

Revista de Derecho de la

Hacienda Pública



ISSN: 2215-3624

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA



Estudios —

Crónicas —

Consultas Relevantes —

Jurisprudencia relevante —

Vol II. 2014



Consejo Editorial

Revista de Derecho de la Hacienda Pública
Contraloría General de la República

Consejo Editorial:

Sylvia Solís Mora
Manuel Martínez Sequeira
Luis Diego Ramírez González
Roberto Rodríguez Araica

Director de la Revista:

Roberto Rodríguez Araica

Asistente:

Valeria Corrales Rojas

Revisión Filológica

Olga Patricia Arce Cascante

Correspondencia

Contraloría General de la República
San José, Costa Rica.

Teléfono:

25018368

Fax:

22965713

Correo electrónico:

revista.juridica@cgr.go.cr

Sitio Web:

<http://revista.cgr.go.cr/>

- a. Revista de Derecho de la Hacienda Pública /
- b. Contraloría General de la República.
- c.
- d. –Vol. 2. (2014)–. San José Costa Rica
- e.
- f. Semestral
- g. ISSN-2215-3624

Índice

Editorial.....	v
Estudios de Colaboradores Nacionales	1
La cesión en el contrato administrativo	2
La función de aprobación de cánones de regulación por parte de la Contraloría General de la República	13
Consideraciones básicas de la jerarquía impropia que ostenta la Contraloría General de la República para el conocimiento de las impugnaciones en materia de contratación administrativa	25
La tutela objetiva del patrimonio natural del Estado como componente de la Hacienda Pública ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y Civil de Hacienda.....	36
Estudios de Colaboradores Internacionales.....	49
Nuevas tendencias en la gestión de las compras públicas en la Unión Europea	51
Crónicas	123
Acción de inconstitucionalidad: Impedimento para el ejercicio y el reingreso a cargos de la Hacienda Pública	124
Responsabilidad administrativa por omisión y negligencia. Faltas al deber de probidad	125
Competencias de la Contraloría General en relación a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos	126
Responsabilidad Civil: Sujetos privados que reciben fondos Públicos.....	126
Competencia de la Contraloría General para tramitar procedimientos administrativos en materia municipal	128
Competencia de la Contraloría General de la República sobre la administración de los bienes públicos.....	128
Reconocimiento de las Atribuciones del Órgano Contralor en materia Sancionatoria.....	130

Índice

Acción de inconstitucionalidad: Control de Convencionalidad	130
Tutela de bienes del Dominio Público. Responsabilidad Administrativa por titulación irregular sobre bienes del Patrimonio Natural del Estado.....	131
Resoluciones de la Sala Constitucional sobre el control de constitucionalidad de las convenciones colectivas	132
Consultas relevantes.....	135
Interpretación del punto 2.3 inciso a) de los “Lineamientos sobre los requisitos de los cargos de auditor y subauditor internos, las condiciones para las gestiones de nombramiento, suspensión y destitución de dichos cargos, y la aprobación del reglamento de organización y funcionamiento de las auditorías internas del Sector Público”	136
Sobre la forma de cálculo del salario del Alcalde Municipal.....	136
Competencias de la unidad de Auditoría Interna en la contratación de auditorías externas.....	137
Ámbito de cobertura de los artículos 24 y 27 de la Ley General de Control Interno alcanza a COLYPRO	137
Alcances de la aplicación de la causal de la excepción de contratación directa denominada “situaciones de imprevisibilidad”	138
Sobre la necesidad de informar y solicitar información a los denunciados a quienes se les encuentra realizando una investigación preliminar	138
Aplicación de la excepción de contratación entre entes de derecho público	139
Aplicabilidad de las disposiciones de la ley 9078 a la Corporación Bananera Nacional en cuanto a los vehículos de uso discrecional.....	139
Sobre documentos electrónicos y firma digital en el trámite de refrendo	139
Jurisprudencia relevante	141
Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia	142
Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia	142
Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda	142

Editorial

Con gran satisfacción presentamos el segundo volumen de la Revista de Derecho de la Hacienda Pública de la Contraloría General de la República, en el marco de la reflexión y el desarrollo doctrinario, así como la promoción del conocimiento. Se trata de una labor seria, ponderada y exigente, la de divulgar la producción intelectual de personas que interactúan en este ámbito a nivel nacional, así como a nivel internacional, con la participación de un especialista español en materia de contratación administrativa. Todo ello gracias al interés mostrado para contribuir a la comunidad jurídica en el campo del Derecho de la Hacienda Pública.

La relevancia de los temas a tratar desde el punto de vista conceptual son de notorio interés por su impacto general y la necesidad de afrontar las problemáticas actuales. Sin duda alguna, la materia de Hacienda Pública es muy amplia, lo que permite generar estudios y discusiones sobre diferentes temas que se enmarcan dentro de esta gran rama del ordenamiento jurídico, atendiendo el reto de su desarrollo y profundización. Se dota así de un espacio para analizar y elaborar posturas jurídicas, que apoyen la integración e interpretación jurídicas del ordenamiento jurídico de la Hacienda Pública.

Es importante mencionar, así como se realizó en la primera edición, que tanto la estructura como el formato de la revista intentan facilitar la ubicación y lectura de los temas que sugerimos para estudio. Comprende cuatro secciones: 1. Estudios: artículos de investigación. 2. Crónicas: comentarios y análisis de sentencias del ámbito judicial. 3. Consultas: pronunciamientos jurídicos más relevantes del órgano contralor. 4. Jurisprudencia relevante: reseña de las resoluciones judiciales más importantes asociadas a la materia de la Hacienda Pública.

En concreto, en la sección referente a los estudios de investigación, se inicia con el artículo, "La cesión del Contrato Administrativo", analizado por la Licda. Carolina Cubero Fernández. El trabajo denominado

“La Función de Aprobación de Cánones de Regulación por parte de la Contraloría General de la República”, es abordado por el Lic. José Francisco Monge Fonseca. El tercer artículo es desarrollado por el Lic. Alfredo Aguilar Arguedas, titulado, “Consideraciones básicas de la jerarquía impropia que ostenta la Contraloría General de la República para el conocimiento de las impugnaciones en materia de contratación administrativa”. Las licenciadas Johanna Rodríguez Monestel y Paula Serra Brenes presentan un estudio en materia ambiental, “La tutela objetiva del Patrimonio Natural del Estado como componente de la Hacienda Pública ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y Civil de Hacienda”. Finalmente, se da cita en este número de la Revista, un trabajo profundo dedicado a las nuevas tendencias en la gestión de las compras públicas en la Unión Europea, elaborado por el profesor José María Gimeno Feliu, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza y Presidente Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; quien en el marco de su participación en el I Congreso sobre el Régimen Jurídico de la Hacienda Pública, organizado por la Contraloría General de la República los días 17 y 18 de octubre de 2013, ha autorizado su publicación. Fácilmente podemos decir que el contenido de este volumen refleja el esfuerzo, la seriedad y rigurosidad de quienes han participado, razón de más para agradecer sus aportes. Asimismo, como se puede apreciar, se entrega un material diverso pero de marcado interés, esperando que se cumplan las expectativas y exigencias de nuestros lectores.

Hasta la próxima edición. Muy cordialmente.



Luis Diego Ramírez González

Gerente División Jurídica



**Estudios de
Colaboradores
Nacionales**

La cesión en el contrato administrativo

Sumario

I. Introducción. II. Principio de flexibilidad. III. Concepto y partes de la cesión. IV. Marco legal. V. Trámite, efectos y formalización de la cesión. VI. Conclusiones.

Carolina Cubero Fernández¹

¹ Licenciada en Derecho y Notaria Pública de la Universidad de Costa Rica, Máster en Administración de Empresas, con énfasis en calidad y mejora de procesos del Instituto Tecnológico de Costa Rica. carolina.cubero@cgr.go.cr

I. Introducción

A partir de un pacto o acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos, quienes establecen sus derechos y deberes en relación con un objeto determinado, surge el contrato como la fuente que respalda el alcance de los compromisos y derechos asumidos.

En el caso de Costa Rica, la actividad contractual promovida por la Administración Pública se encuentra regulada por la Ley 7494 (Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento) (Ley No. 7494, 1996), normativa que establece los procedimientos de contratación que pueden ser impulsados por la Administración, a la vez que regula los derechos y obligaciones del contratante y del contratista.

En el caso de un contrato administrativo, el pacto está conformado por dos partes: la Administración Pública y el contratista. Su elección se realiza mediante el precepto de que su oferta sea la que mejor satisfaga el interés público, conforme lo dictan los principios de eficacia y eficiencia (Ley No. 7494, 1996). Ahora bien, el hecho de que la elección del contratista se realice atendiendo los principios y el régimen jurídico aplicable en esta materia, que la ejecución del contrato es tanto un derecho como una obligación del contratista y que, a su vez, exista un interés real de culminar la relación de forma exitosa con esa persona, no obsta que en un contrato por iniciar o durante su ejecución ocurra alguna situación que implique la variación de alguna de las partes. La Ley 7494 permite la sustitución del contratista original por medio de la cesión contractual.

II. Principio de flexibilidad

La Ley 7494 y su Reglamento definen un marco de actuación que atiende, entre otros, los supuestos que pueden originarse alrededor de una contratación durante sus distintas etapas, sea desde el momento en que se identifica una necesidad, la elección del contratista, la ejecución del contrato o su mismo finiquito.

En materia de contratación administrativa "... la regla es que quien resulte seleccionado en un concurso público sea quien lleve adelante la ejecución del contrato y la excepción, que las distintas vicisitudes lleven a cambios subjetivos en lo que al contratista se refiere" (Contraloría General de la República, División de Asesoría y Gestión Jurídica, 2005). Ante este escenario, la Administración, al igual que toda organización, deben estar preparadas para enfrentar circunstancias de este orden, flexibilidad que es trasladada a las normas que regulan la forma como debe procederse ante tal supuesto. El interés público no puede quedar comprometido o limitado ante cambios que ocurran cuando un contrato se encuentra listo para iniciar o durante su ejecución.

Tal flexibilidad es reconocida en la figura de la cesión del contrato y las condiciones que se imponen para llevarla a cabo, cuyo cumplimiento tendrá como objetivo permitir que la Administración se asegure de que la parte que ingresa a la relación contractual cumpla con la idoneidad que en su momento fue reconocida al adjudicatario original.

Sobre el principio de flexibilidad, se ha indicado que:

... cobra, sobre todo, una trascendente función en materia de interpretación de los contratos administrativos y, en definitiva, tiende a la prevalencia del fin de interés público perseguido concretamente en cada caso antes que a una interpretación rígida de las cláusulas del contrato o pliego. (Cassagne, 1999)

III. Concepto y partes de la cesión

A continuación se presenta la siguiente definición de cesión:

La cesión del contrato comporta la subrogación de un tercero (cesionario) en la posición jurídica del contratista (cedente), quien desde el mismo momento de la cesión, queda desligado de su vínculo contractual con la Administración. (Lefebvre, 2011).

Del concepto anterior, se identifican los siguientes sujetos:

1. Cedente: la persona que cede su posición en el contrato.
2. Cesionario: la persona que adquiere los derechos y obligaciones del cedente, ocupando el lugar de este último.
3. Cedido: la contraparte del cedente en el contrato, en el caso que se analiza, la Administración Pública.

IV. Marco legal

La cesión contractual se encuentra regulada en el artículo 36 de la Ley 7494, el cual forma parte del Capítulo VI referido a las generalidades de los procedimientos de contratación, así como en el artículo 209 de su Reglamento, numeral que se ubica en el Capítulo XIII correspondiente al apartado de la validez y ejecución del contrato.

Esta figura también es reconocida en la Ley 7762, Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, específicamente en el artículo 30; sin embargo, el análisis principal de este artículo se referirá a los alcances y requisitos de la norma citada en el párrafo anterior.

V. Trámite, efectos y formalización de la cesión

Del contenido de los artículos 36 y 209 previamente citados, se extraen las reglas que deben ser observadas durante el trámite de una cesión contractual, a saber:

1. Se reconoce la posibilidad de ceder a un tercero los derechos y las obligaciones derivadas de un contrato listo para iniciarse o en ejecución, siempre que no se trate de una obligación personalísima, pues "cuando las cualidades técnicas o personales del cedente sean razón determinante para la adjudicación del contrato, no será posible la cesión del mismo a un tercero" (Lefebvre, 2011).

2. En el contrato por ceder, deben existir prestaciones aún por ejecutar, total o parcialmente. La salida del cedente obliga a identificar aquello con lo que se ha cumplido en el momento de la cesión, "...a fin de evitar reclamos posteriores por parte de terceros, más como un elemento de seguridad para el cesionario que como una obligación derivada del acuerdo" (Contraloría General de la República, División de Asesoría y Gestión Jurídica, 2005).

Para mayor control y transparencia en el momento de celebrar la cesión, las partes –en tanto el objeto lo permita– pueden acudir al cierre de cantidades de trabajos ejecutados, a la actualización de programas de trabajo, al plan de pagos de obra, entre otros. Considérese la siguiente cita para ampliar el tema:

Los derechos y obligaciones del contrato cedido serán asumidas por el cesionario, tanto si le benefician como si le perjudican. En este último caso, el cesionario no podrá trasladar las posibles responsabilidades a la Administración contratante, pues estas deberán depurarse en el seno de la relación jurídica entre cedente y cesionario (Lefebvre, 2011).

Adicionalmente, de existir garantías que respalden el cumplimiento del contrato (por ejemplo: garantía de cumplimiento) y en razón de que los intereses de la Administración no pueden verse desprotegidos, las partes podrán pactar, en el acuerdo de cesión, la forma como se procederá a la sustitución respectiva, cuya verificación y seguimiento estará a cargo de la Administración licitante.

3. En ningún caso la cesión procederá en contra de las prohibiciones para contratar con la Administración, cuyo ámbito de aplicación y alcance se encuentra regulado en los artículos 22 y 22 bis de la Ley 7494.
4. La Administración contratante no es parte de la cesión; sin embargo, para que esta genere efectos, debe existir una autorización previa y expresa. Sin dicha autorización, el contratista no puede ceder el contrato, es decir: introducir o colocar a un tercero en su lugar. De no regularse la transferencia ilimitada del contrato administrativo, se podría favorecer la violación a los principios que rigen la materia de contratación administrativa y se desnaturalizaría el procedimiento de contratación, con la grave consecuencia de que la Administración deba enfrentarse a un contratista de quien desconoce sus condiciones y capacidad para ejecutar el objeto del contrato. Sobre este tema, el Tribunal Primero Civil en su Sentencia n.º 00214 del 08 de marzo de 2012, refirió al voto de la Sala Constitucional n.º 1055 del 06 de febrero del 2001, el cual a su vez citó la sentencia constitucional n.º 5403 del 3 de octubre de 1995, en la cual se indicó:

... todos los contratos de la Administración se conciertan intuitu personae, por lo que, por regla general, no se pueden ceder a terceros, ni transmitirse a los causahabientes los derechos y obligaciones que dimanen de ellos, sin autorización expresa de la Administración. (...) Estas limitaciones existen por sí mismas, en razón de la naturaleza de los contratos administrativos, por lo que

no resulta necesario incluirlas en el contrato. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1995).

Sobre este punto y en relación con el artículo 36 de la Ley 7494, la Procuraduría General de la República señaló en su Opinión Jurídica n.º 067 –J del 25 de abril de 2003 lo siguiente:

... la cesión no puede considerarse como uno de los derechos propios del contratante (sic) de la Administración. Por consiguiente, aquel no puede decidir ceder el contrato por su propia y exclusiva voluntad, imponiéndole un cambio de contratante a la Administración. Carece, en ese sentido, de un derecho de disposición. Por el contrario, la Administración tiene la facultad de decidir si acepta o no una propuesta de cesión, debiendo razonar su decisión. (Procuraduría General de la República, 2003)

El acto razonado a cargo de la Administración por lo menos debe analizar lo siguiente:

- **La causa de la cesión.** Entendida como el motivo que da origen a que la parte contratada tenga la intención de transferir su posición a otro. Las razones pueden ser de índole diversa y una lista taxativa de causales podría atentar contra la libertad de empresa reconocida en el artículo 46 de la Constitución Política. Así corresponderá a la Administración identificar el porqué de la cesión y el vínculo entre ello, la variación que se prevé de su contraparte y el objeto contractual.
- **El cumplimiento por parte del cesionario de las principales condiciones legales, técnicas y financieras solicitadas en el cartel.** En el expediente administrativo del contrato por ceder debe estar acreditada la idoneidad del cesionario. Según el objeto contractual, esta podrá versar sobre aspectos financieros, económicos, legales, técnicos, de experiencia u otros, que hayan sido previamente establecidos para el cedente.

Este punto es la base del argumento empleado por detractores de la figura de la cesión contractual. Su alegato se fundamenta en que si una empresa o sujeto fue escogido a partir del cumplimiento de ciertos aspectos, según el escenario donde se haya dado la participación de otros oferentes, permitir la cesión resultaría una burla al principio de igualdad. Este argumento encuentra debilidad ante un principio de igualdad que opera de forma residual frente a la satisfacción del interés público de valorar cada caso preciso, según las condiciones propias que enmarquen el estado de la relación contractual y las implicaciones que pudiese tener el no acudir a esta figura.

A manera de ilustración, pueden citarse objetos contractuales de cesiones que han sido autorizadas por la Contraloría General de la República. De haber prevalecido la imposibilidad del uso de la figura de la cesión en estos casos, la Administración se habría visto afectada en la prestación de servicios o la

adquisición de un bien u obra. Entre otros, se señalan los siguientes ejemplos: mantenimiento preventivo y correctivo de los ascensores, construcción de una carretera, servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de redes telefónicas, compra de papel, cartulina y cartón, compra de raciones de alimento, servicios de transporte y entrega de remesas de dinero, servicios de transporte de pacientes y adquisición de leche y derivados.

- **La verificación de que el cesionario no esté afectado por alguna causal de prohibición.** Se pretende evitar que una persona no facultada para ello pueda asumir la ejecución de un contrato.
- **Las ventajas de la cesión frente a resolver el contrato.** La Administración debe valorar aspectos como: derechos fundamentales vinculados a la prestación del objeto contractual, el costo del tiempo invertido, las repercusiones favorables o desfavorables acerca de su continuidad, como la promoción de un nuevo procedimiento de optarse por ello. Asimismo, se deben analizar las inversiones realizadas, así como la envergadura e impacto que puede llegar a tener su decisión que en los niveles económico, financiero, social, político y hasta de seguridad jurídica frente a terceros (como potenciales inversores y oferentes), ya sea que se autorice o no la cesión. En estas consideraciones debe privar la búsqueda por la satisfacción de la necesidad pública, atendida por medio de la contratación correspondiente.

Para ilustrar este punto, se citan los siguientes extractos de oficios donde el órgano contralor conoció dos solicitudes distintas de autorización de cesión contractual. El primero de ellos refiere al oficio n.º 15601 del 29 de noviembre del 2005, emitido por la anterior División de Asesoría y Gestión Jurídica de la Contraloría General de la República. Como parte de los antecedentes que respaldaron la gestión de autorización, en dicho oficio se indicó:

El caso que nos ocupa tiene inmersos derechos fundamentales. En efecto, la Sala Constitucional ha señalado de forma reiterada que los ciudadanos tienen un derecho al mejoramiento de las condiciones de infraestructura pública, en la medida en que esta resulta indispensable para el desarrollo económico y social (resoluciones n.º. 11165-2004 y 13760-2004). Esto conduce a concluir que autorizar la cesión es una actuación apegada al artículo 50 de la Constitución Política, parámetro fundamental que enmarca el ejercicio de la función administrativa en esta materia. (Contraloría General de la República, División de Asesoría y Gestión Jurídica, 2005)

El segundo corresponde al oficio n.º 10094 del 29 de setiembre del 2008, emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General, donde se señaló:

El caso que nos ocupa tiene inmersos derechos fundamentales, entre ellos el derecho de tránsito y desplazamiento, así como el derecho al mejoramiento de las condiciones de infraestructura pública, en la medida en que esta resulta

indispensable para el desarrollo económico y social, tutelados al amparo de los artículos 22 y 50 de nuestra Carta Magna.

- **Los eventuales incumplimientos del cedente y las medidas administrativas adoptadas.** Uno de los efectos de la cesión es que el cedente se libera de sus obligaciones frente a la Administración y que el cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al primero, por lo que asume tanto lo que le beneficia como lo que le perjudica. Por ello, la Administración debe identificar si existen incumplimientos por parte del cedente y debe existir claridad acerca del impacto que esto tenga en la relación contractual que continúa.

La Administración está facultada para decidir si acepta o no la propuesta de cesión. Su negativa puede estar justificada en la omisión de deberes a cargo del cedente, los cuales hayan situado al contrato en un estado en que su continuidad se vea imposibilitada o con efectos nocivos que impidan alcanzar el objeto pactado al inicio. Este supuesto obliga al reconocimiento de lo actuado y, frente a ello, a la determinación de medidas que respalden la viabilidad o no de la cesión.

5. El artículo 209 ya mencionado dispone que, cuando la cesión corresponda a más de un cincuenta por ciento (50%) del objeto del contrato, la autorización debe ser extendida por la Contraloría General de la República, a petición de la Administración, requerimiento que deberá contener como mínimo la solicitud formulada por el cedente, la aceptación del cesionario y cualquier documentación que resulte pertinente en relación con sus condiciones y cartel, así como la resolución motivada señalada en el punto anterior.

El artículo supracitado impone que la Contraloría General de la República deba resolver la solicitud de autorización dentro del décimo día hábil siguiente a su presentación. Sin embargo, existe un vacío en la norma con respecto al plazo con que cuenta la Administración para atender una gestión de este tipo, lo cual debe ser atendido a la luz de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y eficiencia, pues es su deber e interés velar porque la ejecución del contrato se desarrolle en condiciones óptimas y legales, entre las cuales sobresale el contar con un contratista que cumpla de forma idónea la prestación del objeto pactado.

En relación con la competencia que el artículo 209 atribuye al órgano contralor, este ha sostenido que su ejercicio se da por la condición de jerarca impropio en función de una cierta cuantía (cuando la cesión supere el 50% del objeto contractual), la cual en principio determinó el tipo de procedimiento ordinario promovido. La Contraloría General es del criterio que no es competente para impartir autorizaciones de cesión de derechos y obligaciones, originadas en licitaciones para las cuales la propia entidad es la que adjudica, imparte aprobación interna y conoce y resuelve todas las demás incidencias que sufra la contratación. Por lo tanto, como regla de principio, la Contraloría General conocería solamente de las cesiones de contratos en que se alcance el porcentaje

indicado en los artículos 36 y 209 ya mencionados, siempre que el contrato en cuestión haya sido refrendado por ella misma.

Ahora bien, si la Administración o del órgano contralor cuentan con la autorización respectiva, ¿resulta esta suficiente para considerar que la cesión del contrato se encuentra materializada y capaz de desplegar efectos?, ¿es necesario la suscripción de una adenda, que refiera a la variación que se hace del contratista?, ¿cuándo es válida y eficaz una cesión?

Sobre el particular, conviene referir la posición que tuvo y posteriormente varió la Contraloría General sobre este tema, lo cual es explicado en el oficio n.º DI-AA-2884 del 25 de noviembre de 2005, emitido por la anterior Unidad de Autorizaciones y Aprobaciones de la CGR. En él se reconoció que la práctica de la Contraloría General había sido recibir para trámite de refrendo los contratos o adendas por concepto de cesión, a partir de la interpretación que se hacía del artículo 7 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, publicado en La Gaceta n.º 28 del 9 de febrero de 2000, numeral que señalaba que requerían refrendo los documentos en que constaran modificaciones a los elementos esenciales de los contratos refrendados.

Se indicó también en el oficio DI-AA-2884 que, al amparo de los alcances del artículo 183 de la Constitución Política respecto de las competencias del órgano contralor, se analizó la procedencia jurídica de dicha tesis, pues se podría estar generando una duplicidad en el esquema de control previo, pues por una parte la Contraloría General autorizaba las cesiones y, por la otra, debía aprobarlas posteriormente, por lo que se estimó necesario estudiar el esquema de control vigente en ese momento y adoptar las medidas de ajuste que permitieran un apego a los principios de eficiencia, economía, razonabilidad y proporcionalidad para la adecuada satisfacción del interés público. En dicho contexto, la Unidad de Autorizaciones y Aprobaciones consultó a la otrora División de Asesoría y Gestión Jurídica acerca del análisis de la procedencia del refrendo de las cesiones, consulta que fue atendida mediante oficio n.º DAGJ-2634-2005 del 8 de setiembre del 2005. Entre otros aspectos, se indicó lo siguiente:

Dicho de otra manera, no debe perderse de vista que la cesión propiamente dicha, se configura y adquiere plena validez y posterior eficacia cuando se ha logrado un acuerdo entre los particulares relacionados, y se cuenta con la autorización administrativa o contralora respectiva, convenio que posteriormente se materializa en un documento que contiene y evidencia una disposición de intereses, derechos y obligaciones, respecto de la cual ni la Ley de Contratación Administrativa ni su Reglamento, prevén su posterior envío a la Contraloría General como requisito o condición de eficacia. (Contraloría General de la República, División de Asesoría y Gestión Jurídica, 2005)

La Unidad de Autorizaciones y Aprobaciones acogió el criterio referido, estimando innecesario que se modificara el contrato administrativo para hacer constar la cesión de los derechos y obligaciones del contratista, pues con independencia de quien hubiese concedido la autorización, esta formaba parte del expediente administrativo y resultaba vinculante para las partes so pena de resolución contractual y responsabilidad. Se advirtió, además, que dicha tesis de no refrendo cubría única y exclusivamente a la cesión de derechos y obligaciones del contratista, pues si producto de la cesión o autorización las partes acordasen introducir

modificaciones adicionales al contrato, dichos cambios sí estarían sujetos al refrendo contralor, conforme a la reglamentación vigente.

El análisis expuesto da origen y sustento a lo hoy contemplado en el artículo 4, párrafo cuarto, del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, el cual indica: "La sola cesión de los derechos y obligaciones del contratista no estará sujeta al refrendo, sino al régimen de autorización previsto en el artículo 36 de la Ley de Contratación Administrativa o en la legislación especial respectiva" (Reglamento de las Contrataciones de la Administración Pública, 2007).

Se colige de lo anterior que, una vez celebrada la cesión entre las partes (cedente y cesionario), en tanto documento privado, esta es válida y adquiere su eficacia cuando se cuente con la autorización impuesta por la Ley 7494. Sus efectos se despliegan en el momento de su emisión y comunicación a los sujetos involucrados. Ni la Ley de cita ni su Reglamento prevén que lo autorizado se materialice en una adenda, como tampoco se advierte la obligatoria su remisión para el refrendo. La cesión contractual no implica cambio en el objeto, plazo, precio u otros elementos del contrato, con excepción de los casos en que, además de la cesión de derechos y obligaciones, se introduzcan modificaciones al negocio contractual, supuesto que, de conformidad con la parte final del artículo 209 ya mencionado, deberá ser tratado según los procedimientos establecidos y siempre que las partes estén sujetas a lo dispuesto en materia de modificaciones en la Ley 7494, su Reglamento y el Reglamento sobre Refrendo.

VI. Conclusiones

1. La figura de la cesión contractual es uno de los instrumentos a los que acude la Administración para permitir y reconocer determinada flexibilidad en sus relaciones contractuales.
2. La Administración contratante no es parte de la cesión; sin embargo, para que genere efectos, debe contar con su autorización o la de la Contraloría General, según corresponda. Este es uno de los límites que se le impone a la cesión, a partir del cual es posible señalar que se trata de un derecho no propio o limitado del contratista.
3. La cesión tiene como finalidad sustituir a una de las partes, por lo que la relación contractual permanece idéntica en su dimensión objetiva y no implica una extinción.
4. La Administración no está obligada a aceptar la cesión, pero si la autoriza, debe hacerlo mediante un acto razonado y, si debe someterla a conocimiento de la Contraloría General, su solicitud deberá acompañarse de resolución motivada. Lo anterior tiene el propósito de que la Administración se asegure de que el cesionario cumple con las condiciones que hicieron del cedente la mejor opción para contratar.

5. La cesión no comprende solo derechos y obligaciones, sino otros efectos jurídicos, como las facultades de modificación o extinción.
6. Debido a la regulación que envuelve a la cesión contractual en Costa Rica, la cual exige una serie de requisitos por cumplir, en tutela de los principios que rigen la materia de contratación administrativa y el alcance de la satisfacción del interés público, es posible afirmar que esta figura no es portillo para la transferencia desmedida de obligaciones y derechos asumidos por una de las partes de la relación.

VII. Bibliografía

Libros

Alessandri Rodríguez, A. (2004). De los Contratos. Chile: Temis S.A.

Brenes Córdoba, A. (1992). Tratado de los Contratos. San José, Costa Rica: Juricentro.

Cassagne, J. (1999). El contrato administrativo. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot S.A.

Lefebvre, F. (2011). Contratos públicos 2012-2013. . Madrid, España: Francis Lefebvre.

Páginas web

Northcote Sandoval, C. (2013). Obtenido de La cesión de posición contractual y sus principales efectos: http://www.aempresarial.com/web/revitem/41_12529_80795.pdf

Resoluciones Administrativas

Contraloría General de la República, División de Asesoría y Gestión Jurídica. (2005). 15601. Costa Rica.

Contraloría General de la República, División de Asesoría y Gestión Jurídica. (8 de setiembre de 2005). DAGJ-2634-2005. Costa Rica.

Contraloría General de la República, División de Asesoría y Gestión Jurídica. (29 de noviembre de 2005). Oficio n.º15601. Costa Rica.

Procuraduría General de la República. (25 de Abril de 2003). Opinión Jurídica n.º 067-J.

Resoluciones Judiciales

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (3 de octubre de 1995). Resolución n.º5403. Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (6 de febrero de 2001). Resolución n.º1055. Costa Rica.

Tribunal Primero Civil de San José. (8 de marzo de 2012). Resolución n.º 00214. Costa Rica.

Leyes y Reglamentos

Ley No. 7494. (1996). *Ley de Contratación Administrativa*. Costa Rica: La Gaceta.

Reglamento de las Contrataciones de la Administración Pública. (2007). La Gaceta.

La función de aprobación de cánones de regulación por parte de la Contraloría General de la República

Sumario

1. Sobre la competencia de la Contraloría General de la República. 2. De la potestad del órgano contralor para conocer de la aprobación de canon de regulación. 3. Naturaleza jurídica del canon de regulación. 4. Del procedimiento de aprobación del proyecto de canon seguido en la Contraloría General. 5. Conclusiones

José Francisco Monge
Fonseca¹

¹ Licenciado en Derecho, egresado de la Universidad de Costa Rica en 1999. Actualmente, se desempeña como abogado del Área de Fiscalización de Servicios de Infraestructura de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República. jose.francisco.monge@cgr.go.cr

I. Sobre la competencia de la Contraloría General de la República

De conformidad con la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1949), la Contraloría General de la República debe ejercer la vigilancia de la Hacienda Pública². Para ello, el constituyente le dotó de absoluta independencia funcional y administrativa.

La vigilancia que debe efectuar el órgano contralor se ha manifestado –desde la arista constitucional– como el ejercicio de control y fiscalización en materia presupuestaria, así como en temas de refrendo de las obligaciones del Estado y la asesoría parlamentaria; sin embargo, el constituyente³ no limita la posibilidad de que pueda atender otras atribuciones que la norma constitucional o el legislador ordinario le designe.

La potestad del legislador de asignar a la Contraloría General nuevas competencias se enfrenta a una elemental demarcación, en el sentido de que las nuevas funciones deben guardar directa concordancia con la naturaleza jurídica de control y fiscalización superior de la Hacienda Pública.

En este sentido, la Sala Constitucional ha determinado con claridad:

La Contraloría General de la República como su Ley Orgánica remarca (Ley n.º 7428 de 7 de setiembre de 1994) es un órgano de relevancia constitucional, auxiliar de la Asamblea Legislativa, cuya función general es el control superior de la Hacienda Pública y la dirección del sistema de fiscalización regulado en la citada ley. Ejerce principalmente las atribuciones específicas que la Constitución le confiere en el artículo 184. El inciso 5) del citado artículo constitucional dispone que son deberes y atribuciones de la Contraloría los demás que la Constitución y las leyes le asignen. Esa disposición no puede interpretarse como una autorización dada al legislador para que agregue atribuciones que distraigan a la Contraloría de su función propia establecida en la Constitución, o la obstaculice con la asignación de otras extrañas por completo a su especialidad orgánica. El legislador no puede legítimamente desfigurar o distorsionar el diseño constitucional del órgano al punto de que éste no se reconozca, suprimiéndole competencias constitucionales, asignándole otras propias de otros órganos, o confiriéndole competencias que aunque no sean propias de otros órganos, transformen el diseño básico del órgano establecido en la Constitución. Lo que el legislador sí podría hacer es añadirle otras funciones compatibles o conexas con las que constitucionalmente le corresponden. (...) La Contraloría, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y que desarrolla su ley orgánica, se encarga entre otras cosas de ejercer un control de

² La Hacienda Pública es entendida según el artículo octavo de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N.º. 7428, como: "Las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos. (...) El patrimonio público será el universo constituido por los fondos públicos y los pasivos a cargo de los sujetos componentes de la Hacienda Pública. Serán sujetos componentes de la Hacienda Pública, el Estado y los demás entes u órganos públicos, estatales o no, y las empresas públicas, así como los sujetos de Derecho Privado, en cuanto administren o custodien fondos públicos por cualquier título, con las salvedades establecidas en el párrafo anterior."

³ Inciso quinto del artículo 184 de nuestra Carta Magna.

legalidad en el manejo de los fondos públicos. Dicha potestad la realiza en el ámbito de su competencia, el cual está constituido por el conjunto de entes y órganos que integran la Hacienda Pública. (...) En este punto debe indicarse que la Contraloría fue el órgano que el legislador consideró, en un momento dado, idóneo para ejercer el control de legalidad de los actos administrativos, entendiendo, sin embargo, que esa atribución se confería en el marco de su competencia constitucional y legal. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1995)

Desde esa perspectiva, las facultades y obligaciones atribuidas a la Contraloría General, mediante normas legales deben ser coherentes con el fin público asignado a dicho órgano por parte del constituyente.

II. De la potestad del órgano contralor para conocer de la aprobación de canon de regulación

El anterior razonamiento sirve de preámbulo para comprender entonces el alcance de las facultades que el legislador, por medio del artículo 82 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (n.º 7593) del 9 de agosto de 1996 le ha asignado a la Contraloría General de la República la facultad de aprobación del canon de regulación que perciben la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) y la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL).

El canon que se encuentra sujeto a la aprobación constituye una fuente de financiamiento de la función de regulación que realizan respectivamente el ente y el órgano público legalmente designado para controlar el área de energía, agua y transportes (ARESEP) o el nuevo mercado de telecomunicaciones (SUTEL).

III. Naturaleza jurídica del canon de regulación

Sobre la naturaleza jurídica del canon la Procuraduría General de la República, en el Dictamen C-281-2008, dictado el 14 de agosto de 2008, se ha considerado:

El canon es una obligación pecuniaria establecida por la ley, con el objeto de proporcionar recursos a partir de la utilización o aprovechamiento de un bien público –el cual puede ser material o inmaterial. Esta contraprestación se constituye en una obligación dineraria en la que un determinado sujeto se ve constraído a honrarla por encontrarse en una posición determinada (concesionario, usuario, regulado, etc.) consecuencia de una actuación administrativa: el otorgamiento de la concesión de dominio público o de servicio público, la prestación de un servicio, la sujeción a la función de regulación. (Procuraduría General de la República, 2006)

Esta consideración observa el surgimiento de una obligación pecuniaria para quien ha recibido una concesión o permiso por parte del Estado. Es válido entonces considerar que el

canon se paga de manera irrestricta una vez recibido el derecho de aprovechamiento o uso de un bien de naturaleza pública. Al respecto, mediante el oficio n.º DFOE- ED- 0319 (04996), del 14 de mayo del 2009, la Contraloría General expuso la obligatoriedad irrestricta de pago que supone para los regulados esta obligación, al afirmar:

... es evidente que (...) se encuentra obligado a saldar el canon pendiente, ya que, como concesionario, ha continuado prestando los servicios en materia de telecomunicaciones, de manera ininterrumpida, en apego al Transitorio III de la Ley Nro. 8642 y del inciso h) del artículo 2 de la Ley Nro. 449, reformado por el artículo 43 de la Ley Nro. 8660, lo cual lo sujeta al pago de dicha obligación, conforme así lo dispone el artículo 62 de la Ley Nro. 8642. Aunado a lo anterior, como se indicó en el oficio Nro. 04733 (FOE-ED-0296), no se ha observado ninguna disposición de rango legal que haya suprimido, suspendido, ni condonado la obligación del pago de canon por concepto de regulación.

Finalmente, debemos aclarar de su nota que ahora adiciona, que en lo concerniente a la solicitud de "Autorización para pago del Canon de Regulación de Telecomunicaciones", debe tener presente (...) que la obligación para cancelar el canon en comentario, está dada por el artículo 62 de la Ley Nro. 8642, la cual no se encuentra supedita a ser autorizada por la Contraloría General, ni por cualquier otra instancia. (Contraloría General de la República, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, 2009)

De igual forma, es preciso determinar que el legislador ha dispuesto, como fin específico para esta obligación pecuniaria, el financiar las actividades de regulación que deben realizar tanto la ARESEP como la SUTEL. Tales actividades de control son comprendidas como una técnica que incide directamente en la organización y la prestación del servicio otorgado a partir del bien o derecho concesionado. Dicho ejercicio es la expresión del poder estatal sobre el mercado, derivada precisamente del interés público que supone la actividad regulada y la tutela efectiva de la explotación de bienes demaniales. La propia Ley 7593 revela que dichas actividades exceden por sí la sola fijación de las tarifas de los servicios, ya que, además, se expresa por medio de la determinación y tutela de normas de calidad, eficiencia, cantidad, confiabilidad, respeto de los principios del servicio público y, por ende, de los derechos de los usuarios (Procuraduría General de la República, 2002)⁴.

Acorde con el artículo cuarto de la Ley General de la Administración Pública, n.º 6227, la actividad de regulación está sujeta a los principios del servicio público, con lo que se debe asegurar su continuidad, su eficiencia y su adaptación a todo cambio en el régimen legal o de las necesidades sociales.

Es ese principio de continuidad del servicio público uno de los parámetros que la Contraloría General ha de verificar mediante la aprobación del proyecto de canon de regulación. Tal postura se comprueba en la actuación manifiesta en el oficio DFOE-ED-0564 (07287), dictado el 30 de julio de 2010, cuando el órgano contralor dispuso:

⁴ Dicha postura ha sido reiterada por el órgano consultivo en materia de legalidad, en el Dictamen de la Procuraduría General de la República n.º C-293-2006 del 20 de julio de 2006.

... en la aprobación de proyectos de cánones, la Contraloría General de la República no figura como un ente regulador, sino como un órgano de control que actúa, por una parte, en tutela y protección de las grandes mayorías y del sistema de pesos y contrapesos y, por otra, velando porque, mediante la aprobación del canon se garantice el financiamiento del ente regulador, lo cual repercute en la continuidad del servicio prestado a favor de las actividades que legalmente deben ser reguladas. (Contraloría General de la República, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, 2010)

De ello se extrae que el canon, como fuente de financiamiento, debe proveer el contenido necesario al regulador, con el objeto de cubrir las competencias legalmente dispuestas. No es posible, por el principio de continuidad, la cesación o una limitación injustificada de este ingreso, ya que esto supondría la imposibilidad real y efectiva de ejecución de la propia labor de regulación.

En el artículo primero del Reglamento Aprobación de los Proyectos de Cánones de Regulación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) y de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) por parte de la Contraloría General de la República⁵, se considera por canon de regulación aquel "ingreso que percibe el órgano o ente regulador para financiar el servicio de regulación para cada actividad, por cuenta de los sujetos públicos o privados que de acuerdo con el ordenamiento jurídico están afectos a regulación."

Así, el canon de regulación se identifica como parte integral del patrimonio del regulador para llevar a cabo todas las funciones que legalmente debe cubrir.

En este orden, según el artículo 184 constitucional y 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, es evidente que el canon de regulación, como parte de los ingresos que conforman el patrimonio del regulador, debe ser expuesto en el presupuesto que se plantea anualmente ante esta Contraloría General para su debida aprobación, con el fin de ser aplicados en el año posterior.

Según este lineamiento, el Reglamento de aprobación de los proyectos de cánones de regulación emitido por la Contraloría General reconoce la incidencia del proyecto de cánones en el presupuesto que ha de presentar el ente u órgano regulador, al afirmar en su artículo cuarto:

... la Contraloría General de la República después de verificar y analizar la pertinencia legal de la propuesta, otorga o deniega la eficacia necesaria al proyecto de cánones presentado por el ente u órgano regulador con la finalidad de que se incorpore el monto aprobado en el presupuesto inicial correspondiente al período presupuestario siguiente al de dicha aprobación. Deberá entenderse el canon de regulación como un monto máximo para el período correspondiente, cuyo cobro se encuentra sujeto al monto total de gasto presupuestario aprobado

⁵ Dicha norma se emitió en la resolución R-DC-55-12, dictada por el Despacho de la Contraloría General, al ser las nueve horas del siete de mayo de 2012, con base en la potestad descrita a favor del órgano contralor, en el artículo 23 de su Ley Orgánica, la cual le brinda la posibilidad para dictar los reglamentos de organización necesarios en las materias de su competencia constitucional y legal.

por la Contraloría General para el mismo período. (Despacho Contralor, 2012, artículo 184)

Consecuentemente, se identifica que la función asignada mediante el artículo 82 de la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos al órgano contralor no dista de ser una atribución de control y fiscalización de la Hacienda Pública, que no se contrapone a las competencias delegadas en la Constitución Política.

Para la Contraloría General, esta facultad se expresa como una bifurcación de la función de aprobación presupuestaria que ordinariamente efectúa. Mediante el acto efectuado conforme a la Ley 7593, se realiza un análisis de las fuentes de ingreso que proyecta el regulador, las cuales luego se exponen en el presupuesto donde el mismo órgano contralor verifica la relación jurídica de los gastos por ejecutar en el período anual inmediato posterior. En ambos momentos, se valora el ineludible vínculo que han de tener los costos de las funciones proyectadas con respecto a la planificación coherente con las atribuciones normativamente definidas.

IV. Del procedimiento de aprobación del proyecto de canon seguido en la Contraloría General

Ahora bien, el procedimiento de aprobación de canon, expuesto en la Ley 7593 establece una serie de actuaciones que han de realizar tanto el regulador como el órgano contralor, lo que no superpone las acciones que cada uno de ellos debe ejecutar.

Desde esta premisa, el artículo 82 supra citado exige inicialmente una participación exclusiva del propio regulador en la determinación del monto que debe cobrarse por canon de regulación. Para ello, le corresponde calcular el canon, conforme al principio de servicio al costo⁶, además de establecer un sistema de costeo apropiado para cada actividad regulada. Del mismo modo, luego de la participación de la Contraloría General y con la condición de haber obtenido la aprobación respectiva del monto final de canon, le corresponde al propio regulador distribuir entre los que ejecutan la actividad regulada el respectivo monto por cobrar, para lo cual deberá seguir los criterios de proporcionalidad y equidad⁷.

Entre ambos momentos, el de fijación del monto de canon y el de distribución de la suma aprobada entre los regulados, se da la participación del órgano contralor. En este caso, la función primordial de la Contraloría gravita en la revisión del acto que realiza de primera mano el regulador. Tal labor se enmarca en varias consideraciones que han de advertirse oportunamente.

Primeramente debe recalcar que la determinación del monto de canon que realiza originariamente el regulador se emite como un acto administrativo por sí válido, puesto que

⁶ En el inciso b) del artículo 3 de la Ley 7593, se entiende por servicio al costo como el “principio que determina la forma de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos, de manera que se contemplen únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad.”

⁷ Según lo indica el inciso b) del artículo 82 d la Ley 7593.

constituye la manifestación final dictada por el órgano institucional competente, la cual en principio se adecuó a los trámites sustanciales previstos al efecto y a los requisitos indispensables para ser considerada conforme al ordenamiento jurídico.

Empero, dicho acto, conforme a lo estipulado en el inciso cuarto del artículo 144 de la Ley 6227, se encuentra sujeto a un requisito de eficacia, para desarrollar sus efectos, como lo es la aprobación respectiva que realiza la Contraloría General de la República.

Se colige entonces que mientras no se obtenga la aprobación de la Contraloría General, la fijación que realiza el regulador no puede ser considerada eficaz, por lo que no puede comunicarse, impugnarse ni ejecutarse. En esta misma línea de pensamiento, el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República señala que aquel acto que no cuente con la aprobación del órgano contralor –siendo esta una exigencia legalmente impuesta– impide la ejecución del acto valorado, “so pena de sanción de nulidad absoluta.”

De tal manera, la función de la Contraloría General de la República no persigue definir el monto del canon, sino verificar que quien tiene la exclusiva competencia para ello se ajuste a lo establecido en el ordenamiento jurídico. Conforme con tal derivación, en el oficio emitido con el consecutivo DFOE-IFR-0459 (06918), del 29 de julio de 2011, el órgano contralor determinó claramente su competencia dentro del proceso descrito en el artículo 82 de la Ley 7593, al afirmar categóricamente:

La aprobación se concibe como un requisito de eficacia del acto administrativo emitido por la SUTEL, considerándose también una expresión de potestad contralora. Constituye, por tanto, un acto de control respecto del acto de fijación del monto de canon de regulación, que, vale acotar, no influye en la constitución de validez del acto, ya que la finalidad no es modificar su contenido, –aspecto que corresponde únicamente al órgano regulador de las telecomunicaciones– sino en su eficacia, o sea en la posibilidad de producir los efectos jurídicos. El objetivo de la aprobación es entonces, impedir que puedan ejecutarse actos contrarios al ordenamiento jurídico y por ende a los intereses generales. (Contraloría General de la República, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, 2011)

Se desprende de esta afirmación que la aprobación es entonces una expresión de una potestad de control respecto del acto sujeto al requisito de eficacia, la cual es totalmente independiente del acto administrativo sometido a revisión.

Doctrinariamente, se ha dicho que:

La aprobación es una manifestación típica de la tutela que unos entes administrativos ejercen sobre otros y su exigencia no afecta en absoluto a la perfección ni a la validez del acto del inferior. El acto en sí mismo es perfecto y plenamente válido, pero no produce efectos en tanto no sea aprobado por la autoridad superior. (García de Enterría & Fernández, 1977)

Acorde con la tesis precedente, en la medida en que la aprobación es un requisito de eficacia, no de perfección del acto de determinación del monto de canon de regulación, constituye un acto independiente del acto aprobado. Esto significa que el acto aprobado y el acto de aprobación son diferentes y no integran un solo acto. Por ende, no hay fusión de voluntades del ente que aprueba y del ente u órgano que emite el acto por ser aprobado, ya que, además, el acto aprobado tiene un fin establecido por el ordenamiento, distinto del acto de aprobación.

Con base en los parámetros de servicio al costo, eficiencia y continuidad del servicio, en el caso de la fijación del canon, se pretende establecer el monto que financiará la labor de regulación. Mientras, la finalidad de la aprobación precisamente es controlar la legalidad del acto previamente emitido por parte del regulador.

En este caso, estamos en presencia de una relación de control, por lo que la potestad de revisión del acto emitido originalmente no busca transformar o condicionar el contenido de este último y que la Contraloría General deba supeditarse realizar una verificación de la concordancia legal y a la debida vinculación del monto propuesto en razón de la planificación anual que presente la institución.

A partir de la reglamentación elaborada por la Contraloría General para atender esta gestión legalmente asignada, se determinó que el parámetro de análisis al que se somete la fijación del monto propuesto por el regulador sea precisamente la vinculación de las acciones por efectuar con dicha fuente de financiamiento dictadas en su plan institucional. Este plan deberá mantener vinculación directa con el Plan Nacional de Desarrollo y con el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones en lo que corresponda a cada uno de los reguladores.

Además, se ha dispuesto en el artículo quinto del supra citado Reglamento que las pretensiones establecidas por el regulador deben responder "a una proyección de costos e inversiones que fundamente los montos requeridos para cubrir el servicio de regulación, debidamente vinculado con los planes institucionales". Dicho parámetro de verificación se amplía en el artículo 11, ya que además de la concordancia señalada, se verifica la vinculación del proyecto de canon presentado con los principios de servicio al costo y las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, lo cual guarda lógica con lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, donde se estipula la imposibilidad jurídica de dictar actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.

En el análisis de legalidad de los proyectos de cánones, la Contraloría General de la República ha guardado con recelo que el monto proyectado se base exclusivamente en labores de regulación del sector que fundamenta su cobro. En otras palabras, se busca el financiamiento de atribuciones que sean directamente aplicables al ejercicio de la regulación y que no se financien otras competencias ajenas a la regulación del sector para el cual se están solicitando, según el principio de servicio al costo.

Así, el canon proyectado para cubrir el servicio de regulación del sector de energía no puede ser utilizado para financiar actividades que el regulador pretende realizar en la regulación del sector de agua ni viceversa. De igual manera, no sería permitido que el regulador de

Telecomunicaciones, que tiene tres fuentes de ingreso distintas –como son el canon de regulación, el canon de reserva de espectro y la contribución parafiscal que sustenta el Fondo Nacional de Telecomunicaciones– disponga a discreción de la asignación del monto disponible a regulación para actividades con fuentes de financiamiento distintas.

Para ejemplificar lo anterior, en el oficio FOE-ED-0417 (06187) del 12 de junio de 2009, el órgano contralor para improbar un ajuste al proyecto de canon de regulación de telecomunicaciones, fundamentó lo siguiente:

... esta Contraloría no logró determinar con certeza que el monto que se solicita como ajuste al canon de regulación excluya todos los costos que hubiesen sido considerados en los cánones vigentes para el año 2009, según fueron aprobados por esta Contraloría General o bien, que correspondan a otras actividades que legalmente deba realizar la SUTEL pero que no deben ser financiados por medio del canon de regulación del mercado de telecomunicaciones. Algo como lo anterior implicaría una violación del principio fundamental de servicio al costo; tal y como sucede con lo indicado por la SUTEL en el oficio No. 249-SUTEL-2009 en cuanto a que se está incorporando costos para financiar el FONATEL en aquellos rubros que superen el 1% de su costo de administración. (Contraloría General de la República, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, 2009)

Por otra parte, el proceso de aprobación al que apunta la norma legal expuesta en el artículo 82, tiene la particularidad de que, una vez sometido para su aprobación, la Contraloría General debe otorgar una audiencia a las empresas reguladas, con el fin de que estas emitan sus observaciones sobre el proyecto previamente presentado. Según se aprecia, esta etapa constituye una oportunidad para que los administrados se manifiesten y brinden criterios de valor del acto emitido por el regulador, así como una valiosa opción para que el órgano contralor conozca las inquietudes y objeciones de los regulados, así como detectar, a partir de los aportes brindados, deficiencias o errores en el proyecto, que hagan inviable el otorgarle su aprobación.

Sin embargo, el hecho de que la Ley estipule la realización de esta audiencia no deriva en que el proceso de aprobación sea considerado litigioso, ni que esta la etapa sea pertinente para convertir a la Contraloría General en un estrado para resolver discrepancias entre el regulador y los regulados.

Ha considerado el órgano contralor:

La audiencia así prevista tiene por finalidad aportar insumos al análisis que debemos realizar, sin que obliguen a este órgano contralor a resolver cada una de ellas, como si fueran argumentos o demandas planteadas en un proceso litigioso, ya que el proceso de aprobación únicamente sirve para dar eficacia o evitar que el acto válido emitido por el ente regulador pueda luego ser ejecutado, lo cual no implica para esta Contraloría arrogarse competencia alguna para convertirse en un estrado, en el cual se diriman controversias entre los objetantes y el promovente del proyecto de cánones.(R-DC-92-2010)

Con respecto a la función que realiza la Contraloría General durante esta etapa, de acuerdo con el principio de legalidad externado en el artículo 11 de la Constitución Política, el acto de aprobación no tiene la obligación de referirse a otros temas que no sean la efectiva vinculación de las sumas requeridas por el regulador con los proyectos previstos por ejecutar en su ejercicio de regulación y que sean pertinentes para garantizar la continuidad y calidad de la actividad regulada (Contraloría General de la República, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, 2010)⁸.

A partir de ello, al margen del proceso de aprobación del proyecto de canon de regulación, se han dejado temas que no se comprenden en esta etapa, como la distribución del monto aprobado entre los regulados y la ejecución de las partidas que se financian con esta fuente, por ser aspectos ejecutados posteriormente a la participación del órgano contralor y que son exclusivos del regulador (R- DC -91-2010). Esto no limita que el órgano contralor analice su pertinencia en facultad de fiscalización posterior.

En otro orden, el actual artículo 82 contempla expresamente la posibilidad de que el órgano contralor, ante fundadas razones, no otorgue la aprobación del proyecto de canon presentado por el regulador; sin embargo, la norma no pondera el efecto que una improbación supone en el desarrollo de la función pública del servicio de regulación. Ante el silencio normativo existente, la Contraloría General ha interpretado, según el principio de continuidad del servicio público, la posibilidad de que el monto aprobado anteriormente permanezca vigente de manera excepcional, si se decreta la improbación del proyecto presentado. Con ello el regulador no carecería del todo del financiamiento respectivo y así podría continuar su labor.

Dicho razonamiento se llevó a cabo a partir de la improbación del proyecto de cánones presentado por la ARESEP para el 2010 (Contraloría General de la República, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, 2009). Esta interpretación guarda lógica con lo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ya que brinda esa misma solución ante una improbación presupuestaria. De tal forma, el órgano contralor ha buscado dar respuesta a un vacío en el procedimiento de aprobación de canon de regulación.

V. Conclusiones

A manera de corolario, se logra determinar que la Contraloría General participa en este proceso a partir de su naturaleza jurídica como órgano de control y vigilancia, según lo exige la Constitución Política. En ese orden, la función de aprobar se manifiesta en una constatación de legalidad de la fijación que realiza de manera exclusiva el regulador. Esta función se efectúa cotejando la vinculación de ese acto válido con los requerimientos que le impone cumplir el mismo legislador. Además, compara las acciones que se externan en su plan operativo con aquellas que el propio ordenamiento jurídico le impone realizar.

Para ello, la Contraloría General cuenta con los aportes que pueden realizar los regulados mediante una audiencia otorgada para dicho efecto. Si bien las observaciones dadas en tal

⁸ En igual sentido ver Oficio DFOE-ED-565 (07289) del 30 de julio de 2010.

oportunidad no son vinculantes para el órgano contralor, le sirven de insumos para llevar a cabo su labor de mejor manera y fundamento para programar fiscalizaciones en etapas de planeación, distribución o ejecución de la fuente de financiamiento aprobada.

La aprobación del canon de regulación contempla un control previo realizado por el órgano contralor, que de ninguna manera limita ni restringe otro tipo de controles que se pueden ejercer en otro momento, en cumplimiento de la insigne función de control y vigilancia de la Hacienda Pública.

En tal sentido, debe contemplarse que el ciclo presupuestario de cualquier sujeto público inicia con una debida planificación, la cual debe reflejarse monetariamente en el presupuesto y ser ejecutada de manera eficiente y eficaz, conforme a las competencias normativas impuestas a su haber.

Al entender ese círculo virtuoso, se observa el amplio grado de participación que atañe a la Contraloría General, en materia de fiscalización, en este caso: la verificación del monto de canon de regulación con el propio ordenamiento jurídico, una manera no aislada de control, sino una labor que conforma una etapa más dentro del ciclo presupuestario y que se ve reflejada integralmente dentro de las potestades, que tanto el constituyente como el legislador, dispusieron a favor del órgano contralor, en garantía del desempeño estatal ante el ciudadano.

VI. Bibliografía

Libros

Córdoba Ortega, J. (2011). Ley General de la Administración Pública con jurisprudencia constitucional, laboral, penal, contenciosa administrativa. Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A.

Fallas Mora, R., & Quiróz Álvarez, F. (2007). Costa Rica: Análisis Crítico del Proceso Presupuestario. Santiago, Chile.

García de Enterría, E., & Fernández Rodríguez, T. (1977). Curso de Derecho Administrativo. I Edición. Tomo I. España: Civitas.

Romero Pérez, J. (1999). Derecho Administrativo Especial. Contratación Administrativa. Costa Rica: EUNED.

Vidal Perdomo, J., Díaz Perilla, V., & Amparo Rodríguez, G. (2005). Temas de Derecho Contemporáneo. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

Resoluciones administrativas

Contraloría General de la República, Despacho Contralor. (27 de mayo de 2010). R- DC -91-2010.

Contraloría General de la República, Despacho Contralor. (27 de mayo de 2010). R-DC-92-2010.

Contraloría General de la República, Despacho Contralor. (2012). R-DC-55-12. Reglamento aprobación de los proyectos de cánones de regulación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) y de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) por parte de la Contraloría General de la República.

Contraloría General de la República, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. (14 de mayo de 2009). DFOE-ED-0319. Costa Rica.

Contraloría General de la República, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. (12 de junio de 2009). FOE-ED-0417. Costa Rica.

Contraloría General de la República, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. (24 de julio de 2009). FOE-ED-0531.

Contraloría General de la República, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. (30 de julio de 2010). DFOE-ED-0564. Costa Rica.

Contraloría General de la República, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. (30 de julio de 2010). DFOE-ED-565. Costa Rica.

Contraloría General de la República, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. (29 de Julio de 2011). DFOE-IFR-0459. Costa Rica.

Procuraduría General de la República. (7 de enero de 2002). Dictamen C-003-2008. Costa Rica.

Procuraduría General de la República. (7 de enero de 2002). Dictamen C-293-2006. Costa Rica.

Procuraduría General de la República. (20 de julio de 2006). Dictamen C-281-2008. Costa Rica.

Resoluciones Judiciales

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (13 de setiembre de 1995). Resolución n.º 5120-95. Costa Rica.

Leyes y Reglamentos

Asamblea Nacional Constituyente. (1949). Constitución Política.

Ley n.º 6727. (1979). Ley General del Administración Pública. Costa Rica: La Gaceta.

Ley n.º 7428. (1994). Ley Orgánica de la Contraloría General. Costa Rica: La Gaceta.

Ley n.º 7593. (2008). Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Costa Rica: La Gaceta.

Consideraciones básicas de la jerarquía impropia que ostenta la Contraloría General de la República para el conocimiento de las impugnaciones en materia de contratación administrativa

Sumario

Alfredo Aguilar Arguedas¹

1. Vías recursivas en sede administrativa. 2. Sobre la figura de la jerarquía impropia. 3. La jerarquía impropia en materia de contratación administrativa. 4. Características de la jerarquía impropia ejercida por la Contraloría General de la República en materia de contratación administrativa

¹ Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Máster en Derecho de la Contratación Pública, Universidad de Castilla-La Mancha. Fiscalizador, División de Contratación Administrativa, Contraloría General de la República. alfredo.aguilar@cgr.go.cr

I. Introducción

De conformidad con el artículo 41 constitucional y según las leyes, todos los habitantes deberían encontrar reparo con respecto a aquellas lesiones que se les sean ocasionadas en su esfera de derechos e intereses. Para la consecución de ese fin, dentro del mismo numeral se menciona que a los habitantes se les debe garantizar una justicia pronta y cumplida.

Como parte de estas disposiciones sobre las que se funda un Estado Social de Derecho como el nuestro, se entiende que todos aquellos aspectos en los que se presente una conducta o actuación de la Administración Pública, que genere algún tipo de lesión a los intereses o derechos de los administrados, pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso administrativa. Corresponde recalcar que esta jurisdicción cuenta con raigambre constitucional al tenor de lo dispuesto por los constituyentes en el numeral 49 de la Constitución Política, como mecanismo garante de la legalidad de la función administrativa del estado.

II. Vías recursivas en sede administrativa

Dentro de ese orden, en la Ley General de la Administración Pública, se encuentran esbozadas una serie de instancias recursivas del ámbito administrativo, tendientes a brindar la oportunidad a los administrados de plantear su disconformidad, directamente ante la Administración, para que esta corrija, enmiende o subsane aquellas actuaciones que entienda como ilegales o improcedentes, antes de que estas sean sometidas a discusión en la vía judicial. De tal forma que estos fungen como un mecanismo directo al que pueden acudir los administrados, con el fin de encontrar reparo en aquellas lesiones, daños o perjuicios que se les hayan generado.

Al respecto, dispone el artículo 180 de la Ley General de la Administración Pública que en la vía administrativa resulta ser competente para anular o declarar la nulidad de un acto, de oficio o actuando a solicitud de parte a través del conocimiento de un recurso administrativo, tanto el propio órgano que dictó el acto, como su superior jerárquico.

En tesis de principio, como se ha expuesto, los recursos que se interpongan en contra de las actuaciones administrativas tendrían que ser presentados en fase de apelación o en el caso de revocatoria o reposición contra actos emanados por el jerarca² (Ley n.º 6727, 1979), en todos los supuestos ante el superior jerárquico de la instancia administrativa que emitió el acto impugnado.

Esto es lo que se conoce como la jerarquía propia o natural, dada en virtud de la estructura organizativa del órgano, ente o institución pública de la que se trate.

² Artículo 344.- 1. No cabrán recursos dentro del procedimiento sumario, excepto cuando se trate del rechazo ad portas de la petición, de la denegación de la audiencia para concluir el procedimiento y del acto final. 2. Si el acto recurrible emanare del inferior, cabrá solo el recurso de apelación; si emanare del jerarca, cabrá el de revocatoria. 3. Cuando se trate del acto final del jerarca, se aplicarán las reglas concernientes al recurso de reposición de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. 4. La revocatoria o apelación, cuando procedan, se regirán por las mismas reglas aplicables dentro del procedimiento ordinario.

No obstante, por diversos motivos, para el conocimiento de los recursos de ciertas materias, en algunas ocasiones el legislador ha decidido que el superior jerárquico sea una instancia distinta de la que normalmente le correspondería en virtud de la distribución y estructura organizacional. Este tipo de situaciones es lo que se conoce como la jerarquía impropia.

III. Sobre la figura de la jerarquía impropia

En relación con la jerarquía impropia, el mismo artículo 180 de la Ley General de la Administración Pública se refiere a la competencia que podría ostentar el “contralor no jerárquico” en vía administrativa para anular o declarar la nulidad de un acto en vía administrativa, en aquellos casos donde la ley lo determine.

De lo anteriormente expuesto, es factible definir la jerarquía impropia como la competencia que legalmente se le ha dado a determinada instancia, distinta del superior jerárquico, para conocer y resolver en grado las impugnaciones que se presenten contra las actuaciones administrativas.

Interesa precisar que la jerarquía impropia se clasifica en monofásica y bifásica. La primera se refiere a los supuestos donde el contralor no jerárquico es un órgano administrativo. En el caso de la bifásica, la jerarquía la ejerce un órgano adscrito al Poder Judicial, que realiza una función materialmente administrativa.

En relación con este tema, por medio del Dictamen C-159-99 del seis de agosto de mil novecientos noventa y nueve, la Procuraduría General de la República, explicó que:

... es importante recordar que existen dos clases de jerarquía impropia: la monofásica que opera dentro de la propia administración (es el caso, por ejemplo, del Tribunal Fiscal Administrativo y del Tribunal del Servicio Civil) y la bifásica, caso en el cual se sale de la Administración y se confía al Poder Judicial. Es un supuesto donde el Juez resuelve no para emitir una sentencia, sino un acto administrativo que agota la vía administrativa. Incluso al resolver, asume funciones de administración activa, toda vez que puede ordenar a la Administración la forma en que debe actuar... (Dictamen C-159-99)

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia n.º 6866 de las catorce horas con treinta y siete minutos del primero de junio de dos mil cinco, al resolver sobre la constitucionalidad de la jerarquía impropia bifásica, se refirió a esta figura jurídica de la siguiente forma:

Frente a la jerarquía propia se encuentra el denominado control no jerárquico o la jerarquía impropia, así denominada, puesto que, en los supuestos en que cabe quien conoce y resuelve en grado no es el superior jerárquico sino la instancia que indique expresamente la ley, se trata de una jerarquía legal y no natural. Ese contralor no jerárquico puede ser un órgano administrativo que, generalmente, en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, asume la forma de desconcentrado en grado máximo –jerarquía impropia monofásica–,

garantizándose de esa forma independencia e imparcialidad al distorsionarse –o prácticamente desaparecer– la relación jerárquica y el ejercicio de una competencia exclusiva de revisión (...) o bien un órgano adscrito al Poder Judicial –jerarquía impropia bifásica– que ejerce, en tal caso, una función materialmente administrativa... (Sentencia n.º 6866)

De conformidad con el artículo 181 de la Ley General de la Administración Pública³, la revisión para la cual se encuentra facultado el contralor no jerárquico se circunscribe exclusivamente a la legalidad del acto administrativo⁴, en conocimiento del recurso administrativo planteado. Además, normativamente se dispuso que la decisión del contralor no jerárquico debe limitarse a las pretensiones y cuestiones de hecho expuestas por el recurrente, pero dentro del análisis se le posibilita para invocar preceptos normativos no mencionados o traídos a colación dentro del recurso.

Sobre este mismo tema, la División de División de Asesoría y Gestión Jurídica de la Contraloría General de la República (2008) señaló que: "La Ley General de la Administración Pública (LGAP), en el artículo 81 dispone que el control jerárquico impropio únicamente puede revisar la legalidad del acto, dentro del límite de las pretensiones y cuestiones de hecho planteadas por el recurrente..." (Oficio 01777).

En cuanto a este tema, el Dr. Ernesto Jinesta Lobo realiza una salvedad sobre los límites dentro de los cuales se enmarca el análisis de legalidad del contralor no jerárquico en el conocimiento de los recursos, en cuanto a la normativización de los límites a la discrecionalidad administrativa dentro del ordenamiento jurídico nacional, recogidos en el numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública⁵.

Una vez vistas las normas de donde se origina la jerarquía impropia, expuestas las dos manifestaciones que se presentan dentro de la organización del Estado costarricense y analizada la delimitación de sus facultades, corresponde examinar las razones por las cuales se recurre a este tipo de jerarquía que posee una concepción diametralmente distinta a la jerarquía natural, en la que la instancia que conoce en grado guarda una relación jerárquica con la instancia de la que surge el acto objeto de impugnación, dentro de la estructura organizativa de la Administración.

³ Artículo 181.-El contralor no jerárquico podrá revisar sólo la legalidad del acto y en virtud de recurso administrativo, y decidirá dentro del límite de las pretensiones y cuestiones de hecho planteadas por el recurrente, pero podrá aplicar una norma no invocada en el recurso.

⁴ Vale destacar en cuanto al control de legalidad, lo expuesto por el autor Roque Citadini en el siguiente sentido: "(...) El control de legalidad donde predomina la apreciación de la regular ejecución de la ley por parte del gobernante, continúa siendo un eficiente mecanismo para velar por la buena gestión de los recursos públicos. (...) En fin, cumplir rigurosamente las leyes aprobadas por el Parlamento, seguir fielmente las disposiciones del presupuesto, sin violaciones o irregularidades, es la primera obligación del administrador público. Verificar que esos actos de la administración obedezcan estrictamente a la ley es la primera responsabilidad de los órganos encargados del control administrativo (...)" Roque Citadini (1999, pp. 33-34).

⁵ "El contralor no jerárquico, al tenor de lo establecido en el artículo 181 de la Ley General de la Administración Pública, puede revisar, únicamente, la legalidad del acto en virtud de recurso administrativo y debe decidir dentro del límite de las pretensiones y cuestiones de hecho planteadas por el recurrente pudiendo aplicar una norma no invocada en el recurso. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico al encontrarse plenamente recogidos en la ley positiva los límites de la discrecionalidad (artículos 15, 16, 17, 158, párrafo 4º, y 160 de la Ley General de la Administración Pública) eventualmente, el contralor no jerárquico puede revisar, también, la oportunidad, conveniencia o mérito del acto impugnado..." (Jinesta, 2001, pp. 17-18).

Para dichos efectos, conviene tomar como punto de partida que el propósito del legislador con el establecimiento de las jerarquías impropias es garantizar la independencia de la instancia que resuelve, al disminuirse la relación jerárquica existente entre esta, como encargada de conocer y resolver el recurso, y la dependencia que realizó el acto impugnado. Además de la revisión exclusiva de legalidad, se concretan los elementos que esta instancia debe analizar, mediante la delimitación de las competencias del contralor no jerárquico.

Como lo expone la Sala Constitucional en la sentencia n.º6866 de las catorce horas con treinta y siete minutos del primero de junio de dos mil cinco, el superior jerárquico cuenta con:

... una serie de competencias o potestades respecto de sus inferiores, dentro de las cuales destaca la de fiscalizar la conducta de estos para que se adecue al bloque de legalidad, los criterios de oportunidad, conveniencia o mérito y al concepto jurídico indeterminado de buena administración, todo con el propósito de respetar los principios de legalidad, objetividad, eficiencia y eficacia en el desempeño de la función administrativa, garantizándose, de esa forma, la buena marcha administrativa y su actuar coherente y razonable... (Sentencia n.º 6866)

Por otra parte, en el caso de la jerarquía impropia bifásica, se considera que el recurrente que acude a esta tiene mayores expectativas y probabilidades de que la conducta del órgano administrativo recurrido resulte ser modificada o revocada, en virtud del grado de independencia, el rompimiento de la línea jerárquica institucional y el hecho de ser resueltos por jueces de carrera. Por estas razones, se estima que los recurrentes en estos casos cuentan con mayores garantías de acierto en cuanto a su pretensión.

En virtud de ese alto grado de acierto, se produce una disminución en la cantidad de asuntos que posteriormente ingresan en la vía judicial, pues los administrados pueden ver satisfechas sus pretensiones cuando acuden a esta vía previa para solucionar las controversias. Lo anterior genera indefectiblemente en una reducción de la cantidad de casos que se conocen en la vía judicial. Consecuentemente, generan una mayor eficiencia y agilidad de parte de las instancias judiciales y posibilitan la disminución de la mora judicial, en beneficio del cumplimiento de la exigencia constitucional de otorgar a los particulares una justicia pronta y cumplida.

IV. La jerarquía impropia en materia de contratación administrativa

Ahora bien, en el caso de la materia de contratación administrativa, el legislador determinó conveniente eximir a esta materia del régimen recursivo desarrollado en la Ley General de la Administración Pública para los procedimientos administrativos.

Por disposición expresa de la Ley General de la Administración Pública, en su artículo 367.2, inciso b), la materia de contratación administrativa se encuentra excluida de la aplicación del libro segundo de ese cuerpo legal, apartado en el cual se contemplan una serie de recursos especiales. En concordancia con lo anterior, se debe decir que el régimen recursivo en materia

de contratación administrativa constituye materia regulada a nivel de ley especial, en la Ley de Contratación Administrativa^{6,7} y su Reglamento⁸.

Consecuentemente, en estricto apego a lo anterior, siendo que el régimen recursivo en materia de contratación administrativa resulta ser materia especial, los actos que se dicten en los procedimientos de contratación administrativa no están sujetos al régimen común de impugnación de los actos administrativos.

Por consiguiente, de acuerdo con el régimen recursivo especial establecido para la materia de contratación administrativa, los únicos recursos existentes son el recurso de objeción contra el cartel y el recurso mediante el cual se impugna el acto final del procedimiento de contratación, según el capítulo 9 de la Ley en cuestión y el capítulo 9 del Reglamento.

Por una parte, el recurso de objeción procede ante el órgano contralor cuando se trate de procedimientos de licitación pública, mientras que en los demás casos corresponde interponer el recurso ante la propia Administración. En el segundo supuesto, en función de su cuantía, la impugnación debe presentarse ya sea ante la propia Administración –lo que se denomina como recurso de revocatoria– o bien ante la Contraloría General de la República como jerarca impropio, en lo que se conoce como recurso de apelación.

A partir de los artículos 81 y 84 de la Ley de Contratación Administrativa se desprende la jerarquía impropia que ostenta la Contraloría General de la República en relación con el conocimiento de los recursos en materia de contratación administrativa, en los supuestos que se han descrito.

La jerarquía conferida a la Contraloría General de la República se configura como una jerarquía impropia monofásica⁹, ya que si bien se trata de un órgano constitucional auxiliar de la Asamblea Legislativa y fiscalizador de la Hacienda Pública que no guarda relación

⁶ Artículo 81.—Plazo y órganos competentes. Contra el cartel de la licitación pública y de la licitación abreviada, podrá interponerse recurso de objeción, dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas. / El recurso se interpondrá ante la Contraloría General de la República, en los casos de licitación pública, y en los demás casos, ante la administración contratante. (Así reformado mediante el artículo 1° de la Ley n.° 8511 del 16 de mayo del 2006).

⁷ Artículo 84.—Cobertura del recurso y órgano competente. En contra del acto de adjudicación podrá interponerse el recurso de apelación, en los siguientes casos: (...) / El recurso deberá ser presentado ante la Contraloría General de la República, dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación del acto de adjudicación en los casos de licitación pública. Cuando se trate de licitaciones abreviadas o de concursos promovidos de conformidad con el segundo párrafo del artículo 1 de esta Ley, el recurso deberá presentarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación del acto de adjudicación. / Los montos de apelación citados en este artículo serán ajustados de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 27 de esta Ley. (Así reformado mediante el artículo 1° de la Ley n.° 8511 del 16 de mayo del 2006).

⁸ El artículo 164 del Reglamento a la Ley General de Contratación Administrativa establece taxativamente cuáles son los medios de impugnación en contra de los actos en los procedimientos de contratación administrativa, siendo éstos el recurso de objeción al cartel y los recursos de apelación o revocatoria en contra del acto de adjudicación y contra la declaratoria de infructuoso o desierto del concurso.

⁹ A través del oficio 01777 (DAGJ-0269-2008) del 29 de febrero del 2008, este órgano contralor señaló que: "... Existen dos tipos de jerarquía impropia: la monofásica y la bifásica. La primera se da cuando el contralor no jerárquico lo desempeña un órgano administrativo, este es el caso de la Contraloría General en materia de Contratación Administrativa, lo cual se encuentra expresamente establecido en una Ley, en este caso la N° 7494 de Contratación Administrativa. La segunda se produce cuando la revisión le corresponde a algún órgano jurisdiccional, el cual ejerce, en ese caso, una función materialmente administrativa, se dice que se presenta la jerarquía impropia bifásica..." (el subrayado no corresponde al original).

directa con sus sujetos pasivos¹⁰, forma parte de la Administración Pública y no se trata de un órgano jurisdiccional, razón por la cual no califica como una jerarquía impropia bifásica.

Sin detrimento de lo anterior, lo cierto es que a la jerarquía impropia que ostenta la Contraloría General se le ha brindado un tratamiento especial o distinto con respecto a otras jerarquías impropias que se entenderían como de su misma especie. Por lo tanto, se podría afirmar que se trata de una jerarquía impropia que en algunos sentidos responde a un género o especie singular o excepcional, no solo por ser atípica a los ordenamientos jurídicos de otras latitudes, sino por una serie de características que la asimilan en sentido abstracto a una jerarquía impropia bifásica.

Mediante la emisión del Código Procesal Contencioso Administrativo, que vino a reemplazar la otrora Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se materializó normativamente lo dispuesto en el Voto n.º 3669-06 de la Sala Constitucional, de las quince horas del quince de marzo de dos mil seis, mediante el cual se declaró la inconstitucionalidad del agotamiento obligatorio de la vía administrativa, por considerarse un privilegio injustificado de la Administración.

Como regla general de principio, contenida en el párrafo primero del artículo 31 de dicho Código, el agotamiento de la vía pasó a ser facultativo, salvo en dos casos puntuales que son: a) la materia municipal y b) la materia de contratación administrativa.

En el Voto n.º 3669-06, referido anteriormente, en cuanto al mantenimiento del agotamiento preceptivo de la vía, la Sala Constitucional manifestó lo siguiente:

VII.- Agotamiento Preceptivo Impuesto por el texto constitucional. El constituyente originario estableció varias hipótesis en que el agotamiento de la vía administrativa resulta preceptivo, al entender que el órgano o instancia que revisa o fiscaliza un acto administrativo determinado es una garantía de acierto, celeridad y economía para el administrado. En tales circunstancias, se encuentran los numerales 173 respecto de los acuerdos municipales, en cuanto el párrafo 2º, de ese numeral establece que si no es revocado o reformado el acuerdo objetado o recurrido, los antecedentes pasarán al Tribunal dependiente del Poder Judicial que indique la ley para que resuelva definitivamente y 184 en cuanto le reserva a la Contraloría General de la República la jerarquía impropia de los actos administrativos dictados en materia de contratación administrativa. En estos dos supuestos, al existir norma constitucional que le brinda cobertura al agotamiento preceptivo de la vía administrativa no puede estimarse que sea inconstitucional ese presupuesto obligatorio de admisibilidad de un proceso contencioso-administrativo... (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2006)

Mediante dicha resolución, el Tribunal Constitucional determinó que aun cuando el fundamento principal que daba sustento al agotamiento de la vía administrativa se cimienta sobre la potestad de autotutela de la que se beneficia la Administración Pública, que la

¹⁰ El artículo 4, inciso viii de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República define que se entiende por sujetos pasivos de la fiscalización que realiza el órgano contralor.

habilita para solucionar las disputas que surjan con los administrados sin la intervención de un tercero imparcial e independiente de su esfera jerárquica, este se configura como un privilegio injustificado que obliga a la administración a transitar por una larga escalera de instancias con tiempos prolongados de resolución y bajas probabilidades de acierto, para finalmente acceder a la vía jurisdiccional. A todas luces, esto se contrapone al derecho constitucional de una justicia pronta y cumplida.

Ahora bien, en el caso de estas dos excepciones, el agotamiento de vía preceptivo no se eliminó. Tal determinación se justifica en que al estar consagradas en la Constitución Política, artículo 173¹¹ para el caso de la materia municipal y 184, inciso 5)¹² en lo que se refiere a la materia de contratación administrativa, no podría declararse la inconstitucionalidad de dicho presupuesto obligatorio de admisibilidad en un proceso contencioso administrativo.

Para el caso de la materia de contratación, si bien se señala dentro de la resolución que declara inconstitucional el agotamiento de vía preceptivo, que la excepción aplicable a esta materia deriva de lo dispuesto en el artículo 184 constitucional, en ese numeral no se establece ninguna referencia directa a la jerarquía impropia sobre los actos dictados en la materia de contratación. Se entiende que la protección constitucional es indirecta, en virtud del inciso cinco, donde de forma residual se les brinda una protección genérica a las demás atribuciones asignadas por ley al órgano contralor, dentro de las que se encuentra la referida jerarquía impropia en materia de contratación administrativa¹³.

De esta manera, en materia de contratación administrativa, los mecanismos de control adquieren especial relevancia, pues se espera que la cuantiosa cantidad de recursos inmersos en los procedimientos de contratación se dirijan hacia la efectiva satisfacción del interés público. En esta materia, los mecanismos de control desempeñan un papel preponderante, no solo frente al principio de eficiencia, sino también porque exigen un alto grado de agilidad y transparencia, como garantes de cumplimiento de los procedimientos elegidos como mecanismos idóneos para que los recursos disponibles sean invertidos de la mejor forma¹⁴.

¹¹ Artículo 173.- Los acuerdos Municipales podrán ser: / 1) Objetados por el funcionario que indique la ley, en forma de veto razonado; / 2) Recurridos por cualquier interesado. / En ambos casos si la Municipalidad no revoca o reforma el acuerdo objetado o recurrido, los antecedentes pasarán al Tribunal dependiente del Poder Judicial que indique la ley para que resuelva definitivamente.

¹² Artículo 184.- Son deberes y atribuciones de la Contraloría: / (...) 5) Las demás que esta Constitución o las leyes le asignen.

¹³ Sobre el particular se ha expuesto que: "Tanto el Voto de la Sala Constitucional No. 3669-06 como el nuevo CPCA mantienen vigente el agotamiento preceptivo en este sector, por lo dispuesto, en los ordinales 182 de la Constitución Política –contratación administrativa- y 184, inciso 5° -cláusula residual que le confiere al órgano contralor las demás atribuciones que la ley le asigne, dentro de las que figura la jerarquía impropia en materia de contratación administrativa-. Así el agotamiento será preceptivo, ante la Contraloría General de la República, en materia de objeción al cartel (v. gr. En el caso de la licitación pública o por registro, artículo 81 Ley de Contratación Administrativa) y de impugnación del acto de adjudicación –de acuerdo al monto-. No existe duda para las hipótesis en que debe intervenir ese órgano de fiscalización de relevancia constitucional. La cuestión puede haber para los supuestos en que es la propia administración pública la que debe conocer los recursos, puesto que, en estos supuestos no entra en juego la garantía de acierto y de objetividad del ente contralor. Sin embargo, sí deben considerarse, especialmente, la celeridad y agilidad que debe mediar en los procedimientos de contratación.

¹⁴ Con referencia a este tema, doctrinariamente se ha expuesto lo siguiente: "... la existencia de efectivas y eficaces técnicas de control (recursos jurídico-públicos), se muestra como la solución más conveniente a fin de combatir la corrupción. Una legislación, por muy precisa y acertada en su regulación, no será del todo completa si no presenta un adecuado sistema de garantías que permitan revisar de forma rápida y eficaz la aparición de posibles actuaciones «patológicas»..." (Gimeno, 1995, p. 146).

Sobre el particular, en referencia al establecimiento de regímenes recursivos administrativos especiales, ágiles y eficaces¹⁵, en materia de contratación se ha señalado que:

Conviene insistir en la necesidad de articular mecanismos de recursos prejudiciales, específicos, atendiendo al interés público en juego-la prestación adecuada que se demanda de la forma más eficaz y eficiente-que aporten credibilidad jurídica al sistema e impongan el adecuado marco de seguridad jurídica en el que los distintos operadores desplegarán su actividad... (Gimeno,2010)¹⁶

Entre los beneficios que se destacan en un régimen especial de impugnación como el que se presenta en nuestro ordenamiento jurídico, para efectos de la materia de contratación pública, se encuentra el de permitir a los administrados contar con mecanismos más sencillos, rápidos, informales y económicos, que cumplan a su vez con el deber de ser conocidos por parte de un órgano con carácter independiente frente a los órganos administrativos (Gimeno, 1995).

V. Características de la jerarquía impropia ejercida por la Contraloría General de la República en materia de contratación administrativa

Se destaca una serie de elementos o factores comunes fácilmente identificables en materia de compras públicas y su control. Tales elementos responden a un propósito dual: la garantía de satisfacción del interés público a través del adecuado manejo de los fondos públicos y la garantía de escogencia de la oferta idónea y del respeto a los derechos de los oferentes.

Como parte de esas características identificables en el control ejercido por parte de la Contraloría General de la República en la materia de contratación administrativa, se pueden señalar las siguientes:

- a. Externo e imparcial: se trata de un régimen recursivo de carácter externo, ya que los recursos son conocidos por un órgano objetivo e imparcial.
- b. Preventivo y correctivo: presentan un carácter preventivo y correctivo, al ser un control previo con garantía de saneamiento.

¹⁵ Al definir lo que se entiende por “mecanismo rápido y eficaz” en la misma línea argumentativa el autor Gimeno señala lo siguiente: “... En definitiva, se entiende que un recurso rápido y eficaz es aquel que se resuelve por órgano independiente, en un plazo breve (de días y en cómputo de días naturales) que impide el perfeccionamiento del contrato hasta su resolución expresa y que puede acordar medidas cautelares que garanticen la efectividad material de la resolución...”.

¹⁶ En cuanto a este tema, en referencia a la pertinencia de la aplicación de un recurso administrativo y valor agregado que éste es susceptible de generar, Gimeno agrega lo siguiente: “... Con todo, a pesar de las deficiencias prácticas que el sistema pudiera ofrecer, lo cierto es que la existencia del recurso administrativo, en buen número de ocasiones, puede ser un instrumento eficaz -tanto por su sencillez como por su mínimo coste económico- a fin de satisfacer a los legítimos intereses de los ciudadanos que se han visto incorrectamente afectados por una resolución de la Administración y que permite dar pleno sentido al derecho de defensa de los ciudadanos en la medida en que pueda servir de autocontrol administrativo de tipo jerárquico y evitar el proceso judicial, generalmente lento y costoso, contribuyendo, a su vez a descargar de asuntos a la Jurisdicción...”.

- c. Prejudicial: el recurso se configura como un requisito previo para acceder a la vía judicial.
- d. Oportuno: se resuelve antes de la ejecución contractual.
- e. Eficiente y efectivo: existen cortos plazos para resolver.
- f. Especial: en razón de la materia y la especialización de quienes lo conocen y resuelven las impugnaciones.
- g. Brinda seguridad jurídica a los procedimientos de contratación.

VI. Conclusión

En síntesis, las características de la jerarquía impropia que ostenta el órgano contralor en materia de contratación administrativa la convierten en una herramienta útil dentro del aparato estatal, para procurar la celeridad, agilidad y legalidad de los procedimientos de contratación administrativa y la atención oportuna de las pretensiones de los administrados en relación con esta materia.

VII. Bibliografía

Libros

Gimeno Feliu, J. (1995). Controles de la Contratación Pública. España: Civitas S.A.

Gimeno Feliu, J. (2010). Observatorio de Contratos Públicos. España: Aranzadi S.A.

Gimeno Feliu, J. (s.f.). Instituto Nacional de la Administración Pública. Obtenido de [http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=viewFile&path\[\]=9575&path\[\]=9565](http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=viewFile&path[]=9575&path[]=9565)

Jinesta Lobo, E. (170). El Agotamiento de la vía administrativa y los recursos administrativos. IVSTITIA, 2011.

Roque Citadini, A. (1999). El Control Externo de la Administración Pública. Venezuela: Contraloría General de Venezuela.

Resoluciones Administrativas

Contraloría General de la República, División de Asesoría y Gestión Jurídica. (29 de febrero de 2008). DAGJ-0269-2008. Costa Rica.

Contraloría General de la República, División de Asesoría y Gestión Jurídica. (29 de Febrero de 2008). Oficio 01777. Costa Rica.

Resoluciones Judiciales

Procuraduría General de la República. (6 de Agosto de 1999). Dictamen C-159-99. Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema. (1 de junio de 2005). Resolución n.º 6866. Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (15 de marzo de 2006). Resolución n.º 3669-06. Costa Rica.

Leyes y Reglamentos

Ley n.º 6727. (1979). Ley General del Administración Pública. Costa Rica: La Gaceta.

La tutela objetiva del patrimonio natural del Estado como componente de la Hacienda Pública ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y Civil de Hacienda

Sumario

I. Introducción. II. Relevancia constitucional del Patrimonio Natural del Estado. III. Resultados de cinco procesos judiciales tramitados en la sede contenciosa administrativa y civil de Hacienda para la recuperación del patrimonio natural del Estado. IV. Responsabilidad principal de la administración activa y su legitimación para accionar. V. Conclusiones.

Johanna Rodríguez Monestel
Paula Serra Brenes¹

¹ Licenciadas en Derecho. Funcionarias de la Contraloría General de la República de Costa Rica. paula.serra@cgr.go.cr, Johanna.rodriguez@cgr.go.cr

I. Introducción

El concepto de Hacienda Pública contemplado en la legislación costarricense se dirige a abarcar todos los bienes, tangibles e intangibles, que forman parte del haber del Estado en sentido amplio. El objetivo de entender con claridad tal concepto radica en asegurar su adecuada protección y tutela, en razón de que no podemos perder de vista de que se trata ni más ni menos del patrimonio de la Nación, que todos sus ciudadanos han contribuido a conformar de una manera u otra (impuestos, timbres, etc.) y, que a su vez, se dirige a hacer posible el cumplimiento de los variados fines que como país han sido plasmados en la Constitución y las leyes.

La definición contemplada en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (en adelante LOCGR) abarca como Hacienda Pública:

... los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos...". Y define como fondos públicos aquellos "... recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos. (Artículo 9)

Ahora bien, resulta innegable que el patrimonio natural del Estado (PNE) no solo forma parte de la Hacienda Pública, sino que constituye uno de sus componentes de especial valor para nuestro ordenamiento, en el tanto su tutela se encuentra reforzada desde el artículo 121, inciso 14), de la Constitución Política, al calificarse como bien propio de la Nación.

Como se deriva de la misma Constitución y según lo ha emitido la jurisprudencia que la Sala Constitucional ha emitido, el país se ha decantado por asegurar a sus ciudadanos un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a través de su ordenamiento jurídico nacional e internacional. Para ello se han adoptado una serie de normas dirigidas a asegurar la tutela de los diferentes elementos requeridos, entre ellos el PNE.

En este sentido, nos interesa destacar los resultados de la fiscalización ejercida por la Contraloría General de la República (Contraloría General o CGR) a través del instituto de la legitimación activa que más ampliamente le otorga el Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA) (Navarro Moya, Rubí Fallas, & González Hidalgo, 2013), a través de la interposición de procesos judiciales ante la sede contenciosa administrativa y civil de Hacienda, con el objeto de recuperar bienes inmuebles que, aun cuando contaban con todas las condiciones que los caracterizaban como PNE, fueron traspasados a particulares. El objetivo es motivar a las administraciones activas responsables de la gestión del patrimonio público para el efectivo ejercicio de los controles previstos en la legislación y normativa técnica.

El control ejercido por la CGR es de naturaleza externa, en el ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, por lo que no se puede perder de vista que la fiscalización que hasta la fecha ha desarrollado el órgano contralor no excluye, ni sustituye, la primordial

responsabilidad de las administraciones activas encargadas de ejercer ese control básico sobre la legalidad y eficiencia con que administran los recursos que les fueron confiados.

II. Relevancia constitucional del Patrimonio Natural del Estado

La Constitución Política reconoce el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, inclusive anterior a la reforma al artículo 50 de la Constitución Política, dispuesta por Ley 7412 del 3 de junio de 1994. Desde el texto constitucional de 1949, la voluntad del constituyente fue clara al establecer en el artículo 89 que “entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico”. Esto se complementa con el artículo 21, en el sentido de que en nuestro país “la vida humana es inviolable”.

De la intención del constituyente, se extrae la necesidad de preservar el medio ambiente, por convertirse en una necesidad vital de todo ser humano, pues constituye un presupuesto esencial para hacer efectivos otros derechos fundamentales, como: la vida, la salud y el desarrollo.²

En la propia Constitución Política, se encuentran normas orientadas a la protección y conservación de los recursos naturales específicamente en el artículo 6: “a fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo y el subsuelo de esas zonas...”. En consecuencia, el Estado es el obligado a proteger y conservar esas zonas de donde la protección y conservación de los recursos naturales y el ambiente adquieren un tratamiento especial. En igual sentido, el numeral 50 de la Constitución establece la obligación del Estado de procurar el bienestar de todos sus habitantes, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. También debe entenderse que esta riqueza se refiere a los recursos naturales y el ambiente como base de la riqueza esencial y primordial para lograr cualquier tipo de desarrollo sostenible.

Además, el ordinal 89 señala que entre los fines culturales del Estado, con incidencia en el ambiente y los recursos naturales, se encuentra la protección de las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación.

Por su parte, el artículo 121, inciso 14, y el 140, inciso 19, marcan pautas a la Asamblea Legislativa y al Poder Ejecutivo, en relación con bienes y recursos del dominio público, ligados también a la dinámica del interés público que representan esos bienes. De esta manera, el Estado, en sentido amplio, está obligado a tomar las provisiones necesarias tendientes a la protección del medio ambiente.

² Véanse en ese sentido, entre muchas otras, las sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: 1993-03705 de las quince horas del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres; 1993-06240 de las catorce horas del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y tres; 1993-04423 de las doce horas del siete de diciembre de mil novecientos noventa y tres; 1994-02485 de las nueve horas dieciocho minutos del veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.

Los bienes demaniales tienen una naturaleza y régimen jurídico que por expresa voluntad del constituyente o el legislador se encuentran afectos a un destino especial de servir a la comunidad, sea al interés público. Por ello no pueden ser objeto de propiedad privada, de modo que están fuera del comercio de los hombres, según los términos del artículo 262 del Código Civil, es decir, no pueden pertenecer individualmente a los particulares, ni al Estado en sentido estricto, pues se limita a su administración y tutela³.

En consecuencia, la naturaleza demanial obliga a una particular protección y administración de esos bienes conforme al régimen especial que los vincula. Al respecto, la Ley Forestal 7575 del 13 de febrero de 1996, publicada en Alcance a La Gaceta n.º 72 de 16 de abril de 1996, dispone que el patrimonio natural del Estado estará constituido por los bosques y terrenos forestales de las reservas nacionales, de las áreas declaradas inalienables, de las fincas inscritas a su nombre y de las pertenecientes a municipalidades, instituciones autónomas y demás organismos de la Administración Pública, excepto inmuebles que garanticen operaciones crediticias con el sistema bancario nacional e ingresen a formar parte de su patrimonio.

La condición demanial de estas áreas, tienen sustento en el artículo 14⁴ de la citada Ley Forestal, en lo que indica:

Artículo 14.- Condición inembargable e inalienable del patrimonio natural. Los terrenos forestales y bosques que constituyen el patrimonio natural del Estado, detallados en el artículo anterior, serán inembargables e inalienables; su posesión por los particulares no causará derecho alguno a su favor y la acción reivindicatoria del Estado por estos terrenos es imprescriptible. En consecuencia, no pueden inscribirse en el Registro Público mediante información posesoria y tanto la invasión como la ocupación de ellos será sancionada conforme a lo dispuesto en esta ley.

Por esa misma razón, se conceptúa el patrimonio natural del Estado como parte integrante de la Hacienda Pública, definida por los numerales 8 y 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General. Es claro que, entre otros, los bienes y derechos propiedad del Estado (como son los del demanio público, que incluye el patrimonio natural del Estado) forman parte de la Hacienda Pública con el concepto de fondos públicos.

Además, el artículo 15 de la misma Ley 7575 contiene una disposición de carácter prohibitivo, la cual expresamente señala un impedimento aplicable a todos los órganos y entes de la Administración Pública, quienes de conformidad con esta norma: "... no podrán permutar, ceder, enajenar, de ninguna manera, entregar ni dar en arrendamiento, terrenos rurales de su propiedad o bajo su administración, sin que antes hayan sido clasificados por el Ministerio del Ambiente y Energía...".

³ En este mismo sentido, se pueden consultar las sentencias de la Sala Constitucional números 2306-1991, 2988-1999 y 2063-2007.

⁴ De igual manera, dicha condición demanial fue consignada en la anterior Ley Forestal, n.º 4465 del 25 de noviembre de 1969, artículos 32, 33 y 34.

La definición de dichas áreas es parte de las competencias específicas del Ministerio de Ambiente y Energía (actualmente por medio del Sistema Nacional de Áreas de Conservación), a quien corresponde delimitar, en el terreno, los linderos de las áreas que conforman el patrimonio natural del Estado, de acuerdo con el artículo 16 de la misma Ley Forestal⁵.

III. Resultados de cinco procesos judiciales tramitados en la jurisdicción contenciosa administrativa y civil de Hacienda para la recuperación del patrimonio natural del Estado

Aspectos claves de las sentencias estimatorias dictadas por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda

A partir de diversos estudios de auditoría efectuados por la CGR sobre las funciones desempeñadas por el Instituto de Desarrollo Agrario (en adelante el IDA, hoy INDER)⁶, se determinó que varios inmuebles de su propiedad con características de PNE habían sido traspasados a sus poseedores al amparo del Reglamento para la Titulación de Tierras en Reservas Naturales, aprobado por acuerdo de la Junta Directiva del entonces IDA, en sesión 055-02 del 12 de agosto del 2002 y publicado en La Gaceta n.º 173 del 10 de setiembre del 2002. Este reglamento posteriormente fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional, mediante la sentencia número 02063-2007 de las 14:40 horas del 14 de febrero del 2007.

Así pues, ante las irregularidades detectadas y a partir de una más amplia legitimación otorgada por el Código Procesal Contencioso Administrativo, la CGR se dispuso gestionar las acciones judiciales respectivas para intentar la recuperación del patrimonio natural del Estado que, en su criterio, habría sido trasladado a manos privadas de manera ilegítima. El fin fue obtener antecedentes judiciales en dicha sede, que abonaran tanto a la toma de decisiones como a las actividades de control y que las diversas administraciones activas tienen a su cargo en la tutela del patrimonio natural del Estado como parte de la Hacienda Pública.

Al respecto, se presentan los aspectos más relevantes contenidos en las sentencias estimatorias derivadas de los procesos judiciales incoados por la Contraloría General, en relación con cinco titulaciones efectuadas por el IDA, en favor de poseedores de inmuebles propiedad de dicha institución. Estas sentencias emitidas por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda declararon la nulidad absoluta de las titulaciones efectuadas por aquel instituto y a la fecha se encuentran firmes⁷. Los cinco fallos estudiados coinciden en los motivos principales que generaron la nulidad de las titulaciones impugnadas.

⁵ Puede verse en este sentido la resolución n.º 2008-016975 de las 14:53 horas del 12 de noviembre de 2008, Sala Constitucional.

⁶ Ver entre otros, el Informe de Fiscalización No. DFOE-ED-7-2007, denominado "Informe sobre el cumplimiento y vigencia de las funciones asignadas al Instituto de Desarrollo Agrario" (Contraloría General de la República).

⁷ Sentencia n.º 1842-2009 de las 07:30 horas del 31 de agosto de 2009, confirmada por Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No.001088-F-S1-2011 de las 08:55 horas del 08 de agosto de 2011; Sentencia n.º 0038-2010 de las 14:45 horas del 11 de enero de 2010, confirmada por Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No.001070-F-S1-2010 de las 09:40 horas del 03 de setiembre de 2010; Sentencia No. 2166-2010 de las 10:16 horas del 07 de junio de 2010, confirmada por Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No.000252-F-S1-2011 de las 09:15 del 10 de marzo de 2011; Sentencia n.º 3609-2010 de las 16:00 horas del 23 de setiembre de 2010, confirmada por Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema

En primer lugar, debe destacarse que el principal motivo de nulidad verificado por los juzgadores fue la determinación de la efectiva presencia de bosque, antes, durante y después de las titulaciones efectuadas sobre los inmuebles en cuestión, independientemente de que tales terrenos no se encontraran ubicados en áreas silvestres protegidas, de conformidad con la definición de PNE.

De este modo, el análisis efectuado por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda en los cinco casos se centró en la acreditación de la efectiva existencia de bosque, que se derivó de los variados elementos de prueba allegados al proceso. Estos consistieron básicamente en los dictámenes o informes técnicos emitidos durante la tramitación de las titulaciones impugnadas, así como durante el litigio, específicamente por parte del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC), el Instituto Geográfico Nacional (IGN) y el Instituto Nacional de Innovación y Transferencia en Tecnología Agropecuaria (INTA). El análisis también incluyó lo observado por los mismos jueces al realizar las inspecciones judiciales en los terrenos en cuestión y las propias afirmaciones de los poseedores respecto de las características del inmueble, que constaban además en los planos catastrados aportados por aquéllos para la titulación respectiva.

Estimaron los juzgadores que con los elementos con que contaba el IDA a la fecha de las titulaciones debió generarse al menos la duda sobre la existencia de bosque y, consecuentemente, patrimonio natural del Estado, de modo que lo procedente habría sido aplicar los principios precautorio e in dubio pro natura, principios básicos del derecho ambiental.

De este modo, con la sola acreditación de la existencia de bosque, el Tribunal concluyó que había motivo suficiente para anular las conductas administrativas cuestionadas, en virtud de que se trataba, sin ninguna duda, de bienes de dominio público: inembargables, imprescriptibles e inalienables, sobre los que no resultaba viable reconocer derechos de posesión, pues aunque nuestro ordenamiento jurídico contempla supuestos en donde cabe el reconocimiento de derechos reales administrativos en tal categoría de bienes, no sucede lo mismo respecto de derechos reales de índole privada.

Por otra parte y en lo que interesa, otro motivo de nulidad que fue también destacado por los jueces administrativos en los cinco casos estudiados, como incumplimiento de un requisito sustancial de validez de las conductas administrativas impugnadas, fue la ausencia del certificado de uso conforme del suelo durante la tramitación de aquellas titulaciones, estudio requerido por el artículo 27 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos, previo a la adquisición de terrenos con fines de titulación⁸. Este requerimiento legal es complementado por los numerales 58 a 63 del Reglamento a dicha Ley (Decreto Ejecutivo n.º 29375-MAG-

de Justicia n.º000853-F-S1-2011 de las 10:15 horas del 21 de julio de 2011; y la Sentencia n.º175-2011-VI de las 11:20 horas del 18 de agosto de 2011, confirmada por Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia n.º001675-F-S1-2012 de las 08:55 horas del 13 de diciembre de 2012.

⁸ El artículo 27 de la Ley 7779, del 30 de abril de 1998, Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos, dispone: "Será obligatorio para el Instituto de Desarrollo Agrario disponer de estudios de capacidad de uso de la tierra, antes de adquirir terrenos para fines de titulación. Toda adjudicación de terrenos deberá tener como limitación que el uso del terreno adjudicado no pueda ir en contra de su capacidad de uso. El incumplimiento de esta disposición acarreará la revocatoria de la adjudicación, aparte de otras penas con que se pueda castigar por los delitos que le sean imputables."

MINAE-S-HACIENDA-MOPT), de donde se destaca la necesidad de que los terrenos por titular por parte del IDA (hoy INDER) clasifiquen para fines agrarios.

Ante el argumento del entonces IDA, de que tal requisito opera únicamente para la titulación de terrenos que hayan sido adquiridos por esa institución con recursos propios para la formación de asentamientos campesinos y que los inmuebles en discusión formaban parte del traspaso de miles de hectáreas en todo el territorio nacional, mediante Decreto Ejecutivo, los juzgadores estimaron que la norma no establecía ninguna distinción para el requerimiento del estudio de suelos y se limitaba a establecer que era necesario antes de "... adquirir terrenos para fines de titulación".

Igualmente, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda desestimó el otro argumento del IDA, en el sentido de que para la fecha en que fueron realizadas las titulaciones cuestionadas, ni el Ministerio de Agricultura y Ganadería ni el INTA –entidades a las que, en principio, correspondía realizar los estudios de uso de suelo– contaban aún con los recursos humanos y técnicos para la elaboración de tales estudios. Los juzgadores consideraron que no resultaba procedente responsabilizar a otra entidad por el incumplimiento de un requisito exigido propiamente al IDA y que, en caso de no contarse con los recursos para esos efectos, no se debió realizar entonces ninguna titulación sin contar con aquella información. De conformidad con el artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública, la atención y ejecución de las potestades públicas es irrenunciable, intransmisible e imprescriptible.

Asimismo y estrechamente ligado con lo comentado en el punto anterior, quedó también debidamente acreditado para el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda que esos terrenos titulados por el IDA estaban en buena parte cubiertos de bosque o bosque en regeneración coexistían en algunos casos zonas de potrero y su fertilidad y capacidad de carga de ganado estaban caracterizadas como bajas, lo que adicionalmente no las hacía aptas para explotación agrícola. De hecho, las actividades agrarias o agropecuarias desarrolladas en esos terrenos eran muy escasas.

En ese orden, tampoco resultaron de recibo los alegatos de los poseedores que fueron beneficiados con las titulaciones impugnadas, pues no solo estuvieron poseyendo bienes dominicales, sino que además fue muy reducido el ejercicio de actividades agrícolas o agropecuarias en la mayoría de tales bienes.

Por último, el otro elemento que los juzgadores tomaron en consideración como motivo de nulidad fue la ausencia de normativa que sustentara las titulaciones impugnadas, pues, por un lado, tales titulaciones se basaron en el Reglamento para la Titulación de Tierras en Reservas Naturales, aprobado por acuerdo de la Junta Directiva del entonces IDA, en sesión 055-02 del 12 de agosto del 2002, que fue declarado inconstitucional mediante el voto número 02063-07, de las 14:40 horas del 14 de febrero del 2007. En dicho reglamento, la Sala Constitucional ordenó la recuperación de aquellos inmuebles que hubiesen sido objeto de titulación, a pesar de su condición demanial. Por ello aquellas conductas administrativas fundadas en normativa anulada por el Tribunal Constitucional, resultaron a su vez nulas por conexidad.

Por otra parte, los juzgadores estimaron que, al haber sido derogados los decretos ejecutivos mediante los cuales el Poder Ejecutivo trasladó gratuitamente al IDA los terrenos para crear los diversos programas de titulación donde estaban ubicados los bienes calificados como PNE en estos procesos –que entenderíamos como las fincas madre– se generó nuevamente una nulidad por conexidad sobre tales titulaciones, debido a la ausencia de normativa que la sustentara.

No podemos finalizar este apartado sin dejar de mencionar como aspecto medular en los cinco casos comentados que las medidas cautelares adoptadas en resguardo del patrimonio natural del Estado desempeñaron un rol fundamental, de modo que mientras se definía judicialmente la efectiva existencia de dicho patrimonio, se acogieron previsiones por parte del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda dirigidas a evitar eventuales acciones que irían en detrimento de una adecuada tutela de aquellos bienes dominicales⁹.

Aspectos claves de las sentencias confirmatorias dictadas por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, al resolver los recursos de casación presentados contra las sentencias estimatorias emitidas por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, abordó en primer término el análisis del concepto y existencia del patrimonio natural del Estado, al considerarlo como eje central de las cinco demandas. Para ello partió del hecho comprobado de que los terrenos en discusión habían sido efectivamente propiedad, primero del Estado, y posteriormente del IDA (hoy INDER). Para acreditar la presencia de patrimonio natural en un determinado bien, estimó que más allá de la titularidad registral actual en favor de un particular resultaba fundamental la indagación sobre la efectiva titularidad del Estado y sus instituciones, así como sobre la presencia de bosque. Ambos aspectos habían quedado demostrados en los casos sometidos a su conocimiento.

La Sala Primera también analizó el reclamo de los recurrentes, en torno de una errónea valoración de la prueba por parte del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, que estimaron disconforme con la sana crítica racional. Alegaban que los inmuebles en cuestión se encontraban fuera de áreas silvestres protegidas. Sin embargo, la Sala consideró que no se establecía en los recursos de casación presentados ninguna discusión respecto de la argumentación jurídica vertida en la sentencia del Tribunal, el cual actuó apegado a Derecho, tanto en el análisis de la nulidad generada en las titulaciones con ocasión de la inconstitucionalidad del Reglamento de Titulación de Tierras en Reservas Nacionales, como en la valoración de la prueba, de la que se derivó con claridad la existencia de una amplia cobertura de bosque en los terrenos estudiados.

A lo anterior, la Sala de Casación agregó que el Decreto Ejecutivo n.º 3667-G, del 17 de abril de 1974 (mediante el cual el Poder Ejecutivo dispuso trasladar terrenos para titulación en favor del entonces ITCO, posteriormente IDA y de los cuales surgieron las parcelas en discusión) establecía a su vez claras condiciones para tales traspasos, en las que resultaban

⁹ Entre otras medidas cautelares, se le ordenó a los poseedores abstenerse de realizar quemas o talas del bosque, introducir animales que perjudiquen el bosque, hacer edificaciones, encausar o alterar cauces de ríos o quebradas, y se solicitó a los juzgadores presentar el informe correspondiente a tales medidas en la oficina respectiva del SINAC.

viales solo en la medida en que los terrenos no estuviesen comprendidos en las excepciones que establecían ciertas leyes, o bien, que se tratara de bienes "...que por otras causas legales no pueden ser traspasados...". De este modo, si el inmueble está cubierto de bosque y pertenece al Estado o sus instituciones, constituye patrimonio natural del Estado, aspecto que impedía su traspaso al IDA y de este a particulares.

Finalmente, comentó aquel alto Tribunal que al tratarse de bienes inalienables, la posesión por parte de particulares no genera ningún derecho y la acción reivindicatoria del Estado resulta imprescriptible.

IV. Responsabilidad principal de la Administración Activa y su legitimación para accionar

Tal y como ha quedado establecido en la Ley General de Control Interno, Ley 8292 del 31 de julio del 2002, corresponde a las administraciones activas la fundamental función de control interno, la cual quedó claramente regulada en aquella ley, de modo que en el nivel legislativo quedara plasmada la responsabilidad –inherente a todo administrador público– de establecer y desarrollar un sistema de control interno adecuado a las necesidades y fines de su administración. Esta labor se asignó directamente al superior jerarca y titulares subordinados (artículo 10), cuya tarea asimismo se complementa con la figura del auditor interno para fortalecer aquel sistema con su "... actividad independiente, objetiva y asesora, que proporciona seguridad al ente u órgano, puesto que se crea para validar y mejorar sus operaciones..." (véase el artículo 21 de la misma Ley).

En ese orden de ideas, de la misma Ley General de Control Interno señala en qué consiste dicho sistema de control y cuál es su finalidad. Se entiende como tal:

... la serie de acciones ejecutadas por la administración activa, diseñadas para proporcionar seguridad en la consecución de los siguientes objetivos: a) Proteger y conservar el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal. b) Exigir confiabilidad y oportunidad de la información. c) Garantizar eficiencia y eficacia de las operaciones. d) Cumplir con el ordenamiento jurídico y técnico. (artículo 8)

Nos interesa comentar esta normativa, pues, aunque es de naturaleza general, constituye el punto de partida para destacar que la actividad de la Administración Pública en la consecución de sus fines abarca controles diseñados para el ámbito en que esta opere, los cuales no atienden al ejercicio del control por el control mismo, sino que están dirigidos a verificar el cumplimiento de ese fin público definido por el ordenamiento jurídico, cuya ejecución se atribuye a una determinada entidad u órgano.

En relación con la tutela del patrimonio natural del Estado, para la Contraloría General es claro que, además de los controles básicos que garantizan su protección como parte de la Hacienda Pública también es fundamental la aplicación de aquellos controles dirigidos a garantizar el cumplimiento de uno de sus cometidos esenciales, a saber: contribuir con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

En efecto, otro aspecto clave en las resoluciones judiciales comentadas en el aparte anterior se encuentra directamente relacionado con una serie de controles que debieron aplicar las autoridades administrativas, contemplados en la normativa ambiental¹⁰.

No pretendemos en este limitado espacio aludir a todos los controles que existen en nuestra legislación administrativa y ambiental, dirigidos a garantizar el adecuado y legítimo uso de bienes dominicales destinados a la tutela de un ambiente sano. Nuestro objetivo es destacar que dentro de la legislación ya emitida y vigente se encuentran una serie de herramientas de control, cuya finalidad es precisamente prevenir situaciones como las sentencias estudiadas, en donde bienes pertenecientes al patrimonio natural del Estado fueron traspasados a particulares a pesar de su condición demanial. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1999)

En ese sentido, para nuestros efectos, este breve análisis de las medidas citadas por la autoridad judicial en el texto de la Sentencia n.º 0063-2009 de las 16:00 horas del 19 de enero de 2009 emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda sirvió de fundamento para resolver los cinco casos estudiados. En primer término, el Tribunal califica como imprescriptibles las acciones reivindicatorias del patrimonio natural del Estado. Estimamos que esta acción está estrechamente ligada con las previsiones que a renglón seguido mencionan los juzgadores.

Efectivamente, pareciera que solo conociendo cuáles terrenos propiedad del Estado (en sentido amplio) cuentan con cobertura boscosa, se encontrarían aquellos en posibilidad real de recuperar para sí los bienes que estuviesen no solo en posesión o propiedad de particulares, sino además destinados a usos incompatibles con su naturaleza. Para ello, las normas contenidas en la Ley Forestal plantean claramente tres herramientas de control:

... delimitar en el terreno, los linderos que conforman el Patrimonio Natural del Estado (artículo 16); 3) coordinar con el Registro Nacional, el establecimiento de un catastro forestal, cuyo objetivo será regular las áreas comprendidas dentro del PNE y las que se sometan voluntariamente al régimen forestal (artículo 17); 4) La Administración Pública no puede permutar, ceder, enajenar de ninguna manera, entregar o dar en arrendamiento, terrenos rurales de su propiedad o bajo su administración, sin que antes se hayan clasificado por el MINAET, por lo que, si estuvieran cubiertos de bosque, automáticamente quedarían incorporados al PNE. (Artículo 15)

¹⁰ Sobre el particular, cabe destacar lo indicado por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, en la resolución número 0063-2009 de las 16:00 horas del 19 de enero de 2009, y que constituye el antecedente jurisprudencial fundamental de todas las sentencias estudiadas: "Ahora bien como parte de los deberes que les competen al MINAET y al SINAC para la conservación y protección del Patrimonio Nacional (sic) del Estado están: 1) el ejercicio de la acción reivindicatoria del PNE, que es imprescriptible (artículo 14); 2) delimitar en el terreno, los linderos que conforman el Patrimonio Natural del Estado (artículo 16); 3) coordinar con el Registro Nacional, el establecimiento de un catastro forestal, cuyo objetivo será regular las áreas comprendidas dentro del PNE y las que se sometan voluntariamente al régimen forestal (artículo 17); 4) La Administración Pública no puede permutar, ceder, enajenar de ninguna manera, entregar o dar en arrendamiento, terrenos rurales de su propiedad o bajo su administración, sin que antes se hayan clasificado por el MINAET, por lo que, si estuvieran cubiertos de bosque, automáticamente quedarían incorporados al PNE (Artículo 15).

Es decir, solo en la referencia planteada, la legislación dispone que el patrimonio natural del Estado debe ser delimitado con sus respectivos linderos, catastrado oficialmente ante el Registro Nacional y clasificado por encontrarse compuesto de bosque. Evidentemente, corresponde a la administración respectiva diseñar y definir los medios que estime más oportunos para llevar a cabo tales medidas de control, de forma tal que como lo dispone en términos generales el ya citado artículo 8 de la Ley General de Control Interno, se obtenga a través de ese sistema de control:

a) Proteger y conservar el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal. b) Exigir confiabilidad y oportunidad de la información. c) Garantizar eficiencia y eficacia de las operaciones. d) Cumplir con el ordenamiento jurídico y técnico.

Como se puede apreciar, las disposiciones legales referidas por la autoridad judicial no establecen instrumentos de control por el control mismo. Es claro que todas esas herramientas están dirigidas a tutelar el adecuado y legítimo uso de bienes dominicales, pues en última instancia estos reciben tal condición por contar con las cualidades que les hacen aptos para contribuir a la existencia de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, uno de los fines últimos de la tutela de tales bienes, previsto desde la Constitución Política.

Lo anterior no significa –tal y como quedó ampliamente detallado en las sentencias en cuestión– que a pesar de la eventual ausencia o deficiencia de tal delimitación y linderos, catastro registral y clasificación de bienes en condición de patrimonio natural del Estado, toda administración pública, central y descentralizada se encuentra en la obligación de acatar no solo lo dispuesto en la legislación ambiental respecto de la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de dicho patrimonio, sino también lo establecido sobre la jurisprudencia constitucional referida al inicio de este artículo. Ambas fuentes son primordiales del ordenamiento jurídico que ha de informar toda conducta administrativa.

En ese sentido, téngase presente que corresponde a todo funcionario público apearse a la ley en sus decisiones administrativas, según lo disponen los artículos 11 de la Constitución y 11 de la Ley General de la Administración Pública, máxime en la administración de bienes que, como ya se ha reiterado, encuentran una tutela reforzada en el sistema jurídico en general.

De este modo, no solo se cuenta con los controles dirigidos a prevenir la pérdida de tan valioso patrimonio, algunos de ellos contemplados en normativa de orden legal, sino también con las herramientas para su recuperación.

En efecto, no podemos dejar de comentar, como medio último de control sobre el legítimo uso del patrimonio natural del Estado, el control jurisdiccional sobre las conductas administrativas que se estiman violatorias del ordenamiento jurídico. Este control puede ser accedido a través de la amplia legitimación prevista, tanto desde el interés difuso que a menudo caracteriza los asuntos de índole ambiental, como desde la legitimación con que cuenta el Estado –en sentido amplio– en su doble condición de titular y administrador de tales bienes.

Este control no resulta optativo en el caso de que los demás controles previstos fallen, sea en la legislación o en otros instrumentos dirigidos a prevenir la pérdida o uso ilegítimo de bienes dominicales, máxime ante la obligación expresamente prevista en el ordenamiento jurídico de ejercer las acciones reivindicatorias necesarias para su recuperación.

Sin embargo, es claro que el escenario ideal lo constituye aquel donde los controles inicialmente previstos han sido debidamente atendidos e incluso complementados por otros surgidos por la iniciativa propia de las administraciones activas encargadas, para que el remedio judicial sea la última ratio. Si bien de esa manera opera por fin la recuperación del patrimonio natural del Estado, los costos y repercusiones económicas y sociales pueden verse incrementados, tanto para el propio Estado como para los particulares afectados.

V. Conclusiones

El patrimonio natural del Estado forma parte de la Hacienda Pública y de los bienes que dentro de nuestro ordenamiento jurídico encuentran una tutela reforzada en razón de su condición demanial, dirigida al cumplimiento de esenciales fines constitucionales.

El Estado tiene una obligación constitucional y legal de garantizar, defender y preservar el derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y darles a todas las personas los instrumentos para defender este derecho fundamental.

Los bosques y terrenos forestales, en los términos que define la normativa forestal que hemos invocado, constituyen PNE y como tales están afectos al régimen de dominio público, por lo que resultan inalienables (se encuentran fuera del comercio de los hombres), inembargables y la acción para su recuperación –además de expedita– no está sujeta a términos de caducidad ni prescripción.

Existe una prohibición aplicable tanto a la sede administrativa como jurisdiccional, para reconocer o trasladar, por cualquier título o figura jurídica, la posesión o titularidad de esos terrenos a favor de particulares. Además, estos bienes gozan de una protección especial y adicional, como prohibir el cambio de uso de la tierra o suelo, cuyo objetivo es mantener su vocación natural, cual es eminentemente forestal.

La legislación contempla controles tanto dentro del Derecho Administrativo como dentro del Derecho Ambiental, para preservar al PNE de toda pérdida, despilfarro y uso indebido que pueda generarse en su perjuicio. Sin embargo, la deficiencia o ausencia de los controles requeridos por la normativa, aunadas a la falta de rigor de las autoridades administrativas en la aplicación de la abundante jurisprudencia constitucional sobre las características del PNE, ha facilitado que bienes del PNE hayan sido trasladados a particulares.

A pesar de que en los casos estudiados se pudo recuperar el PNE que había sido trasladado ilegítimamente a particulares, gracias a las herramientas procesales del CPCA, lo ideal es que se cumpla con los controles establecidos y aún más con controles de iniciativa de las propias administraciones, para prevenir la pérdida de dicho patrimonio y acudir al control jurisdiccional únicamente como última ratio.

VI. Bibliografía

Informes

Contraloría General de la República. (2007). Informe sobre el cumplimiento y vigencia de las funciones asignadas al Instituto de Desarrollo Agrario.

Revistas

Navarro Moya, F., Rubí Fallas, I., & González Hidalgo, J. (2013). La Legitimación Procesal de la Contraloría General de la República: Una herramienta para la tutela objetiva de la Hacienda Pública. *Revista de Derecho de la Hacienda Pública*, 72-89.

Resoluciones Judiciales

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (6 de noviembre de 1991). Resolución n.º 2306-1991. Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (15 de julio de 1993). Resolución n.º 1993-03705. Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (26 de noviembre de 1993). Resolución n.º 1993-06240. Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (7 de diciembre de 1993). Resolución n.º 1996-04423. Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (27 de Mayo de 1994). Resolución n.º 1994-02485. Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (23 de abril de 1999). Resolución n.º 2988-1999. Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (14 de febrero de 2007). Resolución n.º 2063-2007. Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (12 de noviembre de 2008). Resolución n.º 2008-016975. Costa Rica.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. (19 de enero de 2009). Resolución n.º 0063-2009. Costa Rica.

Leyes y Reglamentos

Ley n.º 7428. (1994). Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Costa Rica: La Gaceta.

Ley n.º 7575. (1996). Ley Forestal. Costa Rica: La Gaceta.

Ley n.º 8292. (2002). Ley General de Control Interno. Costa Rica: La Gaceta.



Estudios de
Colaboradores
Internacionales

Nuevas tendencias en la gestión de las compras públicas en la Unión Europea

Jose Maria Gimeno Feliu¹

¹ Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Autor de nueve monografías y de ochenta publicaciones en libros colectivos y revistas especializadas de la disciplina. Investigador principal de seis proyectos obtenidos en convocatoria competitiva y amplia actividad en contratos de transferencia. Integrante del Grupo de Investigación consolidado ADESTER. Director del Observatorio de Contratación Pública. Director y Profesor del Postgrado de especialización en Derecho Local de Aragón.

I. Introducción¹

El sector de los contratos públicos es, hoy en día, de máxima actualidad no sólo por novedades de índole jurídica, sino también por la incidencia que el mismo tiene en el diseño y efectividad de las políticas públicas de los Estados². La contratación pública es, sin duda, el principal teatro donde analizar y reflexionar la función y el efecto de la transparencia y de la igualdad de trato (y se su función de implementación de políticas públicas). Y ello por dos motivos principales. Primero, por que el impacto económico de los contratos públicos es de tal dimensión que afecta a la consecución del objetivo del mercado interior y desarrollo de la actividad económica transfronteriza. Los últimos estudios publicados por la Comisión Europea son elocuentes: en el año 2008, la compra de bienes, obras y servicios por parte del sector público se cifró en 2.155 billones de euros que equivalen a un 17,23% del Producto Interior Bruto (PIB) europeo y en el 2010 más del 19 por ciento³. Una adecuada y efectiva transparencia puede permitir tanto una gestión más eficiente de los fondos públicos -de especial interés en un contexto de reducción del déficit público y que se presenta como alternativa a políticas de recortes-, como de una gestión transparente compatible con el derecho a una buena administración (como indica la STJUE de 6 de marzo de 2003, Interporc). En este sentido, la transparencia garantiza el efecto útil de la igualdad, procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia (STJUE de 25 abril de 1996, Autobuses Valones).

En el ámbito de la contratación pública, la apertura a la competencia para conseguir una gestión más eficiente precisa ante todo la introducción de incentivos que impulsen a los compradores públicos y aquellos dotados de derechos especiales exclusivos a realizar adquisiciones aplicando procedimientos competitivos. Ello explica el fundamento de las Directivas comunitarias que pretenden un mercado competitivo y eficiente que respete el principio de igualdad de trato. En el conocido estudio Atkins de 1984, se resaltaba el triple efecto beneficioso que tendría la unificación y aplicación de la normativa relativa a la contratación pública:

- a. Un efecto estático consistente en la reducción del gasto público.
- b. Un efecto competitivo cifrado básicamente en la reducción de los precios lo que, obviamente, contribuirá a la satisfacción de otro de los fines principales del TFUE: la lucha contra la inflación.

¹ In memoriam del Maestro D. Eduardo García de Enterría, quien tanto nos enseñó y a quien tanto debemos en la construcción del Estado de Derecho y del Derecho Administrativo.

² Vid mi monografía *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma), Civitas, Madrid, 2006, pp. 16 a 18.

³ Son datos, respectivamente, extraídos del Documento de trabajo de la Comisión Europea *Measurement of Indicators for the economic impact of public procurement policy. Public procurement indicators 2008*, de 27 de abril de 2010 http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf y del Documento "Public Procurement Indicators 2009", Comisión Europea (DG Mercado Interior), 11 de noviembre de 2010, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf. Conviene advertir que la importancia de los contratos públicos por Estados miembros es muy variable: desde el 11.1% del PIB de Grecia, al 18.5% de España, 19.3% de Francia o 30.9% que significan en Holanda. En 2011, se ha medido en un impacto del 15.5 del PIB. *Public Procurement Indicators 2011*, de 5 de diciembre de 2012. El valor estimado de los contratos que no superan los umbrales de aplicación de las Directivas de contratos públicos se estima en 102 billones a nivel de la Unión Europea, aunque no hay datos disponibles de lo que suponen en España según el Documento de trabajo de la Comisión *Annual Public Procurement Implementation Review 2012 (SWD(2012) 342 final*, de 9 de octubre de 2012), p.15.

- c. Un efecto de reestructuración derivado de la aplicación de los principios de la economía de escala. Por ello, dada la importancia que tiene para la consecución de un auténtico mercado interior, debe favorecerse la apertura de la contratación pública (como manifestación del interés general para toda la Comunidad).

El impacto económico, desde una perspectiva de estabilidad presupuestaria, es evidente, y por sí mismo aconsejaría una revisión del modelo de transparencia con el fin de conseguir la mejor optimización de fondos públicos (evidente alternativa a la opción de ajustar otros capítulos presupuestarios sin testar un modelo más eficiente) preservando el mismo nivel de eficacia (o calidad) de la prestación que se contrata⁴.

Un segundo aspecto, directamente ligado con la integridad, en tanto la realidad nos presenta como en este escenario concurren numerosos casos de corrupción y de prácticas clientelares, de las que derivan evidentes ineficiencias económicas y, por supuesto, pérdida de legitimación democrática de las instituciones administrativas y políticas⁵. Este objetivo de transparencia forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio)⁶. Sin transparencia existe el riesgo de la corrupción, que es la más grave patología en un Estado de Derecho y que supone negar el derecho a una buena administración. Por el contrario, una gestión transparente de los contratos públicos, como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada.

La Directiva comunitaria 2004/18, de 31 de marzo, de contratos públicos (acompañada para los sectores especiales de la Directiva 2004/17) pretendía responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los

⁴ Vid. J.M GIMENO FELIU, "El principio de eficiencia", en libro col dirigido por J. Santamaría, Los principios jurídicos del Derecho Administrativo, La Ley, Madrid, 2010; M. VAQUER CABALLERIA, «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», Revista de Administración Pública, 186, 2011, pp. 91 y ss. En la búsqueda de la eficiencia debe tenderse a economías de escala (es decir, cuando el coste de elaboración o prestación de un determinado producto o servicio decrece a medida que se incrementa el número de unidades elaboradas o de servicios efectuados) o cuando se dan economías de densidad (es decir, cuando el coste de distribución de un determinado producto o servicio decrece a medida que se incrementa el número de potenciales perceptores o usuarios radicados en el área de reparto o prestación de dicho producto o servicio). sobre estas externalidades, el Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local, Madrid, 2005 (http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/publicaciones/centro_de_publicaciones_de_la_sgt/Monografias/parrafo/111111111111111118/text_es_files/Libro-Blanco-Gobierno-Local.pdf, consultado en noviembre de 2012).

⁵ Estudio de la OCDE "La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z" (INAP, Madrid, 2010), como el Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los Contratos Públicos, de 25 de junio de 2008- SEC(2008) 2193-). Vid. J.M. GIMENO FELIU, "La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública", REDA núm. 147, 2010, pp 517-535.

⁶ Por todos, J. PONCE, Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad, Lex Nova, Valladolid, 2001; B. TOMÁS MALLÉN, El derecho fundamental a una buena administración, INAP, Madrid, 2005; J. RODRIGUEZ ARANA, El Buen gobierno y la buena administración de las Instituciones Públicas, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, J.B. LORENZO DE MEMBIELA, "La buena administración como estrategia promotora de la excelencia gestora", Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 30, 2007, pp. 445 y ss; J. TORNOS MAS, "El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública", libro homenaje al profesor Lorenzo Martín-Retortillo, Zaragoza, 2008, pp. 629-642 y J. CARRILLO DONAIRE, "Buena administración ¿un principio, un mandato, un derecho subjetivo?", en libro col. Los principios jurídicos del derecho administrativo, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1137-1165.

poderes económicos buscando una mayor eficiencia y una mejor eficacia⁷, amén de confirmar la tendencia hacia la formación de un derecho común europeo, obligan a una reflexión sobre sus consecuencias en la práctica administrativa nacional⁸. Esta Directiva aspiraba, en palabras de sus Considerandos:

*“responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los operadores económicos en el marco de las respuestas al Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, es conveniente, por motivos de claridad, proceder a su refundición en un único texto. La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales... contenidos en el Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, **como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.** No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública” (negrita nuestra)*⁹.

⁷ Por todos G. VARA ARRIBAS, “Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública”, Revista Española de Derecho Comunitario núm. 26, 2008, pp. 115-150.

⁸ Sobre el contenido de las mismas, con visión propeleutic, puede consultarse el trabajo de FERNANDEZ GARCIA, M., “La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo”, RAP 166, 2005, pp. 281-320. En España, la transposición, vencido ya el plazo, se efectuó por la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público. Norma que ha estado en un continuo movimiento legislativo que ha llevado a su armonización mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF). No se ha detenido aquí los cambios normativos: Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

⁹ Los contratos públicos, al margen del umbral económico –insistimos en esta importante idea- están sometidos a ciertos principios que tienen vis expansiva que alcanza incluso a los contratos públicos excluidos, como ha puesto de relieve la Sentencia TJUE de 13 de octubre de 2005 (Parking Brixen GmbH) al afirmar que los artículos 43 CE y 49 TCE, así como los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que una autoridad pública adjudique, sin licitación previa, una concesión de servicios públicos a una sociedad anónima constituida mediante la transformación de una empresa especial de dicha autoridad pública, sociedad anónima cuyo objeto social se ha ampliado a nuevos e importantes ámbitos, cuyo capital debe abrirse obligatoriamente a corto plazo a otros inversores, cuyo ámbito territorial de actividad se ha expandido a todo el país y al extranjero y cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercer de forma autónoma. Y es que los principios sobre los que se basa la actual regulación comunitaria de los contratos públicos, cómo ya destacó BORRAJO INIESTA para el anterior sistema de contratación pública comunitaria, guardan relación directa con las libertades fundamentales, presentando dos características: una primera, la de informar la normativa comunitaria y constituir instrumento básico de interpretación; la segunda, actuar como poder integrador ante lagunas del ordenamiento jurídico. Y aquí debe tenerse muy en cuenta el destacado papel que en este punto debe desempeñar el TJUE, destinado a ser motor, a través de su jurisprudencia, de la auténtica consecución e implantación de los principios recogidos en la normativa sobre contratación pública.

Interesa destacar que estos principios se fundamentan en los Tratados de la Unión (derecho originario), por lo que su vis atractiva alcanza a todo contrato al margen del concreto importe. No existen, por tanto, ámbitos de la contratación pública exentos en función del importe del contrato. Lo único que precisa la Directiva es como, a partir de cierto umbral, se concreta el significado de estos principios, con la idea de armonizar el régimen jurídico en todos los Estados. Como bien advirtiera ya BAÑO LEON, al margen de que en función del importe del contrato puedan diseñarse unos u otros procedimientos de selección y adjudicación de contratos, y la publicidad tenga distinto alcance, los Estados deben garantizar en sus normas y en su concreta aplicación práctica que existe una adecuada transparencia que preserve la regla de igualdad de oportunidades en la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público y que evita la distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados¹⁰.

Nos encontramos ahora inmersos en una nueva regulación derivada de la denominada cuarta generación de Directivas de contratación, que se prevé se aprueben en diciembre de 2013 en el Parlamento Europeo. Reforma que se inició con la publicación en el DOUE de 5 de abril de 2012 de los proyectos de nuevas Directivas¹¹:

- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales COM (2011) 895 final.
- Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública [Bruselas, 20.12.2011, COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD)].

Si bien las Directivas de 2004 han supuesto un notable avance¹², se constata la insuficiencia de su regulación en un contexto de crisis económica y de “redefinición” de políticas públicas,

Sobre el concreto significado y consecuencias de estos principios me remito a mi trabajo *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*, Civitas, Madrid, 2003. Más recientemente puede consultarse el libro de J. A. MORENO MOLINA *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006; *ibidem*, J.A. MORENO MOLINA, “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación” en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II.

¹⁰ Y es que, como bien afirma este auto, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, RAP 151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en libro col. *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

¹¹ De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M.A. BERNAL BLAY, “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42. Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J.A. MORENO MOLINA, “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación” en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Cizur Menor, , 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II. Igualmente es interesante el Dictamen del Comité Económico y Social europeo sobre la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales», la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la contratación pública», y la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión» (DOUE C 191, de 29 de junio de 2012), y el Dictamen del Comité de las Regiones – Paquete en materia de contratación pública (2012/C 391/09), publicado en DOUE de 18 de diciembre de 2012.

¹² Desde el año 2004, las Directivas vigentes en materia de contratación pública son las Directivas 2004/18/CE («sectores clásicos») y 2004/17/CE («sectores especiales»), ambas aprobadas el 31 de marzo de 2004, que

lo que aconsejaba un nuevo paquete legislativo, que debería ser ambicioso tanto en sus principios como en la concreta arquitectura jurídica que se propusiera para poder contribuir así a la consecución de los objetivos de la estrategia Europa 2020¹³. La revisión de las directivas sobre contratación pública que ha iniciado la Comisión se inscribe en un programa de conjunto cuyo objetivo es una modernización en profundidad del sistema público de contratación en la Unión Europea para ser más eficientes y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica¹⁴. Lo que no significa una liberalización “sin restricciones” a la política de contratación pública¹⁵.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2011, sobre la igualdad de acceso a los mercados del sector público en la UE y en terceros países, y sobre la revisión del marco jurídico de la contratación pública, incluidas las concesiones (publicada en el DOUE 7 de diciembre de 2012), se insiste en los comentarios incluidos en su Resolución del 18 de mayo de 2010 sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública, en el que, si bien se opone enérgicamente a las medidas proteccionistas en el ámbito de la contratación pública a escala mundial, cree firmemente en el principio de reciprocidad y proporcionalidad en dicho ámbito y, en este sentido, pide a la Comisión que realice un análisis detallado de las posibles ventajas y problemas asociados con la imposición de restricciones proporcionadas y específicas al acceso a determinados sectores de los mercados de contratación pública de la UE, una evaluación de impacto que analice cuándo pueden aplicarse, así como una evaluación del fundamento jurídico que requeriría este instrumento, para aquellos socios comerciales que se benefician de la apertura del mercado de la UE pero que no han demostrado intención alguna de abrir sus mercados a las empresas de la UE, alentando a la vez a los socios de la

coordinan, respectivamente, los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, así como de los contratos de los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DOUE L 134, de 30 de abril de 2004).

¹³ La presente iniciativa de reforma de la contratación pública se enmarca en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM(2010) 2020], así como las iniciativas emblemáticas de Europa 2020 «Una Agenda Digital para Europa» [COM(2010) 245], «Unión por la innovación» [COM(2010) 546], «Una política industrial integrada para la era de la globalización» [COM(2010) 614], «Energía 2020» [COM(2010) 639] y «Una Europa que utilice eficazmente los recursos» [COM(2011) 21]. Aplica también el Acta del Mercado Único [COM(2011) 206], y en particular su duodécima medida clave: «Revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos». Sobre la transposición de las anteriores Directivas en los Estados miembros resulta de gran interés el libro colectivo coordinado por M. SÁNCHEZ MORÓN, *El Derecho de los contratos públicos en la Unión europea y sus Estados miembros*, Les Nova, Valladolid, 2011.

¹⁴ El ‘Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación pública’(http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#maincontentSec1) recoge las opiniones y recomendaciones de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas que rigen la contratación en organismos públicos. El informe destaca que las directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia provocando que la competencia se haya intensificado. Esto se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública adicional que se cuantifica en 20.000 millones de euros, un cinco por ciento de los 420.000 millones de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. También recoge el deseo unánime de recortar, agilizar y flexibilizar los trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para las pequeñas y medianas empresas (PYME) que actualmente sufren completando la cantidad de exigencias administrativas que obligan los procesos de licitación. Este análisis ha servido de punto de partida para la revisión de las directrices que se acometió a finales del pasado año. Con ella se pretende mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y que garanticen un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME.

¹⁵ Sobre su contenido puede consultarse mi trabajo “Las nuevas Directivas –cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, REDA 159, 2013, pp 25-89. También. J.A. MORENO MOLINA, “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur MEnor, 2013, pp. 115-164.

UE a que ofrezcan a las empresas europeas condiciones de reciprocidad y proporcionales en el acceso al mercado, antes de proponer cualquier otro nuevo texto en el ámbito de la contratación pública. Asimismo, el Parlamento pide a la Comisión que evalúe los problemas asociados con las ofertas extraordinariamente bajas y que proponga soluciones adecuadas; recomienda a las autoridades contratantes que faciliten información temprana y suficiente a otros licitadores en caso de ofertas anormalmente bajas, con el fin de que puedan valorar si existen motivos para iniciar un procedimiento de recurso; y considera urgente que la UE alcance una mayor coherencia entre su política comercial exterior común y la práctica existente en los Estados miembros de aceptar ofertas excepcionalmente bajas de empresas cuyos países de origen no son signatarios del Acuerdo de Contratación Pública (ACP), en perjuicio de empresas de la Unión Europea y de las normas laborales, sociales y medioambientales de los Estados miembros de la Unión¹⁶.

II. Una prospectiva estratégica de la Contratación Pública

La concepción de lo que es la contratación pública -y su fundamento- ha cambiado de forma muy notable en los últimos años. Lejos queda la visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva. Hoy puede afirmarse que la contratación pública debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación pública puede -y debe, diría- ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo.

Esto significa que, como se ha apuntado en anteriores trabajos, los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras¹⁷. Esta visión

¹⁶ Con fecha 23 de marzo de 2013 la Comisión Europea ha presentado la propuesta para la decisión Consejo relativa a la conclusión formal del Protocolo que modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), el único acuerdo legalmente vinculante en la OMC relativa a la contratación pública. Por otro lado, en relación con la modernización de la política de contratación pública de la UE, apoya la petición de que se clasifiquen por prioridades las cuestiones tratadas en el Libro Verde y, en este sentido, pide a la Comisión que examine en primer lugar las cuestiones de la simplificación de las normas, el acceso equilibrado a los mercados del sector público, y la mejora del acceso de las PYME, y que emprenda como un segundo paso la revisión de la contratación pública y las concesiones, con el fin de obtener la necesaria y completa participación, no solo del Parlamento Europeo y los Estados miembros, sino también de los ciudadanos y las empresas

¹⁷ GIMENO FELIU, J.M., La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española, *Civitas*, 2006, pp. 15-21 y Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº. 9, 2010, págs. 50-55. También ORDOÑEZ SOLIS, La Contratación pública en la Unión Europea, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 162-182, MORENO MOLINA, J.A., Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo", *Revista Contratación Administrativa Práctica*

instrumental de la contratación pública nos conduce, como bien indica T. MEDINA, a hablar de la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato¹⁸.

La perspectiva instrumental de la contratación pública aconseja a que en la fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y de política social¹⁹, pues lo contrario supone abandonar una herramienta de consolidación de políticas públicas de gran alcance y abonar el campo a una posible deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas ya que, obviamente, se traducen en costes económicos que resultarían difícilmente rentables²⁰. En esta línea debe recordarse que criterios relacionados con la protección del medio ambiente (ecoetiquetas, productos reciclables, sistemas de depuración de vertidos, etc.) son admitidos como válidos por la Comunicación de la Comisión de 28 de noviembre de 2001. Y ello porque guardan relación con la política ambiental prevista en el artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 45 de nuestra Constitución²¹. Muy especialmente –dentro del marco que posibilitan los Acuerdos GATT– debe regularse un sistema que evite deslocalización empresarial y que no penalice a las empresas europeas ni a las PYMEs. Otro tanto sucede con los criterios que integren aspectos sociales, admitidos cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato (Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001)²², lo que refleja

núm. 83, 2009, pp. 37 y ss. y L. ORTEGA ALVAREZ, “El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local”, Revista Electrónica CEMCI, núm. 3 de 2009.

Igualmente, en esta línea, pueden citarse a: MELERO ALONSO E.: “El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal”, Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid núm.1, 1999, (artículo firmado junto a Maravillas ESPÍN SÁEZ) y BLAZQUEZ ROMÁN, J.A. Y RAMÍREZ HORTELANO, P., “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 42, 2005, p. 39. Así lo entendido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 17/2008, de 21 de julio. Y es que, como bien advirtiera MESTRE DELGADO, se constata en la regulación de la contratación pública la existencia de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo-o fomento- para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones –no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas- contempladas en normativas sectoriales, “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, REALA núm. 291, 2003, p. 707.

¹⁸ T. MEDINA, “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 43 a 94.

¹⁹ Una posición contraria a la valoración en la contratación de criterios relativos a otras políticas de la Unión Europea –como cláusulas sociales o medioambientales- es sostenida por ARROWSMITH, S., “The E.C. procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for anew approach”, European Law Review, vol 21, núm 1 de 2002, pp. 11- 13.

²⁰ Como destaca G. VARA ARRIBAS, es posible una contratación pública sostenible que combine adecuadamente criterios económicos con criterios sociales y ambientales. “Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública”, Revista Española de Derecho comunitario núm. 26, 2008, 128.

²¹ Por todos, puede consultarse a J. PERNAS GARCIA, “El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales” en Observatorio de políticas ambientales 2012, coord. por Fernando López Ramón, Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 299- 323 y su monografía Contratación Pública Verde, La Ley, 2011.

²² En un caso que la Comisión tuvo que examinar, el poder adjudicador se basó principalmente en los elementos siguientes para adjudicar un contrato a la empresa local de transporte: la implantación de la empresa en la localidad tenía, por una parte, repercusiones fiscales y suponía, por otra, la creación de puestos de trabajo estables; además, la adquisición en ese mismo lugar de un importante volumen de material y servicios por parte del proveedor garantizaba una serie de empleos locales. La Comisión consideró que los poderes adjudicadores no podían basarse en este tipo de criterios para evaluar las ofertas, dado que no permitían valorar una ventaja económica propia de la prestación objeto del contrato y que beneficiara al poder adjudicador. Esta primera objeción venía motivada por la violación de las normas sobre adjudicación contenidas en el artículo 36.1 de la Directiva 92/50/CEE. Asimismo, estos elementos habían llevado a discriminar a los demás licitadores, puesto que, al comparar las ofertas, se dio

la idea de que la contratación pública es una herramienta para la efectividad de políticas públicas²³. Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública. Por ello, la normativa de los contratos debe tener una “visión completa” de todas las fases del contrato (y la propuesta de Directiva fija ahora su atención en esta cuestión, regulando la modificación del contrato, la subcontratación o la resolución).

Lo anteriormente expuesto explica porque la reforma de la legislación sobre contratación pública constituye una de las doce acciones prioritarias inscritas en el Acta del Mercado Único, adoptada en abril de 2011 (IP/11/469)²⁴. En efecto, para todos los Estados miembros, la eficacia del sistema público de pedidos ha pasado a ser una prioridad, habida cuenta de las limitaciones presupuestarias actuales. Así pues, es necesario disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos y a sus proveedores adjudicar contratos transparentes y competitivos lo más fácilmente posible, para poder comprar con la mejor relación calidad/precio («value for money»)²⁵.

preferencia al único proveedor establecido en la localidad considerada. En consecuencia, se había infringido el principio general de no discriminación entre proveedores de servicios enunciado en el artículo 3 de la Directiva 92/50/CEE. A favor de esta posibilidad también se había posicionado en España el Consejo de Estado en su Dictamen 4464/98, de 22 de diciembre. En la doctrina Sin animo exhaustivo pueden citarse los siguientes trabajos: M.A. BERNAL BLAY, “Hacia una contratación pública socialmente responsable, las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, en libro col. El Derecho de los contratos públicos, Monográficos de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. X, Zaragoza, 2008; J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS, La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático, La Ley, Madrid, 2007, pp. 516 y ss.; S. VÈRNIA TRILLO, “La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública”, Revista Aragonesa de Administración Pública, 20, 2002, pp. 429-454; J. F. MESTRE DELGADO, “Contratos...”, ob. Cit., pp. 705-730; H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?”, Justicia administrativa núm. 20, 2003, pp. 27-67; P. LÓPEZ TOLEDO, «Contratación pública y medio ambiente», Contratación Administrativa Práctica, 33, 2004, pp. 25 y ss.; P. L. MARTÍNEZ PALLARÉS, “El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos”, en Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública, dir. J. M. Gimeno Feliu, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61 y ss.; J. M. GIMENO FELIU, “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”, en Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública, dir. J. M. Gimeno Feliu, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61 y ss.; F. VILLALBA PÉREZ, “La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público”, Revista Andaluza de Administración Pública, 74, 2009, pp. 49 y ss.; S. RODRIGUEZ ESCANCIANO, “Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico”, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009; J. A. VELEZ TORO, “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa local”, Contratación Administrativa Práctica, 10, 2002, pp. 32 y ss.; J. A. BLÁZQUEZ ROMÁN y P. RAMÍREZ HORTELANO, “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, Contratación Administrativa Práctica, 42, 2005, pp. 39 y ss.; A. GONZÁLEZ ALONSO, “La contratación pública ecológica”, Justicia Administrativa núm. 47, 2010, pp. 31 y ss.; y T. MEDINA ARNÁIZ, “Social Considerations in Spanish Public Procurement Law”, Public Procurement Law Review, vol. 20 (2), 2011, págs. 56 - 79.

²³ Vid. T. MEDINA ARNAIZ, “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2010, Cizur Menor, 2011, pp. 43-104.

²⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacia un Acta del Mercado Único: Por una economía social de mercado altamente competitiva, de 27 de octubre de 2010, COM(2010) 608.

²⁵ Bajo este concepto se pone de relieve la necesidad de que los bienes que se adquieran a través de los contratos públicos sean los adecuados para cubrir las necesidades públicas, pero también que el contratista esté capacitado para cumplir las condiciones del contrato en los términos previstos. Vid., por todos, ARROWSMITH, S., LINARELLI, J. y WALLACE, D., Regulating Public Procurement: National and International Perspectives, Kluwer Law International, The Hague (Netherlands), 2000, págs. 28 a 30.

Para iniciar el trámite de la reforma la Comisión publicó en enero de 2011 un Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE, con el que puso en marcha una amplia consulta pública sobre los cambios legislativos que podrían introducirse para facilitar y flexibilizar la adjudicación de los contratos. La consulta pública finalizó en abril de 2011, recibiendo en total 623 respuestas, procedentes de una gran variedad de grupos de partes interesadas, como Gobiernos, empresas, asociaciones industriales, personalidades del mundo académico, organizaciones de la sociedad civil (incluidos los sindicatos) y ciudadanos particulares ²⁶.

Posteriormente, el Parlamento Europeo dicta la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), mediante la que solicita a la Comisión que:

- a. aclare el marco reglamentario relativo a la contratación pública, en particular con respecto a la fase de ejecución de los contratos (por ejemplo, en relación con las «modificaciones sustanciales» de un contrato durante su periodo de vigencia, los cambios relacionados con el contratista y la terminación de los contratos);
- b. Lamenta que los licitadores cuenten únicamente con posibilidades limitadas de rectificar omisiones en sus ofertas; pide por ello a la Comisión que dé detalles sobre qué omisiones podrían rectificar los licitadores, qué ajustes adicionales están permitidos y cómo garantizar la transparencia y la igualdad de trato;
- c. Pide a la Comisión que aumente la sensibilización sobre la importancia de dividir los contratos en lotes, y que considere la aplicación del principio «cumplir o explicar», que implica que las normas relativas a cuestiones como la división en lotes deben respetarse o, en caso de que no se respeten, explicarse;
- d. Señala que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas; subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto y que con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas y de crear más burocracia; señala que los principios de transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de «autocorrección» a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes.

La revisión de las directivas sobre contratación pública que ha iniciado la Comisión se inscribe en esta nueva visión estratégica de los contratos públicos – que se contextualiza dentro de los objetivos de la estrategia Europa 2020²⁷–, y su finalidad es una modernización en

²⁶ El mayor número de respuestas procedió del Reino Unido, Alemania y Francia. En el libro Observatorio de los Contratos Públicos 2010 (Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 459-516) se recogen las contribuciones presentadas por el grupo de investigación español compuesto por J.M. Gimeno, J.A. Moreno, I. Gallego, M.A. Bernal y T. Medina.

²⁷ La presente iniciativa de reforma de la contratación pública se enmarca en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM(2010) 2020], así como las iniciativas emblemáticas de Europa 2020 «Una Agenda Digital para Europa» [COM(2010) 245], «Unión por la innovación» [COM(2010) 546], «Una

profundidad del sistema público de contratación en la Unión Europea para ser más eficientes y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica²⁸. Lo que no significa una liberalización “sin restricciones” a la política de contratación pública. La Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2011, sobre la igualdad de acceso a los mercados del sector público en la UE y en terceros países, y sobre la revisión del marco jurídico de la contratación pública, incluidas las concesiones (publicada en el DOUE 7 de diciembre de 2012), se insiste en los comentarios incluidos en su Resolución del 18 de mayo de 2010 sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública, en el que, si bien se opone enérgicamente a las medidas proteccionistas en el ámbito de la contratación pública a escala mundial, cree firmemente en el principio de reciprocidad y proporcionalidad en dicho ámbito y, en este sentido, pide a la Comisión que realice un análisis detallado de las posibles ventajas y problemas asociados con la imposición de restricciones proporcionadas y específicas al acceso a determinados sectores de los mercados de contratación pública de la UE, una evaluación de impacto que analice cuándo pueden aplicarse, así como una evaluación del fundamento jurídico que requeriría este instrumento, para aquellos socios comerciales que se benefician de la apertura del mercado de la UE pero que no han demostrado intención alguna de abrir sus mercados a las empresas de la UE, alentando a la vez a los socios de la UE a que ofrezcan a las empresas europeas condiciones de reciprocidad y proporcionales en el acceso al mercado, antes de proponer cualquier otro nuevo texto en el ámbito de la contratación pública. Asimismo, el Parlamento pide a la Comisión que evalúe los problemas asociados con las ofertas extraordinariamente bajas y que proponga soluciones adecuadas; recomienda a las autoridades contratantes que faciliten información temprana y suficiente a otros licitadores en caso de ofertas anormalmente bajas, con el fin de que puedan valorar si existen motivos para iniciar un procedimiento de recurso; y considera urgente que la UE alcance una mayor coherencia entre su política comercial exterior común y la práctica existente en los Estados miembros de aceptar ofertas excepcionalmente bajas de empresas cuyos países de origen no son signatarios del Acuerdo de Contratación Pública (ACP), en perjuicio de empresas de la Unión Europea y de las normas laborales, sociales y medioambientales de los Estados miembros de la Unión²⁹.

política industrial integrada para la era de la globalización» [COM(2010) 614], «Energía 2020» [COM(2010) 639] y «Una Europa que utilice eficazmente los recursos» [COM(2011) 21]. Aplica también el Acta del Mercado Único [COM(2011) 206], y en particular su duodécima medida clave: «Revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos». Sobre la transposición de las anteriores Directivas en los Estados miembros resulta de gran interés el libro colectivo coordinado por M. SÁNCHEZ MORÓN, *El Derecho de los contratos públicos en la Unión europea y sus Estados miembros*, Les Nova, Valladolid, 2011

²⁸ El ‘Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación pública’ (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#maincontentSec1) recoge las opiniones y recomendaciones de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas que rigen la contratación en organismos públicos. El informe destaca que las directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia provocando que la competencia se haya intensificado. Esto se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública adicional que se cuantifica en 20.000 millones de euros, un cinco por ciento de los 420.000 millones de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. También recoge el deseo unánime de recortar, agilizar y flexibilizar los trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para las pequeñas y medianas empresas (PYME) que actualmente sufren completando la cantidad de exigencias administrativas que obligan los procesos de licitación. Este análisis ha servido de punto de partida para la revisión de las directrices que se acometió a finales del pasado año. Con ella se pretende mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y que garanticen un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME.

²⁹ Con fecha 23 de marzo de 2013 la Comisión Europea ha presentado la propuesta para la decisión Consejo relativa a la conclusión formal del Protocolo que modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), el único

III. Utilización estratégica de la contratación pública en respuesta a nuevos desafíos: la propuesta europea

La propuesta de Directiva de la Unión Europea, como se ha explicado al comienzo de este trabajo, se basa en un planteamiento de capacitación consistente en proporcionar a los poderes adjudicadores los instrumentos necesarios para contribuir a la realización de los objetivos estratégicos de Europa 2020 –lo que acredita la vinculación de contratación pública a otras políticas sectoriales- utilizando su capacidad de compra para adquirir bienes y servicios que promuevan la innovación, el respeto del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático mejorando al mismo tiempo el empleo, la salud pública y las condiciones sociales.

- a. La nueva propuesta de Directiva, como principal novedad, ofrece a los poderes públicos la posibilidad de justificar sus decisiones de adjudicación, en tanto oferta económicamente más ventajosa, en el coste del ciclo de vida de los productos, los servicios o las obras que se van a comprar. El ciclo de vida abarca todas las etapas de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento o la finalización. Los costes que deben tenerse en cuenta no incluyen solo los gastos monetarios directos, sino también los costes medioambientales externos, si pueden cuantificarse en términos monetarios y verificarse. En los casos en que se haya elaborado un método común de la Unión Europea para el cálculo de los costes del ciclo de vida, los poderes adjudicadores deben estar obligados a utilizarlo.

En consecuencia, los poderes adjudicadores podrán hacer referencia a todos los factores directamente vinculados al proceso de producción en las especificaciones técnicas y en los criterios de adjudicación, siempre que se refieran a aspectos del proceso de producción que estén estrechamente relacionados con la producción de bienes o la prestación de servicios en cuestión. Esto excluye los requisitos no relacionados con el proceso de producción de los productos, las obras o los servicios a los que se refiera la contratación, como los requisitos generales de responsabilidad social corporativa que afectan a toda la actividad del contratista.

- b. Igualmente, los poderes adjudicadores podrán exigir que las obras, los suministros o los servicios lleven etiquetas específicas que certifiquen determinadas características medioambientales, sociales o de otro tipo, siempre que acepten también etiquetas equivalentes. Esto se aplica, por ejemplo, a las etiquetas ecológicas europeas o plurinacionales o a las etiquetas que certifican que un producto se ha fabricado sin trabajo infantil. Estos regímenes de certificación deben referirse a características vinculadas al objeto del contrato y

acuerdo legalmente vinculante en la OMC relativa a la contratación pública. Por otro lado, en relación con la modernización de la política de contratación pública de la UE, apoya la petición de que se clasifiquen por prioridades las cuestiones tratadas en el Libro Verde y, en este sentido, pide a la Comisión que examine en primer lugar las cuestiones de la simplificación de las normas, el acceso equilibrado a los mercados del sector público, y la mejora del acceso de las PYME, y que emprenda como un segundo paso la revisión de la contratación pública y las concesiones, con el fin de obtener la necesaria y completa participación, no solo del Parlamento Europeo y los Estados miembros, sino también de los ciudadanos y las empresas.

estar basados en información científica, establecida en un procedimiento abierto y transparente y accesible para todas las partes interesadas³⁰. Con este sistema se pretende introducir un modelo de certificación sobre criterios de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos (ya admitido y fomentado por la Comunicación de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos de 15 de octubre de 2001 - COM(2001) 566 final-)³¹, protección del medio ambiente (admitidos como válidos por la Comunicación de la Comisión sobre contratación pública y cuestiones medioambientales de 28 de noviembre de 2001 - COM (2001) 274 final-)³².

- c. La investigación y la innovación desempeñan un papel central en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador³³. Los compradores públicos deben poder adquirir productos y servicios innovadores que promuevan el crecimiento futuro y mejoren la eficiencia y la calidad de los servicios públicos. Con este fin, la propuesta establece la asociación para la innovación, un nuevo procedimiento especial para el desarrollo y la ulterior adquisición de productos, obras y servicios nuevos e innovadores, que, no obstante, deben suministrarse dentro de los niveles de prestaciones y de costes acordados³⁴. Además, la propuesta mejora y simplifica el procedimiento de diálogo competitivo y facilita la contratación conjunta transfronteriza, un instrumento importante para realizar adquisiciones innovadoras.

Esta estrategia de compra pública innovación se articula a través de dos tipos de medidas: mediante un incremento en la demanda de productos y servicios innovadores, y a través de la llamada «contratación precomercial», entendida ésta como perteneciente a la fase de investigación y desarrollo (I+D) previa a la comercialización y que cubre actividades como la exploración de soluciones que son propias de las fases de diseño, creación de prototipo, productos de prueba y

³⁰ Obviamente, no puede establecerse criterios que bajo la apariencia de objetivos no tengan otra intención que la de la participación final de una determinada empresa, pues se vulnera el principio de igualdad. Vid. GIL IBÁÑEZ, *Procedimientos y formas de adjudicación de los contratos administrativos*, La Ley, Madrid, 1998, p. 11.

³¹ El Parlamento Europeo, en su resolución sobre el Libro Verde de la Comisión sobre la contratación pública en la unión Europea: reflexiones para el futuro (COM(96)0583 -C4-0009/97) insiste en la necesidad de incorporar adecuadamente los aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública y, en general, en los distintos fines inherentes al proceso de integración comunitaria por referencia a los contratos públicos. Sobre esta cuestión es de interés el reciente trabajo de T. MEDINA ARZAIZ, "La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", REDA núm. 153, 2012, pp. 213-240.

³² Estos supuestos son citados, a modo ejemplificativo, por Comunicación sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública. Y es que, como acertadamente destaca PRIETO ALVAREZ, resulta evidente la ventaja comercial derivada de un certificado de garantía ecológica como es la ecoetiqueta. "Medio ambiente...", ob. Cit., p. 129.

³³ En el Libro Verde Del reto a la oportunidad: hacia un marco estratégico común para la financiación de la investigación y la innovación por la UE, COM (2011) 48 final, de 15 de febrero de 2011, se indica que el logro de los objetivos ampliamente respaldados de crecimiento inteligente, sostenible e integrador fijados en Europa 2020 depende de la investigación y la innovación, que constituyen los motores fundamentales de la prosperidad social y económica, así como de la sostenibilidad del medio ambiente.

³⁴ Especial interés tiene el estudio de T.MEDINA ARNÁIZ., "Comprando para asegurar nuestro futuro: La utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea", Observatorio de Contratos Públicos 2010 (...)", op. cit., págs. 43 – 101.

preproducción, deteniéndose antes de la producción comercial y venta³⁵.

Una característica propia de la contratación precomercial es el reparto de riesgos y beneficios según las condiciones de mercado, ya que el comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su uso en exclusiva, sino que comparte con las empresas los riesgos y los beneficios de la I+D necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las que hay disponibles en el mercado. En este caso, es decir, cuando la entidad del sector público efectúa el reparto de riesgos y beneficios a precios de mercado, los servicios de I+D pueden prestarse sin someterse a la normativa contractual en virtud de una de las exclusiones recogidas en las Directivas de la UE sobre contratación pública. Concretamente se trata del artículo 16.f) de la Directiva 2004/18/CE por el cual "La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios: (...) f) relativos a servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que el poder adjudicador remunere totalmente la prestación del servicio" y del artículo 24.e) de la Directiva 2004/17/CE que señala que "La presente Directiva no se aplicará a los contratos de servicios: [...] e) referentes a los servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que la entidad adjudicadora remunere totalmente la prestación del servicio"³⁶.

- d. En esta nueva visión estratégica es objetivo fundamental la mejora del acceso al mercado para las PYME y las empresas incipientes. Esta es una de las estrategias en las que viene insistiendo desde hace un tiempo la Comisión y que debe aconsejar redefinir el modelo normativo de la contratación pública³⁷. Decisión que no es de proteccionismo, sino que pretende asegurar una efectiva

³⁵ Sobre la contratación precomercial resulta de interés la Comunicación de la Comisión La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles, COM (2007) 799, de 14 de diciembre de 2007 y la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de febrero de 2009 (2008/2139 (INI), publicada en el DOUE C 67E, de 18 de marzo de 2010. Acerca de su incidencia en la legislación española, CORTÉS MORENO, Á., "La contratación precomercial y la Ley de Contratos del Sector Público. Su reflejo en la Ley de Economía Sostenible", El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 9, 2011, págs. 1109 - 1119.

³⁶ A este respecto, ha de señalarse que la «contratación precomercial» se incorpora a la legislación contractual española a través de la reforma de la LCSP por parte de la LES. Así, el artículo 38 LES persigue fomentar la contratación pública de actividades innovadoras mediante contratos de investigación y desarrollo. Estos contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP al incorporarse a la Ley de Contratos un nuevo supuesto al artículo 4.1 LCSP - concretamente la letra r -. Esta reforma de la LCSP se concreta en la Disposición final decimosexta LES que amplía el elenco de estos negocios al señalar que están excluidos de la aplicación de la LCSP "Los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado. En la adjudicación de estos contratos deberá asegurarse el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa". Asimismo, en nuestro derecho, la promoción de la innovación desde la contratación pública además de tener encaje en la LES, tiene reconocimiento en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación y en la Estrategia Estatal de Innovación (e2i) 2010. Véase, T. MEDINA ARNÁIZ, T., "Las principales novedades en la normativa contractual (...)", Comentarios a la ley de economía sostenible, libro coord. por Santiago A. Bello Paredes, La Ley, 2011, pp.119-163.

³⁷ En extensión, me remito a mi trabajo "La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación de la economía", en libro Observatorio de los Contratos Públicos 2011, Ob. Cit., pp. 59-84.

concurrancia entre todos los operadores económicos dentro del marco normativo nacional-comunitario³⁸.

Sin duda, la mayor participación de las PYMEs en las compras públicas generará una competencia más intensa por la obtención de contratos públicos, lo que ofrecerá a las entidades adjudicadoras una mejor relación calidad-precio en sus adquisiciones. Por otra parte, la mayor competitividad y transparencia de las prácticas de contratación pública permitirá a las PYMEs desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía³⁹. Las posibilidades para facilitar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos pueden agruparse en torno a dos grandes estrategias. La primera es la reserva de contratos. Y la principal exponente de esta estrategia es Estados Unidos donde su Small Business Act reserva el 25 % de los contratos públicos federales a las PYMEs estadounidenses⁴⁰. No obstante, en el ámbito de la UE no se plantea la cuestión de fijar cuotas a favor de las PYMEs, puesto que, de una parte, se calcula que aproximadamente el 42 % del volumen global de contratos públicos (datos de 2005) se adjudica a empresas consideradas PYMEs, y de otra, se considera que la adopción de medidas proteccionistas similares a las anteriores no contribuiría a alcanzar el objetivo general que debe perseguir la Unión Europea consistente en abrir los mercados⁴¹.

Conviene recordar que en el ámbito de la UE, la Comisión Europea presentó el 25 de junio de 2008 una Comunicación al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre «Pensar primero a pequeña escala»: «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas⁴². La «Small Business Act para Europa» aspira a mejorar el enfoque político global con respecto al espíritu empresarial, a fin de fijar irreversiblemente el principio de «pensar primero a pequeña escala» en la formulación de políticas, desde la elaboración de normas hasta los servicios públicos, y promover el crecimiento de las PYMEs ayudándolas a afrontar los problemas que siguen obstaculizando su desarrollo⁴³.

³⁸ En extenso me remito a mi trabajo “La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación de la economía”, en libro Observatorio de los Contratos Públicos 2011, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 59 a 84.

³⁹ Vid. mi trabajo Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos, Cizur Menor, 2010, pp. 360 a 363. También J.A. MORENO MOLINA defiende una nueva regulación más eficiente que favorezca el acceso de las PYMEs a los mercados públicos, “El nuevo TRLCSP”, núm 115 Revista Contratación Administrativa Práctica, La Ley, 2012, p. 19.

⁴⁰ El texto de la Small Business Act puede consultarse desde la página web <http://www.sba.gov/regulations/sbaact/sbaact.pdf> de la Small Business Administration una agencia federal creada en 1953 para ayudar, aconsejar, asistir y proteger los intereses de los pequeños empresarios (-en español- <http://www.sba.gov/espanol/>).

⁴¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 29 de mayo de 2008 sobre el tema «Contratos públicos internacionales» (2008/C 224/06).

⁴² COM(2008) 394 final. La denominación simbólica de «Act» de esta iniciativa subraya la voluntad política de reconocer el papel central de las PYMEs en la economía de la UE y de articular por primera vez un marco político completo para la UE y sus Estados miembros.

⁴³ EL DOUE de 22 de diciembre de 2011, publica el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Revisión de la “Small Business Act” (SBA) para Europa» COM(2011) 78 final (2011/C376/09). El Comité afirma en dicho dictamen, en materia de contratación pública: “3.3 Acceso a los mercados 3.3.1 La SBA reconoce la necesidad de facilitar el acceso de las PYME a la contratación pública. Para fomentar su participación en la contratación pública, no sólo se deben simplificar los procedimientos, sino también crear políticas favorables a las PYME en los Estados miembros, algo que por el momento sólo ocurre en algunos de ellos. 3.3.2 El CESE considera urgente aplicar plenamente el «Código Europeo de Buenas Prácticas» (3) en la contratación pública; exhorta a la Comisión y a los Estados miembros a adoptar políticas favorables para facilitar un acceso más eficaz de las PYME y las microempresas a los contratos públicos.

Como complemento de lo anterior, los Servicios de la Comisión Europea presentaron también el 25 de junio de 2008 un documento de trabajo (orientativo, que muestra la opinión de los Servicios de la Comisión, pero que no puede considerarse vinculante para la Institución) que podría ser el embrión de un CÓDIGO EUROPEO DE BUENAS PRÁCTICAS para facilitar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos⁴⁴. El «Código de buenas prácticas» se presenta con la intención de ayudar a las autoridades públicas a desarrollar «estrategias», «programas» o «planes de acción», con el objetivo específico de facilitar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos⁴⁵. El objetivo general del «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos» es permitir a los Estados miembros y a sus poderes adjudicadores aprovechar plenamente el potencial de las Directivas sobre contratación pública, a fin de garantizar condiciones equitativas para todos los operadores económicos que deseen participar en licitaciones públicas. Concurrencia que debe ser perfilada desde el cumplimiento del marco normativo social, ambiental, etc. exigible a las empresas del contexto comunitario con el objetivo de no fomentar la deslocalización empresarial y poder comparar ofertas económicas desde el requisitos previo de empresas “equivalentes” en lo relativo al cumplimiento de las políticas sectoriales articuladas por lo distintos estados de la Unión, lo que no debe entenderse como un proteccionismo sino como un instrumento de tratamiento de igualdad entre las empresas (amparado, por demás en el vigente Tratado GATT). Y es que en modo alguno puede justificarse que la propia recesión económica, en una aplicación absoluta del principio del valor económico de la oferta como elemento de decisión en la compra pública, se traduzca en un proceso de destrucción del tejido productivo empresarial español y europeo, en tanto con tal opción se incrementarán los efectos de la crisis creando una fractura social de difícil recomposición⁴⁶. Es momento de exigir la “calidad” empresarial como parámetro previo para la participación de un proceso de licitación pública, exigiendo como requisito ciertos estándares sociales y ambientales (lo que se traducirá en un ajuste del mercado público a empresas “responsables” aunque el precio final que se obtenga por la prestación sea mayor).

Los problemas que las PYMEs encuentran para acceder a los contratos públicos se encuentran localizados, principalmente, en el ámbito de la capacidad/solvencia que se exige para concurrir a las licitaciones, el acceso a la información sobre los contratos, las cargas administrativas y burocráticas que deben superarse en la tramitación de los expedientes de contratación y los retrasos en el cumplimiento de sus obligaciones (de pago, fundamentalmente) por parte de las entidades adjudicadoras. Para superar estos problemas, las propias PYMEs han llegado a afirmar que lo más necesario para facilitar el acceso de las mismas a los contratos públicos no es tanto la introducción de modificaciones en la normativa sobre contratación pública, sino más bien un cambio en la mentalidad de los poderes adjudicadores.

Al hilo de cada uno de los problemas que se han identificado como obstáculos para el acceso de las PYMEs a los contratos públicos se presentan a continuación una serie de medidas a

⁴⁴ SEC (2008) 2193. Este documento tiene por objetivos: 1) proporcionar a los Estados miembros y a sus poderes adjudicadores orientaciones sobre cómo pueden aplicar el marco jurídico comunitario de manera que facilite la participación de las PYMEs en los procedimientos de adjudicación de contratos, y 2) destacar las normas y prácticas nacionales que potencian el acceso de las PYMEs a los contratos públicos.

⁴⁵ Para más información puede consultarse la página web: http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/public_procurement.htm

⁴⁶ Así lo he defendido en mi trabajo “La necesidad...”, ob. Cit., pp. 64-65.

incorporar al Código de contratos Públicos que podrían servir para superar dichos problemas. Las medidas que se deberían adoptar, sucintamente, serían las siguientes:

1. Las Directivas sobre contratación pública permiten que los contratos se adjudiquen por lotes separados. **La subdivisión de las compras públicas en lotes** facilita, evidentemente, el acceso de las PYMEs, tanto en términos cuantitativos (el tamaño de los lotes puede corresponderse mejor con la capacidad productiva de la PYMEs) como cualitativos (puede haber una correspondencia más estrecha entre el contenido de los lotes y el sector de especialización de la PYMEs).

Una vez delimitados los lotes del contrato (siempre que se trate de prestaciones susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o cuando así lo exija la naturaleza del objeto) procederá determinar, en el Pliego de cláusulas particulares las posibilidades de licitación. En función del tipo de prestaciones, y del mercado de oferentes de las mismas, podrá optarse bien por no limitar las posibilidades de licitación, o bien por repartir la adjudicación de los lotes entre los distintos oferentes, determinando la incompatibilidad para ser adjudicatario de varios de los lotes licitados.

De una parte, conceder la posibilidad de licitar por un número ilimitado de lotes presenta la ventaja de no disuadir a los contratistas generales de participar ni desincentivar el crecimiento de las empresas (es la opción de Austria o Francia, por ejemplo). Esta opción sería adecuada cuando no hay un mercado de oferentes del producto muy extenso. Sin embargo, presenta el inconveniente de que puede darse el caso de que una misma empresa resulte adjudicataria de un número elevado de lotes y que no se encuentre capacitada para ejecutarlos todos de forma simultánea.

De otra parte, en ocasiones (especialmente en los supuestos en los que hay una gran cantidad de oferentes de la misma prestación) los órganos de contratación pueden estar interesados en "orientar" la licitación por lotes para fomentar que accedan al contrato la mayor cantidad posible de ellos. Para ello, el órgano de contratación puede establecer en el Pliego de cláusulas particulares regulador de un contrato cuyo objeto haya sido dividido en lotes, que un licitador pueda licitar a uno o unos lotes determinados, pero no a otros, o que no puede licitar a todos los lotes en que se divide el objeto del contrato⁴⁷. La subdivisión de los contratos en lotes, además de favorecer la participación de PYMEs, intensifica la competencia entre los licitadores, lo que redundará en beneficio de los poderes

⁴⁷ La propia Dirección General del Servicio Jurídico del Estado avaló tal posibilidad en su Informe de 28 de julio de 2006 al razonar que "...el establecimiento de varios lotes y la posibilidad de adjudicar cada uno de ellos a contratistas distintos permite a la Administración contar con una mayor garantía de cumplimiento, pues si alguno de los contratistas no puede cumplir con la entrega del lote o lotes adjudicados, la circunstancia de que el resto de lotes hayan sido adjudicados a empresarios distintos evita que la Administración quede completamente desabastecida. De ahí que resulte lógico entender que lo que establece el artículo 67.5.a) del RGCAP es una facultad de la Administración de decidir si se admite la licitación de uno, varios, o todos los lotes, pues, según las concretas circunstancias de cada contrato, puede interesar a la Administración diversificar, mediante un reparto por lotes, el número de suministradores contratados..."

adjudicadores, siempre que tal subdivisión sea viable y resulte adecuada a la luz de las obras, suministros y servicios de que se trate.

Una variante de la división en lotes es la licitación por artículos, y proporciona las mismas ventajas que la división en lotes del objeto del contrato. Cuando lo que se pretende es la adquisición de artículos funcionalmente independientes pero cuyas características técnicas determinan una innegable relación los unos con los otros (por ejemplo, suministros de oficina, mobiliario, etc.) puede licitarse cada categoría de artículos de manera individual. Con ello no se produce un fraccionamiento contractual sino un agrupamiento de artículos en lotes que se tramitan en un único expediente⁴⁸.

2. Otra posibilidad (modelo irlandés) sería, de manera simultánea con la convocatoria, licitación y adjudicación de contratos de obras (especialmente en los casos de obras de nueva planta, pero también en las de primer establecimiento, reforma o gran reparación), publicar, licitar y adjudicar los contratos correspondientes a alguno de los ámbitos especializados (instalaciones eléctricas, mecánicas, fontanería, alicatados, etc.) a distintos operadores por separado. En las condiciones de ejecución (que se harían constar en el Pliego de cláusulas particulares) de cada uno de estos contratos, así como en las del contrato principal, habría de señalarse la obligación del adjudicatario de estos contratos especializados de coordinarse con el adjudicatario del contrato principal de obras, así como con el resto de intervinientes. Para garantizar dicha coordinación, debería recurrirse a la figura del responsable del contrato (más bien del proyecto o Project Manager), licitando el oportuno contrato cuando dicha persona (física o jurídica) no se encuentre integrada en la estructura orgánica del Ente adjudicador. Idéntica solución puede adoptarse para la primera licitación de servicios auxiliares o complementarios de la obra construida (por ejemplo la limpieza, la seguridad o el mantenimiento de las instalaciones construidas).
3. Se debe fomentar la posibilidad de que las PYMEs se agrupen y aprovechen su capacidad económica, financiera y técnica conjunta. Los operadores económicos pueden recurrir a la capacidad económica, financiera y técnica de otras empresas, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, a fin de demostrar que satisfacen el nivel de competencia o capacidad exigido por el poder adjudicador. No obstante, el operador económico debe demostrar que dispondrá de los recursos necesarios para la ejecución del contrato.

Los distintos poderes adjudicadores –al margen de su consideración como Administración Pública– están obligados a aceptar esas formas de cooperación entre PYMEs. A fin de favorecer la mayor competencia posible, conviene que los poderes adjudicadores pongan de manifiesto esa posibilidad en el anuncio de licitación. Admitida de forma genérica en la normativa la posibilidad de acreditar

⁴⁸ De esta manera, podrían acceder a la licitación PYMEs especializadas en cada categoría de productos que, cuando se licitan lotes, no pueden licitar por no disponer de la totalidad de los productos o artículos que integran cada lote.

la solvencia propia mediante el recurso a medios ajenos, convendría que los órganos de contratación orientaran al licitador sobre cómo debe materializarse la acreditarse ante el mismo la disposición efectiva de esos medios externos. El artículo 62 de la propuesta de Directiva viene a aclarar la discrepancia sobre qué tipo de solvencia puede acreditarse utilizando recursos ajenos (existen criterios divergentes en cuanto a la posibilidad de acreditar la solvencia económica y financiera entre la JCCA del Estado -Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003- y la JCCA de Aragón -Informe 29/2008, de 10 de diciembre-), estableciendo la regla de que se pueden integrar todo tipo de solvencia, incluida la económica, “un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar al poder adjudicador que dispondrá de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto. En cuanto a su solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán exigir que el operador económico y dichas entidades sean responsables solidarios de la ejecución del contrato”.

Por lo demás, y dado que la implantación de esas formas de cooperación entre PYMEs exige tiempo, los poderes adjudicadores deberían aprovechar la posibilidad de preparar el mercado para futuras contrataciones, publicando anuncios de información previa que den a los operadores económicos margen de tiempo suficiente para preparar ofertas conjuntas. Es evidente que todas estas disposiciones y prácticas facilitan la constitución de agrupaciones de PYMEs independiente.

4. Una de las herramientas clave para incrementar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos es la extensión, en su concreta aplicación, de la figura de los acuerdos marco con varios operadores económicos y no exclusivamente con un único operador. A través de este procedimiento “precontractual” los poderes adjudicadores cuentan con la posibilidad de celebrar un acuerdo marco con varios operadores económicos y de organizar posteriores «mini licitaciones», abiertas a la participación de las partes en el acuerdo marco, a medida que se vayan haciendo patentes las necesidades de suministro del poder adjudicador. Frente a los mecanismos habituales de licitación, en los que el poder adjudicador busca un proveedor que le suministre todos los bienes durante un período determinado -lo que podría favorecer a empresas de mayores dimensiones-, los acuerdos marco pueden brindar a las PYMEs la posibilidad de competir por contratos que se hallen en condiciones de ejecutar. Tal es el caso, en particular, de los acuerdos marco que abarcan a un gran número de operadores económicos y están subdivididos en lotes, o de los contratos basados en tales acuerdos marco que se adjudican por lotes. Estas “mini licitaciones” deberían apoyarse en medios electrónicos con plazos cortos y criterios muy reglados.
5. Hay que **mejorar el acceso a la información por parte de las PYMEs** a través de las posibilidades que ofrece la contratación pública electrónica (e-procurement). Como ya se ha explicado en este trabajo, sin efectiva

información no hay transparencia ni concurrencia y ello perjudica especialmente a las PYMEs. Aun siendo medidas muy interesantes debe avanzarse en la implementación de los medios electrónicos en la tramitación de los procedimientos de contratos públicos. Obviamente la contratación pública electrónica favorece la competencia, ya que facilita el acceso a la información pertinente sobre oportunidades de negocio. Puede, además, resultar especialmente ventajosa para las PYMEs, ya que les permite una comunicación rápida y barata; así, por ejemplo, puede descargarse el pliego de condiciones y cualquier otra documentación complementaria, sin gasto alguno de copia y envío. Pero esto será así si la información no se encuentra fraccionada en la red con lo que se dificulta -si no impide- el efectivo conocimiento de las licitaciones en curso. Por ello, debería establecerse las siguientes obligaciones⁴⁹:

- publicación de los anuncios de contratos públicos en línea;
 - habilitación de un único portal Web centralizado para el Estado y las Comunidades Autónomas;
 - libre acceso a los anuncios;
 - motor de búsqueda multifuncional;
 - posibilidad de que las empresas creen un perfil, a fin de recibir avisos sobre oportunidades de negocio;
 - descarga directa de los pliegos de licitación y la documentación complementaria;
 - sistema de licitación electrónica, que permita a los poderes adjudicadores recibir ofertas por vía electrónica con sujeción a lo dispuesto en las Directivas sobre contratación pública en lo que respecta a la integridad de la información, la confidencialidad, la accesibilidad, etc.
6. En la línea de simplificación de trámites y ahorro de "costes" es necesario insistir en la implementación de la administración electrónica en la tramitación de los contratos públicos. La intercomunicación por medios electrónicos debe garantizar no sólo los extremos relativos al contenido íntegro de los actos sino también los que hacen referencia a su autoría, competencia del órgano y a su fecha de emisión, lo cual es especialmente relevante en relación con trámites como las certificaciones de existencia de crédito o los informes preceptivos de los órganos que tienen encomendada la fiscalización económica de los actos o el asesoramiento jurídico⁵⁰. Aquí debe tenerse muy en cuenta lo dispuesto por la Ley 11/2007 de 2 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que exime de presentar documentos que ya tienen las Administraciones Públicas y que da plena validez al envío de documentos escaneados acompañados con la firma digital del interesado. Un ejemplo claro son los Registros Electrónicos de Licitadores –bóveda del sistema para la efectiva contratación Pública electrónica-, y cuya implantación condiciona todo el modelo⁵¹.

⁴⁹ Vid. J.M. GIMENO FELIU, Las reformas legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público. Alcance y efectos prácticos, Clvitas, Clzur Menor, 2011, pp. 136-137.

⁵⁰ J. DOMINGUEZ-MACAYA, "La iecontratación, una nueva –y necesaria- forma de entender la contratación administrativa", Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 53, 2006., pp. 52-54.

⁵¹ A modo de ejemplo e Registro Electrónico de Empresas Licitadoras, regulado por Decreto 107/2005, de 31 de mayo, de Cataluña, ofrece un Registro en formato electrónico, voluntario y gratuito que es único para todo el sector

Directamente ligado al objetivo anterior, y desde la perspectiva de la “ventanilla única” parece correcta y aconsejable la creación de Registro de licitadores de ámbito territorial autonómico, en tanto medida de simplificación y ahorro de costes para los licitadores (y también poderes adjudicadores) amén de dotar de más agilidad a los procedimientos. Registros que, lógicamente, sus certificados deberán tener validez y eficacia obligatoria para todas las Administraciones Públicas⁵². Recordemos que los certificados del actual Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma solo tienen validez para aquellas entidades que lo hayan reconocido previo el oportuno convenio⁵³. El registro tendría que tener un formato electrónico y ser accesible por medios enteramente telemáticos. Esta dotará de mayor celeridad a los procedimientos proporcionando una mejor gestión de los mismos.

Uno de los motivos de queja más frecuentes de las PYMEs es el tiempo que requiere la cumplimentación de trámites administrativos. Por ello, dado que las PYMEs no suelen disponer de gran capacidad administrativa especializada, resulta imprescindible reducir al mínimo los requisitos administrativos. Por otra parte, puede resultar oportuno autorizar a los poderes adjudicadores a dispensar a los candidatos y licitadores de la obligación de presentar la totalidad o parte de las pruebas documentales exigidas en caso de que tales pruebas hayan sido ya presentadas poco tiempo antes en relación con otro procedimiento de contratación y siempre que los documentos pertinentes se hayan expedido con una antelación determinada y razonable y no hayan perdido su validez⁵⁴. En tales casos, podría invitarse al candidato, licitador o solicitante a declarar por su honor que las pruebas documentales se han aportado ya con motivo de un procedimiento de contratación anterior -que habrá de especificarse- y a confirmar que la situación permanece invariable.

público de Cataluña y que colabora con otros registros de licitadores y que pone a disposición de todos los órganos de contratación un completo “dossier electrónico” de la empresa –con solvencia completa- que es accesible de manera segura y permanente.

⁵² La lógica de la colaboración administrativa impone esta solución. Solo así se evitan duplicidades y costes administrativos innecesarios superando una visión centralista de la función de los Registros. En esta posición, de carácter general, resulta de interés el trabajo de GONZALEZ BUSTOS “ La cooperación administrativa como mecanismo de funcionamiento del mercado interior de servicios a la luz de la Directiva Bolkestein”, en libro col. Dirigido por R. Rivero Mercado Europeo y reformas administrativas. La trasposición de la Directiva servicios en España, Civitas, Cizur menor, 2009, p 219

⁵³ Vid. GIMENO FELIU, Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos, ob.cit, pp. 361- 362.

⁵⁴ A tal efecto debe recordarse que, de una parte, la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, reconoce el derecho de los ciudadanos a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante (Cfr. art. 35.f), y que la Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, establece el derecho a no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas (Cfr. art. 6.2.b). La reciente Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización al añadir dos nuevos apartados 4 y 5 al artículo 146 prevén la técnica de declaración responsable con una doble posibilidad: potestativa para cualquier contrato e importe si lo prevé el pliego de licitación, y obligatorio en contratos de servicios y suministros de importe inferior a 90 000 euros y 1 000 000 de euros de obras.

IV. A propósito de los criterios ambientales y sociales (ejemplo de su utilización en España)

Los criterios sociales y medioambientales son uno de los principales ejemplos de esta visión estratégica en la contratación pública. Y, en consecuencia, están admitidos y fomentados por las instituciones comunitarias dado que la contratación pública no es un fin en sí misma sino que es una potestad al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, medio ambiente, integración social) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE⁵⁵. Así nada impide, como recuerdan las dos comunicaciones citadas, que se incluyan estos criterios dado que los poderes adjudicadores gozan de libertad para determinarlos siempre que no se restrinja la participación en él en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros. Estos criterios sociales y ambientales no restringen la competencia sino que suponen una adecuada regulación de la misma, optando por primar a las legislaciones más avanzadas en la aplicación de dichas políticas públicas -y las empresas que las cumplen- frente a legislaciones de otros Estados indiferentes a estas materias. La perspectiva instrumental de la contratación pública aconseja a que en esta fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y de política social, pues lo contrario supone abandonar una herramienta de consolidación de políticas públicas de gran alcance y abonar el campo a una posible deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas ya que, obviamente, se traducen en costes económicos que resultarían difícilmente rentables⁵⁶. Pero conviene analizar su adecuación como criterio objetivo en la oferta económicamente más ventajosa⁵⁷.

Los aspectos medioambientales se mencionan explícitamente en la Directiva 2004/18 de contratos públicos⁵⁸. En consecuencia, el artículo sobre los criterios de adjudicación debe interpretarse de modo que los aspectos medioambientales resulten en la definición de criterios de adjudicación específicos⁵⁹. Que un producto "sea" respetuoso con la naturaleza

⁵⁵ La política de contratación pública es, en definitiva, uno de los muchos elementos de la política de mercado interior, que tiene una serie de objetivos estratégicos (en particular, la libre circulación de mercancías, personas y servicios). Pretende contribuir a la realización del mercado interior, estableciendo las condiciones de competencia necesarias para que los contratos públicos se adjudiquen sin discriminación y asignando racionalmente los recursos públicos mediante la elección de la mejor oferta. La aplicación de estos principios permite a los poderes adjudicadores obtener la mayor rentabilidad siguiendo ciertas normas en cuanto a la descripción del objeto del contrato, la selección de los candidatos conforme a criterios objetivos y la adjudicación fundada exclusivamente en el precio o, facultativamente, en una serie de criterios objetivos. A favor de esta interpretación puede consultarse C. TOBLER, "Encore: women's clauses in public procurement under Community Law", ob. Cit., pp 624-627

⁵⁶ Como destaca G. VARA ARRIBAS, es posible una contratación pública sostenible que combine adecuadamente criterios económicos con criterios sociales y ambientales. "Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública", Revista Española de Derecho comunitario núm. 26, 2008, p. 128.

⁵⁷ De hecho la Directiva no los menciona entre los criterios objetivos dentro del articulado (sí en los considerandos). Como bien explica J.A. MORENO MOLINA, en el complicado proceso de negociación de la Directiva 2004/18, los representantes del Gobierno español lograron insertar en el citado Considerando una referencia expresa a la utilización de los criterios sociales en la adjudicación de los contratos, referencia que no se pudo consensuar para incluirla en el articulado de la Directiva, La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático, La Ley, Madrid, 2007, p. 525, nota 213.

⁵⁸ Debe advertirse que en las propuestas de modificación de las Directivas de contratación pública, las características medioambientales se relacionaban explícitamente entre los criterios que podrían servir para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

⁵⁹ En la legislación española, por lo que se refiere a los criterios medioambientales el artículo 150 TRLCSP establece que para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como... las características

sin más precisiones no es, en cuanto tal, cuantificable y no aporta necesariamente una ventaja económica para los poderes adjudicadores. No obstante, éstos pueden tener en cuenta el carácter “respetuoso con el medio ambiente” de los productos o servicios (por ejemplo, el consumo de recursos naturales), “traduciendo” tal objetivo medioambiental a criterios concretos, relacionados con el producto y cuantificables desde el punto de vista económico, por ejemplo, exigiendo una determinada tasa de consumo de electricidad⁶⁰. En la mayor parte de los casos, este tipo de criterios se refiere a la calidad o eficacia del producto o de la ejecución de obras o prestación de servicios (es decir, la calidad o mérito técnico que se mencionan entre los criterios de adjudicación). Por lo tanto, los aspectos medioambientales relacionados con un producto o servicio estarán en pie de igualdad de las características funcionales y estéticas, que son criterios que se enumeran explícitamente en las directivas de contratos públicos, a la hora de medir el valor económico.

Los elementos medioambientales pueden servir para determinar la oferta económicamente más ventajosa, en aquéllos casos en que suponga una ventaja económica para la entidad contratante que pueda atribuirse al producto o servicio objeto de la licitación⁶¹. Pero, insistimos, deberán estar relacionados – aun de forma indirecta- con el objeto del contrato y no con la cualificación del contratista, pues ese aspecto se debe valorar en el procedimiento restringido⁶².

La validez de este criterio fue confirmada por la STJCE de 17 de septiembre de 2002, (Asunto Concordia), al afirmar que es criterio válido las consideraciones medioambientales⁶³. En esta importante Sentencia, en la que se analizaba la validez incluir entre los criterios de adjudicación del contrato la organización del empresario en materia de calidad y de medio ambiente (debían concederse puntos adicionales por un conjunto de criterios cualitativos y por un programa de conservación del medio ambiente acreditados mediante certificación) y la reducción de las emisiones de óxido de nitrógeno o del nivel de ruido de los vehículos (criterios de naturaleza ecológica)⁶⁴ se afirma que “1) El artículo 36, apartado 1, letra a), de

medioambientales...el apartado 3, letra h) de dicho artículo añade que deberán adjudicarse mediante la aplicación de varios criterios de adjudicación aquellos ... cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos.

⁶⁰ Pueden utilizarse los criterios de la etiqueta ecológica para determinar la oferta económicamente más ventajosa cuando reúnan las condiciones que lo relaciones directamente con el objeto del contrato.

⁶¹ La Comisión señala a este respecto que los poderes adjudicadores tienen la posibilidad de definir el objeto del contrato y de integrar en esta fase de la licitación sus preferencias medioambientales relacionadas con posibles ventajas económicas indirectas, incluso recurriendo a la utilización de variantes (p. Ej: Posibilidad de tener en cuenta los costes originados durante el ciclo vital de los productos; Posibilidad de tener en cuenta las externalidades –que son los daños o beneficios que no son pagados ni por quien contamina ni por el beneficiario en condiciones normales de mercado-; requisitos de protección o rendimiento medioambiental).

⁶² Vid la evolución en el trabajo de J. PERNAS GARCIA, *Compra Pública Verde*, ob. Cit.. También en D. FERNANDEZ DE GATTA SANCHEZ, “El régimen de la incorporación de criterios ambientales en la contratación del sector público: su plasmación en las nuevas leyes sobre contratación pública de 2007”, *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 80, 2008, pp. 41 y ss y GIL IBAÑEZ, J.L., “El impulso comunitario al medio ambiente a través de la contratación pública (I) y (II)”, *Revista Contratación Administrativa Práctica* núms. 67 y 68, 2007, pp. 35 a 48 y 37 a 47.

⁶³ Un interesante comentario a esta Sentencia es efectuado por MARTINEZ PALLARES “El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial la inclusión de criterios medioambientales”, en libro col. *Contratación de las Administraciones Públicas...*, ob. Cit., pp. 161-171.

⁶⁴ Un licitador podía obtener un máximo de 10 puntos adicionales con arreglo a ciertos criterios. Así, tales puntos se asignaban, en particular, por la utilización de autobuses que tuvieran, por una parte, emisiones de óxidos de nitrógeno inferiores a 4 g/kWh (+ 2,5 puntos/autobús) o inferiores a 2 g/kWh (+ 3,5puntos/autobús) y, por otra

la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que, cuando, en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación. 2) El principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con la protección del medio ambiente, como los controvertidos en el asunto principal, por el mero hecho de que la propia empresa de transportes de la entidad adjudicadora sea una de las pocas empresas que pueden ofrecer unos vehículos que cumplan los criterios mencionados." Asimismo, y este dato de gran relevancia, el Tribunal ha asumido el criterio esgrimido por el Abogado General Sr. Jean Mischo, ha considerado que el que la entidad contratante deba identificar la oferta económicamente más ventajosa no significa que cada criterio deba tener una dimensión estrictamente económica en relación con ese contrato sino que puede consistir en una ventaja económica "indirecta" con el mismo pero directa con los fines públicos perseguidos con la Administración, siempre y cuando se respeten los principios fundamentales del derecho comunitario, en especial del principio de no discriminación, y al cumplimiento de las normas de procedimiento, en especial las referidas a la publicidad.

En esta misma línea se ha posicionado la STJCE de 4 de diciembre de 2004 (EVN AG), al afirmar "La normativa comunitaria en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, al que se atribuye un coeficiente de ponderación del 45 %, careciendo de relevancia a este respecto el hecho de que dicho criterio no permita necesariamente alcanzar el objetivo que se persigue"⁶⁵.

En resumen, no sólo es posible, sino conveniente, valorar los aspectos medioambientales en al contratación pública con los requisitos ya expuestos⁶⁶. Y en el campo del medio ambiente

parte, un nivel de ruido inferior a 77 dB (+ 1 punto/autobús).

⁶⁵ En todo caso, como bien advierte el TJUE, dicha normativa se opone a este criterio en la medida en que: - no vaya acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de la información contenida en las ofertas, - exija a los participantes en la licitación que indiquen la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables que podrán suministrar a una clientela indeterminada y atribuya la máxima puntuación al licitador que indique la mayor cantidad, teniendo en cuenta que sólo se valora la parte de ésta que exceda del volumen de consumo previsible en el marco de la licitación.

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si, a pesar de no haber establecido la entidad adjudicadora un período de suministro determinado, el criterio de adjudicación ha sido formulado de forma suficientemente clara como para responder a las exigencias de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Sobre este tema vid. J. A. RAZQUIN, "El impacto de la Jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el ordenamiento jurídico interno", Revista Jurídica de Navarra núm. 37, 2004, pp. 218-219.

⁶⁶ Sobre esta cuestión vid J.F. MESTRE DELGADO, "Contratos públicos y políticas de protección social y medio ambiental", REALA núm. 291, 2003, pp. 705-730. En este sentido, y a modo de ejemplo, resulta de interés el

pueden ser criterios de selección la posibilidad de exigir una experiencia determinada (en temas medioambientales), de exigir a los contratistas que actúen en el marco de un sistema de gestión medioambiental (por ejemplo, el ISO 14001, o cualquier otro justificante)⁶⁷.

Un tanto más compleja resulta la cuestión de los criterios sociales que si bien es una de las conexiones con las políticas públicas a que orientar la contratación⁶⁸, su posible utilización como criterio de adjudicación exige determinar previamente si es éste el momento procedimental oportuno⁶⁹. Algún autor defiende la conveniencia de incluirlos en los pliegos de cláusulas administrativas, pues como indica J.A. MORENO MOLINA⁷⁰, es un criterio objetivo adecuado que se sitúa entre los objetivos prioritarios de actuación de los poderes públicos⁷¹.

En relación a la posibilidad de incluir criterios que integren aspectos sociales, cabría admitirla cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato (Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña 4/2003, de 29 de abril, sobre incorporación de criterios medioambientales en la contratación administrativa. También el Informe 1/2006, de 14 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre "Buenas prácticas medioambientales a considerar en la contratación de las obras públicas".

⁶⁷ Al fin y al cabo, como bien afirma B.F. MACERA, el respeto al medio ambiente es "el límite objetivo, intrínseco y connatural a la libertad de empresa. El deber industrial de respetar el medio ambiente. Análisis de una situación pasiva del Derecho público, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 102.

⁶⁸ Sin ánimo exhaustivo pueden citarse los siguientes trabajos: M.A. BERNAL BLAY, "Hacia una contratación pública socialmente responsable, las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", en libro col. El Derecho de los contratos públicos, Monográficos de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. X, Zaragoza, 2008; J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS, La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático, La Ley, Madrid, 2007, pp. 516 y ss.; F. VILLALBA PÉREZ, «La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público», Revista Andaluza de Administración Pública, 74, 2009, pp. 49 y ss.; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009; J. A. VÉLEZ TORO, «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa local», Contratación Administrativa Práctica, 10, 2002, pp. 32 y ss.; S. VERNIA TRILLO, «La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública», Revista Aragonesa de Administración Pública, 20, 2002, pp. 429-454; J. F. MESTRE DELGADO, «Contratos...», pp. 705-730; H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, «¿Cláusulas...», pp. 27-67; P. LÓPEZ TOLEDO, «Contratación pública y medio ambiente», Contratación Administrativa Práctica, 33, 2004, pp. 25 y ss.; P. L. MARTÍNEZ PALLARÉS, «El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos», en Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública, dir. J. M. Gimeno Feliu, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61 y ss.; J. M. GIMENO FELIÚ, «Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales», en Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública, dir. J. M. Gimeno Feliu, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61 y ss.; del mismo autor, La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española, Civitas, Madrid, 2006, pp. 202 y ss.; J. A. BLÁZQUEZ ROMÁN y P. RAMÍREZ HORTELANO, «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa», Contratación Administrativa Práctica, 42, 2005, pp. 39 y ss.; A. GONZÁLEZ ALONSO, «La contratación pública ecológica», Justicia Administrativa, 47, 2010, pp. 31 y ss.; M. OLLER RUBERT, «La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública», Revista Catalana de Dret Ambiental, 1, 2010, J. J. PERNÁS GARCÍA, Contratación pública verde, La Ley, Madrid, 2012.

⁶⁹ Así lo entiende también BLÁZQUEZ RONMAN, A., y RAMIREZ HORTELANO, P., "Las cláusulas sociales en la contratación administrativa", Revista Contratación Administrativa Práctica, núm. 42, 2005, pp. 39-48.

⁷⁰ MORENO MOLINA, Nuevo régimen..., ob. Cit., p. 322. Igualmente, VERNIA TRILLO, S., "La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública", Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 20, 2002, pp. 441-453.

⁷¹ Por el contrario, una posición contraria a la valoración en la contratación de criterios relativos a otras políticas de la Unión Europea -como cláusulas sociales o medioambientales- es sostenida por ARROWSMITH, S., "The E.C. procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for anew approach", European Law Review, vol 21, núm 1 de 2002, pp. 11-13.

de 2001)⁷² por lo que no es posible su valoración en todas las fases de la adjudicación⁷³. La STJCE de 26 de septiembre de 2000 (Comisión/Francia) considera que la inclusión de una cláusula relativa al empleo, relacionada con la lucha contra el desempleo, no es por sí, contraria a Derecho Comunitario:

“(las Directivas) no excluye la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, apartado 29).

Además, aun cuando tal criterio no sea en sí mismo incompatible con la Directiva 93/37, su aplicación debe respetar todas las normas de procedimiento de dicha Directiva y, especialmente, las normas de publicidad que contiene (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 31, por lo que respecta a la Directiva 71/305). Se desprende de lo anterior que un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación para permitir que los contratistas conozcan la existencia de condición.”

La Directiva 2004/18, avanzó en la conveniencia de estos criterios sociales⁷⁴. Y, en concreto, el artículo 19, admite la posibilidad de los Estados de reservar, sin que la norma delimite cuantitativamente la reserva, a talleres protegidos el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o su ejecución en el marco de programas de empleo

⁷² En un caso que la Comisión tuvo que examinar, el poder adjudicador se basó principalmente en los elementos siguientes para adjudicar un contrato a la empresa local de transporte: la implantación de la empresa en la localidad tenía, por una parte, repercusiones fiscales y suponía, por otra, la creación de puestos de trabajo estables; además, la adquisición en ese mismo lugar de un importante volumen de material y servicios por parte del proveedor garantizaba una serie de empleos locales. La Comisión consideró que los poderes adjudicadores no podían basarse en este tipo de criterios para evaluar las ofertas, dado que no permitían valorar una ventaja económica propia de la prestación objeto del contrato y que beneficiara al poder adjudicador. Esta primera objeción venía motivada por la violación de las normas sobre adjudicación contenidas en el artículo 36.1 de la Directiva 92/50/CEE. Asimismo, estos elementos habían llevado a discriminar a los demás licitadores, puesto que, al comparar las ofertas, se dio preferencia al único proveedor establecido en la localidad considerada. En consecuencia, se había infringido el principio general de no discriminación entre proveedores de servicios enunciado en el artículo 3 de la Directiva 92/50/CEE. A favor de esta posibilidad también se había posicionado en España el Consejo de Estado en su Dictamen 4464/98, de 22 de diciembre. En la doctrina vid. MORENO MOLINA, “Los procedimientos de selección de contratistas y de adjudicación de los contratos”, Noticias Unión Europea, núm. 198, 2001, pp. 68.

⁷³ De especial interés resulta el trabajo de M.A. BERNAL BLAY, “Hacia una contratación pública socialmente responsable, las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, en libro col. El Derecho de los contratos públicos, Monográficos de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. X, Zaragoza, 2008, pp. 211-252. Criterio del que participan tanto el Consejo de Estado (Dictamen 4468/1998, 22 diciembre) como el Consejo Económico y Social (Dictamen nº 5 de 27 de mayo) al entender que los criterios a valorar en un concurso “no han de limitarse a una mera consideración presupuestaria sino que han de venir integrados en el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos”.

⁷⁴ El Considerando 28 de esta Directiva afirma que “el empleo y la ocupación son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos y contribuyen a la inserción en la sociedad. En este contexto, los programas de talleres y empleos protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido”.

protegido, pero siempre que se respete el Derecho comunitario y, en particular, los principios de igualdad y transparencia. Línea en la que insiste la mencionada Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, que contempla como una de sus prioridades, además del desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación, y la promoción de una economía que haga un uso más eficaz de los recursos y que sea competitiva, el fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial⁷⁵.

Ahora bien, la posibilidad de utilizar criterios sociales para la adjudicación de un contrato público se encuentra más limitada que los criterios ambientales. En primer lugar, porque dichos criterios deben estar vinculados al objeto del contrato (o a sus condiciones de ejecución)⁷⁶. Este es un aspecto fundamental, ya que, tal y como ha señalado la Comisión Europea, la característica común a los criterios utilizados para valorar las ofertas es que, al igual que los criterios que se citan a modo de ejemplo, todos ellos deben referirse a la naturaleza de la prestación objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución. Su finalidad es permitir a los poderes adjudicadores comparar las ofertas de manera objetiva, a fin de determinar la que mejor responde a sus necesidades en el marco de un contrato dado. Es por ello que todo criterio de adjudicación ha de permitir valorar las cualidades intrínsecas de un producto o servicio, para lo cual se hace necesaria su vinculación al objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución⁷⁷. En todo caso, estos criterios deben aportar “ventajas” en al ejecución del contrato y deben estar expresamente previsto en los pliegos de la licitación. De ahí la dificultad de encontrar algún criterios social que se pueda valorar en fase de adjudicación⁷⁸. Lo que supone la legalidad de la inclusión de los aspectos sociales en la adjudicación, siempre que guarden relación con la prestación demandada y no relación con una mejor solvencia⁷⁹. Lo que en la práctica no resulta fácil por cuanto cuando se citan criterios como el empleo de trabajadores minusválidos, la estabilidad de la plantilla, el índice de siniestrabilidad laboral, difícilmente se puede justificar su relación con la prestación demandada, siendo más propio de necesaria valoración en la fase de solvencia de los

⁷⁵ [COM(2010) 2020] Entre los objetivos que la Comisión Europea propone en este documento la Comisión, que deben alcanzarse en 2020 a más tardar, podemos destacar aquí el de alcanzar una tasa de empleo del 75% para la población de entre 20 y 64 años.

⁷⁶ STJUE de 17 de septiembre de 2002, As. C-513/99, Concordia Bus Finland, apartado 64. Tales límites han sido recogidos en el Considerando núm. 1 de la Directiva 2004/18. No se exige que esa relación con el objeto contractual sea inmediata o especialmente intensa, sino sólo una verdadera vinculación; lo que se persigue es evitar criterios adjudicadores ajenos a la correcta ejecución del contrato, y, por ello, es suficiente que la cláusula social establecida como criterio de adjudicación contribuya a la realización de las prestaciones pactadas, GOSÁLBZ PEQUEÑO, H.: “¿Cláusulas sociales...”, p. 63.

⁷⁷ Comunicación interpretativa de la Comisión de 15 de octubre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos sociales en dichos contratos, 2001, p. 13 y 14

⁷⁸ El TJUE lo ha admitido, aunque con ciertos límites, en Sentencia del 26 de septiembre de 2000, (Comisión/Francia Nord-Pas-de-Calais, As.) al entender que “un criterio adicional de adjudicación relacionado con una acción local de lucha contra el desempleo constituiría un criterio válido para la adjudicación de un contrato público”, ahora bien, siempre que se mencionase expresamente en el anuncio de licitación y “se respetasen todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios” (apartados 49 a 51)”. Vid. T. MEDINA ARNÁIZ, “La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, REDA núm. 153, 2012, pp. 213 – 240

⁷⁹ No se exige que esa relación con el objeto contractual sea inmediata o especialmente intensa, sino sólo una verdadera vinculación; lo que se persigue es evitar criterios adjudicadores ajenos a la correcta ejecución del contrato, y, por ello, es suficiente que la cláusula social establecida como criterio de adjudicación contribuya a la realización de las prestaciones pactadas, GOSÁLBZ PEQUEÑO, H.: “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?”, Justicia Administrativa, 20, 2003, pág. 63. También, BERNAL BLAY, M.A., “Hacia una contratación Pública socialmente...”, ob., cit., pp. 232-233

contratistas⁸⁰ (éste ha sido, por lo demás, el criterio de la Comisión cuando se ha pretendido utilizar como criterio de adjudicación la estabilidad laboral)⁸¹.

Así se ha pronunciado Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución 130/2011, de 27 de abril de 2011), donde se afirma que:

«Ambas circunstancias incumplen, según el juicio de este Tribunal, el requisito de estar directamente vinculadas al objeto del contrato, siéndoles de aplicación las mismas consideraciones que con anterioridad se han hecho con respecto de la valoración del importe de la póliza de responsabilidad civil en los términos antedichos. Por lo que respecta a la titularidad o no de un centro de formación por parte del licitador es algo que ya está exigido por la legislación específica del sector tal como la asociación empresarial reclamante pone de manifiesto en su escrito de interposición, pero que no afecta, según el criterio de este Tribunal, a la mayor o menor calidad de la prestación del servicio, por ser una exigencia general para todas las empresas del sector. Por otra parte, el hecho de valorar con mayor puntuación que el centro de formación sea de la titularidad de la empresa licitadora o simplemente lo tenga a su disposición en virtud de algún otro título jurídico, es absolutamente irrelevante para la prestación del servicio y no debe valorarse como criterio de adjudicación. Cuestión similar es la relativa a la estabilidad en el empleo. Este requisito se exige con respecto a la plantilla de la empresa no con relación a los trabajadores de la misma que vayan a realizar la prestación objeto del contrato, respecto de los cuales existe además la obligación de subrogarse y, por tanto, el requisito de estabilidad en el empleo ya resulta implícito en ella. Está claro que en tales circunstancias no puede considerarse que este criterio de estabilidad cumpla los requisitos del artículo 134.1 de la ley de Contratos del Sector Público antes mencionados y por tanto no puede ser incluido como tal en los pliegos».

Por ello, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 53/08, de 29 de enero de 2009, «Medidas que contribuyan y fomenten la integración de personas discapacitadas» afirma que no es posible exigir la utilización como criterio de adjudicación el número o porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla vinculados directamente a la ejecución del contrato, porque tal criterio no cumple el requisito de estar vinculado directamente al objeto del contrato. Así, estos criterios sociales serían más propios de la fase

⁸⁰ Por ello la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 5/2002, de 13 de junio entiende que la estabilidad en el empleo no puede ser criterio de concurso, pudiendo ser causa de selección y exclusión de contratistas. Sobre la dificultad de valorar criterios sociales en el concurso se pronuncian también BLAZQUEZ RONMAN, A., y RAMIREZ HORTELANO, P., " ob., cit., pp. 45-48. Esto explica la posición de la Comisión frente a la opción de la Comunidad de Madrid de valorar los criterios sociales en el concurso, ya que a juicio de aquella son criterios de índole subjetiva que no guardan relación con la prestación concreta.

⁸¹ Dictamen Motivado, remitido el 8 de febrero de 2002, a la Representación Permanente de España ante la Unión Europea (Infracción nº 1998/5040) contra Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, de la Comunidad de Madrid. La Comisión Europea señaló que no cabe duda de que los objetivos que persigue la Comunidad Autónoma de Madrid en relación con la promoción del empleo estable no sólo son loables, sino que se adecuan perfectamente a la política social comunitaria. Lo que la Comisión objeta no es el fin, sino el medio. Las directivas comunitarias sobre contratación pública y las disposiciones del Tratado aplicables en la materia se integran en el marco de la realización del mercado interior: sus objetivos son, por una parte, optimizar la gestión de las compras públicas, tratando de obtener la mejor relación calidad- precio y, por otra, garantizar una competencia efectiva y unas condiciones de acceso al mercado iguales para todas las empresas. Las directivas que rigen la contratación pública no han sido por tanto concebidas como instrumentos de la política social, que tiene otros medios de los que servirse. Ello se refleja en el articulado actual de las directivas, que sólo admiten las dos formas de adjudicación descritas más arriba, sin que quepa incluir entre los criterios de adjudicación ninguna consideración ajena a la prestación concreta de que se trate. La Comunidad de Madrid - Decreto 128/2005- derogó el precepto cuestionado.

de ejecución, tal y como advierte la propia Comunicación e interpretativa de la Comisión de 15 de octubre de 2001.

Esta aparente limitación de los criterios sociales en la contratación pública puede solventarse acudiendo a las fórmulas de criterios de preferencia o de reserva de contratos. La Disposición Adicional Quinta TRLCSP fija una preferencia en la adjudicación, en situación de empate entre empresas respecto la oferta más ventajosa económicamente, a favor de empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por ciento; empresas dedicadas a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social; entidades sin ánimo de lucro en contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial. El apartado 4 de la disposición referida también establece una preferencia de adjudicación en situación de empate, a favor de las Organizaciones de Comercio Justo que ofrezcan productos en los que exista esta alternativa. Previsiones de dudosa eficacia práctica al limitar o condicionar su aplicación a una eventual y poco probable situación de empate.

Más útil resulta la reserva de contratos tal y como se contiene en la Ley Foral 6/2006, de Contratos públicos de Navarra (artículo 9.2) o en la reciente Ley 3/2001 de medidas de Contratos del Sector Público de Aragón que establece con carácter obligatorio –para la Administración autonómica- las reservas sociales de contratos a favor de Centros Especiales de Empleo y de Empresas de Inserción (precepto que no es de aplicación obligatoria a las entidades locales), que se determinarán anualmente por Ley de Presupuestos en forma de porcentaje mínimo y máximo sobre el importe total anual de la contratación de suministros y servicios precisos para el funcionamiento ordinario de la Comunidad Autónoma realizada en su último ejercicio cerrado (artículo 7). Con este modelo no se pervierten las reglas generales de concurrencia y se implementa una efectiva política de inserción laboral⁸².

V. Depuración conceptual, simplificación y flexibilización de los procedimientos de contratación

La nueva propuesta de Directiva pretende clarificar ciertos conceptos que han planteado dudas interpretativas. En concreto pueden destacarse las siguientes cuestiones

- a. Se precisa el concepto de organismo de derecho público, al incorporar la doctrina del TJUE⁸³. Así, los requisitos que se contienen ahora y que permiten una más fácil constatación son:

⁸² Sobre la aplicación de este tipo de contrato en la Ley Navarra vid. BELTRAN AGUIRRE, J.L., “La adjudicación de los contratos. Los procedimientos de contratos públicos de Navarra”, en libro col. (Dir J. C. ALLI), Comentarios a la Ley Foral de Contratos públicos, ed. Gobierno de Navarra, Pamplona, 2007, pp. 284-284. Resulta de especial interés el Informe 16/2010, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Consideraciones sobre la reserva de contratos en favor de Centros Especiales de Empleo y otros aspectos vinculados con la contratación de personas discapacitadas.

⁸³ Me remito a mi trabajo “El ámbito subjetivo de aplicación TRLCSP: luces y sombras”, RAP 176, 2008, pp.9-54. Según jurisprudencia reiterada, el concepto de «organismo de Derecho público», concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, y de 13 de enero de 2007, apartado 27). En relación a la sentencia de 15 de mayo de 2003 que condena

1. que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; a tal efecto, un organismo que opera en condiciones comerciales normales, tiene por objeto obtener un beneficio y soporta las pérdidas asociadas al ejercicio de su actividad, no tiene la finalidad de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Es decir, que sin riesgo empresarial en la gestión se cumplirá siempre este requisito (interpretación fijada por la STJCE de 16 de octubre de 2003, en relación a la empresa pública española SIEPSA);
2. que esté dotado de personalidad jurídica propia. Resultando, indiferente, el que sea pública o privada, como ha determinado el TJUE (Así se expresa de forma clara en la STJCE de 15 de mayo de 2003, en la que se condena al Reino de España).
3. que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público⁸⁴.

al Reino de España (y las subsiguientes de 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005) pueden consultarse en la doctrina española los siguientes trabajos: J.L. PIÑAR MAÑAS, "La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas. Importante STJUE de 15 de mayo de 2003 por la que se condena a España en materia de contratos", Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 585, 2003, J.A. MORENO MOLINA, "Reciente evolución del Derecho Comunitario de la Contratación pública. El asunto C-214/2000", en GIMENO FELIÚ José María (Coord.) Contratación de las Administraciones Públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública, Atelier, Barcelona, 2004; B. NOGUERA DE LA MUELA, "El control de la contratación pública en el Derecho Comunitario y en el Ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social", en J.M. GIMENO FELIÚ (Coord.) Contratación de las Administraciones Públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública, Atelier, Barcelona, 2004, y también en su estudio "Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 (Comisión/España) en el Ordenamiento jurídico español: Concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social", en Revista Andaluza de Administración Pública nº 53, 2004, págs.17-45; J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, "El impacto de la Jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el Ordenamiento jurídico interno", Revista Jurídica de Navarra nº 37 Enero/Junio 2004, págs. 205- 238, J., CARRILLO DONAIRE, "Un nuevo paso en la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de poder adjudicador: la sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2003, sobre procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas con ocasión de una licitación a cargo de la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios", Revista Andaluza de Administración Pública núm. 51, 2003, pp. 127-151 y M. A. BERNAL BLAY, "Acerca de la transposición de las directivas comunitarias sobre contratación pública. Comentario a la STJUE de 13 de enero de 2005, as. C-84/03 (Comisión Vs. Reino de España) y el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo", RAP núm. 168, 2005, pp. 167-185.

⁸⁴ La STJUE de 11 de junio de 2009 (Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik) determina una interpretación "amplia", al resolver la cuestión de si un acuerdo celebrado con la caja pública del seguro de enfermedad, de calzado ortopédico fabricado y adaptado individualmente es o no un contrato público sometido a la Directiva 2004/18. En la sentencia se afirma que una financiación, como la analizada, de un régimen público del seguro de enfermedad que tiene su origen en actos del Estado, está, en la práctica, garantizada por los poderes públicos y está asegurada mediante una forma de recaudación de las cotizaciones correspondientes regulada por las disposiciones de Derecho público, cumple el requisito relativo a la financiación mayoritaria por el Estado, a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos. Este dato -sin valorar si su actividad es o no de interés general o industrial o mercantil- lleva al TJUE a afirmar que tales cajas del seguro de enfermedad deben considerarse organismos de Derecho público y, por consiguiente, poderes adjudicadores a efectos de la aplicación de las normas de esta Directiva.

Esta nueva definición ha de permitir corregir ciertos problemas interpretativos, aclarando quienes se encuentran sometidos a estas prescripciones. Especial interés tiene, como ha puesto de relieve M.A. BERNAL BLAY, que en el art. 10, precepto dedicado a las “exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios”, en la versión del texto presentado el 30 de noviembre de 2012, se contempla la adición de un nuevo apartado (g) en el antecitado precepto según el cual quedarían expresamente excluidos del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva:

“los contratos de servicios para campañas electorales identificados en el Reglamento CPV con los códigos 79341400-0, 92111230-3 y 92111240-6, cuando fueran adjudicados por un partido político en el marco de una campaña electoral” (Traducción propia del original: Contracts for political campaign services, falling within CPV 79341400- 0, 92111230-3 and 92111240-6, when awarded by a political party in the context of an election campaign).

Y es que, como bien argumenta, “únicamente partiendo de la consideración de los partidos políticos como “poderes adjudicadores” tiene sentido plantearse con posterioridad otras cuestiones que evoca la excepción a la aplicación de la Propuesta de Directiva que se contempla en el apartado g) de su artículo 10, y que guardan relación con el alcance de la misma. A este respecto debe indicarse que la exclusión se refiere a “contratos celebrados en el marco de una campaña electoral”, de lo cual cabe inferir que, fuera de ese contexto, la celebración de los contratos de servicios relacionados en dicho precepto (servicios de campañas de publicidad, así como la producción de películas de propaganda y la producción de videocintas de propaganda,) no quedaría excluida de la aplicación de la Directiva. La excepción puede tener sentido debido a que el tiempo que duran esas campañas electorales viene legalmente determinado, resultando incompatibles los plazos de campaña con los plazos mínimos que para la presentación de ofertas o solicitudes de participación se contemplan, en función de cada procedimiento, en las propuestas de Directiva”⁸⁵. Sin duda un cambio de indudable interés, máxime en el actual contexto de falta de transparencia de la gestión política que cuestiona la propia legitimidad de las instituciones administrativas.

- b. Se insiste en la técnica de la compra conjunta bien mediante centrales de compras o mediante la posibilidad de que varios entes contratantes sumen sus necesidades y tramiten un único procedimiento de licitación, lo que a comportar evidentes economías de escala (artículos 35 a 37)⁸⁶. En este último caso, la cooperación no exige una estructura estable ni esfuerzo económico. Esta

⁸⁵ Vid. M. A. BERNAL BLAY, “Los partidos políticos y la normativa sobre contratos públicos”, publicado en www.obcp.es (21 de enero de 2013), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.84/relcategoria.208/relmenu.3/chk.aaaa00f4aae47b021abbfe36d026f5fe>

⁸⁶ Centrales de compras llamadas a convertirse en un claro instrumento de colaboración administrativa y que debe traducirse en simplificación de la política de compras públicas para muchos de los sujetos sometidos a esta Ley, especialmente, los pequeños municipios. Me remito a mi trabajo “La contratación conjunta y las fórmulas de cooperación como mecanismos de gestión eficiente de la organización en el modelo local”, en libro col. Observatorio de Contratos Públicos 2012, Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 23-87.

solución plantea como ventaja la innecesidad de crear una nueva estructura profesional, utilizando los servicios existentes de cada corporación local. Además, no obliga a su utilización de forma ordinaria sino solo para los contratos que así se convenga por los Ayuntamientos interesados. Como inconveniente es que no puede figurar como poder adjudicador la entidad mancomunada⁸⁷.

- c. Especial interés tiene la supresión de la distinción tradicional entre los servicios denominados prioritarios y no prioritarios (servicios «A» y «B») que se contemplan en el Anexo II de la Directiva 2004/18. A juicio de la Comisión ya no está justificado restringir la aplicación plena de la legislación sobre contratación a un grupo limitado de servicios⁸⁸. La evaluación del impacto y la eficacia de la legislación sobre contratación pública de la UE ha puesto de manifiesto que los servicios sociales, de salud y de educación tienen características específicas que hacen que la aplicación de los procedimientos habituales para la adjudicación de contratos públicos de servicios resulte inadecuada en esos casos. Estos servicios se prestan normalmente en un contexto específico que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a la existencia de distintas circunstancias administrativas, organizativas y culturales. Los servicios tienen, por naturaleza, una dimensión transfronteriza muy limitada. Por lo tanto, los Estados miembros deben disponer de amplias facultades discrecionales para organizar la elección de los proveedores de servicios. La propuesta lo tiene en cuenta y establece un régimen específico para los contratos públicos destinados a adquirir estos servicios, con un umbral más elevado, de 500000 euros, imponiendo únicamente el respeto de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato⁸⁹.

⁸⁷ Esta técnica de cooperación prevista como agregación de demandas se contempla en 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 (COM(2011) 15 final), de 27 de enero de 2011. Resulta de interés la contribución a dicho documento del grupo de investigación Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Reino de España sobre «Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva» (Ref. DER JURI 2009-12116). IP: José M. Gimeno Feliu. Puede consultarse en el libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 459-516 (en especial, pp. 478-479). Esta misma opinión es sostenida por R. RIVERO ORTEGA, La necesaria innovación en las instituciones administrativas, INAP, 2012, pp. 109.

⁸⁸ El CESE - Dictamen del Comité Económico y Social europeo sobre la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales», la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la contratación pública», y la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión» (DOUE C 191, de 29 de junio de 2012)-es partidario de mantener la diferencia entre los servicios A y B siempre que exista seguridad jurídica, y la posibilidad de prorrogar los contratos transfronterizos de servicios B. Ya en el Dictamen INT/570 se preconizaba una revisión periódica de la lista de servicios B por parte de la Comisión, al objeto de determinar si algunos servicios B pueden, de manera ventajosa, transformarse en servicios A. En todo caso, el CESE muestra su preocupación en relación con los diversos contratos de servicios públicos que se encontraban previamente en la lista de servicios B y que ahora se han eliminado del anexo XVI y del anexo XVII, según el caso, de las propuestas, anexos dónde se recogen los servicios para los que resultará aplicable el procedimiento regulado en los artículos 74 a 76 o 84 a 86 de ambas propuestas. Por otro lado, el CESE entiende que la referencia a los servicios religiosos y a los prestados por sindicatos que actualmente se incluyen en el anexo XVI y en el anexo XVII de las propuestas debe ser eliminada (apartado 1.16.).

⁸⁹ A juicio de la Comisión, un análisis cuantitativo del valor de los contratos para la adquisición de este tipo de servicios, adjudicados a operadores económicos extranjeros, ha mostrado que los contratos por debajo de este valor no tienen, en general, interés transfronterizo.

- d. Por otra parte, y con el fin de permitir la mayor concurrencia de licitadores, la nueva regulación propone una revisión y clarificación de los motivos para la exclusión de candidatos y licitadores. Los poderes adjudicadores estarán facultados para excluir a los operadores económicos que hayan mostrado deficiencias significativas o persistentes en la ejecución de contratos anteriores. La propuesta prevé asimismo la posibilidad de «autocorrección»: los poderes adjudicadores podrán aceptar candidatos o licitadores aunque exista un motivo de exclusión, si estos han tomado las medidas apropiadas para corregir las consecuencias de un comportamiento ilícito e impedir de manera efectiva que se repita la mala conducta. Prima ahora el carácter funcional y no formalista en aras a permitir una mayor concurrencia entre operadores económicos que justifican su solvencia y capacidad.

Asimismo, con arreglo a la Directiva propuesta, un poder adjudicador podrá excluir del procedimiento a operadores económicos si detecta infracciones de las obligaciones establecidas por la legislación de la Unión en materia social, laboral o medioambiental o de las disposiciones internacionales de Derecho laboral. Además, cuando los poderes adjudicadores constaten que una oferta es anormalmente baja debido a infracciones de la legislación de la Unión en materia social, laboral o medioambiental, estarán obligados a rechazarla.

- e. En la línea de la simplificación procedimental -denominada “caja de herramientas”-, se habilitan dos tipos básicos de procedimiento ya conocidos: abierto y restringido pero se han acortado los plazos para la participación y la presentación de ofertas, lo que permite una contratación más rápida y más racional. Además, podrán prever, sujetos a determinadas condiciones, el procedimiento de licitación con negociación, el diálogo competitivo o la asociación para la innovación, un nuevo tipo de procedimiento para la contratación innovadora (artículo 24). El procedimiento de licitación con negociación, regulado en el artículo 27 de la propuesta, está contemplado en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (ACP), siempre que se contemple en el anuncio de licitación⁹⁰. Pero esta opción, como bien advierte J.A. MORENO MOLINA, debe estar supeditada a la condición de que se cumplan los principios de no discriminación y procedimiento justo⁹¹. Las posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación deben contraponerse con el aumento de los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores en el procedimiento negociado dé lugar a decisiones demasiado

⁹⁰ El considerando 15 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, reconoce que existe una necesidad generalizada de mayor flexibilidad y, en particular, de un acceso más amplio a un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones, como las que prevé el ACP explícitamente para todos los procedimientos. Por ello plantea que, salvo disposición en contrario en la legislación del Estado miembro de que se trate, los poderes adjudicadores deben tener la posibilidad de utilizar un procedimiento de licitación con negociación conforme a lo establecido en la Directiva, en situaciones diversas en las que no es probable que puedan obtenerse resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos sin negociación.

⁹¹ Vid. J.A. MORENO MOLINA, “La apuesta europea por un mayor recurso a la negociación en la contratación pública”, en obcp.es (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.52/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.684ee71d718b8e76aa58a4b78b4623d1>).

subjetivas. Por ello, sería recomendable residenciar la negociación en un órgano técnico de asistencia, no en un órgano político y dejar constancia del proceso de negociación, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que registren los términos en que se desarrolla la negociación. Los elementos que en ningún caso se podrán modificar en el transcurso de la negociación son la descripción de la contratación, la parte de las especificaciones técnicas que defina los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación. Por supuesto, durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato, por lo que no podrán no facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Y tampoco revelarán a los demás participantes en la negociación las soluciones propuestas por uno de los participantes, u otros datos confidenciales que este les comunique, sin el acuerdo previo de este⁹². Es este, por tanto, un procedimiento complejo que obliga a negociar efectivamente, tal y como confirma la jurisprudencia del TJUE: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2010 (C- 337/1998) Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, establece que "las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato..."⁹³.

Interesa destacar el importante cambio normativo en lo relativo a la **anormalidad o desproporción de las ofertas**⁹⁴. Pues bien la propuesta de Directiva viene a alterar la práctica habitual de esta técnica con una regulación que va a limitar su ejercicio.

⁹² Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de soluciones específicas u otra información confidencial.

⁹³ Igual consecuencia se infiere de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2011, Evropaiki Dynamiki contra Banco Central Europeo. Y es que, sin efectiva negociación no hay un procedimiento negociado, que devendría por ello en ilegal. Sobre como negociar resulta de interés el trabajo de F. BLANCO, "El procedimiento de negociación de adjudicación de contratos administrativos. La negociación como elemento esencial y configurador del procedimiento", Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 111, 2011 34 a 41, e ibidem, "El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de nueva regulación legal", Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 116, pp. 36 a 43. Esto significa que deben figurar de forma clara los aspectos técnicos y económicos de la negociación, su ponderación (y sistema de puntuación) y la forma de negociar y su formalización en el expediente. Solo así, delimitada correctamente la forma de la negociación, se puede garantizar el principio de igualdad de trato en la negociación. Sin la ponderación de los aspectos de la negociación se incumple la principal función del procedimiento, sin que pueda justificarse con la necesidad de discrecionalidad, ya que esta lo debe ser para la valoración de los aspectos, pero sobre unas premisas ciertas, que preserven la filosofía de cualquier procedimiento de licitación: efectiva concurrencia para poder seleccionar la mejor oferta. Por supuesto, un aspecto principal en este procedimiento es la Propuesta de nueva regulación legal", Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 116, pp. 36 a 43. Esto significa que deben figurar de forma clara los aspectos técnicos y económicos de la negociación, su ponderación (y sistema de puntuación) y la forma de negociar y su formalización en el expediente. Solo así, delimitada correctamente la forma de la negociación, se puede garantizar el principio de igualdad de trato en la negociación. Sin la ponderación de los aspectos de la negociación se incumple la principal función del procedimiento, sin que pueda justificarse con la necesidad de discrecionalidad, ya que esta lo debe ser para la valoración de los aspectos, pero sobre unas premisas ciertas, que preserven la filosofía de cualquier procedimiento de licitación: efectiva concurrencia para poder seleccionar la mejor oferta. Por supuesto, un aspecto principal en este procedimiento es la debida confidencialidad, que exige un cuidado especial en la forma de negociar y en su documentación en el expediente.

⁹⁴ Está técnica de fundamenta ya en la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio que establece que «...En caso de que una entidad haya recibido una oferta anormalmente más baja que las demás ofertas presentadas podrá pedir información al licitador para asegurarse de que éste puede satisfacer las condiciones de participación y cumplir lo estipulado en el contrato».

El considerando 42 declara que para evitar posibles inconvenientes durante la ejecución del contrato, cuando los precios de una oferta sean muy inferiores a los solicitados por otros licitadores, debe obligarse a los poderes adjudicadores a pedir explicaciones sobre el precio fijado. Cuando el licitador no pueda ofrecer una explicación suficiente, el poder adjudicador debe estar facultado para rechazar la oferta. El rechazo debe ser obligatorio en los casos en que el poder adjudicador haya comprobado que el precio anormalmente bajo resulta del incumplimiento de la legislación obligatoria de la Unión en materia social, laboral o medioambiental o de disposiciones del Derecho laboral internacional.

Su regulación se encuentra en el artículo 69. Con la nueva regulación se limita esta técnica pues se exige, artículo 69.1, al menos cinco ofertas admitidas y que las diferencias sean de un veinte por ciento con la segunda o de un cincuenta global. Prima, por tanto, la idea de que las ofertas son realizables en esos márgenes, lo que aconseja una cuidadosa determinación del presupuesto atendiendo, también, a las características del mercado.

Y para constatar la adecuación se determinan en el artículo 69.3 de la propuesta los siguientes criterios:

- a. el ahorro que permite el método de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios;
- b. las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios;
- c. la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;
- d. el cumplimiento, al menos de forma equivalente, de las obligaciones establecidas por la legislación de la Unión en materia social, laboral o medioambiental o las disposiciones internacionales de Derecho social y medioambiental, enumeradas en el anexo XI, o, cuando no proceda, el cumplimiento de otras disposiciones que garanticen un nivel de protección equivalente;
- e. la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador.

Nótese la importancia de los fines sociales, que trata de evitar ofertas muy económicas a costa del deterioro de derechos sociales. El poder adjudicador deberá verificar la información proporcionada consultando justificquen el bajo nivel de los precios o costes, teniendo en cuenta los elementos ya citados⁹⁵. En consecuencia, los poderes adjudicadores rechazarán la

⁹⁵ La oferta que contiene valores anormales o desproporcionados es un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. De acuerdo con ello la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible, como ya advirtiera la STJUE 27 de noviembre de 2001 (Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni), su aplicación automática.

oferta cuando hayan comprobado que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones establecidas por la legislación de la Unión en materia social, laboral o medioambiental o por las disposiciones internacionales de Derecho social y medioambiental enumeradas en el anexo XI.

Esto no significa libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incursa en anormalidad, exigiéndose un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anormalidad de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas de forma expresa — lógicamente— por la normativa. En consecuencia, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad.

Mediante el procedimiento de verificación contradictoria, se tratará de comprobar, por el órgano de contratación, la viabilidad y acierto de la proposición en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones⁹⁶.

Además, los poderes adjudicadores tendrán a su disposición un conjunto de seis técnicas y herramientas de contratación específicas concebidas para la contratación agregada y electrónica: acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición, subastas electrónicas, catálogos electrónicos, centrales de compras y contratación conjunta. En comparación con la Directiva existente, estas herramientas se han mejorado y aclarado con el fin de facilitar la contratación electrónica, en tanto la misma permite el ahorro, y consecuentemente el beneficio, tanto para las Administraciones como para las empresas. La contratación pública a través de Internet ofrece, además de los beneficios financieros, un acceso más sencillo a los mercados mundiales al proporcionar más visibilidad y unos procesos administrativos más simples. Estos nuevos horizontes pueden ser particularmente beneficiosos para las PYME, al permitirles buscar oportunidades fuera de su entorno más inmediato. En el caso de las administraciones públicas, la licitación electrónica puede posibilitar un proceso integrado, desde la preparación y notificación electrónica y publicación de la licitación, al pago final y cierre del contrato⁹⁷.

Una importante novedad, junto a los procedimientos ya conocidos la propuesta ofrece un régimen de contratación simplificado que se aplica a todos los poderes adjudicadores cuyo ámbito está situado por debajo del nivel de la Administración central⁹⁸. Así, las autoridades

⁹⁶ El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, al igual que otros órganos de recursos contractuales, tiene sentada una abundante doctrina sobre los fundamentos de la baja anormal o desproporcionada, (entre otros, Acuerdo 14/2011, 4/2013, 5/2013 y 8/2013), de la que deben extraerse dos conclusiones principales. En primer lugar que cuando para la adjudicación deban tenerse en cuenta varios criterios de valoración, los que deben servir de base para determinar si una oferta es o no anormalmente baja deben hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y, en segundo lugar, que la finalidad de esta apreciación es determinar «que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados».

⁹⁷ Por todos, Vid. J. DOMINGUEZ MACAYA, "La contratación electrónica TRLCSP. Análisis y una respuesta ¿es posible obligar a los licitadores a licitar por medios electrónicos?", en libro col. El Derecho de los contratos del Sector Público, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. X, Zaragoza, 2008, pp. 194-200.

⁹⁸ Esta opción ya se ha contemplado en el artículo 10 de la Ley 3/2011, de medidas de contratos del Sector

locales y regionales podrán utilizar un anuncio de información previa como convocatoria de licitación. Si utilizan esta posibilidad, no tienen que publicar un anuncio de licitación aparte antes de poner en marcha el procedimiento de contratación. Asimismo, pueden fijar algunos límites temporales con mayor flexibilidad previo acuerdo con los participantes.

La propuesta de Directiva, en su artículo 57, prevé la obligación de aceptar las declaraciones responsables de los licitadores como prueba suficiente a efectos de selección (opción ya contemplada en el artículo 6 de la ley de Aragón 3/2011 de medidas de Contratos del Sector Público)⁹⁹. Se confirma así la tesis de que son aplicables los principios de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, porque la aparente exclusión no lo es para las otras previsiones del artículo 5 (simplificación administrativa)¹⁰⁰. En nada se cuestiona las reglas de capacidad del contratista con este modelo, pues los criterios de solvencia lo son para poder contratar y no para poder licitar. Esto justifica que exista ahora un primer trámite de declaración responsable para posterior comprobación antes de la adjudicación al licitador seleccionado. En pleno siglo XXI y en un contexto de simplificación parece lógico posponer aun trámite posterior más sencillo la comprobación documental, lo que se traduce en un ahorro de costes no solo para la administración sino para los potenciales licitadores, facilitando el que puedan presentar ofertas y funciones adecuadamente el principio de economías de escalas (advirtiéndose que las PYMEs no suelen disponer de gran capacidad administrativa especializada, por lo que resulta imprescindible reducir al mínimo los requisitos administrativos). Por otra parte, los requisitos relativos al volumen de negocios, que con frecuencia son un enorme obstáculo para el acceso de las PYME, se limitan explícitamente al triple del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados.

Lógicamente la Comisión mantiene el objetivo de la implantación de los medios y procedimientos electrónicos como herramienta de simplificación y transparencia. Así, la propuesta pretende un sistema completamente electrónico, al menos en lo referente a la presentación telemática de ofertas o solicitudes en todos los procedimientos de contratación en un plazo de transición de dos años. La propuesta de Directiva establece la obligación de transmitir los anuncios en formato electrónico, poner la documentación de la contratación a disposición del público por medios electrónicos y adoptar una comunicación totalmente electrónica, en particular por lo que respecta a la presentación electrónica de ofertas o solicitudes, en todos los procedimientos de contratación. Asimismo, racionaliza y mejora los sistemas dinámicos de adquisición y los catálogos electrónicos, herramientas de contratación

Público de Aragón. Vid. A.I. BELTRAN GOMEZ, "Medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas en materia de contratos públicos", Observatorio de los Contratos Públicos 2011, ob. Cit., pp. 121-122.

⁹⁹ Me remito a mi trabajo "La Directiva Servicios y la contratación pública: hacia la simplificación administrativa", Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. XII, 2010, pp. 409-443.

¹⁰⁰ Así debe entenderse el considerando 57 de la Directiva "Servicios". No en vano ambas Directivas –impulsadas por el mismo Comisario europeo– tienen o persiguen un mismo objetivo: la consecución efectiva del mercado interior europeo mediante la simplificación, flexibilización y modernización. Vid. T.MEDINA ARNAIZ, "Impacto sobre la Administración autonómica en cuanto a la simplificación de los trámites a los prestadores de servicio", en Libro colectivo Colección de Estudios del Consejo Económico y Social de Castilla y León, núm. 13, dedicado al IMPACTO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN CASTILLA Y LEÓN dirigido por D.J. Vicente Blanco y R. Rivero Ortega, 2010, p.435. También A. SANMARTIN MORA defiende la necesidad de simplificación del marco de la contratación pública. "Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias", en libro colectivo Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario. Zaragoza, 2010 p. 419

completamente electrónicas que se adaptan especialmente a la contratación muy agregada que llevan a cabo las centrales de compras.

VI. Concesiones y colaboración con el sector privado

El nuevo paquete legislativo contiene una propuesta específica de Directiva de “concesiones” que es, sin duda, de las grandes “novedades”, especialmente por lo que supone de ampliación del objeto de la regulación comunitaria frente a las prácticas nacionales (así como de depuración conceptual en el ámbito de los servicios públicos)¹⁰¹. Propuesta de normativa que ha generado una importante contestación y que exigirá un esfuerzo de trasposición¹⁰². Sin olvidar que esta normativa es, sin duda, estratégica para poder fomentar las inversiones y reactivar adecuadamente la economía en un mercado¹⁰³, donde el riesgo, como se verá, es una de sus notas características (en contratos complejos y de larga duración) y que, por ello, exige un marco jurídico estable y predecible. En consecuencia, el principal objetivo de esta nueva Directiva es aclarar el marco jurídico aplicable a la adjudicación de concesiones, así como delimitar claramente el ámbito de aplicación de dicho marco. Y, por supuesto, incrementar la seguridad jurídica ya que, por un lado, los poderes y entidades adjudicadores contarán con unas disposiciones precisas que incorporen los principios del Tratado a la adjudicación de concesiones y, por otro, los operadores económicos dispondrán de algunas garantías básicas respecto al procedimiento de adjudicación.

En los actuales tiempos de restricciones presupuestarias la política de concesiones parece una herramienta de indudable interés práctico. Y frente a cierto reparos ideológicos que ven en esta modalidad de concesiones como colaboración con el sector privado una privatización de servicios públicos conviene recordar, en palabras de G. MARCOU que “los distintos contratos sobre cuya base el sector privado se encarga de la financiación de las inversiones y/o la explotación de obras públicas o servicios públicos, no constituyen, hablando con propiedad, una forma de privatización, sino que se trata más bien de un conjunto de instituciones jurídicas, que tienen como objetivo movilizar las inversiones privadas y el savoir

¹⁰¹ Esta propuesta de Directiva fue anunciada por la Comisión Europea en su Comunicación “Acta del Mercado Unico – Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza” de 13 de abril de 2011. COM (2011)-206 final.

¹⁰² Por ejemplo, el Informe del Comité económico y social, publicado en el Diario oficial del día 26 de junio de 2012 (C 191/84) es crítico con la propuesta, lo mismo que el Informe del Comité de las regiones publicado en el Diario oficial el día 13 de septiembre de 2012 (C 277/74) ambos alertan de la complejidad de la regulación, así como de la necesidad de precisar a qué tipo de concesiones afectaría al ser tan diversa la regulación en los Estados miembros. También el Parlamento europeo había aprobado un Informe sobre la modernización de la política de contratación pública de 25 de octubre de 2011, en el que se afirma con relación a las concesiones de servicios que “ha de tenerse debidamente en cuenta tanto la complejidad de los procedimientos como las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de cultura y práctica jurídicas con respecto a la concesión de servicios; ... insiste en que una propuesta de acto legislativo relativo a la concesión de servicios sólo estaría justificada si tiene por objeto corregir posibles distorsiones del funcionamiento del mercado interior; resalta que, a día de hoy, no se ha observado ninguna distorsión de este tipo y que un acto legislativo relativo a la concesión de servicios será, por lo tanto, innecesario si no persigue una mejora evidente del funcionamiento del mercado interior”. Como curiosidad un ejemplo de los problemas de traducción fue otro Informe del Parlamento europeo sobre los nuevos aspectos de la política de contratación pública, de 10 de mayo de 2010, donde se incurrió en el error de hablar de “servicio de concurso” en lugar de concesiones de servicios públicos.

¹⁰³ No puede desconocerse la directa relación que con las políticas presupuestarias y de estabilidad tienen estas modalidades contractuales. Vid., por todos, J, GONZALEZ GARCIA, Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

faire industrial y técnico del sector privado, con el fin de proveer los equipamientos públicos necesarios para la sociedad y la economía”¹⁰⁴.

1. La delimitación conceptual entre contrato y concesión

Tradicionalmente ha existido un problema de configuración conceptual en la delimitación de concesiones y contratos públicos (especialmente en el ámbito de los servicios) del que se han hecho eco las propias Instituciones Comunitarias. Así, en la Propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión -SEC(2011) 1588 final y SEC(2011) 1589 final- se advierte que “Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y contrato público han sido fuente de continua inseguridad jurídica para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a este respecto (Cdo 7)”¹⁰⁵.

La cuestión no es meramente dogmática, sino que resulta de especial interés práctico en tanto de la incorrecta tipificación de un contrato público, pueden alterarse las normas y principios esenciales en una licitación pública¹⁰⁶. Así lo advierte la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que exige que la tipificación responda a una interpretación funcional, corrigiendo prácticas que eludan la aplicación de las Directivas (STJUE de 29 de octubre de 2009 (Comisión/Alemania)).

104 MARCOU, G., «La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos», VV.AA. RUIZ OJEDA, A., y GOH, J., La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España, Civitas, Madrid, 2000, pp. 27-90. También. T. BRUNETE, “Colaboración público-privada...”, ob. Cit., pp 331-335. Desde la perspectiva de la contabilidad pública resulta de gran interés en libro de PINA V., TORRES L. y BASILIO ACERETE J., La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras, Edit. AECA. 2004.

¹⁰⁵ A estos efectos es sumamente ilustrativa la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 12 de abril de 2000 (2000/C 121/02), sobre las concesiones en Derecho Comunitario, en las que se nos advierte que en la definición resultante de la Directiva 93/37/CEE el legislador comunitario optó por definir la noción de concesión de obras a partir de la noción de contrato público de obras. El texto de la «Directiva obras» prevé, en efecto, que los contratos públicos de obras son «contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador (...), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra (...), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador» [letra a) del artículo 1]. La letra d) del artículo 1 de la misma Directiva define la concesión de obras como un «contrato que presenta los caracteres contemplados en la a), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.» Resulta de esta definición que la principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma; este derecho de explotación puede también estar acompañado de un precio.

¹⁰⁶ Vid. J.M. GIMENO FELIU, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, REDA núm. 156, págs. 17 y ss.; y M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, “El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (comentario a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011”, en el Liber amicorum a Tomás Ramón Fernández. Administración y Justicia, Thomson, Pamplona, 2012., págs. 3549 y ss. del II tomo. Para la correcta delimitación de estas figuras pueden citarse los trabajos de Sobre esta cuestión pueden verse los trabajos de M.A. BERNAL BLAY El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”, Civitas, Cizur Menor, 2011; P. VALCARCEL FERNANDEZ, “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en libro col. Observatorio de Contratos Públicos 2011, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 450 y ss. Y M. HERNANDO RYDINGS, La colaboración público privada. Fórmulas contractuales, Civitas, Cizur Menor, 2012.

Aquí radica la principal novedad de esta Directiva, que decide regular de forma autónoma la cuestión de las concesiones. Y así se expresa ahora de forma clara el artículo 2.1 (7) de la Propuesta de Directiva de concesiones al referirse a la «concesión de servicios» como “un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre uno o más operadores económicos y uno o más poderes o entidades adjudicadores, cuyo objeto es la prestación de servicios diferentes de los recogidos en los puntos 2 y 4, y la contrapartida de dichos servicios es, bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”¹⁰⁷. Idéntica definición, pero para las obras, incorpora para definir el contrato de concesión de obras.

Como se ve, esta normativa incide como nota esencial en el dato del riesgo operacional, que deberá ser compatible con el principio de equilibrio económico del contrato¹⁰⁸. En ella se deja claro qué tipos de riesgo se consideran operacionales y en qué consiste el riesgo significativo. Y “se considerará que el concesionario asume el riesgo operacional sustancial cuando no está garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión.” Riesgo que se vincula a la utilización y la disponibilidad. Lo ha definido bien el TJUE:

“El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.” (Sentencia de 10 de marzo de 2011, Privater).

Es preciso comprobar, por tanto, si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio (u obra) e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio (u obra) en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre. Obviamente, el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un

¹⁰⁷ En cambio, es procedente destacar que cuando una concesión se termina, su renovación es asimilable a una nueva concesión y quedaría por lo tanto cubierta por la Comunicación. Un problema existirá cuando, entre el concesionario y el concedente, existe una forma de delegación interorgánica que no sale de la esfera administrativa del órgano de contratación. Relaciones vinculadas al fenómeno definido a veces como «in house providing» y resueltas en los STJUE de 18 de noviembre de 1999, Teckal de 7 de diciembre de 2000 (ARGE). Al respecto, me remito a mi libro Contratos públicos..., ob.cit., pp. 76-85 y ORDOÑEZ SOLIS, La contratación pública en la Unión Europea, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 100-105.

¹⁰⁸ La doctrina ha explicado las singularidades del equilibrio económico en los contratos administrativos, así como las técnicas de compensación en las figuras del ius variandi, el factum principis y el riesgo imprevisible. Sirva el recordatorio a la obra clásica de G. ARIÑO, Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos, IEA, Madrid, 1968, así como los recientes trabajos de J. PUNZÓN MORALEDA y F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “El equilibrio económico en los contratos públicos” en el Observatorio de contratos públicos 2011, libro col, Cizur Menor, 2012, págs. 515 y ss; y el análisis de la jurisprudencia que realizan J. AMENÓS ÁLAMO y J.E. NIETO MORENO, “La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública”, REDA núm. 156, págs. 119 y ss.

desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. Así, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios. Pero tampoco puede olvidarse, como bien ha indicado M.A. BERNAL BLAY, que aplicar con rigor el principio de riesgo y ventura en las concesiones administrativas generaría más problemas, imposibilitaría en muchas ocasiones garantizar una prestación continuada y regular de los servicios públicos¹⁰⁹.

Interesa mucho esta matización a la hora de interpretar en “nuevo” concepto de riesgo operacional y su anclaje en la concepción tradicional del riesgo y ventura de las concesiones. Entender que la nueva normativa incrementa la variable riesgo en estos contratos puede suponer no solo una quiebra de principios tradicionales, sino, principalmente, una limitación no querida por el propio texto ya que las instituciones comunitarias consideran estratégica esta nueva regulación de concesiones. Por ello, las actuales reglas de reequilibrio financiero del contrato no parecen contrarias –más bien lo contrario- al concepto de riesgo operacional. Y ello por la lógica de la aplicación del principio de proporcionalidad en contratos de larga duración y de complicadas relaciones jurídico-económicas (y financieras) que justifica una corrección a la idea del riesgo ilimitado por actuaciones no controladas por el concesionario, ajenas a su correcta gestión o la debida diligencia en la planificación de la concesión. En todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico. Ese equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales *rebus sic stantibus*. En los contratos de gestión de servicios públicos, como bien explicara ARIÑO ORTIZ¹¹⁰, “el álea comercial tiene un doble alcance: hay un álea comercial ordinario que es el propio de toda explotación y cuya alteración en ningún caso es causa de revisión; pero junto a él hay lo que podríamos llamar un álea garantizado, en el sentido de que la Administración asume en todo caso los riesgos de pérdidas por debajo de un máximo, pero también controla y limita la ventura de unos beneficios extraordinarios por encima del máximo calculado”. El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, cuando, durante la ejecución del contrato, falla el reparto de riesgos pactado¹¹¹.

¹⁰⁹ “Situación desalentadora” es como califica M.A. BERNAL BLAY las consecuencias de la severidad en su exigencia, *El contrato de concesión de obras públicas...*, ob. Cit., cit., pág. 272.

¹¹⁰ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, ENAP, Alcalá de Henares 1968.

¹¹¹ Además, atendiendo al principio de equidad y buena fe –STS de 27 de octubre de 2009- bien pudiera afirmarse que los hechos imprevisibles que, aun actuando con la debida diligencia, alteran la regla natural del reparto de riesgos rompiendo la causa del contrato original. En este sentido, la STS de 14 de julio de 2010 ha admitido la técnica del equilibrio financiero cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo que no puede ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura ínsita en toda contratación de obra pública.

Aceptando como inherente al concepto de riesgo operacional la idea de equilibrio económico del contrato y su aplicación dinámica, la normativa plantea dudas que deberán ser resueltas en la trasposición (de hecho nuestra actual regulación no las resuelve) pues una deficiente regulación de los riesgos puede ser un impedimento –o sobrecoste financiero- a las inversiones que exigen este tipo de contratos. Debería concretarse a nivel legal los casos de *factum principis*, que, en mi opinión, deben englobar cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos y permita no distorsionar indebidamente la tasa interna de retorno (TIR)¹¹². No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato implica importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarán las inversiones en estos contratos. Y en nada se rompe el principio de igualdad o eficiencia pues permite dar seguridad para garantizar la correcta ejecución del contrato y su plan financiero con independencia de quien resulte adjudicatario. Igualmente debe regularse la cláusula de progreso y su concreto significado obligacional, pues la propia evolución técnica puede conducir a tal desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta. Importa promover los avances tecnológicos a toda concesión, pero cuando al inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó al inversión debería ajustarse el TIR. Por último, aunque se entienda ahora excluido bien podría regularse los efectos del riesgo imprevisible. En este punto, la responsabilidad patrimonial administrativa (RPA) es un elemento de seguridad importante, que funciona como efecto llamada en los inversionistas al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión.

Por otra parte, conviene una reflexión sobre esta modalidad de colaboración entre el sector público y privado. El debate de la CPP es de actualidad, máxime en tiempos de crisis económica como los actuales, y uno de los retos de la gestión pública que debe analizarse desde la óptica de su conveniencia –desde la perspectiva de la eficiencia- y no solo de su formalización¹¹³. Y frente a cierto reparos ideológicos que ven en esta modalidad una privatización de servicios públicos conviene recordar, en palabras de G. MARCOU “los distintos contratos sobre cuya base el sector privado se encarga de la financiación de las inversiones y/o la explotación de obras públicas o servicios públicos, no constituyen, hablando con propiedad, una forma de privatización, sino que se trata más bien de un conjunto de instituciones jurídicas, que tienen como objetivo movilizar las inversiones privadas y el *savoir faire* industrial y técnico del sector privado, con el fin de proveer los equipamientos públicos necesarios para la sociedad y la economía”¹¹⁴.

¹¹² Por supuesto no debe ser utilizada a favor de una gestión no adecuada de la concesionaria para retornar y recuperar los iniciales índices de retorno

¹¹³ Lo advierte muy bien PADROS REIG, C. “La articulación del concepto de colaboración desde el punto de vista del ordenamiento administrativo”, *ob. Cit.*, p. 253. A favor de esta modalidad contractual como herramienta jurídica en el actual contexto de crisis económica y financiera, pueden consultarse los trabajos de BRUNETE DE LA LLAVE, T.; «Colaboración público-privada: presente y futuro», en libro col. Observatorio de Contratos Públicos 2010, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 321-322; COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, B.; «Presente y futuro de la colaboración público-privada a nivel europeo: aspectos determinantes de su importancia como instrumento eficaz para salir de la crisis», *Noticias de la Unión Europea*, nº 316, 2011, pp. 25 a 29 o P. VALCARCEL FERNANDEZ, “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en libro col. Observatorio de Contratos Públicos 2011, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 450-457.

¹¹⁴ MARCOU, G., «La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos», VV.AA. RUIZ OJEDA, A., y GOH, J., *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 27-90. También. T. BRUNETE, “Colaboración público-privada...”, *ob. Cit.*, pp.331-335. Desde la perspectiva de la contabilidad pública resulta de gran interés en libro de PINA V., TORRES L. y BASILIO ACERETE J., *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, Edit. AECA. 2004.

En todo caso, a la hora de decidir el tipo contractual más adecuado y conveniente para la concreta prestación deberá tenerse en cuenta como posibles criterios delimitadores los siguientes¹¹⁵:

- a. Los CPP tiene ventajas presupuestarias, que los hacen muy interesantes en épocas de crisis y restricciones presupuestarias, donde ciertas infraestructuras serían sino inviables (pero esta opción queda condicionada a que el socio privado tenga acceso de forma sencilla a la financiación en condiciones aceptables)¹¹⁶; una mayor eficacia-eficiencia en la gestión de los proyectos, con escasas desviaciones o problemas de ejecución, a la vez que por su propio diseño son más adaptables a los cambios derivados en los contratos de larga duración (pero debe garantizarse un adecuado equilibrio de riesgos);
- b. El criterio de mayor valor/dinero inherente a estos modelos permite una mayor eficacia- eficiencia en la gestión de los proyectos, con escasas desviaciones o problemas de ejecución, a la vez que por su propio diseño son más adaptables a los cambios derivados en los contratos de larga duración (pero debe garantizarse un adecuado equilibrio de riesgos);
- c. Favorecen, a priori, una mejor distribución de los fondos presupuestarios, favoreciendo la solidaridad social, a la vez que promueven la idea de la solidaridad intergeneracional y la “cultura” de que las infraestructuras no son “gratis”.
- d. Sin embargo también tienen elevados costes de transacción y ciertos problemas de riesgo moral por entender que el socio privado tiene un aval público ilimitado. Además, pueden plantear incertidumbres contables al tratarse de sistemas de financiación poco transparentes y de difícil fiscalización¹¹⁷.

¹¹⁵ Resulta de interés la opinión de la Comisión en su Comunicación de 19 de noviembre de 2009 “Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP). En este documento se valora a los CPP como soluciones innovadoras de financiación promovidas por la Unión Europea que pueden contribuir, en especial, a: a) Facilitar la realización de proyectos de interés público, sobre todo de infraestructuras y servicios públicos a escala transfronteriza; b) Compartir los riesgos financieros y reducir los costes de infraestructura que normalmente son soportados íntegramente por el sector público; c) Favorecer el desarrollo sostenible, la innovación, la investigación y el desarrollo, mediante la competencia y los acuerdos con de las empresas privadas; d) Ampliar las cuotas de mercado de las empresas europeas en los mercados públicos de terceros países; y e) En el ámbito de la innovación tecnológica son esenciales para la competitividad de la UE, si bien la Comisión debe instaurar un marco específico para facilitar su establecimiento y asegurar el reparto de riesgos y responsabilidades entre los operadores públicos y privados, a la vez que garantizar el acceso a los fondos mediante subvenciones, contratación pública o inversiones. Un análisis extenso de las debilidades y fortalezas del CPP, además de los trabajos de BRUNETE, BERNAL, GARCÉS, VALCARCEL, o HERNANDO puede verse en el artículo de B. COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: una aproximación a su verdadera utilidad”, Revista Práctica de Contratación Administrativa, núm. 85, 2009, págs. 53-63. Desde la perspectiva de la contabilidad pública resulta de gran interés en libro de PINA V., TORRES L. y BASILIO ACERETE J., La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras, Edit. AECA. 2004.

¹¹⁶ Ver la Ley de Andalucía 5/2009, 28 de diciembre que impulsa esta modalidad contractual (en concreto, artículo 22)

¹¹⁷ Resulta de interés la opinión de Patricia VALCARCEL “Del peligro que pueden suponer algunos contratos basados en fórmulas de colaboración público-privada en orden a respetar el objetivo de estabilidad presupuestaria”, en www.ocbp.es: “Lo explicado permite afirmar que, en realidad, es ésta una fórmula cuya mayor ventaja radica en que permite fraccionar y diferir el pago de una obra o la puesta en marcha de un servicio. Aunque a corto plazo puede servir para hacer frente a problemas de disponibilidad presupuestaria inmediata, a medio y largo plazo la celebración de estos contratos no evita que surjan obligaciones financieras para el sector público, y, en

En definitiva, y en palabras de P. VALCARCEL, "a la celebración de contratos de CPP sólo debería acudirse tras un estudio pormenorizado de las circunstancias de cada proyecto que arrojase que la realización del mismo por el sector público es ineficiente porque no está en disposición de afrontarlo de la forma que se entiende necesaria. Por tal razón, el mayor coste que reportará la asunción del mismo por los particulares, está compensado por la plusvalía real que se obtiene en términos de eficacia, respecto al resto de alternativas, en la atención del cometido público perseguido. No valen, por consiguiente, respuestas globales, amplias o genéricas, sino que para decidir lo que en cada caso proceda hay que tener un amplio y profundo conocimiento de las capacidades y eficiencia del sector público o de otros métodos contractuales distintos de este tipo de mecanismos de colaboración"¹¹⁸.

Son tiempos de nuevos retos para la gestión de la contratación pública, utilizada como principal herramienta para la implementación de las necesarias políticas públicas, que aconseja una reflexión sobre la necesidad de abordar una reforma de las normas de contratación pública que permitan cumplir el objetivo de mayor eficiencia e integridad en la adjudicación de contratos públicos. Y sin duda, las fórmulas de CPP, así como la adecuada tipificación y elección del contrato pueden servir para cumplir los referidos objetivos¹¹⁹. Pero también es el momento de avanzar en los mecanismos de colaboración con otras autoridades públicas, tal y como expresamente se recomienda en la STJUE de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant SA (apdos. 48 y 49). Y es que –sin forzar los límites propios de la técnica del convenio para ocultar un contrato- es posible articular mecanismos de colaboración –muy especialmente para el desarrollo adecuado y eficiente de los servicios públicos-. Paradigmática es la STJUE de 9 de junio de 2009, (Comisión Vs. República Federal de Alemania, apdo. 47), que admite la posibilidad de articular una colaboración entre poderes públicos a través de vínculos convencionales al considerar que no existe un contrato público sino una fórmula organizativa y no contractual, en tanto se acreditaba la concurrencia de una serie de circunstancias que permitían tal consideración: a) objetivo común de interés público; b) prestación que no tiene naturaleza comercial, por carecer de vocación de mercado; y c) existencia de derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución ¹²⁰.

consecuencia, son contratos que tendrán un impacto sobre la sostenibilidad de las finanzas y la libertad de acción para los gobiernos futuros. Lo cual se intensifica si se tiene en cuenta que hasta hace poco tiempo, en general, el control parlamentario sobre la realización de inversiones a través de estos mecanismos era nula. En conclusión, fórmulas consideradas de CPP como el peaje en la sombra no son la panacea como remedio ante la crisis. Que puedan no consolidar contablemente como deuda de la Administración a resultas de la aplicación del SEC 95, no altera el fondo económico de este tipo de operaciones que previsiblemente generarán un "endeudamiento no financiero" que sí acaba repercutiendo en los presupuestos públicos." Ibidem, "Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria...", ob. cit., p. 456.

¹¹⁸ P. VALCALCEL FERNANDEZ, "Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria...", ob. cit., p. 459.

¹¹⁹ Me remito a mi trabajo "La necesidad de un Código de contratos públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación de la economía", en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2011, ob. cit., pp. 27-84.

¹²⁰ La Sentencia se refiere a un acuerdo de cooperación entre cuatro Landkreise de Baja Sajonia (Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. y Stade) y los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, para la eliminación de sus residuos en la nueva instalación de valorización térmica de Rugenberger Damm, construida a instancias de la ciudad de Hamburgo. En tal supuesto no se articuló la cooperación a través de una organización distinta de los Landkreise y la ciudad de Hamburgo, sino a través de un "contrato de colaboración" entre todas ellos. Sobre los requisitos que deben concurrir para que sea técnica organizativa y no contrato me remito a la comunicación de Miguel A. BERNAL BLAY "La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos". Congreso de Derecho Local, celebrado en Zaragoza los días 4 y 5 de abril de 2011.

VII. La integridad como elemento fundamental en la política de compras públicas: mecanismos de control

Se ha venido insistiendo en la idea de que ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan “reparar y corregir” de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto¹²¹. De lo contrario se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto, en la práctica deviene como “generador o facilitador” de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos¹²². Los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de la contratación pública un ámbito expuesto a prácticas comerciales deshonestas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción. La propuesta mejora las salvaguardias existentes contra tales riesgos y ofrece una protección suplementaria.

Para avanzar en la efectividad del principio de integridad, la propuesta se articula sobre los siguientes conceptos¹²³:

- a. La propuesta contiene en su artículo 21 una regulación específica sobre los conflictos de intereses (a desarrollar pormenorizadamente por los Estados), que se refiere a situaciones de conflicto de intereses reales, potenciales o percibidas, que afecten al personal del poder adjudicador o de los prestadores de servicios contratados que intervienen en el procedimiento y a miembros de la dirección del poder adjudicador que pueden influir en el resultado de un procedimiento de contratación pública aunque no participen en él oficialmente. La percepción de objetividad es un elemento necesario de cara a la credibilidad del modelo, por lo que, con carácter preventivo y didáctico deben tenerse muy en cuenta los conflictos de interés¹²⁴. Por ello, la solución que se propone es que se podrá denegar de la participación del miembro del personal en cuestión en el procedimiento de contratación afectado o en la reasignación de sus funciones y responsabilidades (abstención), pero si el conflicto de intereses no puede solucionarse de manera eficaz por otros medios, el candidato o el licitador en cuestión será excluido del procedimiento.

¹²¹ Me remito a mi monografía *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 297-313.

¹²² Sobre la necesidad de un sistema de control como elemento para evitar prácticas corruptas me remito a mi trabajo *La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública*, REDA núm. 147, 2010, pp. 517-535. También. T MEDINA ARNÁIZ, “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, *Diario La Ley*, Nº 7382, Sección Doctrina, 16 Abril 2010. Transparencia Internacional afirma que “La corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno. Frente a esta problemática, el combate de la corrupción en la contratación pública se vuelve una condición básica para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial.

¹²³ Vid. *La Integridad en la Contratación Pública*. Buenas prácticas de la A a la Z, INAP, Madrid, 2010

¹²⁴ Como indica el considerando 6 de la Propuesta de Directiva, “Aunque no conduzcan necesariamente a comportamientos corruptos, los conflictos de intereses reales, posibles o percibidos tienen un elevado potencial para influir indebidamente en las decisiones de contratación pública, con el efecto de falsear la competencia y poner en peligro la igualdad de trato de los licitadores. Por tanto, deben instaurarse mecanismos eficaces para prevenir, detectar y solucionar los conflictos de intereses”.

- b. Asimismo, la propuesta de Directiva contiene una disposición específica contra comportamientos ilícitos de los candidatos y licitadores, como los intentos de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones o de llegar a acuerdos con otros participantes para manipular el resultado del procedimiento. Estas actividades ilícitas infringen los principios básicos de la Unión Europea y pueden dar lugar a graves falseamientos de la competencia. Así, el artículo 22 de la propuesta establece que los candidatos deberán presentar al inicio del procedimiento, una declaración por su honor de que no han realizado y no van a realizar ninguna de las acciones siguientes:
1. influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del poder adjudicador u obtener información confidencial que pueda conferirles una ventaja indebida en el procedimiento de contratación;
 2. celebrar acuerdos con otros candidatos y licitadores con el fin de falsear la competencia;
 3. proporcionar deliberadamente información engañosa que pueda tener una influencia importante en las decisiones de exclusión, selección o adjudicación¹²⁵. Las consultas del mercado son un instrumento que resulta útil a los poderes adjudicadores para obtener información sobre la estructura y la capacidad de un mercado, al mismo tiempo que informa a los agentes del mercado sobre los proyectos y los requisitos de contratación de los compradores públicos. Sin embargo, los contactos preliminares con los participantes del mercado no deben dar lugar a ventajas desleales y falseamientos de la competencia. Por lo tanto, la propuesta contiene una disposición específica de protección contra el trato de favor injustificado a participantes que hayan asesorado al poder adjudicador o hayan participado en la preparación del procedimiento.
- c. Importante resulta preservar la confidencialidad de las ofertas a fin de preservar los legítimos intereses empresariales (artículo 18). Como recuerda la STJUE de 14 de febrero de 2008(VAREC), el órgano que conozca este recurso deberá garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información. La justificación es la siguiente:

“El objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44).

Para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores.

¹²⁵ Resulta de especial interés la opinión de P. VALCARCEL “Acuerdos colusorios entre licitadores: un problema sin resolver en la normativa de contratación pública española” publicada en www.obcp.es (11 de marzo de 2013), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.92/re/menu.3/chk.ce79f7126b46baf20017646abf71e3f>.

Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa comunitaria en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores.

Por dichas razones, el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 93/36 establece que las entidades adjudicadoras tienen la obligación de respetar el carácter confidencial de todas las informaciones proporcionadas por los proveedores¹²⁶.

- d. Por motivos evidentes, **el sistema de control de la contratación continua siendo el principal eje sobre el que pivota la normativa comunitaria para preservar la integridad**. De ahí la importancia de las Directivas “recursos”, que tienen una vocación de mejora en la gestión de la contratación pública – más allá de instrumento para la tutela de los licitadores¹²⁷– como se refleja claramente en el Considerando 21 de Directiva de 2007/66, de reforma de las Directivas 89/665 y 92/13, al afirmar que: “La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En concreto, la presente Directiva tiene por objeto garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo de la Carta”.

Esto significa que el sistema de recursos, además de la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción atendiendo al parámetro de respeto al derecho fundamental de la Unión Europea a una buena administración. En consecuencia, el sistema de recursos en materia de contratación pública exige una interpretación compatible con estos derechos (incorporados ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio), atendiendo a las pautas interpretativas determinadas por los tribunales, de la Unión o nacionales.

Cobra así especial importancia el sistema de recursos, como instrumento de integridad y mejora en la gestión, lo que obliga a que existan órganos de control independientes y especializados que resuelvan las cuestiones que se susciten en los plazos previstos, de forma motivada para poder corregir las irregularidades detectadas y evitar que se vuelvan a producir en futuras licitaciones. Por ello,

¹²⁶ Sobre esta cuestión resulta de interés el Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre “Confidencialidad de las proposiciones de los licitadores”. Vid. A. I. BELTRAN GOMEZ, “El derecho de acceso a un expediente de contratación y la confidencialidad de las propuestas”, en núm. Extraordinario Sobre contratación pública de la Revista Estudios de la Vida Local, 2013.

¹²⁷ Especial interés tiene la monografía de S. DIEZ, La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos, Marcial Pons, 2012, que analiza con detalle el régimen comunitario y su transposición en España.

aun sin una acción pública, la legitimación debe ser amplia, para favorecer la propia función de depuración que se encomienda al sistema de recursos, e impulsar una doctrina clara que preserve los principios de seguridad jurídica y predictibilidad, de especial impacto en un sector tan sensible como el de los contratos públicos.

Del sistema diseñado se infiere que **los poderes adjudicadores estarán obligados a cancelar una adjudicación declarada ilegal por el órgano de control (STJUE de 4 de diciembre de 2003, EVN AG), sin que sea admisible la regla general de que un contrato nulo continúe su ejecución (STJUE de 3 de abril de 2008, Comisión/Reino de España)**. Y así debe interpretarse el régimen del recurso especial contenido en el TRLCSP, con el fin de garantizar su efecto útil. Es decir, dentro del plazo de recurso especial, el incumplimiento del plazo suspensivo de la formalización no puede derivar en una cuestión de nulidad. Así, la estimación del recurso especial dará lugar a la anulación de la adjudicación y "arrastrará a esa invalidez sobrevenida" lógicamente, al contrato indebidamente formalizado. Por lo tanto, la formalización del contrato sin esperar la resolución del recurso supone directamente incurrir en una nulidad absoluta de pleno derecho. Con ello no solo se impide alcanzar el efecto útil del recurso preconizado por las Directivas comunitarias, sino que también se afecta gravemente a la perfección del contrato y a los aspectos financieros que le son propios, pues en los contratos llamados de pasivo (obras públicas, suministros y servicios, entre otros) la disposición del compromiso del gasto se produce no con la adjudicación del contrato sino con su formalización por lo cual si esta se hace irregularmente los pagos al contratista serían nulos y otro tanto ocurriría con los contratos de activo como son los contratos de gestión de servicios públicos que convertirían las tarifas de los usuarios y los cánones concesionales percibidos por las Administraciones públicas como manifiestamente ilegales.

- e. Además, y como consustancial a la idea de profesionalización, es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan¹²⁸. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad¹²⁹.

Para cumplir este fin de integridad hay que reforzar los mecanismos de control tanto mediante la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas¹³⁰,

¹²⁸ Comisión Nacional de la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>

¹²⁹ Ver GIMENO FELIU, J.M., La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?, REDA, nº 147, pp. 518 y ss.

¹³⁰ Sin duda puede ser una importante herramienta función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas (y sus homólogos autonómicos), con el fin de controlar legalidad y eficacia (que incluye la fase de ejecución) evitando un incorrecto uso de fondos públicos, independientemente de la personificación pública o privada que licite en tanto sea poder adjudicador. Sobre ello resulta de interés el trabajo de J. MEDINA GUIJARRO J.C. LÓPEZ LÓPEZ, "La fiscalización de la contratación administrativa por el Tribunal de Cuentas", Documentación Administrativa núms. 275-276, 2006, pp. 407-424. Obviamente se deberá "incentivar" la aplicación del procedimiento de responsabilidad contable regulado en la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, para los casos de daños al erario público por una "mala

Agencias de Lucha antifraude ¹³¹ y, sobretodo, mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido. Hay que exigir una mayor cualificación y responsabilidad de los “gestores” públicos (evitar la politización). Debe orientarse la legislación hacia una cultura ética de la actuación administrativa que garantice y promueva la integridad en la gestión de los asuntos públicos¹³². Y ello porque esta en juego, insistimos, la efectividad del derecho a una buena administración¹³³.

- f. Conviene destacar la previsión inicial de regular una nueva gobernanza –aunque parece que va a desaparecer de la propuesta tras las críticas de las autoridades nacionales- que obligaría a que los Estados miembros designasen a una única autoridad nacional, de naturaleza independiente, con funciones de supervisión y control de la contratación pública en lo que se pretende sea una nueva gobernanza de la contratación pública. Solo un organismo único en cada Estado, para proporcionar una visión de conjunto de las principales dificultades de aplicación, con competencia expresa para proponer soluciones adecuadas para los problemas de carácter más estructural. Entidad que asumiría, además, una competencia de vigilancia para los contratos de un valor relativamente elevado: 1 000 000 de euros para los suministros y los servicios, y de 10 000 000 de euros para el resto. A tal fin, los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que esta organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas –además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos- lo que debe contribuir a reforzar la idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas –que puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática- conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos públicos. Este organismo de supervisión, en tanto pueda contar con medios y preparación suficiente, es un instrumento fundamental en el cambio de los paradigmas de la gestión de los contratos públicos en tanto sea capaz de proporcionar información real e inmediata sobre el funcionamiento de la política y los posibles defectos de la legislación y las prácticas nacionales, postulando con rapidez las soluciones más adecuadas.

práctica” de la normativa de contratación pública (incluida la contable y presupuestaria. C. CUBILLO RODRÍGUEZ, “Las responsabilidades jurídicas derivadas de la contratación del sector público”, en libro col. La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre, Comares, Granada, 2009, pp. 634-638.

¹³¹ Un ejemplo es la Ley 14/2008, del 5 de noviembre (modificada por 7/2009, de 13 de mayo), de la Oficina Antifraude de Cataluña crea la Oficina Antifraude de Cataluña, entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, con el fin de prevenir e investigar posibles casos de uso o destino ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público. En Portugal, desde hace un par de años existe el Consejo para la Prevención de la Corrupción, que es un órgano administrativo independiente que trabaja “con” el Tribunal de Cuentas de Portugal para la prevención de la corrupción y los delitos conexos (art. 1º da Lei nº 54/2008).

¹³² Por todos, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente - Núm. 229, Octubre 2006. También A. SABAN GODOY, El marco jurídico de la corrupción, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.

¹³³ Para ello debe promoverse la colaboración de organizaciones sociales -no politizadas- para el control de riesgos de corrupción así como de los empleados públicos, previendo un sistema eficaz de denuncias (sin “coste” para el denunciante).

VIII. El sistema de control en España: el recurso especial y los tribunales administrativos de contratos públicos

Merece interés la cuestión de cómo el sistema de control se ha efectuado en España y la experiencia práctica. nuevo sistema del recurso especial y el funcionamiento de los tribunales administrativos que los resuelven, que son el resultado de la reforma de la legislación de contratos de 2007 para adaptarse al sistema de recursos - prescripciones de 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, cuyo plazo de transposición ya venció el pasado 20 de diciembre de 2009-¹³⁴, como a la obligación de trasposición el Estado español se encontraba además con la obligación de dar cumplimiento con la STJUE de 3 de abril de 2008, por el que se condenaba al Reino de España por la insuficiencia del sistema de recursos, al no prever nuestra legislación un plazo obligatorio para notificar a todos los licitadores y no prever un plazo de espera obligatorio -de suspensión automática- entre la adjudicación del contrato y su celebración¹³⁵. La opción legislativa española ha sido la de crear un Tribunal administrativo independiente especializado¹³⁶, a diferencia, por ejemplo, de la opción de Francia (mayoritaria entre los

¹³⁴ El Gobierno solicitó para la tramitación parlamentaria del Proyecto el procedimiento de urgencia, lo que no ha impedido que la reforma se apruebe muy tardíamente a la fecha que obligaba la Directiva 2007/66, principalmente porque el legislador español pensó que con la aprobación TRLCSP y su articulación del nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación se trasponían adecuadamente las exigencias de las directivas de recursos (apartado IV.3 de la exposición de motivos TRLCSP). Sin embargo, no fue esa la opinión de la Comisión Europea, que en su dictamen motivado 260 2190/2002 como consecuencia del incumplimiento por el Gobierno español de la sentencia del TJUE de 3 de abril de 2008 argumentó que la LCSP no cumple las exigencias del Derecho comunitario de los contratos públicos en materia de recursos. Entre otros destacados aspectos, para la Comisión la LCSP no permite recurrir ante un órgano independiente del órgano de contratación pues el recurso especial ha de presentarse ante el mismo órgano de contratación o ante el organismo al que dicho órgano está adscrito. No se cuestiona por la Comisión la opción por un recurso administrativo previo de carácter obligatorio, ni tampoco se exige que la decisión de adjudicación haya de impugnarse ante un órgano jurisdiccional. Pero se considera que sólo un órgano independiente es capaz de garantizar una protección jurídica plena y eficaz frente a las decisiones de los órganos de contratación. Además, la Comisión considera que el recurso contra la adjudicación provisional en la LCSP no equivale al recurso contra la adjudicación misma del contrato y no permite a los licitadores excluidos enjuiciar la corrección de todas las actuaciones posteriores a dicha adjudicación provisional, por lo que considera que se trata de un recurso ineficaz. Vid J.A MORENO MOLINA, "La Ley 34/2010 y la adaptación en España del derecho de la unión europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos", Revista General de Derecho Administrativo 25 (2010).

¹³⁵ Sobre esta insuficiencia de nuestro sistema de recursos, por todos, puede citarse a J. TORNOS MAS, "Los tribunales independientes para la resolución de los recursos administrativos en materia de contratos del sector público", en Derecho Administrativo y regulación económica. Liber amicorum Gaspar Ariño ortiz, La Ley, 2011, pág. 806. De especial interés son los trabajos de RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., "Nueva condena a España por incumplimiento de la directiva sobre recursos en materia de contratos públicos", Revista Aranzadi Unión Europea núm. 4, 2008, pp. 5-8; y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., "Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008: la vulneración de la Directiva sobre recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra", Revista Jurídica de Navarra, núm. 45, 2008, pp. 148-191.

¹³⁶ Opción defendida en anteriores trabajos míos (El control de la contratación pública..., cit. 91-105; La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 274-275; y Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2010, pp. 349-356) y de la que también ha participado un sector doctrinal: TORNOS MAS, "Medios de resolución de conflictos en la contratación administrativa: agencias independientes, arbitraje y acción por inactividad, en libro col. La contratación pública en el horizonte de la integración Europea, INAP, Madrid, 2004, pp.77-82, ibidem, "Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos", RAP núm. 136, 1995, pp. 161-169; y ORDÓÑEZ SOLÍS, La contratación pública en la Unión Europea, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 281-282. Con carácter general, RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., "Los tribunales administrativos", en la obra colectiva Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de

Estados miembros). El cambio obliga a un ajuste sistemático optando por desplazar la regulación del recurso especial en materia de contratación pública a un Libro propio (el VI) TRLCSP - que se ha efectuado por 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 (Ley Reforma 2010) introduciendo 11 nuevos artículos -del 310 al 320, ahora de 40 a 50 del TRLCSP-, sustituyendo el contenido de los artículos 37 a 39 LCSP, que ahora se dedican regular los supuestos de nulidad contractual, sus consecuencias, y la interposición de la cuestión de nulidad¹³⁷.

**a. La creación de un órgano administrativo independiente para el control.
La nota de la especialización**

El nuevo recurso de carácter precontractual descansa sobre una nueva figura como son los Tribunales administrativos, a los que se les reconoce facultades, de plena jurisdicción con posible restablecimiento de la situación jurídica individualizada y, en su caso, indemnización, se manifiestan en el contenido de la resolución final¹³⁸. Una de las mayores críticas vertidas a la configuración del recurso especial en materia de contratación pública había sido la atribución de la competencia para la resolución del recurso, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, al propio órgano de contratación que dicta el acto objeto de recurso (al estilo del recurso potestativo de reposición recogido en el artículo 116 LAP), o al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública. Resultaba cuestionable que, siendo el mismo órgano que dicta el acto recurrido el que haya

Derecho Público. VI Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Junta de Andalucía y Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 61-114.

¹³⁷ Vid. en la doctrina reciente J.A. RAZQUIN, "El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público", Revista General Derecho Administrativo núm. 25, 2010; J. A. MORENO MOLINA, "La Ley 34/2010 y la adaptación en España del Derecho de la Unión Europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos", Revista General de Derecho Administrativo núm. 25, 2010 e I. GALLEGO CORCOLES, en la Addenda al libro col. Contratación del Sector Público Local, La Ley, 2ª ed. 2010, pp. XIX a LXX, S. Díez Sastre, La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos, Marcial Pons, 2012, y de la misma autora "El recurso especial en materia de contratación pública", Anuario de Derecho Municipal núm. 5, 2011, págs. 127-162; PULIDO QUECEDO, M., El nuevo Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 65 a 130; PALOMAR OLMEDO, A., El nuevo régimen de recursos en el ámbito de la contratación pública", Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 105, 2011, pp. 41-65. También J.M. Gimeno Feliú "El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos", libro col. Observatorio de Contratos Públicos 2010, Civitas, 2011, págs 211-258. Sobre la "cuestión de nulidad", resulta de gran interés el estudio de I. GALLEGO CÓRCOLES "Contratos públicos y régimen cualificado de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad", en libro col. Observatorio de Contratos Públicos 2010, Civitas, 2011, págs 259-320.

¹³⁸ La opción ha sido, no obstante, cuestionada por S. DE LA SIERRA ("Un legislador impertinente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública", REDA núm. 149, 2011, pp. 107-1089) o A. SERRANO PASCUAL ("La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratación del sector público de Aragón, o cómo no se debe legislar", El Consultor de los Ayuntamientos, Rev. 12/2011, 1539), al considerar que no se cumple con las reglas de la Directiva 2007/66, al exigir que en nombramiento del presidente sea equivalente al de juez. Opinión que no comparto, por formalista, y entiendo que no hay infracción en tanto la persona reúna las cualidades y estatus propio de la función jurisdiccional. Por el contrario, entiendo ajustada ala Directiva 2007/66 esta regulación M.A. BERNAL BLAY, quien recuerda que el TJUE ya ha aplicado estos parámetros -STJUE de 4 de febrero de 1999, Köllensperger, apartado 29- admitiendo como válidos órganos administrativos en donde actuara en calidad de Presidente "una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos".

de resolver el recurso (cuando se trate de contratos de Administraciones públicas), el recurso pudiera ser eficaz¹³⁹. De ahí que ahora se disponga la creación de un nuevo órgano administrativo al que atribuye la resolución de los recursos especiales en materia de contratación pública: el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, que a pesar de su denominación (Tribunal), no tendrá naturaleza jurisdiccional¹⁴⁰.

La creación de este órgano administrativo llega luego de desechar la posibilidad de atribuir la competencia para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública a los órganos de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (opción preferida por el Consejo de Estado)¹⁴¹, o de crear una Sala especial dentro del Tribunal Económico- Administrativo Central¹⁴². La principal característica de este nuevo Tribunal administrativo será su independencia funcional (tanto del órgano como de sus miembros) en el ejercicio de sus competencias, independencia que se refuerza con la inamovilidad que deriva de la designación de sus miembros (art. 411.1, pfo. 7 del TRLCSP), que sólo podrán ser removidos de sus puestos por las causas legalmente establecidas¹⁴³. Y como se decía, se le otorgan amplias facultades:

¹³⁹ Vid. GIMENO FELIU, J.M. "Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público", en libro col. El Derecho de los Contratos del Sector Público, Monografías Revista Aragonesa Administración Pública núm. X, 2008, pp. 45 a 48.

¹⁴⁰ M. PULIDO QUECEDO, El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, ob. Cit., pp. 25-65. Ibidem, "Competencias y legitimación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRECO): especial consideración de los supuestos de nulidad contractual", Documentación Administrativa núm. 288/2010, páginas 65- 98; y también J.J. PARDO GARCÍA-VALDECASAS, "El Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales", Documentación Administrativa núm. 288/2010, páginas 19-42

¹⁴¹ Se descarta la opción del modelo francés (reclamada en nuestra doctrina por GARCÍA DE ENTERRÍA, "Artículo 60 bis. Medidas provisionales", en el libro col. Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Civitas, 2ª ed, Madrid, 2004,, p. 325, en nota; BAÑO LEÓN, "El contencioso precontractual...", ob. cit. P. 362; y LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, op. cit., p. 77.), objeto de reciente reforma -para adoptarlo a la Directiva 2007/66/CE- en la que ha adicionado un recurso contractual (référé contractuel) también jurisdiccional, residenciándose en la jurisdicción contencioso-administrativa. Vid. Ordenanza núm. 2009-515, de 7 de mayo y Decreto núm. 2009 -1456, de 27 de noviembre de 2009 (Arts. L551-13 a L551-23 y R 551-7 a R 551-10 del Código de Justicia Administrativa). Por todos, DORCHES, O., "Recursos jurisdiccionales especiales en materia de contratación pública: el modelo francés", Revista General de Derecho Administrativo, núm. 23, 2010.

¹⁴² En la elaboración del Anteproyecto de Ley de modificación, el Gobierno se planteó residenciar la competencia para resolver este recurso directamente en la jurisdicción contencioso-administrativa (más concretamente, en los Juzgados Centrales y Provinciales de lo Contencioso-Administrativo). Sin embargo, tras el análisis realizado por diferentes órganos del Ministerio de Justicia se llegó a la conclusión de que, por diversas razones, no era esa la solución preferible. Así, la Secretaría General Técnica del citado Ministerio subrayó que tal atribución de competencia supondría la posibilidad de que actos de entidades de derecho privado fueran directamente impugnados ante dicha jurisdicción, lo que exigiría introducir la correspondiente modificación en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en cierta medida conduciría a desnaturalizar esa jurisdicción. Adicionalmente, señala que "la Secretaría de Estado de Justicia ha cuestionado la oportunidad de introducir, de una forma u otra, procedimientos especiales para dar prioridad al conocimiento y resolución de determinadas cuestiones o reducir plazos al respecto, debido a que no se cuenta con los medios necesarios para cumplir tales exigencias. Hay que advertir que el informe del Consejo General del Poder Judicial de 11 de febrero de 2010, sobre el anteproyecto de Ley de modificación LCSP, no se pronunció expresamente sobre la opción de atribuir a los Juzgados de lo Contencioso- Administrativo la competencia para conocer del recurso especial en materia de contratación y de la denominada cuestión de nulidad. En efecto, el citado informe sólo se ocupó de examinar la reforma proyectada para los artículos 10 y 11 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En la tramitación de la Ley de modificación TRLCSP, se planteó también la posibilidad de atribuir la competencia a una sala especializada en materia contractual dentro del Tribunal Económico- Administrativo Central, opción que fue desechada, entre otras razones, por la falta de especialización en materia contractual de sus miembros y la insuficiencia de medios humanos y materiales para cubrir ese nuevo ámbito de actuación. Esta opción se justificaba en la doctrina del TJUE que había considerado a estos tribunales como órganos jurisdiccionales a efectos de la cuestión prejudicial (Sentencia de 21 de marzo de 2000, Gabalfrija)

¹⁴³ Esa independencia del órgano encargado de resolver el recurso respecto del órgano que dictara el acto recurrido fue una reclamación constante de la Doctrina desde un principio. En este sentido en una anterior monografía

- a. Puede pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones¹⁴⁴. Si de ello deriva que la adjudicación se realice a favor de otro licitador, se concederá al órgano de contratación un plazo un plazo de diez días hábiles para que requiera al licitador seleccionado para que se presente la documentación pertinente para la adjudicación del contrato (art. 47.2 TRLCSP).
- b. Cuando concurren los requisitos y se solicite por los interesados, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso (art. 47.3 TRLCSP). Para fijar esta indemnización se atenderá en lo posible a los criterios propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración (remisión al art. 141.2 y 3 LAP), debiendo cubrir como mínimo los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación (art. 48 TRLCSP)¹⁴⁵.
- c. Podrá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si continuase suspendido y de las restantes medidas cautelares acordadas, así como, si procediera, la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas (art. 47.4TRLCSP).
- d. Se le reconoce la potestad de imponer sanciones si se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares: entre 1.000 y 15.000 euros, que se fijará en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores (art. 47.5 TRLCSP)¹⁴⁶.

propuse de lege ferenda a las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa Estatal y Autonómicas como los órganos idóneos para conocer de los recursos en materia de contratación pública debido, además de a su independencia, a su especialización por razón de la materia. La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma, ob. Cit., , p. 300. Sobre estos nuevos tribunales puede citarse el número de Documentación Administrativa núm. 288, 2010, monográfico sobre Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales: Central y Autonómicos, dirigido por. M. Bassols.

¹⁴⁴ En todo caso, su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulta racional y razonable. Por lo demás, este mismo criterio es igualmente defendido por el Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales en el que se advierte que cuando se tratan cuestiones que se evalúan criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos (Resolución 176/2011, de 29 de junio) y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Acuerdo 13/2011, de 14 de julio). En definitiva, corresponde a este Tribunal comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetado los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, la valoración se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente.

¹⁴⁵ PIÑAR MAÑAS, "El sistema de garantías...", cit., p. 784; y BAÑO LEÓN, "El contencioso -precontractual", cit., p. 358.

¹⁴⁶ Por Acuerdo 11/2011, de 7 de julio 2011, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón se ha impuesto aun licitador multa de 1000€: "...de forma indebida, ha ocultado ese dato en la justificación del recurso, acompañando como única documentación un segundo fax, conociendo de la existencia del primero, pretendiendo

En cuanto a su composición, quedará integrado el Tribunal por un mínimo de un Presidente y tres vocales (número que podrá ser ampliado), nombrados por un período de seis años entre funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado (en Derecho para el caso del Presidente), y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública¹⁴⁷. El régimen de constitución y funcionamiento del Tribunal se regulará conforme a las disposiciones de la LAP¹⁴⁸.

En todo caso, como bien advierte J.A RAZQUIN, la planta no es cerrada sino que se pretende un proceso organizativo dinámico ¹⁴⁹. Así, las Comunidades Autónomas (así como las Asambleas Legislativas y las Instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo) podrán crear sus propios órganos para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública¹⁵⁰, o bien suscribir un convenio con la Administración General del Estado para que sea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales quien conozca de los recursos planteados en sus respectivos ámbito de competencia (convenio en el que se estipularán las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias” -párrafo 4 del apartado 2 del artículo 41 TRLCSP-)¹⁵¹. Cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido, y si estuviera vinculado a más de una, el órgano competente para resolver el recurso lo será aquél que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o participación mayoritaria y, en caso de que todas o

así ocultar su clara falta de diligencia en la organización empresarial. Esta pretensión, amén del reproche que desde una ética empresarial merece, implica una clara deslealtad y abuso del principio de buena fe, exigible a todas las partes en un procedimiento de licitación, por lo que este Tribunal aprecia una evidente mala fe en la interposición del recurso, acordando por ello, en atención a lo dispuesto en el artículo 317.5 LCSP, la imposición de una multa a la recurrente de 1.000 euros, por cuanto se entiende que hay una clara intención de confundir al Tribunal con los datos aportados, produciendo retrasos en la tramitación del contrato con los correspondientes perjuicios a la entidad licitadora”

¹⁴⁷ En el caso de que se incremente el volumen de asuntos se prevén tres soluciones: el incremento por vía reglamentaria del número de vocales del Tribunal Central (art. 41.1, párrafo segundo, TRLCSP); la constitución de Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales en cada Comunidad Autónoma (DA Primera apartado 1, Ley 34/2010); y el incremento del número de vocales de los Tribunales Territoriales (DA Primera, apartado 2, Ley 34/2010).

¹⁴⁸ La Disposición adicional primera de la Ley 34/2010 prevé la creación de Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de capitales de Comunidad Autónoma a medida que el número de asuntos sometidos al conocimiento y resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales lo exija.

¹⁴⁹ J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, “El sistema especial...”, ob. Cit., p. 25.

¹⁵⁰ Las Comunidades Autónomas –o Asambleas legislativas- que no regulen su Tribunal o no convienen con el Tribunal estatal, quedan obligadas por la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 34/2010, resolviendo el recurso el órgano de contratación con las reglas ahora vigentes, pero con la “penalización” que consiste en la suspensión automática hasta que la levante el Juez si no hay estimación del recurso especial. Así lo ha recordado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

¹⁵¹ En el Anteproyecto de Ley de modificación LCSP se preveía la posibilidad de creación de órganos independientes para la resolución del recurso especial por parte de las Diputaciones Provinciales, pero esta opción no pasó finalmente al Proyecto de Ley presentado en el Congreso. En consecuencia, parece que se impide que proliferen los tribunales de ámbito municipal –ni siguiera para grandes municipios. Por el contrario, J.A. MORENO MOLINA defiende que sí existe tal potestad a favor de la Administración local (“Presentación de las últimas reformas LCSP y en especial de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LVSP, La Ley de Contratos en los Sectores Especiales y la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa”, Revista Contratación Administrativa Práctica, núm. 102, 2010, pp. 25 y 26 .

varias de ellas, ostenten una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado. Para contratos subvencionados, la competencia corresponderá al órgano independiente que ejerza sus funciones respecto de la Administración a que esté adscrito el ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, al órgano ante el que el recurrente decida interponer el recurso de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado¹⁵².

En el ámbito de las Comunidades Autónomas, la existencia de órganos independientes para la resolución de recursos en materia de contratación contaba con dos antecedentes. Islas Baleares fue pionera al establecer un recurso, de carácter potestativo, residenciando la competencia para resolverlo en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (artículo 66 de la Ley 3/2003 de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears). Tres años después, la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos de Navarra, incluyó también en su artículo 210 una reclamación en materia de contratación pública que los interesados pueden interponer ante la Junta de Contratación Pública.

Las Comunidades más avanzadas en materia de órganos de recursos de contratación pública no sólo han creado estos órganos, sino que además los han constituido y ya han comenzado a resolver recursos. Son los casos de Madrid (artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público), País Vasco (Disposición Adicional Octava de la ley 5/2010, de 30 de diciembre, de Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de País Vasco para el ejercicio 2011), Aragón (artículo 17 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón), Andalucía (Decreto 332/2011, de 2 de noviembre), y ya en 2012, Castilla y León (arts. 58 a 64 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras de Castilla y León)¹⁵³. Cataluña (mediante la Disposición Adicional cuarta de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, financieras y administrativas), y Cantabria (Disposición Adicional primera de la Ley de Cantabria 1/2010, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Cantabria 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria y la Ley de Cantabria 11/2006, de 17 de julio, de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico) autorizaron, antes incluso de aprobarse la Ley 34/2010, la creación de un órgano colegiado independiente para el conocimiento y la resolución de los recursos especiales en materia de contratación¹⁵⁴. También se ha creado el Tribunal Administrativo de

¹⁵² Especial interés tiene la cuestión de la transitoriedad. Las Comunidades Autónomas - arrastrando a toda su administración local y poderes adjudicadores no administración pública- pueden, de no constituir su propio Tribunal, convenir con el del Estado, estableciendo el sistema de retribución o compensación. De no firmar este convenio, y en tanto no dispongan de tribunal, la competencia para la resolución de los recursos continuará encomendada a los

¹⁵³ De interés el trabajo de M.A. BERNAL BLAY, "Los aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las Comunidades Autónomas", Cuadernos de Derecho Local nº 26, Septiembre de 2011, pp. 7 a 26.

¹⁵⁴ Para las Comunidades Autónomas que no han creado sus órganos de recurso, la Disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010 estableció un régimen transitorio especial. En estos casos, la competencia para la resolución de los recursos se encomienda a los mismos órganos que la tuvieron atribuida con anterioridad (a la Ley 34/2010).

Contratos Públicos de Navarra tras la modificación de la Ley 6/2006 (por Ley 3/2013, de 25 de febrero), de Contratos Públicos de Navarra y la inclusión del artículo 208 bis .

A estos Tribunales administrativos se les reconoce facultades, de plena jurisdicción con posible restablecimiento de la situación jurídica individualizada y, en su caso, indemnización, se manifiestan en el contenido de la resolución final.

La novedad es ciertamente relevante tanto desde un plano dogmático como de gestión práctica¹⁵⁵. No en vano, como se ha venido recordando, un ordenamiento jurídico que se

Esto es, sobrevive «el espíritu» del artículo 37.4 LCSP -en su redacción original- para mantener la competencia del órgano de contratación para resolver el recurso (cuando se trate de contratos de una Administración Pública), o del titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela (si ésta no tiene el carácter de Administración Pública). Ahora bien, en tales supuestos, el procedimiento de tramitación de los recursos se acomodará a lo dispuesto en los artículos 42 a 48 TRLCSP, o, en su caso, en los artículos 103 a 108 LCSE, y además, cuando las resoluciones no sean totalmente estimatorias, o cuando siéndolo hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente, no serán ejecutivas hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas. Sobre esta última cuestión hemos de traer a colación la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (Informe 72/11, de 1 de marzo de 2012) sobre la interpretación del régimen contenido dentro de la disposición transitoria séptima, norma d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (antes Disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010) publicada en el BOE de 10 de abril de 2012. Esta Recomendación la justifica un requerimiento de los Servicios de la Comisión Europea (Dirección General de Mercado Interior y Servicios) y viene a recordar que ante la inexistencia de órgano independiente en una Comunidad Autónoma o de convenio atribuyendo el conocimiento del recurso especial al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, los recursos contra los actos de adjudicación que se plantean ante los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa tienen carácter suspensivo de la celebración del contrato, hasta que dicha jurisdicción se haya pronunciado sobre el fondo o sobre las medidas provisionales. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa recomienda a los órganos de contratación del Sector Público que la interpretación que debe hacerse de la norma d) de la disposición transitoria séptima del TRLCSP se realice en los siguientes términos: «...1. El ámbito de aplicación territorial de este precepto es el de las Comunidades autónomas y las Entidades locales existentes dentro de aquéllas. La interpretación correcta de esta norma, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2007/66/CE, consiste en entender que la interposición del recurso previsto en esta disposición comporta la suspensión automática de la adjudicación cuando sea este acto el recurrido, que, en el caso de interposición del recurso contencioso-administrativo, se mantiene hasta que el órgano de la Jurisdicción contencioso-administrativa decida sobre la misma. En el caso de que las Comunidades Autónomas no tuvieran establecido el órgano independiente que deben crear o no hayan suscrito convenio con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, si los particulares interponen previamente recurso ante el órgano de contratación, su interposición comporta la suspensión automática de la adjudicación cuando sea este acto el recurrido. Los recursos contra los actos de adjudicación que se plantean ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa tiene carácter suspensivo de la celebración del contrato hasta que dicha jurisdicción se haya pronunciado sobre el fondo o sobre las medidas provisionales. 2. La interposición de recurso especial en materia de contratación comporta la suspensión automática de la adjudicación, y una vez resuelto el recurso la resolución del mismo no será ejecutiva hasta que sea firme por el transcurso del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo, o bien, en el caso de interposición de dicho recurso, hasta que el órgano de la Jurisdicción decida sobre la suspensión solicitada. En su virtud, suspendida la eficacia del acto de adjudicación, y hasta tanto no se levante, no podrán ejecutarse los actos subsiguientes a la adjudicación, incluida la formalización del contrato. En este sentido el artículo 140 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, modificado por la Ley 34/2010, cuya redacción se ha incorporado al artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece unos plazos para la formalización de contrato teniendo en cuenta la posibilidad de la suspensión del contrato, de forma que si la adjudicación resulta suspendida, no resulta posible requerir al adjudicatario para la formalización del contrato».

¹⁵⁵ La opción ha sido, no obstante, cuestionada por S. DE LA SIERRA ("Un legislador impertinente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública", REDA núm. 149, 2011, pp. 107-1089) o A. SERRANO PASCUAL ("La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratación del sector público de Aragón, o cómo no se debe legislar", El Consultor de los Ayuntamientos, Rev. 12/2011, 1539), al considerar que no se cumple con las reglas de la Directiva 2007/66, al exigir que en nombramiento del presidente sea equivalente al de juez. Opinión que no comparto, por formalista, y entiendo que no hay infracción en tanto la persona reúna las cualidades y estatus propio de la función jurisdiccional. Por el contrario, entiendo ajustada ala Directiva 2007/66 esta regulación M.A. BERNAL BLAY, quien recuerda que el TJUE ya ha aplicado estos parámetros -STJUE de 4 de febrero de 1999,

pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan “reparar y corregir” de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto¹⁵⁶. De lo contrario se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto, en la práctica deviene como “generador o facilitador” de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos¹⁵⁷. Es éste un tema crucial, pues del mismo depende la esencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Por ello, la exigencia de comunicación previa, se ha entendido un trámite formal y “relajado” su aplicación. Así lo expresaban ya desde el inicio de su funcionamiento las Guías del recurso especial aprobadas por el Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Aragón¹⁵⁸.

Se constata que la principal función de los Tribunales Administrativos de contratos públicos es la de control del procedimiento de licitación, pudiendo pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. En todo caso, su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulta racional y razonable¹⁵⁹. Por lo demás, este mismo criterio es igualmente defendido por el Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales en el que se advierte que cuando se tratan cuestiones que se evalúan criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos¹⁶⁰. En definitiva, corresponde a este Tribunal comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetado los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, la valoración se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente. Si de ello deriva que la adjudicación se realice a favor de otro licitador, se concederá al órgano de contratación un plazo un plazo de diez días hábiles para que requiera al licitador seleccionado para que se presente la documentación pertinente para la adjudicación del contrato (art. 47.2 TRLCSP).

Köllensperger, apartado 29- admitiendo como válidos órganos administrativos en donde actuara en calidad de Presidente “una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos”

¹⁵⁶ Me remito a mi monografía *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 297-313.

¹⁵⁷ Sobre la necesidad de un sistema de control como elemento para evitar prácticas corruptas me remito a mi trabajo *La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública*, REDA núm. 147, 2010, pp. 517-535.

¹⁵⁸ «...La falta de anuncio previo al órgano de contratación, se entiende subsanada por la presentación del recurso en el Registro del propio órgano de contratación que, a juicio de este Tribunal, y de acuerdo con el principio de eficacia procedimental, implicará la comunicación previa exigida...» (Acuerdos Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 1/2011, 5/2011,6/2011, 9/2011,10/2011, 11/2011, 15/2011, 16/2011, 18/2011, 30/2011; Resoluciones Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid nº 40/2011, 63/2011, 69/2011, 80/2011 81/2011; Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 232/2011).

¹⁵⁹ Acuerdo 13/2011, de 14 de julio.

¹⁶⁰ Resolución 176/2011, de 29 de junio).

b. El objeto del recurso especial. Elementos para su "eficacia"

El objeto del nuevo recurso tiene una doble vertiente. Así, por una lado, se mantiene su restricción a los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 200.000 euros, y los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años. Sí que presenta una novedad, en cambio, la relación de actos susceptibles de recurso.

Del objeto pueden realizarse una serie de precisiones. En primer lugar, como ha recordado el TACPA en su Resolución 5/2011, de 12 de julio (citada por TACRC en su Resolución 86/2012), que aclara el funcionamiento y tramitación especial de este nuevo recurso, esta limitada la posibilidad de ampliar conclusiones por parte del recurrente aplicando las reglas del proceso contencioso:

"Por ello, una de sus principales características es que debe ser rápido y eficaz, por lo que debe ser un recurso específico, que impida la celebración del contrato —y, obviamente, el comienzo de su ejecución— hasta que se produce su resolución expresa. Una de las características principales, es que una vez interpuesto el recurso, para dar cumplimiento a la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE plasmada en la Sentencia Alcatel, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación (315 LCSP).

Y, en la lógica del sistema, los plazos deberán ser claros evitando incertidumbres al respecto (STJUE de 28 de enero de 2010, Comisión/Irlanda) sin que puedan verse «modulados» discrecionalmente por el ente contratante (STJUE de 28 de enero de 2010, Uniplex), ni tampoco, evidentemente, por los licitadores recurrentes. Plazos que pueden tener carácter preclusivo siempre que sean suficientemente razonables y no limiten desproporcionadamente la acción del licitador (STJUE de 30 de septiembre, Strabag y otros, apartado 37). En todo caso, la información que se facilite a los licitadores debe ser lo suficientemente completa como para permitir que se pueda interponer el recurso por disconformidad con la motivación de la decisión.

La regulación del recurso especial en la LCSP se caracteriza por su «especialidad» en plazos y tramitación. De conformidad con lo establecido en los artículos 312 a 318 LCSP, interpuesto el recurso, el Tribunal lo notificará en el mismo día al órgano de contratación —caso de no haberse depositado el recurso en el registro del órgano de contratación— con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y, de forma simultánea a este trámite, decidirá, en plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación prevista en el párrafo tercero del artículo

313.2 LCSP. Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. Cuando los interesados lo soliciten, o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados, o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes. El procedimiento del recurso especial finaliza con la resolución. El plazo para dictarla es de cinco días hábiles a contar, no desde la interposición, sino desde la recepción de las alegaciones de los interesados o del transcurso del plazo señalado para su formulación y el de prueba en su caso (artículo 317.1 LCSP). Transcurridos estos plazos sin haberse notificado resolución expresa el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo. Como se observa, el procedimiento no permite un trámite de «replica» a las alegaciones y los plazos tienen evidente carácter preclusivo, en aras de garantizar los distintos intereses en juego.

Los plazos, coherentemente, son breves, en concreto el plazo de interposición es de quince días hábiles, motivo por el que la notificación de adjudicación debe acomodarse en cuanto a su contenido a lo dispuesto en el artículo 135.4 LCSP. Importa destacar esa referencia al artículo 135.4, pues va a ser el cumplimiento de los trámites allí descritos lo que determinará efectivamente el inicio del plazo para la interposición del recurso contra el acto de adjudicación. En este sentido, debe advertirse que en la reforma de la LCSP operada por 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, se ha eliminado la posibilidad de que el licitador no adjudicatario pueda solicitar el informe de valoración al que antes se refería el artículo 135.3 LCSP. Para ello, se modifica igualmente el artículo 137 LCSP, en el sentido de suprimir precisamente la posibilidad de solicitar el referido informe. Como contrapartida, se regula en el artículo 135.4 el contenido de la notificación de la adjudicación a los licitadores, que deberá contener, entre otros extremos, «...c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas». Resulta por tanto que de la actual regulación deriva la obligación de remitir de oficio a los licitadores la información que les permita determinar si ha existido o no una infracción para, eventualmente, plantear un recurso.

El problema que puede plantearse es que la información que contenga la notificación de la adjudicación sea demasiado general, o no pueda individualizarse en relación con algún licitador imposibilitando la eficacia del recurso, circunstancia que ya ha sido denunciada por la Comisión de la UE y aceptada por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 23 de diciembre de 2009 (Asunto C-455/08, Comisión Europea/Irlanda, apartado 32). En tales casos, podría defenderse que el plazo para la interposición del recurso no inicia su cómputo en tanto los licitadores no reciban la información suficiente que les permita, en su caso, fundar el mismo.

Pero no es ese el caso que nos ocupa, tanto porque en la notificación de la adjudicación se ha facilitado a todos los licitadores, además de la transcripción literal de la Orden de

adjudicación, copia de la Orden del Consejero de Política Territorial, Justicia e Interior del Gobierno de Aragón, de 31 de mayo de 2011, por la que se clasificaban las ofertas presentadas y seleccionadas y del documento de valoración técnica de las mismas, como por el hecho de que el recurrente no solicitó al órgano de contratación —de haberlo considerado necesario para las pretensiones del recurso— acceder al expediente, como es su derecho, antes de la formulación del recurso especial, confundiendo las reglas del proceso contencioso-administrativo con la tramitación especial de este recurso, tras el que no tiene en ningún caso plazo adicional para formular nuevas alegaciones, en tanto el trámite de audiencia a que se refiere el artículo 316 LCSP es aplicable solo para los otros licitadores partes del procedimiento, pero no para el recurrente, ni tampoco para la Administración cuyo acto se recurre”.

Por otra parte, no es posible recurrir en vía administrativa lo ya acordado por un órgano de recursos contractuales. Así se indica en el Acuerdo 48/2012, de 2 de noviembre, del TACPA ya que la propia lógica del sistema impide que, una vez exista pronunciamiento, la posterior adjudicación «reabra» un nuevo plazo de impugnación por los mismos motivos del recurso inicial. Así, cuando el recurso presentado, en tanto tenga por finalidad cuestionar lo que ya fue —o pudo ser— debe ser inadmitido, por cuanto existe ya cosa juzgada en vía administrativa. Y solo será posible, ex artículo 49 TRLCSP, recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁶¹.

Y es que, insistimos, la propia especialidad de este sistema de recursos impide interpretaciones ajenas a su propia naturaleza y, sobre todo, que se pueda generar una segunda instancia administrativa, como, en la práctica, pretende el recurrente. Criterio que también aplica el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por ejemplo, en su Resolución 196/2012, de 12 de septiembre.

Por último, este recurso alcanza, lógicamente, a cualquier decisión en sentido amplio, sin limitarse en exclusiva a los actos adjudicatarios¹⁶². Por ello, al igual que disponía el derogado

¹⁶¹ El Acuerdo del TACPA 12/2011, de 12 de julio, afirma que tras la existencia de un recurso administrativo especial previo no es posible sino la fiscalización ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues otra «interpretación generaría una clara inseguridad jurídica, al reabrirse un procedimiento ya concluido que cumplió las formalidades jurídicas exigidas, sin que las mismas puedan ser objeto de revisión por este Tribunal». Y concluye diciendo “En consecuencia, este Tribunal, en tanto reiteración de un objeto de recurso anterior, no puede variar el Acuerdo inicialmente adoptado, sin que obste, lógicamente, la posibilidad de que se pueda recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El Acuerdo ya adoptado es cosa juzgada formal y por ello no es posible dictar una nueva resolución que vaya en contra de lo ya decidido, siendo ésta una causa de inadmisión recogida en artículo 21.2 c) Ley 3/2011 de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón”.

¹⁶² Se trata de una interpretación ya asentada en el derecho comunitario. Son impugnables todas las decisiones de los poderes adjudicadores sujetas al Derecho comunitario europeo sin ninguna restricción por lo que se refiere a su naturaleza y contenido decisiones (STJUE de 19 de junio de 2003, GAT), esto es, el recurso es susceptible en la medida en que una decisión de una entidad adjudicadora vulnera los derechos que confiere el Derecho comunitario en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público (STJUE de 23 de enero de 2003, Makedoniko Metro y Michaniki,). En particular, además del acto de adjudicación, también se puede recurrir la cancelación de una licitación para la adjudicación del contrato con posterioridad a la presentación o apertura de las ofertas (SSTJUE de 18 de junio de 2002, HI, y de 2 de junio de 2006, Koppensteiner), las decisiones adoptadas sin procedimiento formal – como sucede con convenios y encargos directos sin cumplir los requisitos (STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y de 18 de enero de 2007, Auroux) los actos o resoluciones que excluyen una oferta antes de la selección de la mejor (STJUE de 19 de junio de 2003, Hackermüller). También los casos de ausencia de indicación en el anuncio relativo a un contrato de la cantidad o la extensión global de tal contrato (STJUE de 11 de octubre de 2007, Lämmerzahl) y en los que se incorporan cláusulas de licitación incompatible con la normativa comunitaria (STJUE de 18 de marzo de 2004, Siemens y ARGE).

y sustituido artículo 47 TRLCSP, ahora son recurribles los anuncios de licitación, los pliegos y otros documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, así como los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Respecto de estos últimos, se entiende que son actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores¹⁶³.

Obviamente, este recurso, de fundamento comunitario, debe interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJUE. Así, será también objeto de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público (STJUE de 18 de junio de 2002, HI Hospital Ingenieure Krankenhaus Technik PlanungsgesmbH) o el acto por el que la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta (STJUE de 19 de junio de 2003, GAT). Y lo serán también aquellos modificados que devengan ilegales en tanto sean considerados una nueva adjudicación, tal y como ha interpretado la STJUE de 19 de junio de 2008 (Presstext Nachrichtenagentur GmbH)¹⁶⁴: constituye una nueva adjudicación en el sentido del derecho comunitario de los contratos públicos cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, STJUE de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, apartados 44 y 46)¹⁶⁵.

Con todo la principal característica de este nuevo recurso es su diseño desde la perspectiva de una verdadera eficacia procedimental. Para ello, en los casos de impugnación de la adjudicación, de conformidad con lo previsto en las Directivas y la jurisprudencia citada, el recurso suspende la adjudicación y no podrá formalizarse el contrato (perfección) hasta que no haya resolución expresa. Para los demás actos, el TRLCSP prevé tutela cautelar a través de medidas provisionales. Como bien destaca J.A. RAZQUIN, la solicitud de medidas provisionales se configura de forma dual: de un lado, como una vía previa, específica e independiente del recurso, que puede presentarse antes de interponer el recurso ante el órgano competente para su resolución por las personas legitimadas para interponerlo (art. 43.1 TRLCSP); y, de otro, como petición adicional en el escrito de interposición del recurso (art. 44.4 TRLCSP)¹⁶⁶. En el primer caso, tienen carácter accesorio y dependiente del recurso especial, pues quedarán sin efecto si no se interpone el recurso en el plazo previsto (art. 43.5 TRLCSP). Tales

¹⁶³ La STJUE de 11 de enero de 2005 (Stadt Halle y otros) parte de la premisa de que la noción de decisión recurrible debe delimitarse a partir del tenor de las Disposiciones de la propia Directiva y, en particular en función del objetivo de tutela eficaz y rápida que persigue, para concluir que una interpretación restrictiva del concepto de Decisión recurrible sería incompatible con lo dispuesto en el art. 2.1.a) de la misma Directiva. En definitiva, el recurso previsto en la Directiva 89/665/CEE es posible respecto de cualquier acto, entendido como manifestación de voluntad, de una entidad adjudicadora, adoptado en relación con un contrato público comprendido en su ámbito de aplicación material y que pueda tener efectos jurídicos, sin que pueda supeditarse su interposición al hecho de que el procedimiento de contratación haya alcanzado formalmente una determinada fase.

¹⁶⁴ La STJUE de 15 de octubre de 2009, Acoset, insiste en esta idea recordando su apartado 62 que "toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación".

¹⁶⁵ La STJUE de 13 de enero de 2005 (Comisión/España) entiende –apartado 43– que el precio es un elemento esencial y que, por ello, "una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato". Máxima en los casos que un incremento elevado viene a quebrar el principio de publicidad y concurrencia –Dictamen Consejo Estado de 21 de octubre de 1992–.

¹⁶⁶ J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, "El sistema...", ob.cit, p. 36

medidas –que concluyen, ex artículo 47.4 TRLCSP con la resolución del asunto principal- irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación (art. 43.1 TRLCSP). Su contenido es flexible, ya que, más allá de la suspensión expresamente prevista, puede exigir la adopción de otras medidas, debiendo optarse por las más adecuadas para asegurar la eficacia de tutela jurídica y de la resolución definitiva¹⁶⁷.

Del sistema diseñado se infiere que los poderes adjudicadores estarán obligados a cancelar una adjudicación declarada ilegal por el órgano de control (STJUE de 4 de diciembre de 2003, EVN AG), sin que sea admisible la regla general de que un contrato nulo continúe su ejecución (STJUE de 3 de abril de 2008, Comisión/Reino de España). Y así debe interpretarse el régimen del recurso especial contenido en el TRLCSP, con el fin de garantizar su efecto útil. Es decir, dentro del plazo de recurso especial, el incumplimiento del plazo suspensivo de la formalización no puede derivar en una cuestión de nulidad. Así, la estimación del recurso especial dará lugar a la anulación de la adjudicación y “arrastrará a esa invalidez sobrevenida” lógicamente, al contrato indebidamente formalizado.

Por lo tanto, la formalización del contrato sin esperar la resolución del recurso supone directamente incurrir en una nulidad absoluta de pleno derecho. Con ello no solo se impide alcanzar el efecto útil del recurso preconizado por las Directivas comunitarias, sino que también se afecta gravemente a la perfección del contrato y a los aspectos financieros que le son propios, pues en los contratos llamados de pasivo (obras públicas, suministros y servicios, entre otros) la disposición del compromiso del gasto se produce no con la adjudicación del contrato sino con su formalización por lo cual si esta se hace irregularmente los pagos al contratista serían nulos y otro tanto ocurriría con los contratos de activo como son los contratos de gestión de servicios públicos que convertirían las tarifas de los usuarios y los cánones concesionales percibidos por las Administraciones públicas como manifiestamente ilegales.

Por otra parte, como ya se ha advertido, y conviene insistir, la notificación de la adjudicación debe contener motivación adecuada para que se pueda recurrir. El artículo 151 TRLCSP, en cuanto a la notificación de la adjudicación, exige que se practique a todos los licitadores, comunicando, con suficiente detalle, cuál es el resultado de la licitación, y las razones que han llevado al órgano de contratación a adoptar una decisión en tal sentido¹⁶⁸. El Tribunal

¹⁶⁷ Existe un plazo de quince días con tramitación urgente con un plazo de dos días del órgano de contratación para presentar alegaciones y resolviendo de forma motivada en cinco días. Contra estas decisiones –estimando o no al pretensión de tutela cautelar- no cabe recurso. En el caso de acordarse la suspensión del procedimiento, ésta no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados (art. 313.4 L CSP).

¹⁶⁸ Es de interés el Informe 1/2011, de 12 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón al indicar como debe ser la motivación en la notificación: «En la aplicación de los criterios de adjudicación de los contratos que dependen de un juicio de valor, la ponderación en términos numéricos de las propuestas, sin detallar un resumen de los motivos concretos por los que se asigna cada puntuación, es inadmisibles por carecer de motivación. Una valoración de los criterios objetivos de adjudicación sin expresión de las razones por las que se llega a ella no puede ser admitida por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir en causa de anulación por falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento indicados en el pliego, exigida por el artículo 134 LCSP». Esta posición es la que mantiene también el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón: Acuerdos 03/2011 y 023/2011

Administrativo Central de Recursos Contractuales ha afirmado en su Resolución nº 241/2011, que:

“Con ocasión de examinar el cumplimiento del artículo 135.4 de la Ley de Contratos que establece los requisitos de la notificación del acto de adjudicación hemos tenido ocasión de declarar que el objetivo perseguido por la motivación es suministrar a los licitadores excluidos y a los candidatos descartados información suficiente sobre cuáles fueron las razones determinantes de su exclusión o descarte, a fin de que el interesado pueda contradecir las razones argumentadas como fundamento del acto dictado mediante la interposición del correspondiente recurso. En este sentido, en SSTs de 27 y 31 de enero, 2 de febrero, 12 de abril y 21 de junio de 2000 y 29 de mayo de 2001 se ha señalado que la exigencia de motivación “no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones”, ya que “la Administración ha de expresar las razones que le inducen a otorgar preferencia a uno de los solicitantes frente al resto de los concursantes, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no beneficiario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano judicial apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos”. Si esto puede decirse de la motivación de la notificación de la adjudicación tanto más de los informes en que se ha basado la adjudicación y de la adjudicación misma, pues el informe del vocal técnico en el expediente se limita a referir una mera asignación de puntos, sin hacer una descripción de las ofertas ni del proceso de aplicación a aquellas de los criterios de valoración fijados en el Pliego y que motivan la asignación de puntos expresada.

En consecuencia debe declararse la nulidad del informe del vocal técnico sobre el contenido de las ofertas de 27 de julio de 2011, así como de los demás actos sucesivos que son consecuencia directa e inmediata de aquel, la propuesta de la mesa de contratación de la misma fecha, la Resolución de adjudicación del órgano de contratación de 9 de agosto de 2011 impugnada, y en fin la publicación en la Plataforma de Contratación del Estado de dicha adjudicación el mismo día 9 de agosto de 2011 y las notificaciones individualizadas a los licitadores de 11 de agosto de 2011, retro trayéndose el procedimiento al momento de la emisión del informe del vocal técnico sobre el contenido de las ofertas.”

Sin esa motivación suficiente se produce indefensión, lo que implica de por sí la anulación de la adjudicación. En este contexto, la novedad del nuevo recurso especial y de los tribunales administrativos, tras la puesta en funcionamiento y más de dos años de “recorrido”, puede ser calificada como de relevante tanto desde un plano dogmático como de gestión práctica¹⁶⁹.

¹⁶⁹ La opción ha sido, no obstante, cuestionada por S. DE LA SIERRA (“Un legislador impertinente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública”, REDA núm. 149, 2011, pp. 107-1089) o A. SERRANO PASCUAL (“La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratación del sector público de Aragón, o cómo no se debe legislar”, El Consultor de los Ayuntamientos, Rev. 12/2011, 1539), al considerar que no se cumple con las reglas de la Directiva 2007/66, que exigen que en nombramiento del presidente recaiga en jurista con estatus equivalente al de juez, lo que no concurre, en su opinión, en el sistema español. Opinión que no comparto, por formalista, y entiendo que no hay infracción en tanto la persona reúna las cualidades y estatus propio de la función jurisdiccional. Por el contrario, entiendo ajustada a la Directiva 2007/66 esta regulación M.A. BERNAL BLAY, quien recuerda que el TJUE ya ha aplicado estos parámetros –STJUE de 4 de febrero de 1999, Köllensperger, apartado 29 - admitiendo como válidos órganos administrativos en donde actuara en calidad de Presidente “una persona

El cumplimiento de plazos y contenido de las resoluciones han permitido validar el sistema, como se acredita en el volumen de recursos. La creación y puesta en funcionamiento de estos órganos de recursos contractuales ha supuesto un notable avance en la necesidad de un efectivo control que, además de garantizar el derecho a la tutela, permita una gestión más eficiente de los fondos públicos y posibilite la eficacia del derecho a una buena administración¹⁷⁰.

Aunque este sistema pueda resultar cuestionable desde la perspectiva del derecho comparado, donde mayoritariamente se ha optado por un modelo jurisdiccional. En el Derecho comparado europeo tenemos los ejemplos del "référé précontractuel" francés (Ley de 4 de enero de 1992, modificada por la Ley de 30 de junio de 2004), inspirador de las directivas comunitarias sobre recursos 42 o del contencioso precontractual portugués regulado en el Código del Proceso de los Tribunales Administrativos (Ley 15/2002, artículos 100 a 103, que conforman la sección II del capítulo I, "De las impugnaciones urgentes", del Título IV, "De los procesos urgentes")¹⁷¹. Esta opción, desde la lógica del sistema quizá parece la más coherente -como bien destaca el profesor BAÑO LEON¹⁷²- aunque desde la realidad práctica quizá no resulta tal desacertada la opción del tribunal administrativo, a la vista de tempos que actualmente marcan los Tribunal contenciosos en la resolución de los recursos¹⁷³.

El cumplimiento estricto de los plazos, la publicidad de los acuerdos y resoluciones -y su fundamentación- han dotado de credibilidad el sistema al cumplirse con las notas de rapidez, eficacia e independencia que se pretendía con este nuevo recurso. Sistema de recursos que lejos de la idea de gasto, debe contemplarse como una eficaz y rentable inversión, pues esta permitiendo una mejor gestión en la administración, corrigiendo prácticas viciadas, lo que se traduce en importantes ahorros económicos.

No es menos cierto que junto a las luces se observan ciertas sombras. Una, es el escaso conocimiento por los licitadores de esta posibilidad de recurso, que deriva, quizá, de la no visualización pública de este nuevo mecanismos de recurso y sus especiales características. Además, como principales "lagunas" podemos señalar lo siguiente¹⁷⁴. La primera, la no extensión integral del sistema ya que este recurso no debe depender del importe del

versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos".

¹⁷⁰ Así lo advierte J. PONCE en su trabajo "El Órgano administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña: un nuevo avance en la garantía del derecho a una buena administración", Revista Documentación Administrativa nº 288, 2010, p. 206.

¹⁷¹ Véase sobre este recurso, que se destaca junto a los de Francia y Alemania y en contraste con la ausencia de una regulación similar en España, NOGUERA DE LA MUELA, B., "El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE", en J.M. GIMENO FELIÚ (Ed): El Derecho de los contratos públicos, Monografía núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública, pág. 329.

¹⁷² J. M. BAÑO LEON, "Jurisdicción y recursos", Diccionario Contratación Pública (Dir. J. BERMEJO), Iustel, Madrid, 2008, p. 390

¹⁷³ Basta con analizar los datos elaborados por el CGPJ. La Justicia dato a dato. Año 2008, Madrid, 2009. Sobre de la dimensión sociológica de la jurisdicción contencioso administrativa, con una pormenorizado análisis de la congestión de los Tribunales y su lentitud en la resolución de asuntos, resulta de gran interés consultar las ediciones anuales elaboradas por MARTÍN REBOLLO, L. de las Leyes administrativas, Aranzadi, Pamplona (16 ed., 2010), "Estudio preliminar. Introducción a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa".

¹⁷⁴ También crítico por cierta insuficiencia, se manifiesta J.A RAZQUIN LIZARRAGA, "El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector público", Revista General Derecho Administrativo, núm. 25, 2010", pp. 50 a 52.

contrato¹⁷⁵. La actual limitación a los contratos armonizados (con la excepción de la Legislación de Aragón que rebaja los umbrales a 1000 000 de euros o 100 000 euros, según sean obras o suministros y servicios) no tiene, como ya hemos advertido, justificación (de hecho la referida Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006 aconseja la existencia de recursos eficaces al margen del importe del contrato)¹⁷⁶. En esta línea se había ya manifestado el Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen 514/2006, al afirmar que:

“La primera duda que plantea la regulación proyectada para el nuevo recurso especial y el nuevo sistema especial de medidas provisionales radica en su ámbito de aplicación. Con arreglo a los artículos 37.1 y 38.1 del anteproyecto, tales mecanismos son únicamente aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderán a los restantes contratos del sector público. A juicio del Consejo de Estado, esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos.

La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada.

Por estas razones, y aun cuando las exigencias de la Directiva de recursos queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley. Así se ha hecho en el Derecho francés, cuyo réferé précontractuel, aunque creado en cumplimiento de la normativa comunitaria, se extiende al control de la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia de todos los contratos, estén o no en el ámbito de aplicación de las directivas. Frente al ejemplo francés,

¹⁷⁵ Basta recordar lo afirmado por el profesor J.M. BAÑO LEÓN a propósito del sistema de recursos previsto en las Directivas de la Unión Europea de las que se infiere que en la medida que se considere el mismo como un reflejo de los principios de libre prestación de servicios y de no discriminación, los países como España, que establecen un sistema de menor protección jurídica en los contratos no sujetos a la Directiva incumplen el Derecho europeo de contratos públicos, “Tutela judicial precontractual”, en J. Bermejo Vera/M.A. Bernal Blay, Diccionario de contratación pública, Iustel, 2008, pág. 689. Igual análisis en la doctrina en mi monografía Las reformas legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público, Civitas, 2011, p. 93-101; y los trabajos de J.A. MORENO MOLINA, La reforma de la ley de contratos del sector público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, La Ley, Madrid, 2010, p.173- 182; y M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, “La Ley de contratos del Sector público: Balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para las Entidades locales”, Revista de Administración Pública núm. 186, 2011, p. 59

¹⁷⁶ Crítico con esta opción es también J. BERASATEGUI, “El control administrativo independiente de la contratación Pública”, Diario La Ley, num. 6650, 13 de febrero de 2007, p.4. También por J.A MORENO MOLINA, “La Ley 34/2010 y la adaptación...”, ob. Cit, pp. 20 a 30; ibidem, La reforma de la Ley de Contratos..., ob.cit., p. 173-182. Igualmente, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 18/2008, de 21 de julio.

otros países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a la regulación comunitaria, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados."

Eso significa que para los contratos no armonizados no existe este recurso y el TRLCSP remite a la legislación general¹⁷⁷, lo que genera una dualidad de recursos con reconocimiento de la doble jurisdicción –civil o administrativa- en función de su naturaleza o no de Administración pública, con la quiebra del principio de los actos separables¹⁷⁸. Convendría, por ello, diseñar un concreto régimen de recursos único al margen del importe del contrato¹⁷⁹.

¹⁷⁷ La Junta Consultiva de contratación Administrativa del Estado mediante Informe 48/08, de 29 de enero de 2009, analiza qué recursos proceden en la adjudicación provisional en contratos no sometidos a regulación armonizada afirmando que sólo pueden interponerse los recursos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; artículo 107 de la misma: "Contra las resoluciones y actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición". Se recuerda que el recurso a interponer será normalmente el potestativo de reposición como previo al contencioso administrativo, pues por regla general las resoluciones dictadas por los órganos de contratación ponen fin a la vía administrativa. Sin embargo, existe un supuesto en el que esto no es así. En efecto las Juntas de Contratación, tienen el carácter de órganos de contratación pero no ponen fin a la vía administrativa por lo que sus resoluciones, antes de ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa, deberán ser objeto de recurso de alzada ante el superior jerárquico de la misma, debiendo entenderse por tal el órgano del que han recibido las competencias que tengan atribuidas. Interesa destacar la naturaleza del acto de provisional (cuestión analizada ya con detalle por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 18/2008, de 21 de julio) afirmando: En primer lugar debe ponerse de manifiesto, en contra de lo que parece decir la consulta, que los actos de adjudicación provisional del contrato no son propiamente actos de trámite ni se acuerdan por la Mesa de contratación.

Por el contrario, son actos resolutorios del procedimiento de adjudicación tal como se desprende del artículo 135 de la Ley de Contratos del Sector Público en sus apartados 4 y 5 en los que al hablar de la elevación a definitiva de la adjudicación provisional en ningún caso contempla la posibilidad de que ésta sea modificada por aquélla, limitándose a admitir la posibilidad de que no se convierta en definitiva sólo en el caso de que el adjudicatario no cumpla las obligaciones complementarias que la Ley le impone a este efecto.

Con independencia de ello, o tal vez precisamente por ello, las adjudicaciones provisionales se acuerdan por el órgano de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 135.3 LCSP.

De igual modo conviene indicar que entre la adjudicación provisional y la definitiva no existe ningún acto administrativo propiamente dicho, sino el mero transcurso de un plazo que en los casos contemplados en este informe no tiene más finalidad que permitir la presentación de la documentación complementaria contemplada en el precepto mencionado. Sentado lo anterior, y en cuanto al régimen jurídico de los recursos que pueden interponerse contra los actos de trámite previos a la adjudicación provisional del contrato, fuera de aquellos casos en que se admite la interposición del recurso especial del artículo 37 de la Ley, procede señalar que serán los indicados en el artículo 107 de la Ley 30/1992 antes mencionado. Ello supone que el plazo de interposición de los recursos que tal artículo contempla será el de un mes (artículo

115.1 y 117.1) sin que por el mero hecho de interponerlos se suspenda la ejecución del acto administrativo impugnado.

Como consecuencia es posible, desde el punto de vista legal, que la resolución del recurso se dicte después de haber concluido el procedimiento de adjudicación del contrato e incluso, podría ocurrir que el contrato se encontrase al menos parcialmente ejecutado. Ésta es una situación que sólo se puede evitar si el recurrente solicita la suspensión y el órgano de contratación encargado de resolver el recurso acordase concederla antes de resolver sobre el fondo".

¹⁷⁸ S. DEL SAZ, "La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?", RAP, 174, 2007, p. 349. Vid. también GIMENO FELIU, José María, "El ámbito subjetivo de aplicación TRLCSP: luces y sombras", RAP núm. 176, 2008, pp. 9-54.

¹⁷⁹ Postulan un recurso especial de alcance general, con independencia de la cuantía del contrato, entre otros, J.M. BAÑO LEÓN, El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional", en el libro col. Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ob.cit, p. 337; NOGUERA DE LA MUELA, "El recurso especial...", cit., 105-106.

Una segunda crítica es el carácter potestativo del recurso –sugerencia del Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo¹⁸⁰- dado que plantea problemas procesales y procedimentales que pueden resentir la correcta ejecución del contrato, generando una innecesaria inseguridad jurídica¹⁸¹. Lo explica muy elocuentemente M.A BERNAL BLAY al afirmar que “el carácter potestativo del recurso especial en materia de contratación supone de facto la apertura de una doble vía de recurso (administrativo especial o jurisdiccional) para la impugnación de acuerdos tomados en el seno de un procedimiento de contratación. Tal circunstancia, parece que admisible desde el punto de vista comunitario, no está exenta de dificultades prácticas, habida cuenta de las diferencias procesales existentes en función de optar por la vía administrativa o la judicial. De esas diferencias procesales, la que con mayor claridad se advierte es el plazo para la interposición de los recursos, 15 días hábiles, computados de manera diferente en función del acto que se recurra (artículo 44.2 TRLCSP), para el caso del recurso especial en materia de contratación pública, o bien dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso (artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), para el caso de interponer el recurso contencioso- administrativo.

Del mismo modo, se observan diferencias en cuanto a los efectos que, según el Derecho comunitario, la interposición del recurso (sea de la clase que sea) debe producir. En este sentido, en primer lugar, el artículo 1.1. pfo. 3 de la Directiva 89/665/CEE (tras su modificación por la Directiva 2007/66/CE) se refiere a la garantía de que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratación públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa. La eficacia también se predica respecto de la ejecución de las decisiones adoptadas en los procedimientos de recurso (artículo 2.8 de la Directiva). Una manifestación de esas garantías de eficacia y rapidez de los recursos la encontramos en el artículo 2.3 de la Directiva 89/665/CEE (también tras su modificación por la Directiva 2007/66/CE), que dispone la suspensión automática del procedimiento cuando el recurso se plantee contra la decisión de adjudicación

¹⁸⁰ Apartado X.4.b). Es cierto que se había criticado el carácter obligatorio del recurso especial (Crítica el carácter obligatorio del recurso por su poca virtualidad práctica al ser resuelto por el mismo órgano de contratación y ser en consecuencia un obstáculo para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, MENÉNDEZ DE LA CRUZ, C., “El recurso especial en materia de contratación”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 71 (2008), págs. 50 y ss. También LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ (“El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares”, *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, Dir. MORENO MOLINA, J.A., CEMCI, Granada, 2008, p. 309) defendió la conveniencia del carácter potestativo del recurso especial para que fuera el operador el que tuviera la opción de decidir si utilizarlo o no y para que no fuera un obstáculo innecesario que retrasase una decisión sobre la ilegalidad invocada, en la medida en que en España “la estimación de los recursos administrativos previos es mínima o prácticamente nula”. La autora entiende aplicable en este punto la doctrina del TJUE sobre limitación de acceso a los procedimientos de recurso establecida en las sentencias de 19 de junio de 2003, asunto C- 410/01, Fritsch y de 12 de febrero de 2004, asunto C-230/00, Grossmann) pero en un contexto de fiscalización por el mismo órgano y de un tribunal independiente.

¹⁸¹ Crítico con el anterior carácter obligatorio del recurso especial habían sido LOPEZ CONTRERAS GONZALEZ, “El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares”, libro col. *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008, p. 309; y MENENDEZ DE LA CRUZ, “El recurso especial en materia de contratación”, *Contratación Administrativa Práctica* núm. 71, 2008, pp. 50 y ss. Ciertamente, en un recurso ante el mismo órgano que realizó la adjudicación pudiera resultar una carga, pero no así cuando el recurso se sustancia –ahora sí- ante un órgano independiente.

de un contrato (los Estados miembros garantizarán que el poder adjudicador o pueda celebrar el contrato), y que se mantiene hasta que el órgano competente para la resolución del recurso se pronuncie sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso. Esta garantía de suspensión del procedimiento se recoge para el caso de que se interponga el recurso especial en materia de contratación, pero la automaticidad de la suspensión no está tan clara si atendemos a lo dispuesto en los arts. 129 y 130 LJ, reguladores de la adopción de medidas cautelares en el seno de un procedimiento contencioso-administrativo. En este segundo caso, la suspensión de la celebración del contrato se adoptará cuando lo solicite una de las partes, y únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, pudiendo además denegarse tal medida cautelar cuando de su adopción pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada¹⁸² Por ello, hubiera sido mejor regular un recurso obligatorio y preclusivo con plazos efectivos, que conciliase tanto el derecho a la defensa como a la pronta ejecución de la prestación¹⁸³. Se garantizaría así, la unidad procesal evitando la complejidad actual que permite residenciar en dos órganos judiciales distintos un mismo asunto en función de si ha existido o no interposición del recurso especial por algún licitador¹⁸⁴.

Asimismo, debe regularse adecuadamente el objeto del recurso del que debe incluirse los casos de modificaciones ilegales o convenio que "esconden" un contrato público, ya que en todos estos casos se está en presencia de una nueva adjudicación¹⁸⁵.

Por último, es cierto que la articulación práctica en España pone de manifiesto ciertas disfunciones, en tanto la planta autonómica de estos Tribunales a fecha de hoy no está cerrada, generando asimetrías poco compatibles con el principio de seguridad jurídica. Y la extensión -a mi juicio sin justificación legal- al ámbito local genera indebida distorsión que

¹⁸² M.A. BERNAL BLAY, "Nueva configuración del recurso especial...", ob. Cit, pp. 31 y ss. Esta misma opinión crítica con el carácter potestativo es defendida por J.A. MORENO MOLINA, "La Ley 34/2010...", ob. Cit., pp. 27 a 30.

¹⁸³ De esta opinión es G. MARTINEZ TRISTAN, "¿Es el recurso especial la solución o el problema", en libro colectivo La contratación pública: problemas actuales, Iustel, Madrid, 2013. Así parece haberse entendido, paradigmáticamente, para el caso de las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, donde la pretendida modificación de los artículo s. 101 a 108 de la Ley 31/2007 por el mismo Proyecto de Ley no parece implicar variación respecto del carácter obligatorio de este tipo de reclamaciones- La obligatoriedad de la reclamación, en este caso, puede deducirse de la circunstancia de que no se advierte expresamente su carácter potestativo.

¹⁸⁴ También a favor del carácter obligatorio P. VALCARCEL FERNANDEZ y R.FERNANDEZ ACEVEDO, "Organos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España", en libro col dirigido por D. Sorace Amministrazioni Pubbliche dei contratti, Ed. Scientifica, Napoles, 2013, p. 362-363.

¹⁸⁵ Me remito a mi estudio "La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable", en JORNADA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 25 de abril de 2013 (próxima publicación en libro colectivo La contratación pública: problemas actuales, Iustel, Madrid, 2013) pp. 45-49 del texto original. Cuestionan también la opción del actual artículo 40 TRLCSP I. GALLEGRO CÓRCOLES "Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales ex lege de su ámbito de aplicación" Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 113, 2011, p. 32-37, S. Díez Sastre, "El recurso especial en materia de contratación pública", Anuario de Derecho Municipal núm. 5, 2011, p. 141 y M.A. BERNAL BLAY "El control sobre la modificación de los contratos públicos", en www.obcp.es de 1 de septiembre de 2011 Contrario a la posibilidad de recurso especial se posiciona P. CALVO RUATA, al considerar que contrario al recurso especial: "lo que es ejecución de los mismos, y el recurso especial esta concebido para depurar los actos contrarios al ordenamiento jurídico en fase de preparación y adjudicación. Pero además, porque la concreción de la modificación cuando esté prevista, al ser consecuencia directa del pliego conlleva que si este no fue impugnado en su momento mediante ese especial recurso, no quepa a posteriori". "La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?", Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011, Fundación Sainz de Varanda, Zaragoza, 2012, p. 407.

cuestiona la esencia del modelo¹⁸⁶. Además, las restricciones presupuestarias actuales condicionan la función de control que puede afectar a la consecución de la rapidez de este recurso, con los perjuicios desde la perspectiva de la eficacia que se ocasiona para el órgano demandante de la prestación suspendida hasta la resolución expresa.

En todo caso, conviene insistir en que el correcto funcionamiento de la contratación pública con objetivos de política pública como vectores de su concreto diseño exige la existencia de mecanismos de control efectivos y rápidos por autoridades independientes ya sean judiciales -mediante la oportuna reforma procesal-, o mediante "arbitrajes administrativos" independientes y con estatus de juez (así lo exige la Directiva "recursos"). De esta manera se puede avanzar en un modelo que preserve el principio de integridad¹⁸⁷. Y la experiencia del modelo español a través del recurso especial ante los tribunales administrativos, con las insuficiencias descritas, ha supuesto un notable avance, que en modo alguno puede ser considerado como gasto innecesario o prescindible¹⁸⁸.

Lo importante, en definitiva, es preservar un control útil, basado en la pronta respuesta y en la especialización e independencia de estos tribunales administrativos, estatal o autonómicos, regulando una planta de carácter cerrado que impida su extensión en el ámbito local o institucional, y que incluya mecanismos de coordinación que favorezcan la unidad de doctrina y, por ello, la predecibilidad y seguridad jurídica. Ese debe ser, en definitiva, el eje de reforma que avance en la senda del control efectivo y sirva de herramienta efectiva frente a la corrupción y dote de credibilidad al sistema.

IX. Conclusiones

Son varias, aun de forma sucinta, las conclusiones que se pueden ofrecer:

Primera.- Son tiempos de cambios, que exigen reformas en profundidad de las normas administrativas y en concreto de las de contratación pública. Nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado. Una correcta utilización de compra pública, como instrumento al servicio de políticas públicas, debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia

¹⁸⁶ Igualmente, P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, "Organos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España", ob. Cit., p 373.

¹⁸⁷ Me remito a mi trabajo "La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar al integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación Pública", REDA núm. 147, 2010, pp. 517-535. Igualmente crítico con la escasa regulación del arbitraje en el artículo 320 LCSP y su no extensión en la fase de ejecución a las Administraciones Públicas, se muestra J.A. MORENO MOLINA, La reforma de la Ley..., ob.cit., p. 138.

¹⁸⁸ Esta opinión favorable es también defendida por P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, "Organos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España", ob. Cit., p. 371-373: "...estos órganos están sirviendo para limpiar y depurar la contratación del sector público. Además, se está comenzando a apreciar como los entes del sector público contratantes están adaptando su comportamiento a la vista de las resoluciones de los tribunales, por ejemplo: redactan mejor los pliegos, concretan más y mejor los criterios de valoración de las ofertas y de adjudicación del contrato". También por M. A. BERNAL BLAY, que destaca la labor didáctica de estos tribunales administrativos y la auctoritas de su doctrina. "Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011", en libro col. Observatorio de contratos públicos 2011, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 328-331.

del mercado interior europeo. Urge configurar un modelo armonizado y uniforme de contratación pública en Europa que permita una adecuada optimización de los fondos públicos para consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestro modelo social y económico, y que incorpore como premisas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad

Segunda.- Si la necesaria estabilidad del marco normativo es deseable, también la necesario profesionalización en aras a promover una nueva "cultura" de la contratación pública, que haga de la misma un instrumento de políticas públicas activas alejado de prácticas clientelares o de validación de proyectos claramente insostenibles ya desde una perspectiva financiera ya desde la propia lógica de la conveniencia y su sostenibilidad¹⁸⁹. La necesidad derivada de la nueva regulación aconseja la adecuada profesionalización. Objetivo que se recoge en la Declaración de Cracovia, que contiene las conclusiones del primer Foro del Mercado Interior celebrado en dicha ciudad los días 3 y 4 de octubre de 2011, y que entre las medidas para mejorar el funcionamiento de la legislación comunitaria sobre contratación pública, propone profesionalizar el sector de la contratación pública a través de una mejor formación.

Y para ello, la propuesta de Directiva de contratación pública contempla la obligación de constituir tanto estructuras de apoyo jurídico y económico que ofrezcan asesoramiento, orientación, formación y ayuda para preparar como órganos especialmente preparados llevar a cabo los procedimientos de contratación (artículo 87). Además, y como consustancial a la idea de profesionalización, es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan¹⁹⁰. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad¹⁹¹.

Hay que exigir una mayor cualificación y responsabilidad de los "gestores" públicos (evitar la politización). Debe orientarse la legislación hacia una cultura ética de la actuación administrativa que garantice y promueva la integridad en la gestión de los asuntos públicos¹⁹². Y ello porque está en juego, insistimos, la efectividad del derecho a una buena administración¹⁹³.

Tercero.- Para cumplir con el fin de integridad hay que reforzar los mecanismos de control tanto mediante la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas¹⁹⁴, Agencias

¹⁸⁹ En este punto resulta de gran interés el trabajo contenido en este libro de M.A. SANMARTIN MORA, "La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea", en libro col Observatorio de los Contratos Públicos 2011, ob.c it., pp. 407-434.

¹⁹⁰ Comisión Nacional de la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>

¹⁹¹ Ver GIMENO FELIU, J.M., La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?, REDA, nº 147, pp. 518 y ss.

¹⁹² Por todos, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, "Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas", Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente - Núm. 229, Octubre 2006. También A. SABAN GODOY, El marco jurídico de la corrupción, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991

¹⁹³ Para ello debe promoverse la colaboración de organizaciones sociales -no politizadas- para el control de riesgos de corrupción así como de los empleados públicos, previendo un sistema eficaz de denuncias (sin "coste" para el denunciante).

¹⁹⁴ Sin duda puede ser una importante herramienta función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas (y sus homólogos autonómicos), con el fin de controlar legalidad y eficacia (que incluye la fase de ejecución) evitando un incorrecto uso de fondos públicos, independientemente de la personificación pública o privada que licite en tanto sea poder adjudicador. Sobre ello resulta de interés el trabajo de J. MEDINA GUIJARRO J.C. LÓPEZ LÓPEZ, "La fiscalización de la contratación administrativa por el Tribunal de Cuentas", Documentación Administrativa núms. 275-276, 2006, pp. 407-424. Obviamente se deberá "incentivar" la aplicación del procedimiento de responsabilidad contable regulado

de Lucha antifraude¹⁹⁵ y, sobretodo, mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido. Por supuesto, la doctrina de los órganos de control deberá ser transparente con el objeto de mejorar la gestión y avanzar en la predictibilidad y seguridad jurídica¹⁹⁶.

Estos son los retos de la transposición de las nuevas Directivas, cuyo diseño debe permitir implantar una nueva gobernanza pública –junto con otras reformas estructurales–, incorporar 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, impulsar la reactivación económica y empresarial y, por supuesto, a legitimar democráticamente nuestro modelo político.

Zaragoza, a 4 de octubre de 2013.

Breve CV de Jose María Gimeno Feliu

- Catedrático de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza). Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (desde marzo de 2011).
- En la actualidad es el Vocal en representación de la Universidad de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.
- Ha sido Decano de Facultad desde mayo de 2003 a mayo de 2010 y con anterioridad Vicedecano y profesor Secretario del Centro. Presidente de la Junta de PDI entre septiembre de 2002 a mayo de 2003 y Director de la Cátedra de Derecho Local de Aragón desde marzo de 2010 a diciembre de 2012.
- Autor de nueve monografías y de 80 publicaciones en libros colectivos y en revistas especializadas de la disciplina. Entre sus trabajos relacionados con la contratación pública pueden citarse: Como monografías El control de la

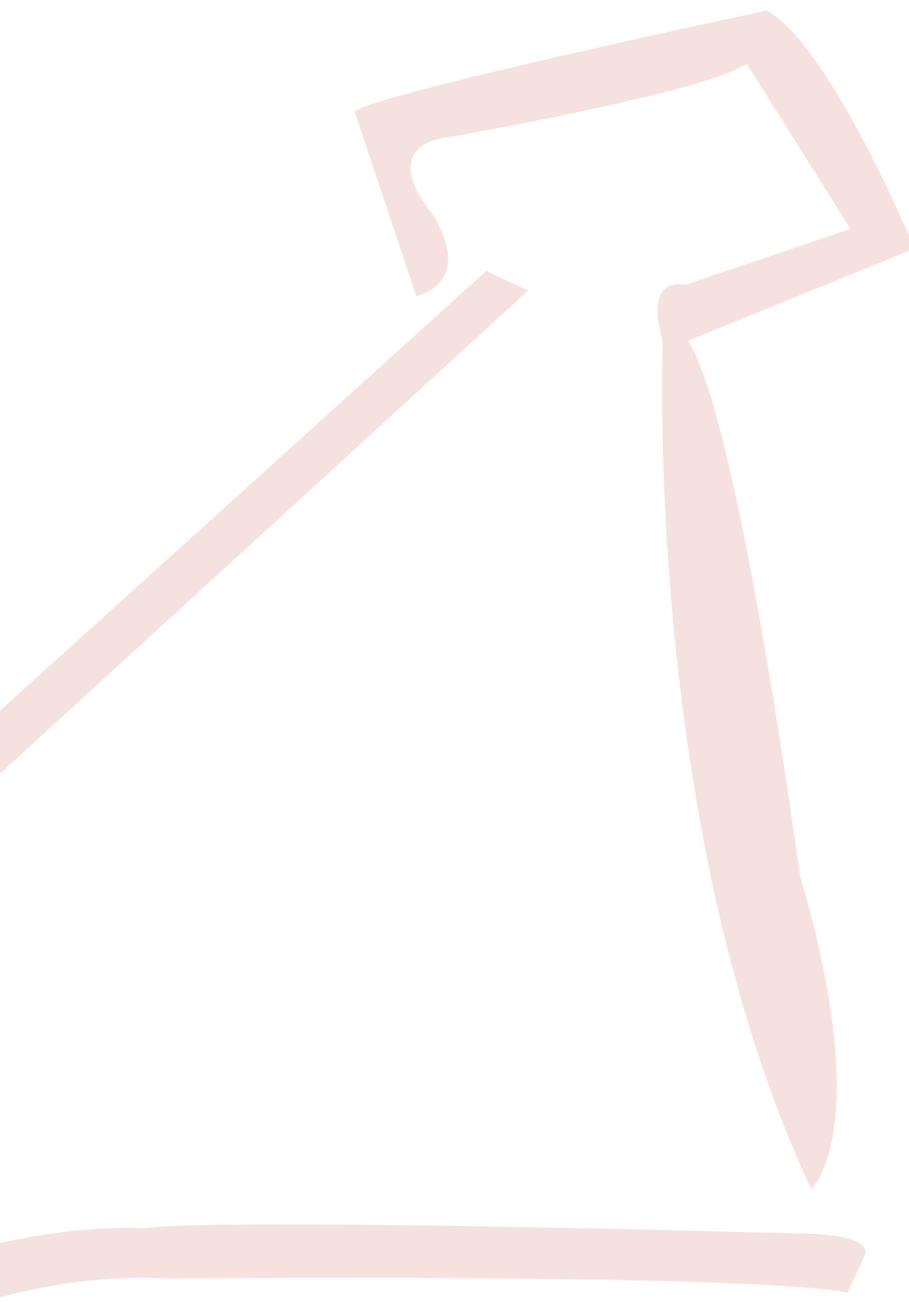
en la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, para los casos de daños al erario público por una “mala práctica” de la normativa de contratación pública (incluida la contable y presupuestaria. C. CUBILLO RODRÍGUEZ, “Las responsabilidades jurídicas derivadas de la contratación del sector público”, en libro col. La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre, Comares, Granada, 2009, pp. 634-638. La dificultad de exigir responsabilidades está siendo un factor que “incentiva” el incumplimiento de las reglas y principios que quiebran con los modificados ilegales. Labor de control que va a resultar más difícil a raíz de la STS núm. 8506/2012, de 28 de noviembre de 2012 (que casa y anula otra de la Sala de justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas (TCu) dictada el 17 de marzo de 2010 resolviendo el procedimiento de reintegro por alcance en relación con el Ayuntamiento de Boadilla del Monte, de Madrid), que limita la capacidad de control por alcance y lo condiciona a la existencia de un recurso contencioso previo. El argumento de que “no siendo impugnado dicho convenio, ni habiendo sido reparados tales pagos por la Intervención Municipal, ni habiéndose emitido informe con tacha alguna por parte de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento” no hay responsabilidad contable puede condicionar la función de control del Tribunal de Cuentas y sus homólogos, máxime cuando, hasta ahora, en el caso de los modificados nunca se ha acudido ante los tribunales. Queda el control, no obstante, remitido a la función de asesoramiento de intervención y servicios jurídicos que han de ser la pieza clave en el cumplimiento de la legalidad.

¹⁹⁵ Un ejemplo es la Ley 14/2008, del 5 de noviembre (modificada por 7/2009, de 13 de mayo), de la Oficina Antifraude de Cataluña crea la Oficina Antifraude de Cataluña, entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, con el fin de prevenir e investigar posibles casos de uso o destino ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público. En Portugal, desde hace un par de años existe el Consejo para la Prevención de la Corrupción, que es un órgano administrativo independiente que trabaja “con” el Tribunal de Cuentas de Portugal para la prevención de la corrupción y los delitos conexos (art. 1º da Lei nº 54/2008).

¹⁹⁶ A modo de ejemplo, las Memorias del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón sistematizan y recogen la principal doctrina, tratándola por asuntos, con el fin de facilitar su conocimiento.

contratación pública. (Las normas comunitarias y su adaptación en España), Civitas, Madrid, 1995; Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación, Civitas, 2003; Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública (Dir.), Atelier, Barcelona, 2004; La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma), Civitas, Madrid, 2006 y Novedades de la Ley de Contratos de Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos, Civitas, Madrid, 2010; Las reformas legales de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Alcance y efectos prácticos. Civitas, Colección Cátedra Derecho Local de Aragón, Cizur Menor, 2011 y Observatorio de los contratos públicos 2010 (Dir.), Civitas, Cizur Menor, 2011; Observatorio de los contratos públicos 2011 (Dir.), Civitas, Cizur Menor, 2012 y Observatorio de los contratos públicos 2012 (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

- Otras monografías son: El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo, Civitas, Madrid, 1994 y El derecho de reversión en la Ley de Expropiación Forzosa, Civitas, Madrid, 1996.(2ª ed. de 2003); Organización Local. Nuevas Tendencias (Dir.).
- Investigador Principal de seis proyectos obtenidos en convocatoria competitiva y amplia actividad en contratos de transferencia (OTRI y FEUZ).
- Integrante del Grupo de investigación consolidado ADESTER.
- Como resultado del Proyecto MICIN es Director del Observatorio de Contratación Pública (www.obcp.es) que funciona desde octubre de 2011 y tiene su sede en la Facultad de Derecho de Zaragoza. Entre las actividades del Observatorio realizadas durante su primer año de vida puede destacarse:
 - Participación en la consulta pública impulsada por la Comisión Europea con motivo de la publicación del Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente COM(2011) 15 final
 - Participación en la consulta pública impulsada por el Gobierno de España con motivo de la publicación del Anteproyecto de ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.
 - Presentación de comunicación en la 5th International Public Procurement Conference: Exploring New Frontiers in Public Procurement celebrada en Seattle (US), sobre las nuevas propuestas de Directiva en materia de contratación Pública.
 - Edición del Observatorio de Contratos Públicos, publicado con la editorial Civitas, correspondiente a las anualidades 2010 y 2011.
- Ha sido ponente de forma constante en foros especializados nacionales e internacionales (UIMP, Instituto Europeo de Administración Pública, Instituto Nacional de Administración Pública, Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, Parlamento Europeo, etc.).
- Todas las evaluaciones docentes son positivas y han sido reconocidos todos los tramos de docencia (cuatro) y de investigación (tres, hasta 2007).
- Desde 2004 es Director y profesor del Postgrado de Especialización en Derecho Local de Aragón.



Crónicas



Acción de inconstitucionalidad: Impedimento para el ejercicio y el reingreso a cargos de la Hacienda Pública¹

Mediante Resolución de la Sala Constitucional N° 4491 de las 16:00 horas del 3 de abril de 2013, la Sala Constitucional declaró sin lugar una acción de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Cesar Hines Céspedes en contra del artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, numeral en el que se establece un impedimento para el ejercicio y el reingreso a cargos de la Hacienda Pública, en contra de aquellas personas que incurran en los supuestos allí contemplados.

En lo que interesa, en esta resolución se analizan temas de medular importancia en el quehacer de la Contraloría General y en general en materia de responsabilidad de los servidores públicos, tales como la potestad sancionatoria sobre los funcionarios públicos, la tipicidad de las infracciones administrativas, la constitucionalidad de la norma impugnada, se defiende la posibilidad que tiene la Contraloría General de aplicar dicho impedimento con la salvedad de los funcionarios de elección popular y, finalmente, se enfatiza la posibilidad de discutir en la sede contencioso-administrativa las conductas que se emitan con fundamento en dicha norma.

Ahora bien, con relación al tema central de la acción de inconstitucionalidad cual es el control de convencionalidad, la Sala formula algunas consideraciones importantes en el tema, despejando algunas dudas e inquietudes respecto al objeto y alcances de dicho control, siendo el extremo quizás más relevante el de la aplicación de sentencias de la Corte Interamericana al contexto nacional de cada Estado.

Sobre este particular, la Sala deja en claro la existencia de un “margen de apreciación nacional”, con arreglo al cual las sentencias de la Corte deben ser aplicadas con observancia de las particularidades propias de cada ordenamiento nacional y no de manera automática o meramente refleja, habida cuenta que la anulación de una norma nacional solo procede, primero, cuando ésta es abiertamente incompatible frente a la Convención o las sentencias y pronunciamientos de la Corte o, en segundo lugar, cuando no es posible hacer una lectura de la misma conforme con dichos parámetros, todo lo cual implica que la anulación normativa tiene si se quiere un carácter residual.

Por lo demás, la resolución viene a ratificar la constitucional de una norma que se enmarca en la búsqueda de un ejercicio de la función pública acorde con el bloque de legalidad y el respecto a los deberes y obligaciones que supone el ejercicio de los cargos públicos en condiciones de idoneidad no solo técnica sino también moral.

¹ Autor: Lic. Jaïnse Marín Jiménez, Gerente Asociado de la Contraloría General de la República

Responsabilidad administrativa por omisión y negligencia. Faltas al deber de probidad²

En proceso contencioso administrativo contra el Órgano Contralor, donde se alegó supuestas faltas dentro de un procedimiento administrativo, además de la supuesta prescripción de la potestad sancionadora se dictó la resolución N° 41-2013-VI, de las 16:15 horas del día 28 de febrero del año 2013, emitida por la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo, en la cual se acogió la excepción de falta de derecho formulada por la Contraloría General, se declaró sin lugar la demanda en todos sus extremos, y condenó a la parte actora al pago de ambas costas del proceso.

En esa resolución, se efectúan valoraciones importantes con respecto al cómputo del plazo de prescripción en materia sancionatoria, y específicamente, un análisis de la normativa que regula este instituto en asuntos de Hacienda Pública.

Sobre este aspecto, en la resolución señalada, se confirma la aplicación del artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, donde se estipula la forma en que se debe realizar el cómputo del plazo en materia de prescripción de la responsabilidad administrativa por faltas a la Hacienda Pública. De tal forma, se indica que para el conteo respectivo del plazo de prescripción se deberá identificar, como punto de partida, el momento en que la investigación o informe respectivo sea de conocimiento del despacho competente para dar inicio al procedimiento administrativo. Así también, desarrolla el tema de la caducidad en el procedimiento administrativo y los plazos razonables para su tramitación, indicando expresamente, que en este caso en concreto se respetó el bloque de legalidad respectivo.

Por otra parte, en la sentencia comentada, también se realiza un estudio de los principios de razonabilidad y proporcionalidad que se deben respetar en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República. Sobre el particular, el Tribunal Contencioso Administrativo señaló que la sanción recomendada se conforma sustancialmente con el ordenamiento jurídico, ya que fue dictada por el órgano competente, dentro de los plazos legales estipulados, con motivos legítimos y suficientes para resolver en los términos antes indicados.

Señala el Tribunal que la sanción impuesta constituye una consecuencia jurídica, lógica y suficiente, esto al haberse demostrado la omisión y atendiendo a los numerales 3 y 4 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito, y 110 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos. En esa misma línea, señala el tribunal que: "se trata de una sanción razonable y proporcionada a los hechos que se tuvieron por acreditados." También recaló la aplicación de las atenuantes estipuladas en la normativa mencionada y la estipulación de la sanción menor que el mismo ordenamiento estipula, considerando el cuadro fáctico y los argumentos de defensa de la parte investigada.

Por último, pero no menos importante, el Tribunal Contencioso recalca que la sanción recomendada por la Contraloría General, cumple con la finalidad del numeral 131 de la Ley

² Autor: Lic. Fabio Salas Chinchilla, Fiscalizador, Área de Litigios de la División Jurídica, Contraloría General de la República.

General de la Administración Pública, artículo que tutela los intereses públicos que están detrás de velar porque la actuación de todo funcionario público sea proba, eficiente y se ajuste al ordenamiento jurídico, máxime en puestos donde están de por medio situaciones de emergencia y seguridad social.

Resulta indispensable señalar que la sentencia en cuestión se encuentra en firme, por cuanto, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, mediante la resolución N° 1127-A-S1-2013, de las 15:50 horas del día 22 de agosto del año 2013, rechazó de plano el recurso de casación interpuesto por la parte actora, al considerar que no cumplía con los requisitos mínimos señalados en la normativa procesal.

Competencias de la Contraloría General en relación a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos³

Mediante la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo N° 82-2013-VII de las 15:40 horas del 15 de noviembre de 2013, el Tribunal Contencioso Administrativo declaró sin lugar una demanda interpuesta en contra de la Contraloría General, por haber tramitado un procedimiento administrativo en contra de varios funcionarios públicos.

Cabe señalar, que en esta sentencia se desarrollan varios temas de interés, como son la prescripción, las regulaciones de zonificación y las competencias de la Contraloría General en punto a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos.

Finalmente, es importante destacar que la sentencia se ocupa de formular, algunas reflexiones generales en torno a los alcances de la responsabilidad de los funcionarios públicos, cuando éstos toman decisiones sobre la base de criterios previos que les sean remitidos, en cuyo caso el Tribunal exige la realización de algunas acciones mínimas y en un marco de razonabilidad (sin pretender que se tenga una condición de experto en todas las ramas del conocimiento), tendentes a asegurarse y verificar que el contenido de tales criterios sea conforme a lo indicado.

Responsabilidad Civil: Sujetos privados que reciben fondos Públicos⁴

Mediante la resolución n.° 1799-2013 de las 13:15 horas del 13 de setiembre del 2013, el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, declaró sin lugar en todos sus extremos una demanda que pretendía la anulación de una resolución de la Contraloría General, en donde se declaró la responsabilidad civil de la parte investigada.

³ Autor: Lic. Jaïnse Marín Jiménez, Gerente Asociado de la Contraloría General de la República

⁴ Autor Lic. Alexander Corella Chavarría, Fiscalizador, Área de Litigios de la División Jurídica, Contraloría General de la República.

Dentro de la resolución emitida por el Juzgado Contencioso Administrativo, entre otros aspectos, cabe destacar lo resuelto respecto de la posible nulidad del procedimiento administrativo, indicando que todos los elementos del acto administrativo estuvieron presentes en las resoluciones impugnadas y sin defecto alguno (debido proceso), razón por la cual, la declaratoria de nulidad absoluta o relativa pretendida por la actora no fue de recibo.

Agregó además el Juzgador que la parte actora ni siquiera especificó, o demostró qué, o cuáles fueron los elementos del acto que se encontraban viciados en las resoluciones objeto de la litis. En consecuencia, según indica la resolución, no se aprecia ausencia de motivación necesaria o defecto en la motivación que amerite la declaratoria de nulidad absoluta de las resoluciones objeto de este proceso y menos de nulidad relativa.

El Juzgado Contencioso, reafirmó la competencia que ostenta la CGR como fiscalizador de la Hacienda Pública (artículos 183 de la Constitución Política, 1, 4 incisos b y c, 5, 6, 7, 8 párrafo final 21 y 76 de la LOCGR), para fiscalizar a los sujetos privados que reciban beneficios patrimoniales del Estado o de alguno de sus entes, y desde luego para fiscalizar e iniciar un procedimiento administrativo en este caso contra un sujeto privado con ocasión de las donaciones autorizadas por Ley por parte de una empresa pública y un ente público territorial todo con el fin de verificar el cumplimiento del destino legal dado al beneficio patrimonial otorgado con la Ley N° 7561.

La resolución estableció el deber que tenía la fundación al tenor de lo dispuesto en los numerales 1,2 y 4 de la Ley N° 7561, de mantener bajo su propiedad los inmuebles donados, de modo que la venta -como bien lo apuntó la CGR en las resoluciones impugnadas-, constituyó un cambio del destino legal previsto en dicha ley, pues la donación se autorizó -indica la resolución- para que la Fundación estableciera en los terrenos donados su sede, no para que producto de la venta de los bienes donados se pudieran obtener recursos para la construcción de la sede en otro lugar, que fue lo que en apariencia al final se hizo, en clara contraposición de lo establecido en los artículos 1, 2 y 4 de la Ley N° 7561 en relación con los artículos 1 y 3 de la Ley N° 7349.

En conclusión, el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda determinó que las resoluciones de la CGR que se venían impugnando fueron dictadas conforme al ordenamiento jurídico, y por tanto, no presentan vicios que ameriten la declaratoria de nulidad absoluta o relativa, en los términos de los numerales 158, 166 y 167 de la LGAP.

Por otra parte estableció que la parte actora con la venta de las propiedades donadas por la empresa pública y el ente municipal, con fundamento en la autorización dada por la Ley N° 7561, desvió el destino asignado por Ley (N° 7561 en relación con la Ley N° 7349) a dichos terrenos, pues dicha norma no la autorizó a disponer libremente de las fincas donadas por los entes públicos, tal como lo había demostrado la CGR.

Por último, determinó que el desvío del beneficio patrimonial percibido por parte actora, la hizo responsable civil, y por tanto, como lo estableció -este órgano contralor- en el procedimiento administrativo la obliga a indemnizar al Estado costarricense por sus actuaciones.

Competencia de la Contraloría General para tramitar procedimientos administrativos en materia municipal⁵

Mediante resolución de la Sala Constitucional N° 10580 de las 9:30 horas del 9 de agosto de 2013, la Sala Constitucional declaró sin lugar un recurso de amparo interpuesto por varios funcionarios municipales en contra de la Contraloría General, en el cual se cuestionó la competencia del órgano contralor para tramitar un procedimiento administrativo en contra de tales servidores, lo anterior por representar una supuesta lesión a la autonomía municipal y a las potestades disciplinarias del Alcalde Municipal.

Sobre el particular, la Sala Constitucional reiterado una resolución anterior en idéntico sentido, destacó la condición de la Contraloría General como un órgano activo fiscalizador, con arreglo a la cual y merced a sus atribuciones constitucionales, bien puede investigar e incluso tramitar procedimientos administrativos en contra de servidores de los sujetos pasivos de su fiscalización, con el objeto de indagar el mérito de sus actuaciones que incidan de manera directa o indirecta en el buen uso de los fondos públicos, recomendando luego a la Administración Activa de manera vinculante la imposición de las sanciones respectivas.

En particular, la Sala Constitucional viene a reiterar que la autonomía de la que gozan las municipalidades y la fiscalización que lleva a cabo la Contraloría General en lo que hace al uso de los fondos públicos no son excluyentes, sino realidades que conviven respetando – claro está- el ámbito funcional de competencias de una y otra.

En ese sentido, la Sala advierte que la autonomía municipal no es ilimitada sino que encuentra un límite infranqueable en el principio de unidad estatal, siendo uno de sus componentes básicos, precisamente, el control y la vigilancia que ejerce la Contraloría General sobre todo órgano y ente público independientemente del grado de autonomía que goce.

Con base en las consideraciones formuladas por la Sala, pareciera que las inquietudes que en algún existieron respecto a la competencia de la Contraloría General para tramitar procedimientos administrativos contra funcionarios municipales quedan finalmente despejadas, sin que todo esto implique una lesión a la autonomía municipal o desconocer las competencias disciplinarias del Alcalde Municipal para imponer las sanciones respectivas.

Competencia de la Contraloría General de la República sobre la administración de los bienes públicos⁶

Mediante proceso Contencioso Administrativo se demandó la nulidad de las disposiciones emitidas por la CGR con respecto a la Administración de los bienes públicos, específicamente la Zona Marítimo Terrestre

⁵ Autor: Lic. Jaínse Marín Jiménez, Gerente Asociado de la Contraloría General de la República.

⁶ Autor Lic. Jesús González Hidalgo, Fiscalizador, Área de Litigios de la División Jurídica, Contraloría General de la República.

Entre sus argumentos, la parte actora manifestó que la fiscalización que realiza la CGR violenta la autonomía que le fue conferida a las municipalidades en el numeral 170 de la Constitución Política. Sostiene que la Ley Sobre la Zona Marítimo Terrestre no le confiere funciones de fiscalización a la CGR sobre estos bienes a diferencia de las competencias que se le otorgan a la Procuraduría General de la República, el Instituto Costarricense de Turismo y por supuesto los Gobiernos Locales. Aduce un conflicto de intereses y un exceso en las competencias de la CGR para lo cual considera que el único órgano que puede ejercer funciones como fiscalizador de legalidad sobre la ZMT es la Procuraduría General, -de tal suerte- cualquier otro tipo de control, se encuentra fuera de los parámetros de la legalidad y fuera de los alcances de las competencias que implican el control de la Hacienda Pública.

En pocas palabras, el ayuntamiento concluye que la CGR no puede ejercer sus funciones constitucionales y legales en materia de administración de los bienes municipales y en particular, de la ZMT.

Por resolución **12-2014-VII** de las 7:30 horas del 25 de febrero de 2014 el Tribunal Contencioso Administrativo resuelve de manera definitiva el proceso señalando en lo que interesa:

"...si la Hacienda Pública está conformada -entre otros- por los fondos públicos y dentro de estos últimos de conformidad con el artículo 9 de la Ley Orgánica de la CGR, se encuentran "los bienes" del Estado -sean muebles, inmuebles, demaniales o patrimoniales-, lógicamente, todo bien propiedad del Estado costarricense, al ser un fondo público, forma ineludiblemente parte de la Hacienda Pública. Y, en ese tanto, sea al formar parte de la Hacienda Pública, resulta incuestionable no sólo la competencia contralora y fiscalizadora de la CGR respecto de los bienes propiedad del Estado, sino, el deber legal y constitucional de ejercer dichas atribuciones. Desde esa perspectiva, siendo que de conformidad con el artículo 1 de la Ley 6043, "la zona marítimo terrestre constituye parte del patrimonio nacional, pertenece al Estado y es inalienable e imprescriptible", sin duda alguna, la misma al estar conformada por bienes inmuebles propiedad del Estado, forman parte de los fondos públicos a los que hace referencia el numeral 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y en consecuencia, también de la Hacienda Pública, en los términos que señala el ordinal 8 de ese mismo cuerpo normativo. Deriva de lo anterior, que la CGR no sólo pueda sino deba, ejercer en materia de ZMT, las competencias de control y fiscalización superior que respecto de la Hacienda Pública, le confieren tanto la Constitución Política como la Ley."

Finalmente, respecto de las consideraciones descritas sobre una posible violación a la autonomía municipal, el Tribunal colige de una manera categórica, que dicho instituto no puede erigirse como un escollo u obstáculo, cuando se trata del control y fiscalización que realiza la CGR sobre los bienes que administran las Municipalidades, instituciones a las cuales les cubre un deber general de rendir cuentas sobre la forma en que administran los recursos que les son conferidos para efectos de satisfacer el interés general.

Reconocimiento de las Atribuciones del Órgano Contralor en materia Sancionatoria⁷

Mediante la resolución N° 11454, la Sala Constitucional declaró sin lugar una acción de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Alexis Artavia González en contra de los artículos 14 de la Ley contra la corrupción y 34 de la Ley General de Control Interno (en punto al tema de la prohibición al ejercicio liberal de profesiones aplicable a los Auditores Internos), varios numerales del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Contraloría General y normativa atinente al Registro de Sanciones de la Hacienda Pública (SIRSA).

Sobre el particular, la Sala formula una serie de consideraciones por lo demás relevantes en torno a las normas cuestionadas, las cuales se traducen en un reconocimiento importante a las atribuciones de la Contraloría General en materia sancionatoria de los funcionarios públicos, la aplicación de la prohibición al ejercicio liberal de las profesiones a los Auditores Internos, la potestad normativa del órgano contralor, el trámite de procedimientos administrativos, así como la conformidad constitucional que tiene el SIRSA y la conveniencia de dicho registro.

Resta mencionar, que la Sala Constitucional identifica la existencia de un común denominador en todas las normas impugnadas, cual es el aseguramiento de la idoneidad moral de los funcionarios públicos y de los principios de objetividad, imparcialidad y probidad. En ese sentido, señaló que *“Cuando se trata de personas que van a servir intereses públicos y está de por medio los fondos públicos, es admisible que se endurezcan las exigencias y se exija el cumplimiento de un determinado bagaje de deberes éticos y morales”*.

Acción de inconstitucionalidad: Control de Convencionalidad⁸

Mediante resolución N° 12801, la Sala Constitucional declaró sin lugar una acción de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Jorge Leiva Poveda a favor de Mario Zamora Cordero, en contra de los artículos 4 y 39 inciso c) de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública y 113 inciso d) de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.

Cabe señalar, que el tema central de la acción fue el control de convencionalidad, con relación al cual la Sala formuló una serie de consideraciones generales en torno al objeto y alcances de dicho control, siendo el extremo quizás más relevante el de la aplicación de sentencias de la Corte Interamericana al contexto nacional de cada Estado.

Sobre el particular y, reiterando lo indicado en la resolución N° 4491-2013 -a través de la cual se rechazó una acción de inconstitucionalidad incoada en contra del artículo 72 de la Ley Orgánica de la CGR con alegatos prácticamente idénticos-, la Sala deja en claro la existencia

⁷ Autor: Lic. Jaïnse Marín Jiménez, Gerente Asociado de la Contraloría General de la República.

⁸ Autor: Lic. Jaïnse Marín Jiménez, Gerente Asociado de la Contraloría General de la República.

de un “margen de apreciación nacional”, con arreglo al cual las sentencias de la Corte deben ser aplicadas con observancia de las particularidades propias de cada ordenamiento nacional y no de manera automática o meramente refleja.

En ese sentido, la Sala advierte que la anulación de una norma nacional solo procede, primero, cuando ésta es abiertamente incompatible frente a la Convención o las sentencias y pronunciamientos de la Corte o, en segundo lugar, cuando no es posible hacer una lectura de la misma conforme con dichos parámetros, todo lo cual implica que la anulación normativa tiene si se quiere un carácter residual.

Por lo demás, la resolución viene a ratificar la constitucionalidad de normas que se vinculan de manera directa con el tema de la responsabilidad de los funcionarios públicos, siendo ese uno de los componentes objetivos de la Hacienda Pública y, en definitiva, con un ejercicio de la función pública respetuoso del marco de legalidad y los deberes y obligaciones que supone el ejercicio de los cargos públicos.

Tutela de bienes del Dominio Público. Responsabilidad Administrativa por titulación irregular sobre bienes del Patrimonio Natural del Estado⁹

Con sustento en sanciones impuestas en un procedimiento administrativo realizado por el Órgano Contralor , dos de los funcionarios sancionados, interpusieron sus respectivos procesos contencioso administrativo contra este Órgano Contralor, donde alegaron supuestos vicios en el procedimiento administrativo, además de cobrar daños y perjuicios por los daños causados con el accionar de la Contraloría General.

Con este panorama, y después del análisis de los argumentos de cada parte, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V, emitió dos sentencias en idéntico sentido; de tal forma, mediante las resoluciones N° 24-2013-V, de las 10:10 horas del día 11 de marzo del 2013 y resolución N° 29-2013-V, de las 08:36 horas del 20 de marzo del mismo año, se acogió las excepciones de falta de derecho interpuestas por la Contraloría General y se rechazó la demanda en todos sus extremos, condenando a los actores al pago de ambas costas del proceso.

Dentro de muchos puntos valiosos que se desarrollan en estas resoluciones, se podría destacar el análisis sobre el debido proceso, la aplicación de las Convenciones Colectivas frente a responsabilidades administrativas en materia de Hacienda Pública, el análisis del concepto de “funcionario de la Hacienda Pública” y el plazo de prescripción.

Específicamente sobre el debido proceso, el Tribunal se pronunció indicando que, ante la falta de un reproche específico por parte del actor, el juzgador debe efectuar un análisis amplio de aquellos requisitos que la legislación y la jurisprudencia han señalado como piezas

⁹ Autor: Lic. Fabio Salas Chinchilla, Fiscalizador, Área de Litigios de la División Jurídica, Contraloría General de la República.

fundamentales dentro de la tramitología de cualquier procedimiento administrativo. De tal forma, se indica que en el procedimiento de marras se respetó el llamado debido proceso, desarrollado puntualmente en las sentencias N° 15-90 y 1739-1991 de la Sala Constitucional, por cuanto no se encontró ningún yerro en la comunicaciones de las resoluciones administrativas, se resolvió oportunamente cada uno de los recursos planteados por los intimados, también se concedió espacio suficiente a las partes para que, tanto por escrito como en la comparecencia oral, aportaron sus alegatos de defensa y las pruebas respectivas.

Por su parte, en cuanto al análisis de las competencias del Órgano Contralor de frente a las Convenciones Colectivas, el Tribunal Contencioso afirmó que, a tenor del numeral 6 de su Ley Orgánica, la Contraloría General cuenta con la potestad de vigilancia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública. También aclara que al tratarse de un procedimiento donde su objeto de tutela eran los bienes que conforman el Patrimonio Natural del Estado, no cabe la menor duda sobre la competencia, y el carácter vinculante, de las resoluciones emitidas en el ejercicio de potestad sancionadora.

Por lo anterior, no sería posible entonces supeditar las competencias del Órgano Contralor a aquella normativa interna de cada administración, ajena a la Contraloría General, cuya finalidad dista bastante de la tutela de los bienes que conforman la Hacienda Pública. Lo que en resumen señala que las normativas procedimentales que se puedan incluir en una Convención Colectiva, no tiene ningún tipo de injerencia en el ejercicio de las competencias de fiscalización superior de la Hacienda Pública que ejerce esta Contraloría General.

El Tribunal Contencioso también señala que se deberá considerar como funcionario de la Hacienda Pública cuando con su accionar el personero afecte bienes que forman parte de la Hacienda Pública. En el caso concreto, al estar de por medio el Patrimonio Natural del Estado, cualquier funcionario que con su accionar negligente provoque afectaciones a este tipo de bienes, podrá ser investigado por la Contraloría General y seguirse un procedimiento administrativo sancionatorio, dentro de los términos estipulados en el numeral 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, numeral que regula el plazo de prescripción, y su forma de cómputo, para este tipo de procedimientos.

Por último, se debe indicar que ambas sentencias ya se encuentran en firme, por cuanto, mediante las resoluciones N° 79-A-TC-2013, de las 10:15 horas del día 14 de agosto del año 2013 y N° 49-A-TC-2013, de las 12:25 horas del día 13 de junio del mismo año, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo rechazó de plano los recursos de casación respectivos, presentados por cada parte actora.

Resoluciones de la Sala Constitucional sobre el control de constitucionalidad de las convenciones colectivas¹⁰

Mediante las resoluciones N° 10086 de las 15:30 horas del 21 de agosto, N° 11087 de las 15:30 horas del 21 de agosto, N° 11457 de las 15:05 horas del 28 de agosto y N° 11506 de

¹⁰ Autor: Lic. Jaïnse Marín Jiménez, Gerente Asociado de la Contraloría General de la República.

las 10:05 horas del 30 de agosto -todas del año 2013-, la Sala Constitucional declaró con lugar cuatro acciones de inconstitucionalidad interpuestas por la Contraloría General, en contra de algunas disposiciones de convenciones colectivas relacionadas con el auxilio de cesantía y, particularmente, con los años de auxilio por reconocer.

En todos los casos, la Sala Constitucional consideró que la ausencia de un tope para el reconocimiento de auxilio de cesantía o el establecimiento de un tope superior a los veinte años, resultan inconstitucionales por contrariar la doctrina que emana de la jurisprudencia de dicho Tribunal, con arreglo a la cual el plazo de veinte años constituye un tope máximo de reconocimiento.

En cuanto al fondo, las consideraciones formuladas en las resoluciones son muy concretas -fiel a lo que la Sala ha resuelto en otras oportunidades-, no obstante, son contestes con la línea jurisprudencial imperante en el sentido que las convenciones colectivas están sujetas al control de constitucionalidad, en particular a los principios de razonabilidad y proporcionalidad aplicables al manejo de los recursos públicos.



Consultas Relevantes



Interpretación sobre requisitos para el nombramiento de Auditores y Sub auditores internos

Oficio n.º 02564-2014 del 18 de marzo de 2014

Emitido por la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República

La interpretación del término “similar” al que hace referencia los *“Lineamientos sobre los requisitos de los cargos de auditor y subauditor internos, las condiciones para las gestiones de nombramiento, suspensión y destitución de dichos cargos, y la aprobación del reglamento de organización y funcionamiento de las auditorías internas del Sector Público”*. debe entenderse dentro de la gama de nomenclaturas que se asigna a la carrera de “Contaduría Pública”, esto llevará a la Administración a valorar cada una de estas carreras, en relación a conocimientos, habilidades y experiencia profesional en los procesos técnicos y administrativos de la auditoría interna, considerando las normas, prácticas, enfoques, principios, técnicas de auditoría, administración, contabilidad y administración, en relación a elementos de orden legal, reglamentación y las particularidades de la institución. Las Administraciones Públicas deben permitir la participación en los concursos públicos para los nombramientos en los cargos de auditor y subauditor internos, tanto a los profesionales cuya formación académica por excelencia sea Contaduría Pública, como aquellos cuyo grado académico resulte equivalente o similar a la Licenciatura en Contaduría Pública en sus distintas denominaciones.

Sobre la forma de cálculo del salario del Alcalde Municipal

Oficio n.º 1522 del 11 de febrero de 2014

Emitido por la División Jurídica de la Contraloría General de la República

Se indica en el oficio en cuestión que la determinación del salario del alcalde municipal se calcula a partir del salario máximo pagado por la municipalidad, suma que debe ser entendida y aplicada como un monto global e indivisible al cual se le deberá sumar un 10 % para efectos de cumplir con lo dispuesto en el párrafo tercero del numeral 20 del código municipal. Es a partir de este monto global, que se calcula el 65 % por concepto de prohibición, sin que esta fórmula de cálculo.

Competencias de la unidad de Auditoría Interna en la contratación de auditorías externas

Oficio N.º 02967-2014 del 24 de marzo de 2014

Emitido por la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República

Se presentó confusión entre auditoría externa y evaluación externa de calidad, lo que se manifestó en la definición por parte de la institución del papel del Auditor Interno en estos procesos. La auditoría externa se presentará en casos específicos, en los que se debe valorar competencias, necesidades, posibilidades, características y riesgos que enfrenta la institución, es realizada por un tercero, no debe menoscabar la actividad de la Auditoría Interna, su periodicidad está relacionada a la disponibilidad de recursos, la responsable de la contratación de la auditoría externa es la administración, teniendo el Auditor Interno un papel de colaborador, según sus competencias. En tanto que las evaluaciones externas de calidad son realizadas por un sujeto externo, se ejecuta como mínimo cada cinco años, su objeto es la evaluación de la actividad de la auditoría interna, el papel del Auditor es preponderante por cuanto le corresponde gestionar ante el jerarca su programación y la asignación de los recursos pertinentes, así como participar activamente en el proceso de selección del evaluador y en las demás actividades determinadas, debiendo contar con la colaboración del jerarca y los titulares subordinados.

Ámbito de cobertura de los artículos 24 y 27 de la Ley General de Control Interno alcanza a Colegio de Licenciados y Profesores en Letras, Filosofía, Ciencias y Artes

Oficio N.º 04495-2014 del 7 de mayo de 2014

Emitido por la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República.

Se explica que de acuerdo con el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República los entes públicos no estatales de cualquier tipo forman parte del ámbito de fiscalización de la misma, de ahí que los Colegios Profesionales están afectos a las regulaciones de la Ley General de Control Interno (artículo 1). La fiscalización de los Colegios Profesionales se orienta no sólo a la administración de fondos públicos, sino que considera sus fines en función del interés público y su trascendencia sobre la Hacienda Pública. La Ley General de Control Interno tiene como fin regular la actividad de las auditorías internas, lo que implica que las disposiciones de esa ley le sean aplicables completamente con independencia de las regulaciones normativas propias del Colegio, por ende le resultan aplicables los numerales 24 y 27 de la Ley General de Control Interno. En concreto, las regulaciones del artículo 24, buscan determinar criterios para la gestión de las regulaciones administrativas aplicables al auditor y subauditor internos. Por otro lado, el artículo 27, identifica a la auditoría interna como un componente orgánico del sistema de control interno institucional, con lo que le

corresponde a esta determinar cuál es su necesidad de recursos y gestionar ante el jerarca la dotación respectiva.

Alcances de la aplicación de la causal de la excepción de contratación directa denominada “situaciones de imprevisibilidad”

Oficio N.º 00964 del 29 de enero de 2014

Emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República

Se analizan los aspectos fundamentales que deben observarse para que la Administración determine la aplicación de la excepción estipulada en el inciso k) del numeral 131 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en el tanto su aplicación es distinta a la causal de contratación directa de urgencia, se refiere a situaciones imprevisibles; y se existe una amenaza real que afecta la continuidad de un servicio público esencial.

Finalmente, para mayor entendimiento respecto a la diferencia de dicha figura jurídica de otras excepciones a los procedimientos ordinarios, se desarrollan los supuestos de contratación directa de urgencia y el supuesto de imprevisibilidad dispuesto en el inciso d) del artículo 200 del RLCA, en el caso de modificaciones unilaterales del contrato.

Con el desarrollo efectuado se pretende que el operador de la norma jurídica comprenda en forma adecuada cuáles son los supuestos y distinciones jurídicas que le permiten acudir a una u otra figura jurídica para la atención de la necesidad de la Administración.

Sobre la necesidad de informar y solicitar información a los denunciados a quienes se les encuentra realizando una investigación preliminar

Oficio n.º 7942-2013 del 1 de agosto de 2013

Emitido por la División Jurídica de la Contraloría General de la República

Se indica que el contacto con el investigado en fase de investigación preliminar, debe estar justificado y no debe afectar los resultados de dicha etapa. Las disposiciones de confidencialidad del denunciante, no se aplican al denunciado. En esta etapa no se obliga a otorgar un debido proceso al denunciante, aunque se realice el contacto con el mismo.

Aplicación de la excepción de contratación entre entes de derecho público

Oficio N.º 6837 del 8 de julio de 2013

Emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República

La prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, en un mercado abierto a la competencia a partir de la vigencia de la Ley General de Telecomunicaciones, no impone por sí mismo un deber de los entes y órganos públicos sujetos de acudir a los procedimientos ordinarios para la contratación de esos servicios, sino que resulta factible aplicar las excepciones que se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico, como es el caso de la contratación entre entes de derecho público.

Aplicabilidad de las disposiciones de la ley 9078 a la Corporación Bananera Nacional en cuanto a los vehículos de uso discrecional

Oficio n.º 4197 del 29 de abril de 2014

Emitido por la División Jurídica de la Contraloría General de la República

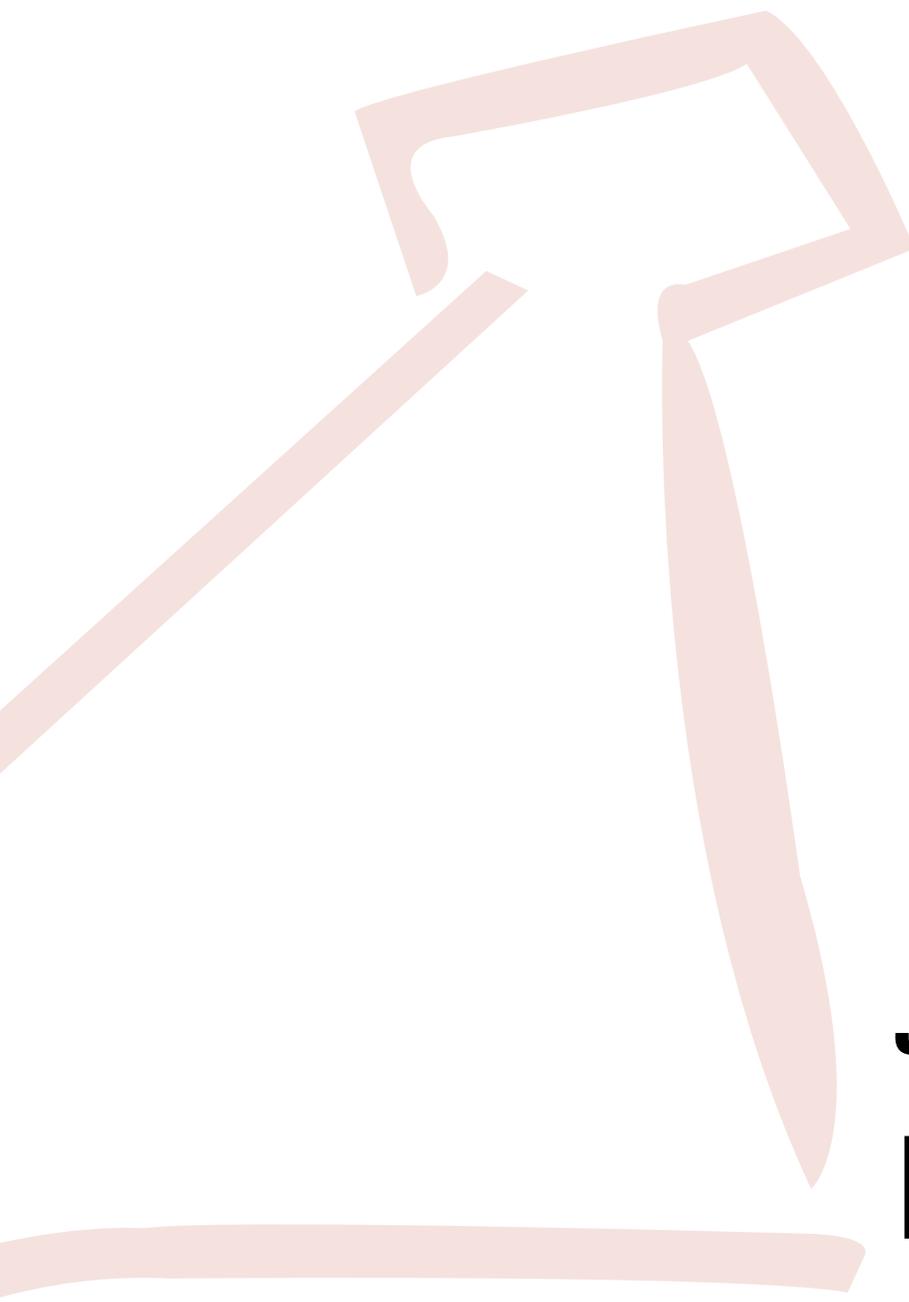
Se da una divergencia de posiciones entre los criterios de la Procuraduría General y la Contraloría General de la República, lo que lleva a un cambio de criterio. Se dice que las disposiciones en materia de vehículos discrecionales no aplican por la naturaleza jurídica de CORBANA. La decisión sobre lo que se hace con los vehículos corresponde a la Asamblea General de la Corporación, respetando la razonabilidad, proporcionalidad, economía, eficiencia y protección de los recursos públicos.

Sobre documentos electrónicos y firma digital en el trámite de refrendo

Oficio n.º 14154 del 18 de diciembre de 2013

Emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República

Se analiza la normativa que regula la utilización de medios electrónicos, de frente al refrendo contralor y sus regulaciones propias, concluyéndose que la firma digital de conformidad con el ordenamiento jurídico está asociada al documento electrónico. Por lo cual, a efectos del refrendo contralor, propiamente en cuanto al contrato, no puede considerarse válida la presentación de un documento en soporte físico firmado parcialmente en forma física, ni un documento electrónico firmado parcialmente en forma digital.



**Jurisprudencia
Relevante**



Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia

Resolución N° 001-2013. Procedencia del Recurso de Casación contra la no aplicación de la norma facultativa para exonerar el pago de costas del proceso contencioso administrativo.

[Ver resolución](#)

Resolución N° 002-2013. Cómputo y fijación de intereses ante el incumplimiento de una obligación dineraria.

[Ver resolución](#)

Resolución N° 10-2013. Nulidad de la sentencia del Tribunal Contencioso, por carecer de adecuada motivación, se reenvía proceso al Tribunal para el trámite respectivo. Análisis de los presupuestos básicos y de la estructura de las sentencias.

[Ver resolución](#)

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución N° 827-2013. Análisis de constitucionalidad del artículo 57 de la Ley contra la Corrupción.

[Ver resolución](#)

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda

Resolución n.º 041-2013-VI. Prescripción de la sanción administrativa disciplinaria. Plazo aplicable en materia de Hacienda Pública y distinción con la caducidad. Procedimiento administrativo disciplinario. Suspensión de funcionaria pública ante actuaciones negligentes y omisiones relacionadas con el diseño y construcción de puente. Plazo de prescripción aplicable y distinción con la caducidad en la imposición de sanción disciplinaria

[Ver resolución](#)

Resolución n.º 24-2013-V. Legitimación de la CGR en el proceso contencioso administrativo. Bienes de dominio públicos. Competencia de la CGR, tutela de bienes de la Hacienda Pública, Patrimonio Natural del Estado como bien de dominio público.

[Ver resolución](#)

Resolución n.º 29-2013-V. Legitimación de la CGR en el proceso contencioso administrativo. Bienes de dominio públicos. Competencia de la CGR, tutela de bienes de la Hacienda Pública, Patrimonio Natural del Estado como bien de dominio público.

[Ver resolución](#)

Resolución n.º 112-2013. Falta de legitimación pasiva de la CGR. Naturaleza Jurídica y fundamento, Falta de Legitimación Pasiva de la CGR.

[Ver resolución](#)

Resolución n.º 11-2013. Adjudicación de Tierras. Naturaleza Jurídica y fundamento, Falta de Legitimación Pasiva de la CGR

[Ver resolución](#)



Contraloría General de la República

Publicaciones
●●●●●Cgr