

Reflexiones y Propuestas en Torno a la Nueva Normativa Comunitaria sobre Contratación Pública*

José María Gimeno Feliú**

Resumen:

El artículo brinda nociones introductorias sobre el nuevo marco regulatorio de la Unión Europea sobre contratación pública. El autor sostiene que esta nueva normativa obliga a repensar en cómo articularla a fin de que satisfaga los intereses públicos con respeto a los principios de igualdad, eficacia, transparencia, eficiencia y rendición de cuentas. Además, obliga a repensar la organización administrativa a la luz de los propios fundamentos del derecho público. Todo ello con miras a acercarse al paradigma del derecho a una buena administración como elemento del control y de rendición de cuentas.

Palabras clave:

Contratación pública de la Unión Europea – Concesiones – Cuarta generación de directivas Unión Europea – Colaboración público-privada – Contratos de gestión de servicios públicos – Reforma administrativa en España

Abstract:

The article provides introductory notions about the new regulatory framework of the European Union on public procurement. The author argues that this new legislation forces us to rethink how articulate it to satisfies the public interest with respect to the principles of equality, efficiency, transparency, efficiency and accountability. It also forces us to rethink the administrative organization in the light of the own principles of public law. All that with the objective to approach us to the paradigm of the right to good administration as an element of control and accountability.

Keywords:

Public procurement in the European Union – Concessions – Fourth generation of European Union directives – Public-Private partnerships – Management contracts for public services – Administrative reform in Spain

Sumario:

1. Los motivos de la reforma: la cuarta generación de directivas – 2. Concesiones y colaboración con el sector privado – 3. Reflexiones practicas sobre la aplicación de las nuevas directivas de contratos públicos

* El presente artículo forma parte de los resultados del Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad sobre *contratación pública eficiente* (Ref. DER2012-39003-C02-01). En extenso, sobre el contenido y significado de la nueva normativa comunitaria me remito a mi libro EL NUEVO PAQUETE LEGISLATIVO COMUNITARIO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. DE LA BUROCRACIA A LA ESTRATEGIA. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

** Catedrático Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

1. Los motivos de la reforma: la cuarta generación de directivas

La Unión Europea acaba de culminar un nuevo proceso de adaptación de la normativa de contratación pública (con fecha de publicación prevista en el DOUE para el 28 de marzo de 2014). Se trata de las Directivas de contratos públicos de cuarta generación, que pretenden un escenario de contratación pública más competitivo y ligado a concretas políticas públicas¹. Si bien las Directivas de 2004 han supuesto un notable avance², se constata la insuficiencia de su regulación en un contexto de crisis económica y de «redefinición» de políticas públicas, 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 2020³. 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 económica⁴, 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

- 1 Sobre el contenido de las nuevas Directivas me remito a mi trabajo «Las nuevas Directivas –cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», REDA núm. 159, 2013, pp 25-89 y de J.A. MORENO MOLINA, «La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos», en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163. 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*, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II.
- 2 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 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).
- 3 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.
- 4 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.

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 Unión⁵.

En este contexto, la aproximación al concreto alcance de esta reforma comunitaria obliga a unas precisiones previas, que aun conocidas, merecen un comentario. La primera, que el objetivo principal de esta normativa comunitaria es garantizar la eficiencia de los fondos públicos. A tal fin, la obligación de transparencia es un instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 7 de diciembre de 2000, ARGE).

Este principio encuentra su principal manifestación práctica, en primer lugar, a través de una adecuada publicidad de los contratos adjudicables en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de las distintas ofertas de contratos públicos, presentando la misma una doble faceta: a) como mecanismo de fiscalización de la Administración, la publicidad constituye una magnífica ayuda para el juego limpio en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales; b) como medio de promoción de la concurrencia entre los agentes económicos implicados. Publicidad que debe generar competencia o concurrencia empresarial, como recuerda la STJUE de 15 de octubre de 2009, (Acoset), al afirmar que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados. La obligación de

transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la STJUE de 6 de abril de 2006, ANAV apartado 21).

Al respecto, es *leading case* la doctrina fijada por la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de licitación pública:

«66 El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

5 Con fecha 23 de marzo de 2013 la Comisión Europea presentó 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. En fecha 7 de marzo de 2014 se ha publicado en el DOUE el Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994. En concreto, reemplaza el Preámbulo, los artículos I a XXIV y los Apéndices del Acuerdo de 1994, por las disposiciones establecidas en su anexo.

67 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/ Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). **El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada).**

De ahí necesidad de evitar que mediante fraccionamiento –que «alteran» el nivel de publicidad– se eludan los principios de publicidad y concurrencia⁶. Y lo mismo con una inadecuada tipificación de la prestación, lo que aconseja la extensión de la aplicación de los códigos CPV⁷. No es cuestión de extenderse, pero conviene insistir en la «fuerza» de estos principios comunitarios (que se extienden a todas las fases del contrato, como advierte el artículo 18 de la Directiva 2014/24)⁸, que han mutado la práctica nacional de la contratación pública y que tienen su fundamento en los Tratados, como bien recuerda el Considerando primero de la Directiva 24/2014.

La segunda que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo, sino que 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 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 públicos⁹.

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 adjudicadoras¹⁰. Esta

6 Me remito a mi opinión en www.obcp.es de marzo de 2012: «Unidad de mercado y contratación pública: redefiniendo los perfiles de contratante». Por otra parte, como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 1/2009, de 25 de septiembre, existe fraccionamiento, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa.

7 Por todos, A. RUIZ DE CASTAÑEDA, «La nomenclatura CPV en la contratación», en la obra colectiva *Estudios en Homenaje a Ángel Ballesteros*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 203 y ss.

8 Sobre el concreto significado y consecuencias de estos principios me remito a las monografías de J. A. MORENO MOLINA *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006 y C. VIANA, *Os principios comunitarios na contratação pública*. Coimbra Editora, 2007.

9 Me remito a mi trabajo «Compra pública estratégica», en libro colectivo *Contratación pública estratégica* / coord. por J. Pernas García, Aranzadi, 2013, Cizur Menor, págs. 45-80.

10 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 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 ESPIN 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

visión 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 contrato¹¹.

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 social¹², 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 rentables¹³.

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 Constitución. 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)¹⁴, lo que refleja la idea de que la contratación pública es una herramienta para la efectividad de políticas públicas¹⁵.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva

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.

- 11 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*, Cizur Menor, 2011, pp. 43 a 94.
- 12 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 a new approach», *European Law Review*, vol. 21, núm. 1 de 2002, pp. 11-13.
- 13 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.
- 14 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, 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.; S. VEIRNIA 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. GOSÀILBEZ PEQUENPO, «¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?», *Justicia administrativa* núm. 20, 2003, pp. 27-67; P. LOÍPEZ TOLEDO, «Contratación pública y medio ambiente», *Contratación Administrativa Práctica*, 33, 2004, pp. 25 y ss.; P. L. MARTÍNEZ PALLAREIS, «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 PEÑEZ, «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. VEILEZ TORO, «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa local», *Contratación Administrativa Práctica*, 10, 2002, pp. 32 y ss.; J. A. BLAÍZQUEZ ROMAIN 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 ARNAIZ, «Social Considerations in Spanish Public Procurement Law», *Public Procurement Law Review*, vol. 20 (2), 2011, págs. 56 - 79.
- 15 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.

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 las nuevas Directivas fijan 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)¹⁶. 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»)¹⁷.

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 particulares¹⁸.

Tras los trabajos previos de consultas y redacción del articulado, el DOUE de 5 de abril de 2012 publicaba los proyectos de nuevas Directivas e iniciaba su tramitación¹⁹:

- 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)].
- Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión [Bruselas, 20.12.2011, COM (2011) 897 final. 2011/0437 (COD)].

Tras el debate parlamentario se han adoptado unos nuevos textos con importantes novedades, estableciendo un plazo de trasposición de dos años. Son las Directivas, 23; 24 y 25 de 2014, de 26 de febrero, respectivamente. Son las Directivas «de

16 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.

17 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.

18 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. 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.

19 De interés es 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.

cuarta generación», que vienen a superar la lógica «armonizadora» de sus predecesoras y optan, como señala G.A. BENACCHIO, por prescindir del establecimiento de reglas excesivamente rígidas e invasivas en favor de la promoción de los objetivos de simplificación y eficiencia²⁰.

La nueva Directiva 2014/24, relativa a la contratación pública, contiene 94 artículos y, por primera vez, se ocupa de aspectos de la ejecución del contrato relacionados con la adjudicación como son las cuestiones relativas a la modificación y a la resolución²¹.

Aparecen artículos totalmente novedosos y otros se adaptan o modifican. Son varias las novedades; cabe destacar el artículo 12 (encargos y convenios), el 24 (conflictos de intereses), el 29 (procedimiento de licitación con negociación, generalizando esta forma de contratación), el 31 (asociaciones para la innovación, otro nueva fórmula para contratar), el 34 (los catálogos electrónicos como una forma para presentar ofertas), el 46 (división del objeto en lotes), el 57 (declaraciones responsables para acreditar la solvencia) el 59 (documento europeo de contratación para acreditar las condiciones de capacidad y solvencia), el 68 (el criterio de adjudicación de coste del ciclo de vida), el 72 (modificación de los contratos), el 73 (resolución de los contratos), los artículos 74, 75 y 76 (régimen de contratación particular para los servicios sociales que permite que los estados miembros puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad del servicio), los artículos 83, 84 y 85 (sobre gobernanza y supervisión).

Excede del ámbito de este trabajo desarrollar estos cambios y sus consecuencias, recordando, eso sí, la fuerza interpretativa de los principios de la contratación pública y la doctrina del TJUE (tal y como se recuerda en numerosos considerandos de la Directiva), que ponen en «valor» la fuerza de esta doctrina²². Expondré, brevemente, los cambios

que implica la nueva Directiva de concesiones y formularé unas reflexiones de alcance general sobre la oportunidad que debe suponer esta nueva normativa europea, que obligará a reformar nuestra legislación contractual en ese plazo (18 de abril 2016).

2. Concesiones y colaboración con el sector privado

El marco de la colaboración público privada, como estrategia en la provisión de servicios, es de actualidad, no solo por los motivos de estabilidad financiera-presupuestaria, sino, sobre todo, por la oportunidad de habilitar soluciones técnico-jurídicas más avanzadas que posibiliten el impulso de ciertos proyectos de interés relevante que difícilmente se pueden articular bajo la arquitectura tradicional de los contratos públicos ordinarios. Existe, sin embargo, cierta confusión sobre la figura, sus contornos y sus posibilidades, lo que exige, cierta depuración conceptual previa.

En primer lugar, de la diferencia entre contratos de servicios y de concesión y, además, entre estos y lo que en España se configura, en sentido más estricto, como CPP²³. Así, en el ámbito comunitario, la colaboración público-privada, a través de sistemas concesionales, se refiere, en general, «a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y privadas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio»²⁴. Los fundamentos de este impulso por parte de las instituciones comunitarias a la colaboración pública privada (modelo concesionales de obras o servicios) se pueden resumir en: a) las restricciones presupuestarias derivadas del modelo de estabilidad diseñado en Europa, b) consecución de mejor eficacia y eficiencia en la actividad privada al aprovechar de forma dinámica los conocimientos y metodologías del sector privado

20 Vid. «Verso le Direttive di quarta generazione», en G.A. BENACCHIO/M. COZZIO Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali, Egea, Milano, p. 8.

21 Vid. Borja COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, «Hacia una nueva Directiva de Contratos Públicos» revista digital Noticias jurídicas, mayo 2012 (http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho%20Comunitario/20120511-hacia_una_nueva_directiva_de_contratacion_publica.html).

22 Lo explica bien M. COZZIO en su trabajo «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de la contratación pública», en libro Observatorio de los contratos Públicos 2012, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 89-114. Como advierte, «las decisiones de la Corte europea constituyen no solo una formidable forma de unión entre el derecho de la Unión Europea y los sistemas nacionales, sino también uno de los principales momentos de creación e innovación de las reglas nacionales, y de definición de los equilibrios entre el ordenamiento europeo y los ordenamientos nacionales» (p. 93).

23 Vid mi trabajo «Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y CPP», REDA núm. 156, pp. 17-58

24 El Comité Económico y Social de la Unión Europea se muestra igualmente partidario de estas fórmulas en tanto favorecen la optimización de la ecuación coste-beneficio de la actuación del sector público. Los motivos que justifican esta opción son tanto la dificultad de utilizar los contratos clásicos para afrontar las actuales necesidades de infraestructuras y servicios demandados por la sociedad en ciertos estándares de calidad como, obviamente, su tratamiento en el marco de la contabilidad pública. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El papel del BEI en el ámbito de la colaboración público-privada (CPP) y el impacto en la problemática del crecimiento», (2005/C 234/12), DOUE de 29 de mayo de 2005.

y c) nuevo papel del Estado en la prestación de servicios actuando como regulador²⁵.

El nuevo paquete legislativo contiene una propuesta específica de Directiva de «concesiones» (la 2014/23) que es, sin duda, una 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)²⁶. Propuesta de normativa que generó una importante contestación y que su aprobación definitiva exigirá un esfuerzo de trasposición²⁷. Sin olvidar que esta normativa es, sin duda, estratégica para poder fomentar las inversiones y reactivar adecuadamente la economía en un mercado²⁸, 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 marco²⁹. 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.

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 los considerandos de esta Directiva se advierte que «*Existe un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y de grandes disparidades entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros. Dicho riesgo ha sido confirmado por una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sin embargo aborda solo en parte determinados aspectos de la adjudicación de contratos de concesión (Cdo 4)*»³⁰.

25 M. GARCÉS SANAGUSTÍN recuerda varias de las fortalezas de estos modelos. En concreto, y en la línea de *accountability*, está el control de los costes y plazos de ejecución, en tanto que las empresas constructoras tienden a reducir tiempo y costes de la construcción para comenzar a rentabilizar la infraestructura o el servicio y así obtener ingresos. Se libera, además, al sector público de la ejecución de estos contratos, generalmente complejos, y se aprovecha de mejor manera el conocimiento y *expertising* de las empresas. «En torno a la colaboración», en libro col. *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, ed. AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, p. 52. Igualmente, M. HERNÁNDEZ RYDINGS, *La colaboración público privada...*, ob. cit., pp. 530-532.

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

27 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.

28 No puede desconocerse la directa relación que con las políticas presupuestarias y de estabilidad tienen estas modalidades contractuales. Vid., por todos, J. GONZÁLEZ GARCÍA, *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

29 Resultan de interés las reflexiones de X. LAZO «El futuro del mercado concesional en Europa» *REVISTA CEFLEGAL*. CEF, núm. 154 (noviembre 2013), pp. 137-174. En este trabajo advierte que mientras el legislador comunitario incluye en el «riesgo operacional sustancial» a los de uso y de disponibilidad, el mercado concesional (por lo menos en lo que respecta a las grandes infraestructuras de transporte) muestra una clara preferencia por retribuir al concesionario en base a estándares de disponibilidad. De ahí la oposición o, cuando menos, fuertes recelos que la Directiva concesiones ha despertado en las empresas concesionarias españolas. Es imprescindible, como señala un reciente informe de la CEOE, que los riesgos que se transfieren al operador privado en virtud del contrato «no excedan de los que una diligente gestión empresarial pueda prever y asumir, es decir, aquellos que pueda gestionar» y, por lo mismo, se subraya por X. LAZO la necesidad de flexibilizar el concepto de «riesgo operacional sustancial» contenido en la Directiva. Lo que, en mi opinión, no parece sencillo, dado que la nueva normativa comunitaria parece bloquear el concepto, lo que limita (sino excluye) cualquier posibilidad de flexibilización a adaptación.

30 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.

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 pública³¹. Así se había advertido en las Sentencias del TJUE de 10 de septiembre de 2009, Wasser, 10 de marzo de 2011, Privater Rettungsdienst, y 10 de noviembre de 2011, Norma-A, SIA, que exigen 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)³².

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 4.1 de la Directiva al referirse a la «concesión de servicios» como «un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción

con un pago». Añadiendo que se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable. 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 contrato³³. En ella se deja claro qué tipos de riesgo se consideran operacionales y en qué consiste el riesgo significativo. Como recuerda el considerando 20 de la Directiva:

«Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del

Vid. L. MIGUEZ MACHO, «Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público», en libro col. *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 172-182.

31 Vid.J.M. GIMENO FELIÚ, «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 la sentencia 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; e ibidem, «Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)», REDA núm. 161, 2014, pp. 37-74.

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.

32 Según esta doctrina consolidada, existirá un «contrato de servicios» en el sentido de las Directivas en un contrato mediante el cual un contratante, en virtud de las normas de Derecho público y de las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, no asume una parte significativa del riesgo que corre el poder adjudicador. Así, por ejemplo, el transporte de pacientes en ambulancias no será un contrato de gestión de servicios públicos sino de servicios, tal y como se advierte en la STJUE de 18 de diciembre de 2007 (Comisión/República Irlanda). Con matices a tal calificación puede verse la STJUE de 29 de abril de 2010 (Comisión/República de Alemania). En esta Sentencia se recuerda que los servicios de transporte sanitario de urgencia o de transporte especial de enfermos, sobre los que versa el presente asunto, se incluyen a la vez en la categoría 2 o 3 del anexo I A de la Directiva 92/50 o del anexo II A de la Directiva 2004/18, y en la categoría 25 del anexo I B de la Directiva 92/50 o del anexo II B de la Directiva 2004/18, de modo que los contratos que tienen por objeto tales servicios están sujetos a la aplicación del artículo 10 de la Directiva 92/50 o del artículo 22 de la Directiva 2004/18 (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de septiembre de 1998, Tögel, C-76/97, Rec. p. I-5357, apartado 40). Doctrina aplicada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 52/2013 de 11 de septiembre, que califica como contrato de servicios la prestación de hemodiálisis, por no existir riesgo (criterio confirmado por Acuerdos 55/2013 7 37/2014, del TACPA). También por el TACRC, que en su Resolución 134/2013 de fecha 19 de septiembre de 2014 hace suya la distinción entre el riesgo propio de todo contrato y el riesgo específico de los contratos de gestión de servicios públicos que hace el TJUE en la sentencia 348/10 *Norma-A y Dekom* (en las Resoluciones 154 y 220/2011 declara que la asunción de riesgo por parte del concesionario es lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios). Este mismo criterio ha sido compartido por el órgano de recursos contractuales de Cataluña (Resoluciones 24/2013, de 28 de enero, 50/2013, de 25 de marzo y 19 de septiembre de 2013) y Tribunal de Contratación Pública de Madrid (Resolución 48/2014, de 19 de marzo).

33 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, 2012, pp. 119 y ss. Especial interés sobre el riesgo en estas propuestas de Directivas tiene el estudio de M. FUERTES «Los riesgos del riesgo de explotación», en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, pp. 197-239. También el trabajo de E. ARIMANY LAMOGLIA, «El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Autopista Madrid-Toledo, AP-41», en *Actualidad Jurídica Uribe Menendez*, núm. extraordinario homenaje al profesor J.L. Iglesias, 2011, pp. 93-100; y FERNANDEZ GARCIA, J.F., «Equilibrio económico y revisión de precio en los contratos administrativos», REDA núm. 163, 2014, pp. 145-180.

operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario».

Este riesgo operacional se vincula a la utilización (que incluye la disponibilidad, y que, por tanto, no es de elección). 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, dictada en el asunto C-274/09)³⁴.

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 corre³⁵.

Obviamente, el riesgo de explotación económica del servicio o de la obra (riesgo operacional) 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. 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 servicios³⁶.

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 públicos³⁷. En todo caso, sin riesgo operacional, no hay concesión (como acaba de recordar la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias 1/2014 sobre calificación de contratos típicos y la libertad de pactos). Estaríamos, en palabras de G. MARCOU, ante supuesto de deuda pública disfrazada³⁸.

Interesa mucho esta matización a la hora de interpretar el «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

34 Conviene recordar que la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom), se refiere a la transferencia del riesgo como factor determinante para la calificación del objeto del contrato, y su diferenciación entre contratos de servicios y de gestión de servicios.

35 Como bien ha recordado M. FUERTES, el TJUE, ha admitido las peculiaridades que algunas prestaciones tienen, que la regulación puede limitar los riesgos, que la Administración contratante pueda estar atenta a las vicisitudes... para reconocer que no se trata de un contrato de servicio. Así, por ejemplo, en la sentencia que resuelve el conflicto del servicio de abastecimiento de aguas en la comarca de Gotta (de 10 de septiembre de 2009, C 206/08) y en la que resuelve la cuestión prejudicial relativa a los contratos de transporte de asistencia médica y urgencias en Baviera (de 10 de marzo de 2011, C 274/09). «Los riesgos del riesgo», ob. cit., p. 235.

36 Sin riesgo no hay concesión. Lo exponía muy bien F.J. VILLAR ROJAS en su trabajo «La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales», RAP 172, 2007, al analizar esta técnica en el ámbito sanitario y de los servicios sociales: «En resumen, el precio del contrato lo paga la Administración con recursos públicos presupuestarios, si bien diferido en el tiempo. La inversión se encuentra garantizada, por mucho que se encuentre escondida en el precio total. No existe mercado de usuarios pues la población a atender se encuentra asegurada», p. 172.

37 «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.

38 MARCOU, G. «La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos», en libro colectivo, *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para un debate)*, Instituto de Estudios Económicos y Civitas, Madrid, 2000, p. 57.

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 (aplicable a los modelos concesionales de la Directiva), como bien explicara ARIÑO ORTIZ³⁹, «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 pactado⁴⁰.

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 rentabilidad (TIR)⁴¹.

En consecuencia, la concesión se explota por el contratista a riesgo y ventura, de tal manera que el reparto de riesgos pactado no debe ser alterado ni modificado, lo que no impide –más bien lo contrario– el equilibrio financiero, pues, como ya ha advertido el Consejo de Estado, a propósito del principio de riesgo y ventura:

*«el fundamento de este principio es triple: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (Dictamen número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública» (Dictamen de 13 de marzo de 2003 - Expediente 3.344/2002)*⁴².

No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato conllevaría 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 TIR⁴³. Por

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

40 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.

41 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 o de rentabilidad.

42 Sobre este concepto de riesgo y ventura en los contratos públicos es de especial relevancia el trabajo, a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1949, del profesor E. GARCIA DE ENTERRIA, «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 2, 1950, pp. 83-108.

43 Así se entiende en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 24/2013, sobre Restablecimiento del equilibrio económico en contratos de concesión de obra pública.

último, aunque se entienda ahora excluido, bien podría regularse los efectos del riesgo imprevisible (lo que evitaría la posterior «judicialización», con las incertidumbres que comporta).

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. La RPA se comporta como un elemento de aseguramiento de ciertos riesgos, pero no puede ser regulada o configurada de modo absoluto, pues se diluiría el elemento del riesgo operacional⁴⁴.

Esto significa que, con el fin de evitar incertidumbres incompatibles con la idea de atraer inversiones a la ejecución de estas fórmulas contractuales, la legislación de contratación pública debe incorporar, en la lógica del principio del derecho privado *rebus sic stantibus intellegitur*, la técnica del equilibrio financiero del contrato⁴⁵. En consecuencia, 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 económico⁴⁶.

No hay, en todo caso, una modificación de las condiciones de explotación, sino un ajuste de las mismas a una realidad fáctica o jurídica no prevista, que inaplica la regla del *pacta sunt servanda* (estar a lo pactado) y que obliga a, sin alterar la idea del riesgo, limitar éste cuando es claramente desproporcionado. Es, en palabras de M. Hauriou, un principio de justicia distributiva⁴⁷.

No puede existir, en palabras de M. FUERTES, riesgos sobre el riesgo. Por ello, debe preservarse la regla del equilibrio financiero del contrato de concesión, que se fundamenta en la exigencia de una remuneración integral y suficiente del concesionario, lo que habilita el «reajuste» de las contraprestaciones cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles incidan en la economía de la concesión. Obviamente, en estos reajustes no pueden ser corregidos en beneficio del concesionario los parámetros económicos ofertados y pactados, como por ejemplo la TIR, en tanto se vulneraría el principio de igualdad de trato en la comparación de ofertas de la licitación⁴⁸.

44 Avala esta interpretación la nueva regulación del SEC (2010), aprobada por el Reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. En relación a cómputo déficit de las operaciones de APP se indica sobre la Propiedad económica y asignación del activo:

20.283 *Al igual que sucede con los contratos de arrendamiento, para determinar quién es el dueño económico de los activos en una APP es preciso averiguar qué unidad asume la mayor parte de los riesgos y qué unidad se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de los activos. Se asignará a esta unidad el activo, y por lo tanto la formación bruta de capital fijo. Los principales elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse son los siguientes:*

- a) *Riesgo de construcción, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.*
- b) *Riesgo de disponibilidad, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato.*
- c) *Riesgo de demanda, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.*
- d) *El riesgo de valor residual y obsolescencia, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos.*
- e) *La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador». Estos dos últimos apartados, en especial en los casos de resolución por causa imputable al contratista parecen aconsejar una «limitación» de la RPA en los modelos concesionales, tanto de obra como de servicios, pues de lo contrario puede entenderse que se ha excluido la transferencia de riesgos y, en consecuencia, los activos ya no estarían excluidos del perímetro de endeudamiento. Así, dentro del riesgo operacional debe entenderse la no existencia de RPA por incumplimientos o causas imputables al concesionario. Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PEREZ y E. MARCO PEÑAS, «El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT», RAP núm. 194, 2014, 437-474.*

45 José Luis VILLAR EZCURRA, «El principio de riesgo y ventura», en libro colectivo (dirigido por Rafael Gómez-Ferrer Morant) *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 525 y ss.

46 Y es que como bien indicará el Conseil d'Etat francés «*Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión*» (Arrêt *Compagnie générale française des tramways*, de 21 marzo 1910).

47 M. HAURIU, «*L'imprevisión en les contrats dominés par des institution sociales*», en *Cahiers de la Nouvelle Journeie*, 1933, vol. 23, paigs. 129 y ss.

48 Lo que impide, por ejemplo, ampliaciones de plazos (prórrogas) no pactadas, que diluyen el riesgo y alteran las reglas de concurrencia. Analiza con detalle esta cuestión J. ARGUDO GONZALEZ, «El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi* versus libre concurrencia», *Revista General Derecho Administrativo* núm. 26, 2011. Como bien afirma «sin perjuicio de las prórrogas expresamente previstas en la documentación que rige la licitación, al concluir el plazo concesional sólo situaciones excepcionales que pudieran poner en peligro la continuidad y regularidad del servicio (por ejemplo, interrupciones en la prestación en el interin entre la finalización de la concesión y la nueva adjudicación) podrían justificar aquella prolongación, aun cuando ello pudiera poner de relieve una falta de previsión y diligencia administrativa al convocar la nueva licitación» (p.23). En términos similares la STJUE de 16 de febrero de 2012, en los asuntos acumulados *Marcello Costa (C-72/10)* y *Ugo Cifone (C-77/10)*, afirma que «De los artículos 43 CE y 49 CE, del principio de igualdad de trato, de la obligación de transparencia y del principio de seguridad jurídica se desprende que los requisitos y las modalidades de una licitación como la controvertida en los litigios principales y, en particular, las disposiciones que establecen la caducidad de concesiones adjudicadas al término de dicha

Así, es el principio de equivalencia de prestaciones en las concesiones el que aconseja permitir el reequilibrio de la concesión, en tanto existe un claro efecto perturbador sobre el sistema de redistribución y reparto de riesgos, no previsto ni previsible, ajeno a la diligencia empresarial del concesionario tanto en el momento de formular su oferta como de la forma de gestión del modelo concesional, que pone en serio peligro la economía del contrato en los términos pactados⁴⁹.

En todo caso, debe tenerse muy en cuenta los criterios que a tal efecto vaya acordando EUROSTAT, sobre tratamiento en las cuentas nacionales de la Asociaciones Público-Privadas, en la que se contiene la interpretación auténtica de la Comisión Europea, a través de su oficina estadística, para determinar en este tipo de relaciones dónde deben computarse los activos sobre los que se prestan los servicios y la financiación precisa para construirlos y mantenerlos, si en las cuentas de la Administración cuyas necesidades se cubren con el contrato o en las del contratista o socio privado⁵⁰.

3. Reflexiones prácticas sobre la aplicación de las nuevas directivas de contratos públicos

La cuarta generación de Directivas de contratos públicos puede ser el fin del ciclo de la regulación en la materia, máxime cuando existe una importante doctrina del TJUE que ya se ha incorporado y que, en todo caso, sirve de pauta interpretativa de cara a la integración y armonización de los Derechos atendiendo a los principios, categorías e instituciones de los Ordenamientos nacionales⁵¹.

Este nuevo paquete legislativo exige del Estado español y al resto de Estados miembros una depuración normativa antes del fin de junio de 2014. El contenido de esta nueva normativa, y la experiencia práctica de la legislación española, en concreto, aconsejan una nueva normativa, completamente distinta del actual TRLCSP en tanto parece lógico que existan tres normas legales distintas o bien un «Código de Contratos Públicos» con partes diferenciadas en función del objeto: contratos públicos, concesiones, contratos excluidos. Un «Código» que dote de seguridad jurídica y predictibilidad en un sector de tanta trascendencia económica y social⁵².

En conclusión, nos encontramos en tiempos de cambios que exigen reformas en profundidad de la normas administrativas y en concreto de las de contratación pública, que permitan, ahora sí, 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. Simplificación y uniformidad de regímenes con independencia de su carácter o no de Administración pública, pues como destaca F. BLANCO LOPEZ lo que urge es encontrar un escenario común para todo poder adjudicador, simplemente sencillo, eficiente y garante tanto de los principios constitucionales como de los específicos principios de la contratación pública que derivan del TFUE⁵³.

Si la necesaria estabilidad del marco normativo es deseable, también la necesario profesionalización en aras a promover una nueva «cultura» de la

licitación, como las que figuran en la cláusula 23, apartados 2, letra a), y 3 del modelo de contrato entre la Administración autónoma de los monopolios estatales y el adjudicatario de la concesión sobre juegos de azar relativos a los acontecimientos distintos de las carreras hípcas, deben formularse de manera clara, precisa e inequívoca, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.»

49 No puede ser utilizado, en consecuencia, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa. J.A. FUENTEAJA PASTOR, «Riesgo y ventura en la concesión de obra pública», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, p. 187.

50 En especial la Decisión 18/2004, de 11 de febrero News Release 18/2004, que concreta la doctrina de la transferencia de riesgos al socio privado, como criterio determinante para no consolidar el coste, ni la financiación, de la adquisición o construcción de los bienes en las cuentas públicas. New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships. La Oficina Estadística de la Comisión (Eurostat) es el organismo comunitario al que el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales, atribuye la supervisión de las cuentas nacionales de los estados miembros, y de los contratos y operaciones que se incluyen en las mismas, a fin de garantizar y verificar la aplicación de criterios contables uniformes en toda la Comunidad (el sistema contable conocido como SEC-95). Además, este mismo organismo estadístico es el encargado del seguimiento y verificación del cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento por parte de los estados miembros. Según EUROSTAT para que al inversión en los activos vinculados a una fórmula de CPP no compiten como déficit público se han de dar las condiciones siguientes: a) que el socio privado (concesionario) soporte el riesgo de la construcción, y b) que este socio privado soporte igualmente al menos uno de los siguientes riesgos: disponibilidad o de demanda. Si se cumplen estas condiciones –acumulativas– los activos de la concesión y sus correspondientes pasivos figurarán en el balance de la sociedad concesionaria y por tanto, fuera del 2perímetro» de déficit de la Administración Pública.

51 Recuerda este proceso de mutuas influencias, con cita de las sentencias más significativas, S. GONZÁLEZ VARAS en su *Tratado de Derecho administrativo. Tomo II El Derecho administrativo europeo*, Thomson, Pamplona, 2012, 2ª ed., págs. 36 y ss.

52 Al menos, la transposición debería tener esta visión «codificadora» y presentar un texto de fácil comprensión y aplicación práctica, compatible con el derecho comunitario.

53 F. BLANCO LOPEZ, «Procedimientos de adjudicación de los contratos en la LCSP», en libro col. *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, en Colás Tenas, J. y Medina Guerrero, M. (Coords.), Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institución Fernando el Católico (Cátedra Royo Villanova), 2009.p. 185.

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 sostenibilidad⁵⁴.

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, las Directivas de contratación pública contemplan 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. 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 impidan⁵⁵. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad⁵⁶.

Para cumplir este fin de integridad no basta con una regulación reaccional de carácter penal (mediante la tipificación como ilícita de la información privilegiada, cohecho, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios públicos⁵⁷), que, siendo necesaria, no es suficiente⁵⁸. Como bien advirtiera D. KAUFMANN, la corrupción no se combate combatiendo la corrupción⁵⁹. Es necesaria una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil.

Hay que reforzar los mecanismos de control de naturaleza preventiva, tanto mediante la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas (a los que debería reforzarse sus potestades, permitiendo investigación de oficio en cualquier momento y con posibilidad de suspender procedimientos)⁶⁰, Agencias de Lucha antifraude⁶¹, creación de autoridades de vigilancia

54 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.cit., pp. 407-434.

55 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>

56 Ver GIMENO FELIU, J.M., «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?, ob. cit., pp. 518 y ss.

57 A este respecto, resultan de interés CASTRO CUENCA, C.: *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2009 y JAREÑO LEAL, Á.: *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, Madrid, 2011.

58 La ciudadanía «exige» esta depuración de responsabilidades penales, pero lo importante es evitar que las conductas patológicas se produzcan. Sobre la responsabilidad penal y administrativas de empresas resulta de interés en estudio de S. BACIGALUPO y J. LIZCANO, *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas*, ed. Programa EUROsociAL, Colección Estudios núm. 1, 2013. en delitos relacionados con la corrupción.»

59 D. KAUFMANN, «Diez mitos sobre la gobernalidad y la corrupción», *Revista Finanzas & Desarrollo*, septiembre de 2005, pp. 41-43.

60 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 y J.C. LÓPEZ LÓPEZ, «La fiscalización de la contratación administrativa por el Tribunal de Cuentas», Documentación Administrativa núms. 275-276, 2006, pp. 407-424 y el libro de J.A. FERNANDEZ AJENJO, *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Civitas, Cizur Menor, 2011. 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 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.

61 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).

sobre los contratos públicos⁶² y, sobretudo, mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido⁶³. Extender la acción pública en defensa del derecho a una buena administración puede ser, como sugiere J. PONCE, una solución muy efectiva⁶⁴.

Por supuesto, hay que exigir una mayor cualificación y responsabilidad de los «gestores» públicos (con el fin de 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 públicos⁶⁵. Y ello porque está en juego, insistimos, la efectividad del derecho a una buena administración⁶⁶.

Pero esta nueva visión «ética» no solo corresponde a los poderes adjudicadores. El sector empresarial debe dar un paso al frente. Lo advierte C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, al postular la idoneidad de adaptar los programas de cumplimiento «anti-corrupción» al ámbito de público, apuntando «una exigencia legal futura para la contratación pública». El autor entiende que la experiencia norteamericana parece conducir indefectiblemente a la necesidad de que cualquier empresa que desee contratar con la administración pública debería instaurar de manera efectiva un programa de cumplimiento «anti-corrupción» como exigencia legal⁶⁷. Sin duda, la prevención ética es una cuestión exigible a todas las partes de la contratación pública.

Este es reto 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 político⁶⁸. Sólo así, en palabras del profesor Lorenzo MARTIN-RETORTILLO, se podrá evitar el fantasma de la corrupción⁶⁹.

Como conclusión, puede afirmarse que 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 del contrato público, 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 del mercado interior europeo⁷⁰.

En definitiva, el nuevo marco regulatorio de la Unión no solo obliga a repensar en cómo articular

62 Es el caso de Italia, que regula esta figura en su Código de contratos públicos. De interés el trabajo de S. TORRICELLI, «L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in Italia», en libro colectivo coord. Por Rafael Fernandez Acevedo y Patricia Valcarcel, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 493-509.

63 Me remito a mi trabajo «Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del Informe CORA. Balance y prospectiva», *Revista Catalana de Dret Public* núm. 47, 2013.

64 J. PONCE, «La prevención de la corrupción mediante la garantía de un derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local», en *Anuario de Derecho Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 136-137. Esta vinculación de la contratación pública al derecho a una buena administración fue expresamente advertida en el Acuerdo 44/2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Esta opinión, que liga la funcionalidad institucional a la dimensión colectiva del derecho a una buena administración es la que mantiene J. PRATS CATALA, en su trabajo «La lucha contra la corrupción como parte integrante del derecho, el deber y las políticas de buena administración», *Cuadernos de Derecho Público* núm. 31, 2007, p. 21.

65 Por todos, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2014 (2ª ed). También A. SABAN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.

66 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). Resultan también de interés las opiniones de J. VAZQUEZ MATILLA, «La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública.», en www.obcp.es y A. MADARIAGA VENEGA, «Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública», en www.obcp.es.

67 C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los compliance programas «anti-corrupción» como exigencias legales de contratación pública», en libro colectivo *La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades*, dirigido por Mario Garces Sanagustin y Alberto Palomar Olmeda, Aranzadi, Cizur Menor, 2013. Gómez-Jara recuerda que desde el año 2008, la Administración estadounidense exige a los grandes contratistas revisar sus procedimientos internos de control y auditoría, así como de denuncias, en términos de diligencia debida (*Due Diligence*) sobre conductas ilegales de fraude, cohecho o cualquier otro tipo de actividad ilícita detectados en el seno de su empresa.» Esta regulación, especialmente la obligatoriedad de denuncia, han dado un vuelco significativo al panorama anterior, de tal manera que las denuncias de los propios contratistas están comenzando a fluir hacia las autoridades públicas. Más aún, el hecho de que los tribunales están considerando que la certificación que expresa la inexistencia de conductas ilícitas cuando el contratista debía estar al tanto de las mismas, constituye una falsedad documental que es perseguible por las autoridades». Parece el momento de evaluar esta propuesta en aras a la consecución efectiva del principio de integridad en la contratación pública.

68 Como ha destacado A. CERRILLO («Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local», *Anuario de Derecho local 2011*, IDP, Barcelona, 2012, pp. 277 y ss.), el diseño normativo de adecuadas estructuras organizativas, debidos procedimientos de toma de decisión y mecanismos de refuerzo de la transparencia administrativa son las vacunas frente a la corrupción pública. Y el escenario de los contratos públicos es especialmente idóneo para medidas profilácticas de este tipo.

69 L. MARTIN-RETORTILLO «Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción», en libro colectivo Don Luis Jordana de Pozas, creador de ciencia administrativa, Madrid, 2000, pp. 87 y ss.

70 Resultan de especial interés las reflexiones de R. CANCINO, «La transición de China hacia una economía de mercado en el 2016 y sus implicaciones para la contratación pública», *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 130, 2014, pp. 42-53.

una nueva normativa de contratos que satisfaga los intereses públicos con respeto a los principios de igualdad, eficacia, transparencia, eficiencia y rendición de cuentas. Obliga, también, a repensar la organización administrativa y, también, parte de los propios fundamentos del derecho público. En lo que se refiere a la contratación pública –ya no solo contrato administrativo– se constata cómo se diluyen las prerrogativas públicas (como paradigma la regulación de los modificados contractuales), se reorienta el problema de la privatización de formas jurídicas, al ser indiferente para la aplicación de los principios y reglas inherentes a la contratación pública y se «escora» la regulación hacia el paradigma del derecho a una

buena administración como elemento del control (y de un nuevo sistema de justicia administrativa) y de rendición de cuentas.

El interés público como justificación a los privilegios del contrato administrativo, se subordina al principio de transparencia, libre competencia y eficiencia de los fondos públicos. La ecuación caracterizadora del Derecho Administrativo como «privilegios en más, privilegios en menos» se inclina hacia este último aspecto. Es momento de revisar en profundidad nuestro modelo (es una oportunidad), pues «*No podemos pretender que las cosas cambien si siempre hacemos lo mismo*». (Albert Einstein). ☒

RUBIO

LEGUIA

NORMAND