estadios de fútbol, la CE ha determinado la existencia de Ayuda de Estado, por lo tanto, podríamos confirmar que, en principio, también existiría Ayuda de Estado en el caso de la Romareda [127].

Al mismo tiempo, en dichas resoluciones, la Comisión Europea ha convenido que concurre el supuesto del artículo 107.3.c) TFUE [128], por lo que dichas ayudas han terminado siendo consideradas compatibles con el mercado interior europeo. Para ello, han tenido que cumplir con los siguientes requerimientos [129]:

---

shipowners for temporary cessation of fishing activity due to emergency measures»: «The qualification of a measure as aid within the meaning of this provision therefore requires the following cumulative conditions to be met: (i) the measure must be imputable to the State and financed through State resources; (ii) it must confer an advantage on its recipient; (iii) that advantage must be selective; and (iv) the measure must distort or threaten to distort competition and affect trade between Member States».

127. Pararnos a analizar la concurrencia de todos los requisitos nos haría extender el estudio en demasía, así que me remito a pronunciamientos como la Decisión de la CE de 24 de mayo de 2017, *State Aid SA.46530 – Slovakia National Football Stadium*, la Decisión de la CE de 2 de octubre de 2013 *State aid SA.36105 (2013/N) – Germany, Fußballstadion* Chemnitz o la Decisión de la CE de 18 de diciembre de 2013, *Aide d'Etat SA. 35501 (2013/N) – France Financement de la construction et de la rénovation des stades pour l'EURO* 2016, siendo de especial interés esta última dado que las coincidencias con el caso Romareda son enormes: la celebración de una competición internacional de fútbol y la utilización de fórmulas PPP para financiar la reforma o reconstrucción de instalaciones deportivas. Como habrán podido deducir de su título, en dicha decisión la Comisión Europea se pronunció sobre la financiación, por parte de las Administraciones Públicas galas, de la reforma y construcción de hasta nueve estadios para la Eurocopa de 2016. A pesar de reconocer la subsunción de la financiación pública en el supuesto de Ayuda Pública del artículo 107 TFUE, la Comisión concluyó que su contenido era compatible con el artículo 107.3.c) TFUE y, por ende, con el mercado interior.

128. Artículo 107.3.c TFUE: «3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior: [...] c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común; [...]».

129. Decisión SA. 35501 (2013/N): «(268) Pour qu'une mesure soit considérée compatible avec le marché intérieur en vertu de cette dérogation, la Commission examine si cette mesure poursuit un objectif politique d'intérêt commun, si elle est nécessaire et proportionné et ne provoque pas de distorsions indues de la concurrence».

— Que la medida persiga un objetivo político de interés común. De forma general la CE reconoce que las infraestructuras deportivas cumplen este requisito: «(269) En ce qui concerne la poursuite d'un objectif politique d'intérêt commun, il convient d'observer que la construction de sites destinés à la tenue d'activités sportives ou d'autres manifestations publiques et le support de différents types d'activités qui profitent au grand public peuvent être considérés comme une responsabilité de l'État. Ainsi, la Déclaration d'Amsterdam sur le sport et l'article 165 du TFUE ont reconnu l'importance sociale du sport: "L'Union contribue à la promotion des enjeux européens du sport, tout en tenant compte de ses spécificités, de ses structures fondées sur le volontariat ainsi que de sa fonction sociale et éducative"»[130].

— Que sea necesaria y proporcionada. En nuestro caso, si Zaragoza quería ser sede del Mundial 2030, debía acometer la reforma o reconstrucción del Estadio, ya que no cumplía con los requisitos mínimos exigidos por la FIFA, como la capacidad mínima de 40.000 espectadores. La necesidad subyace en el hecho de que el club de fútbol, por sí mismo, no puede asumir los costes de edificación de las nuevas instalaciones; por su parte, la proporcionalidad se cumple desde el momento en el que la entidad balompédica asume una serie de compromisos que la obligan a participar económicamente en el proyecto y, posteriormente, a gestionar las instalaciones a cambio de un canon.

— Que no provoque distorsiones indebidas en la competencia. Para cumplir este requisito, la CE considera que todas las actividades comerciales relacionadas con el estadio que no estén vinculadas a la actividad deportiva deberán de ofrecerse a los potenciales usuarios bajo condiciones de transparencia y no discriminación. Por su parte, en cuanto al uso deportivo, el hecho de existan una gran cantidad de estadios en el Espacio Económico Europeo evita que este tipo de ayudas tenga efectos perniciosos que afecten al mercado interior[131].

130. Decisión SA. 35501 (2013/N).

131. Decisión SA. 46530: «(56) Regarding the extent of possible effect on trade and competition between Member States, the Commission considers that the Stadium, being used by the Slovak national football team and a future professional football club chosen on basis of tender, could also be used in future international competitions. However, given the multiplicity of such stadiums in the EEA, the negative effects on wider competition are likely to remain limited. Regarding the other envisaged use of the

Por todo lo antedicho, podemos afirmar que a pesar de que la financiación aportada por parte del Ayuntamiento de Zaragoza y el Gobierno de Aragón a la SPE se subsume en el concepto de Ayuda Estatal, en base a los pronunciamientos de la CE, no perturbaría el mercado interior y, consecuentemente, sería totalmente legal.

4. FINANCIACIÓN DE LA RECONSTRUCCIÓN

Los socios, a través del pacto parasocial, se comprometieron a garantizar que la Sociedad dispusiera de los fondos propios o ajenos para sufragar el coste de la reconstrucción de la Romareda[132].

La primera aportación de fondos se produjo en el momento de constitución de la Sociedad y, aunque el capital social inicial era de 50'5 millones de euros, la liquidez de la Sociedad no era tal, ya que la aportación realizada por el Ayuntamiento fue un derecho de superficie valorado en 24,5 millones de euros[133]. Las aportaciones dinerarias realizadas por el Gobierno de Aragón y Real Zaragoza ascendían a 20 y 6 millones respectivamente.

Stadium, the commercial exploitation for cultural or congress activities will be open to several competing users and will be granted on a transparent and non-discriminatory basis. It is therefore unlikely that the operation of the Stadium will unduly distort competition and trade between Member States».

132. Cláusula 3.2 del Pacto: «Las partes se comprometen a que la sociedad realice la licitación de las obras de demolición del actual Estadio La Romareda en torno al primer trimestre del 2024. También asumen en nombre de la sociedad el compromiso de licitación de las obras de construcción del nuevo Estadio en torno al segundo semestre de 2024».
Cláusula 3.3 del Pacto: «Las partes se comprometen a que la sociedad disponga o tenga comprometidos los fondos propios de La Nueva Romareda S.L. y, en su caso, los fondos ajenos que sean necesarios para cubrir financieramente el presupuesto base de las licitaciones a que se refiere la cláusula 3.2. anterior».

133. En cuanto a la habilitación normativa para realizar esta aportación, es cierto que el artículo 112 RBASOELA permite a las entidades locales aragonesas aportar directamente bienes patrimoniales, derechos concesionales y otros derechos reales al capital social de una sociedad, sin embargo, dicha sociedad debe de estar destinada a la prestación de servicios o al ejercicio de actividades. En la misma línea se pronuncia el artículo 181.2 LALA.
Tal y como venimos defendiendo, no estamos ante una sociedad creada para prestar servicios o ejercer una actividad económica, sino ante un ente vehicular con el fin de obtener financiación para costear una infraestructura. Sin embargo, creo que nada obsta a que en este caso sean de aplicación los referidos artículos, ya que, al fin y al cabo, indirectamente se favorece la prestación de un servicio público por parte de un tercero, el Real Zaragoza. Además, la adjudicación directa a La Nueva Romareda S.L. estaría motivada en virtud del artículo 111.a) LUA.
A diferencia de lo que ocurría con el otorgamiento de un derecho de superficie en favor de terceros, la aportación de bienes o derechos a sociedades mercantiles municipales es competencia del Gobierno de Zaragoza (art. 14.1.g) LREMZCA).

En el punto cuatro del Pacto se recogen los compromisos de inversión de los socios para el período 2024-2028:

> «a) El Ayuntamiento se compromete a acudir a las sucesivas ampliaciones de capital que realice "La Nueva Romareda S.L." hasta el límite de 15.501.000 euros, de forma que devenga titular de participaciones sociales por un importe total de 40.001.000 euros antes de finalizar el año 2028. Por ello se compromete a incluir en sus presupuestos el correspondiente programa plurianual que refleja este compromiso.
>
> b) La Corporación Empresarial Pública de Aragón S.L.U. se compromete a acudir a las sucesivas ampliaciones de capital que realice "La Nueva Romareda S.L." hasta el límite de 19.999.500 de euros, de forma que devenga titular de participaciones sociales por un importe total de 39.999.500 euros antes de finalizar el año 2028.
>
> c) El Real Zaragoza SAD, se compromete a acudir, directamente o a través de una entidad integrada en su mismo Grupo Empresarial o de una filial creada al efecto, a las sucesivas ampliaciones de capital que realice "La Nueva Romareda S.L." hasta el límite de 33.999.500 euros de forma que devenga titular de participaciones sociales por un importe total de 39.999.500 euros antes de finalizar el año 2028».

De esta manera, cada una de las entidades quedaba obligada a aportar como mínimo a la sociedad unos 40 millones de euros[134], con el fin de que, una vez realizadas las subsiguientes ampliaciones de capital, la participación social de todas las entidades fuese prácticamente la misma [Ayuntamiento de Zaragoza: 80.002 participaciones (33,34%); CEPA: 79.999 participaciones (33,33%); Real Zaragoza: 79.999 participaciones (33,33%)]. Para ello, se fijó un calendario con las aportaciones mínimas que debía hacer cada socio en los sucesivos años, sin perjuicio de que se decidiese adelantarlas en caso de que las necesidades financieras lo exigieran[135].

Asimismo, para conseguir que estas ampliaciones de capital se pudiesen efectuar sin ningún tipo de problema, los socios se comprometieron a renunciar a su derecho de adquisición preferente sobre las nuevas participaciones de la Sociedad[136], ya que el Ayuntamiento y la CEPA, al haber aportado mayores fondos en el momento de constitución de la sociedad, disponían de dicho derecho sobre un mayor número de participaciones que

134. Recordemos que, en el caso del Ayuntamiento de Zaragoza, de los 40 millones, sólo 15.501.000 de euros se corresponderían con un desembolso dinerario, ya que el montante restante se aportó como derecho de superficie.

135. En el ANEXO VIII se puede comprobar el calendario de inversiones mínimos y la evolución de la participación prevista conforme a dicho calendario.

136. El derecho de asunción preferente de nuevas participaciones sociales es un derecho reconocido a los socios de las sociedades limitadas en el artículo 93.b) LSC.

el Real Zaragoza, entidad que debía aportar más fondos a través de participaciones en las sucesivas ampliaciones.

Dada la importancia de estas aportaciones para la liquidez de la Sociedad, en caso de que algún socio incumpliera sus compromisos de desembolso de fondos conforme al calendario de la fase 1 del proyecto, se prevén hasta tres consecuencias distintas:

— Obligación irrevocable de transmitir la totalidad de sus participaciones sociales en favor de la Sociedad a requerimiento de ésta. Este derecho de compra reconocido a la Sociedad se ejercitaría por el siguiente precio: «[...] el valor neto contable de la Sociedad correspondiente a dichas participaciones en el momento del ejercicio de la Opción de Compra, minorado en un veinticinco por ciento (25%)» (Cláusula 5.3.b) del Pacto).

— Exclusivamente para el socio privado, esto es, el Real Zaragoza, se dispone que deberá «indemnizar a la Sociedad y a los demás socios de los daños y perjuicios causados en una cantidad como mínimo del 50% del valor neto contable de la Sociedad correspondiente a dichas participaciones» (Cláusula 5.3.d) del Pacto).

— Sin perjuicio de lo anterior, «la correspondiente indemnización de daños y perjuicios conforme a lo dispuesto en el artículo 1101 y siguientes del Código Civil» (Cláusula 11.1 del Pacto).

Como podemos observar las penalidades que pudiere sufrir el socio incumplidor son bastante importantes. Además, es coherente con el reparto de riesgos que sí se reconozca una indemnización mínima al Real Zaragoza, ya que el esfuerzo financiero que están realizando las Administraciones es bastante importante, por lo que hay que garantizar el compromiso del socio privado a toda costa.

Cumpliendo con lo pactado, en 2024 se realizó la primera ampliación de capital de la Sociedad, con una aportación total de 13,9 millones de euros realizada por parte del Consitorio (3,1 M€), la CEPA (4 M€) y el Real Zaragoza (6 M€)[137].

Además, a finales de 2024, tanto Gobierno de Aragón como Ayuntamiento de Zaragoza acordaron una aportación extraordinaria de fondos a la Sociedad. En concreto, cada administración incrementaría su participa-

137. https://www.elperiodicodearagon.com/zaragoza/2024/10/31/nueva-romareda-impulsa-primera-ampliacion-111030766.html (03/01/2025).

ción en el capital social con 20 millones de euros [138]. También se acordó ceder un préstamo participativo a la Sociedad por valor de 16 millones de euros[139].

La decisión de aumentar la participación financiera de dos de los socios se debió a que los intereses exigidos por los bancos para financiar a la Sociedad eran excesivamente altos, de forma que, en aras de salvaguardar el interés general, se decidió realizar una aportación de fondos directa.

Es cierto que el Real Zaragoza no va a participar en esta inyección de dinero extraordinaria, sin embargo, se han endurecido las condiciones del futuro contrato que regirá las relaciones entre la Sociedad y el Club para la gestión de las instalaciones, cuestión que veremos a continuación.

5. LA GESTIÓN DEL NUEVO ESTADIO

Una vez concluida la construcción del nuevo campo de fútbol, será el Real Zaragoza S.A.D. la entidad que lo gestione. La Nueva Romareda S.L., como propietaria de las instalaciones, establecerá una relación contractual con el Club para regular su explotación.

No se llega a establecer el negocio jurídico concreto que regulará tal vinculación entre sociedades, sin embargo, lo más seguro es que el contrato escogido sea uno de arrendamiento, ya que nos encontramos ante un bien patrimonial.

Asimismo, es muy interesante la cláusula 5.4 del Pacto dónde se prefijan algunas condiciones de la futura relación contractual, en concreto, la compensación a satisfacer por parte del Real Zaragoza por hacer uso y gestionar el estadio.

En mi opinión, la fórmula propuesta por los socios para determinar el canon es un gran acierto. Por una parte, tenemos una cuantía fija que oscilará entre los 150.000 y los 3.050.000 euros, que se complementa con una cuantía variable fijada sobre los ingresos de la gestión del campo de fútbol.

138. Con esta aportación extraordinaria de fondos, la distribución del capital de la Sociedad va a tener una estructura distinta a la que se había previsto en un principio, ANEXO IX.

139. https://www.europapress.es/aragon/noticia-aprobadas-dos-operaciones-financieras destinar-36-millones-nueva-romareda-20241223171152.html-(11/01/2025); https://www.cartv.es/aragonnoticias/noticias/zaragoza-aprueba-la-ampliacion-de-capital-de-36-millones-de-euros-para-la-nueva-romareda-29387-(11/01/2025); https://www.heraldo.es/noticias/aragon/zaragoza/2024/12/23/natalia-chueca-saca-adelante-con-vox-los-36-millones-extra-para-pagar-la-nueva-romareda-1787607.html (11/01/2025).

El porcentaje aplicable fluctuará entre un mínimo del 3% y un máximo del 5%. Ambas partes del canon serán determinadas por la Junta General, por lo que se presenta como un elemento fundamental a la hora de lograr un equilibrio económico entre las partes contratantes.

En este sentido, por la información que ha trascendido, ante la aportación de fondos extraordinaria que van a realizar tanto Ayuntamiento de Zaragoza como Gobierno de Aragón, las condiciones contractuales del futuro contrato que regule la gestión del estadio se han endurecido[140].

Asimismo, aparte de ser un instrumento que permita lograr el equilibrio económico, se adapta perfectamente a la alta variabilidad de ingresos que puede afectar al Real Zaragoza en caso de ascenso o descenso de categoría. Va en la línea de algunas fórmulas existentes en determinadas concesiones demaniales a las que ya nos hemos referido, como la del Estadio Carlos Belmonte o el SkyFi Castalia.

En caso de que no se atribuyese al Real Zaragoza S.A.D. la gestión del nuevo estadio, tanto el Consistorio como la CEPA quedarían obligados a comprarle sus participaciones sociales si lo exigiese. El precio se correspondería con el «[...] importe satisfecho por las mismas en el momento de su suscripción». Además, la entidad deportiva podría exigir una indemnización de daños y perjuicios en base a la cláusula 11.1 del Pacto.

Si fuese el Club quién no cumpliese con su obligación de gestionar el campo, se le aplicarían las consecuencias de incumplimiento de la Fase 1 del calendario de inversión, cuyo análisis hemos realizado anteriormente.

Por otro lado, hemos de destacar que la gestión de los usos lucrativos del espacio anejo al estadio no está anudada a la gestión del éste[141], por lo que, lo antedicho, no le es aplicable. Eso sí, cabe mencionar que la administración de los futuros equipamientos también puede ser utilizada como instrumento para equilibrar financieramente a todas las partes.

En último término, a la hora de plantear la gestión y administración tanto del estadio como de los usos lucrativos, habrá que respetar los principios del artículo 8 LPAP [142], precepto de carácter básico.

140. https://www.cartv.es/aragonnoticias/noticias/zaragoza-aprueba-la-ampliacion-de-capital-de-36-millones-de-euros-para-la-nueva-romareda-29387-(11-01-2025).

141. Cláusula 5.4 del Pacto *in fine*: «Queda expresamente excluido del objeto de la presente obligación la explotación de los equipamientos terciarios de la parcela de titularidad municipal en la que se construirá el nuevo estadio».

142. Art. 8 LPAP: «1. La gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales por las Administraciones públicas se ajustarán a los siguientes principios: a) Eficiencia y economía en su gestión; b) Eficacia y rentabilidad en la explotación de estos bienes

6. PLA ZO

En el análisis de las otras dos alternativas hemos visto como los plazos tienen una especial importancia a la hora de plantearse su utilización por su repercusión en cuestiones tan cruciales como la cuantía del canon a abonar. Sin embargo, considero que en este caso es muy complicado hablar de plazos en general, ya que cada proyecto presenta unas características distintas.

Sin perjuicio de lo antedicho, en mi opinión, es destacable un plazo en nuestro caso: el del derecho de superficie. Tal y como venimos reiterando a lo largo de todo el trabajo, una vez se extingue el derecho de superficie, lo construido pasa a ser propiedad del dueño de la finca, por lo tanto, la Sociedad dejaría de ser propietaria de las instalaciones deportivas.

Esto es crucial, porque el objeto de la Sociedad es la construcción y posterior gestión del estadio —y de la parcela aneja—, de forma que, una vez extinto el derecho de superficie no va a poder seguir ejerciendo su actividad. El cese de la actividad o de las actividades que constituyen el objeto de una sociedad es una de las causas de disolución previstas en la LSC, por lo tanto, cabe esperar que, pasados 75 años, La Nueva Romareda S.L. acabará disolviéndose[143].

7. CONCLUSIONES

A pesar de su singularidad, la alternativa escogida finalmente por el Ayuntamiento de Zaragoza era factible y viable. Pese a las peculiaridades de cada proyecto a la hora de obtener financiación para la construcción o reforma de una infraestructura, podemos dejar indicadas algunas notas esenciales de esta técnica financiera:

i. La utilización de los *Project Finance* permite la colaboración público-privada para obtener los fondos necesarios que costeen infraestructuras de interés general.

---

y derechos; c) Publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes; d) Identificación y control a través de inventarios o registros adecuados; e) Colaboración y coordinación entre las diferentes Administraciones públicas, con el fin de optimizar la utilización y el rendimiento de sus bienes. 2. En todo caso, la gestión de los bienes patrimoniales deberá coadyuvar al desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor y, en particular, al de la política de vivienda, en coordinación con las Administraciones competentes.»

143. Esto se produciría a pesar de que en los estatutos sociales de La Nueva Romareda S.L. se reconoce la duración indefinida de la entidad: «Artículo 3.º. Duración La sociedad se constituye con duración indefinida».

ii. Es necesaria la constitución de una Sociedad de Propósito Especial como piedra angular del complejo contractual que se termina generando.

iii. Cada proyecto presentará una estructura financiera distinta, ya que esta se tiene que adaptar tanto a las circunstancias de los promotores como a la capacidad del proyecto de generar flujos de caja.

iv. Se debe garantizar un equilibrio económico-financiero de acuerdo con los riesgos asumidos por cada uno de los socios participantes.

v. Los contratos de gestión y explotación de la infraestructura se presentan como medios idóneos para compensar a los inversores, tanto a los promotores del proyecto como a los terceros que aporten capital.

VII. CONCLUSIONES GENERALES

A lo largo de este estudio se habrá podido comprobar la riqueza de nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la variedad de instrumentos jurídicos que permiten acometer grandes proyectos como la construcción o reforma de los estadios de fútbol de titularidad pública.

Lo cierto es que, entre las alternativas analizadas, no destaca una mejor solución con carácter general, sino que dadas las determinadas circunstancias del caso concreto habrá que optar por aquella fórmula que mejor se adapta las mismas. Una vez seleccionada la opción que se considere más apropiada, se habrán de modular las condiciones que regirán la relación jurídica entre las partes implicadas, con el fin de asegurar un reparto adecuado de los riesgos que supone edificar este tipo de infraestructuras.

En mi opinión, para que esto sea posible, la colaboración de los clubes es esencial. A pesar de que en ocasiones su situación económica sea complicada, el hecho de que vayan a ser los principales beneficiarios del estadio, por lo menos en términos económicos, hace necesaria su participación y colaboración en el proyecto. Por su parte, también es importante el compromiso de las Administraciones Públicas, en concreto, de los Ayuntamientos. Este tipo de infraestructuras no sólo promocionan el deporte, sino que también potencian la economía local y el turismo, así que el apoyo público estaría más que justificado.

En definitiva, el consenso y el compromiso de las instituciones públicas y de las entidades balompédicas son las dos notas que deberían reinar en todos los proyectos de reforma o construcción de estadios de fútbol muni-

cipales, propiciando con ello la selección de la fórmula jurídica que no sólo garantice la participación equilibrada de los implicados, sino que también vele por el interés general.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, María Teresa, «La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación», Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000.

ALONSO PÉREZ, María Teresa, «La temporalidad del derecho de superficie y los efectos de su extinción» en Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda, Alonso Pérez (directora), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

CEBRIÁN ABELLÁN, Manuel, «El patrimonio de las entidades locales. Régimen jurídico tras la promulgación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas y su Reglamento (RD 1373/2009); la Ley del Suelo (TRLS) y la LCSP (Ley 30/2007)», Bosch, Barcelona, 2010.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, «El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales», Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000.

DE LA PLATA CABALLERO, Nicolás Francisco, «Los servicios públicos deportivos», Universidad Europea-CEES Ediciones, Madrid, 2001.

DE LOS MOZOS, José Luis, «El derecho de superficie en general y en la relación con la planificación urbanística», Ministerio de la Vivienda, Servicio Central de Publicaciones, Madrid, 1974.

DE LOS HEROS ECHECOPAR, Juan Carlos, y MARÍN VILLARÁN, Luis Ernesto, «Una revisión al Project Finance» en Revista de Derecho Administrativo n.º 16, Círculo de Derecho Administrativo, Lima, 2016.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, «Las concesiones administrativas de dominio público», Civitas, Madrid, 2007.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, «Manual de contratación y responsabilidad de la Administración», Comares, Granada, 2004.

GIMENO FELIÚ, José María, «Ser o no ser poder adjudicador. ¡Esa no es la cuestión!», Observatorio de Contratación Pública.

GUILARTE ZAPATERO, Vicente, «El derecho de superficie», Aranzadi, Navarra, 1966.

HERNANDO CEBRIÁ, Luis, «Entidades de Propósito (o cometido) especial y otras entidades vehiculares o puente. (Una aproximación a su configuración tipológica desde el Derecho de sociedades)», Agencia Estatal BOE, Madrid, 2017.

HOFFMAN, Scott L., «The Law and Business of International Project Finance», Second Edition, Kluwer Law International, La Haya, 2001.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel, «El inadecuado régimen urbanístico del derecho de superficie» en Anuario de Derecho Civil, Volumen 69, núm. 3, Ministerio de Justicia, BOE, Madrid, 2016.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «Sistema jurídico de los bienes públicos», Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

MARTÍN DÍEZ-QUIJADA, Ángel, «La cesión de solares por la administración en régimen de derecho superficiario», RAP, 1974.

MOREU CARBONELL, Elisa, «Los bienes públicos» en Manual de Derecho administrativo. Revista de Derecho Público, Marcial Pons, Madrid, 2024.

NASSAR, Nagla, «Project Finance, Public Utilities, and Public Concerns: A Practitioner's Perspective» en Fordham International Law Journal, Volume 3, Issue 6, Article 6, The Berke ley Electronic Press, Nueva York, 1999.

PAREJO ALFONSO, Luciano, «El régimen de la utilización de los bienes y derechos de dominio público. Autorizaciones y concesiones» en Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Chinchilla Marín (coordinadora), Civitas, Madrid, 2004.

PAREJO ALFONSO, Luciano, «El régimen jurídico legal general de los bienes públicos» en Derecho de los bienes públicos Vol. I, Parejo Alfonso y Palomar Olmeda (coordinadores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido, «El enforcement de los pactos parasociales», Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, n.º 5, 2003.

PÉREZ GESTAL, Iría, «La Liga: Las finanzas del fútbol, club a club», Barcelona, PALCO23, 2021.

REBOLLO FUENTE, Andrés, «APPs institucionales, financiación de infraestructuras y contabilidad pública» en Reflexiones: Revista de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial, Vol. 2, n.º 2, Consejería de Obras Públicas y Transportes, Sevilla, 2007.

SEGURA CORTÉS, Manuel, «El traspaso del impuesto de Consumo de Lujo a los Ayuntamientos» en Revista de Estudios de la Vida Local n.º 25, C. Bermejo, Madrid, 1946.

VAÑÓ VAÑÓ, María José, «El contrato de "Project Finance"», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

La obra Observatorio de los Contratos Públicos 2024 se estructura en cuatro bloques temáticos que abordan, desde una perspectiva crítica y prospectiva, los principales desafíos y transformaciones del Derecho de la contratación pública en Europa. El primer bloque analiza el contexto estratégico en el que se enmarca la contratación pública, con especial atención a la evolución normativa de las Directivas europeas y su impacto en las políticas públicas. A continuación, el segundo bloque se centra en los sujetos que intervienen en los procedimientos contractuales, así como en cuestiones clave como la protección de la competencia, la solvencia técnica o la trasposición de nuevas directivas con implicaciones directas sobre el sistema contractual. El tercer bloque profundiza en la dimensión estratégica de la contratación pública, destacando su papel como instrumento de inclusión social, sostenibilidad ambiental y rendición de cuentas. Por último, el cuarto bloque se dedica a aspectos prácticos y casos concretos, poniendo el foco en situaciones reales que permiten comprender las tensiones y soluciones jurídicas que se derivan de la aplicación del Derecho contractual. En su conjunto, esta edición del Observatorio ofrece una visión completa, rigurosa y actualizada de un sector en constante transformación, y se consolida como una referencia imprescindible para estudiosos, operadores jurídicos y responsables públicos.

ISBN: 978-84-1085-433-8

AENOR GESTIÓN DE LA CALIDAD ISO 9001 ER-0280/2005
IQNET RECOGNIZED CERTIFICATION
AENOR GESTIÓN AMBIENTAL ISO 14001 GA-2005/0100

ARANZADI