

LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: BALANCE CRÍTICO, APLICACIÓN Y NOVEDADES, EN ESPECIAL, PARA LOS ENTES LOCALES

MARTÍN M.^a RAZQUIN LIZARRAGA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pública de Navarra

I. VALORACIÓN GENERAL Y CRÍTICA DE LA LCSP.—II. LAS NOVEDADES DERIVADAS DE LAS REFORMAS DE 2010 Y 2011: 1. *El nuevo régimen del recurso especial y la cuestión de nulidad*: A) El recurso precontractual. B) El recurso contractual o cuestión de nulidad. 2. *Las modificaciones contractuales*.—III. LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS MEDIANTE SOCIEDADES PÚBLICAS Y SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA.—IV. CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y CONTRATOS DE SERVICIOS.—V. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN: 1. *Contratos menores*. 2. *El procedimiento negociado sin publicidad*. 3. *Nuevos procedimientos de contratación*.—VI. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y SU EVALUACIÓN.—VII. URBANISMO Y CONTRATACIÓN PÚBLICA.—VIII. LOS PAGOS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LA MOROSIDAD.

RESUMEN

La Ley de Contratos Públicos lleva ya tres años en vigor; lo que permite un análisis crítico de su aplicación. Aparecen variados problemas: la actuación por medio de formas privadas, los tipos de contratos, los procedimientos de contratación, los criterios de adjudicación, la aplicación a las obras de urbanización y el pago del precio. Asimismo, ha sido objeto de diversas reformas, algunas de ellas muy importantes, en los dos últimos años, 2010 y 2011, de nuevo exigidas por la Unión Europea. Estas reformas se centran en dos cuestiones principales: los recursos precontractual y contractual en materia de contratación administrativa, que van a ser resueltos por los recién creados Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, y la modificación de los contratos administrativos, que se limita de forma significativa.

Palabras clave: contratación pública; entidades locales; recursos especiales; criterios de adjudicación; morosidad.

ABSTRACT

This paper studies the Spanish Act (2007) about public procurement, three years after it is in force. The paper analyzes critically the Act and explains some problems appeared in its development: the creation of public companies to make contracts in spite of local authorities; the public procurement categories; the procedures of award; the standards used as award of contracts; the enforce of public procurement acts to urban development; the payments of the price of the contracts. The Act has been reformed in many times, mainly in the two last years, again because of the European Union. The first reform is about the special appeals in public procurement; and the Act of 2010 has created a new administrative Court to judge them. The second reform in 2011 about the contracts modification pursues to reduce this practice.

Key words: public procurement; local authorities; appeals; award of public contracts; payment delays.

I. VALORACIÓN GENERAL Y CRÍTICA DE LA LCSP

La LCSP (Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público) lleva ya tres años en vigor (desde el día 30 de abril de 2008) y es, por tanto, buen momento para efectuar un balance de sus disposiciones y de su aplicación.

Además, la LCSP ha sido objeto de diversas modificaciones¹, algunas de pequeño alcance pero otras de mayor calado, como son las efectuadas en el año 2010 por la Ley 15/2010, de 5 de julio, sobre morosidad en los pagos, y la Ley 34/2010, de 5 de agosto, y, ya en 2011, por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. También ha sido objeto de desarrollo parcial por su nuevo Reglamento, aprobado mediante Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo.

Una valoración general de la LCSP no puede desconocer sus aspectos positivos, en el sentido de que constituye una norma completa que persigue una nueva adaptación al Derecho comunitario y, además, aprovecha la ocasión para perfeccionar algunos puntos de la contratación administrativa que precisaban de modificación. Pero también ofrece aspectos negativos, que son los que se van a desarrollar a continuación.

1) *La adaptación del Derecho comunitario derivado.* La LCSP, siguiendo la obligada estela comunitaria, supuso una nueva modificación en la regulación anterior (sobre el TRLCAP de 2000) en relación con la preparación y adjudicación de los contratos públicos. Y, sobre todo, con la introducción de una división trascendental entre contratos SARA (sujetos a regulación armonizada) y no SARA², de modo que sólo los primeros están sujetos a las Directivas de contratación pública. No obs-

¹ Además de las normas relatadas en el texto, también han introducido modificaciones en la LCSP la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España (art. 83 LCSP); la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (disposición adicional 5.ª LCSP); el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril [arts. 49.1.b), 208.5 y 209.2.b) LCSP]; el Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril [art. 49.1, letra c), LCSP]; la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (arts. 24.1, 53.2, 102.2, 134.6, 210.7, 262, 310.2 y disposición adicional 24.ª LCSP); y la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (nuevo art. 70 bis LCSP).

² Es ilustrativo al efecto el estudio de J. A. MORENO MOLINA, «Un mundo para Sara». Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada», núm. 178/2009 de esta REVISTA, págs. 175-213. Por su parte, J. M. DÍAZ LEMA se pregunta sobre la conveniencia de mantener las categorías de contratos administrativos y contratos privados a la vista de su correlación con los contratos armonizados y no armonizados («Contratos públicos versus contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad de la Ley de Contratos del Sector Público?», REDA, núm. 141/2009, págs. 5-42).

tante, a todos los contratos, SARA y no SARA, se les aplican los principios y disposiciones de los Tratados de la Unión Europea³.

La propia LCSP, como sus sucesivas reformas en los años 2010 y 2011, se han aprobado a golpe de las exigencias de la Unión Europea, con retraso sobre el plazo de transposición de las correspondientes Directivas y, en algunos casos, previa condena a España por el TJUE o bien atendiendo a los requerimientos de la Comisión Europea⁴.

La regulación de la LCSP pivota de forma excesiva sobre la gran distinción entre contratos SARA y no SARA, de modo que los primeros tienen un régimen jurídico notablemente diferenciado de los segundos, en un intento de minimizar al máximo la transposición del Derecho comunitario al ordenamiento jurídico español en materia de contratación pública. Sólo se ha transpuesto lo inevitable e, incluso, dentro de ello con un criterio enormemente restrictivo⁵.

La distinción entre contratos SARA y no SARA se ahonda aún más en la reforma efectuada por la Ley 34/2010, con el nuevo sistema de recursos específicos en materia de contratación pública (recurso especial y nulidad) aplicables solamente a los contratos SARA⁶.

2) *La inseguridad normativa.* La aprobación de la LCSP y su entrada en vigor a los seis meses presagiaban una estabilidad normativa que, sin embargo, no se ha producido. Hubo seis meses para prepararse al gran cambio normativo de la LCSP, pero una vez adaptados de inmediato la LCSP ha sufrido importantes modificaciones, sobre todo las acaecidas en los años 2010 y 2011. Se trata de modificaciones trascendentes que afectan a todo el contenido de la LCSP, incidiendo en aspectos fundamentales. Por eso se abre otra vez un período de necesaria adaptación y estudio de las nuevas normas y disposiciones.

³ Téngase en cuenta la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas de contratación pública, publicada en el *DOUE* C 179, de 1 de agosto de 2006.

⁴ Sigue produciéndose lo que S. DEL SAZ ha denominado el «Vía crucis de la transposición de la normativa comunitaria en materia de contratación pública» («La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», num. 174/2007 de esta REVISTA, págs. 351-355). Asimismo, S. DE LA SIERRA ha calificado al legislador español de impenitente y de contumaz («Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública», *REDA*, núm. 149/2011, págs. 91-115).

⁵ Vid. J. A. MORENO MOLINA, «La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Aragonesa de Administración Pública. Monografía: Los contratos del Sector Público*, año 2008, págs. 49-86, quien centraba la crítica en cuatro aspectos sustanciales: el ámbito subjetivo, el recurso especial, la huida de los principios generales y la categoría de contratos sujetos a regulación armonizada, y por ello exigía la aplicación directa de las Directivas, así como la interpretación de la LCSP conforme a ellas.

⁶ Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda (en adelante, JCCA) advertía esta enorme divergencia entre ambos tipos de contratos en su Informe 48/08, de 29 de enero de 2009.

Esta nueva situación de «inseguridad jurídica» (motivada por la aparición en un corto plazo de tiempo de nuevas normas a asimilar por las Administraciones públicas y por los particulares) debe ser calificada como negativa y está alejada de los buenos propósitos sobre un marco normativo estable que se enuncian en la Ley de Economía Sostenible (art. 4).

Se anuncian novedades legislativas y reglamentarias en fechas próximas. La disposición final 31.^a de la Ley de Economía Sostenible autoriza al Gobierno para elaborar un texto refundido en materia de contratación pública. Y, asimismo, se acaba de aprobar la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad. A ello se une que el nuevo Reglamento de la LCSP, aprobado en 2009, es parcial y, por tanto, continúa vigente el anterior Reglamento, de 2001, lo que requerirá de la aprobación de una nueva norma reglamentaria de desarrollo completo de la LCSP.

En definitiva, se trata de una cuestión abierta, como puede verse en el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente* [COM (2011) 15 final], de la Comisión Europea, de 27 de enero de 2011.

3) *La atención al ámbito local.* La tercera gran línea de valoración de la LCSP se mueve en la órbita local. La LCSP es una Ley pensada principalmente para las Administraciones públicas de tamaño grande o mediano (la estatal, las autonómicas y algunos pocos municipios) pero que ofrece importantes carencias respecto de la Administración local.

Por un lado, la regulación relativa a los entes locales se limita a la disposición adicional 2.^a, que recoge unas particularidades mínimas que excepcionan en dichos puntos la aplicación de la normativa general. La crítica a dicha regulación recae así en su escasez, en que no se ha contemplado en toda su plenitud el caso de la contratación local. Una cosa es su asimilación a la contratación pública general, que llevó finalmente a la derogación en su integridad del viejo RCCL de 1955, aspecto loable, y otra es la equiparación a tabla casi rasa de la contratación local a la contratación general.

Además, la disposición adicional 2.^a efectúa sólo una división entre los municipios de más o de menos de 5.000 habitantes, a la que hay que añadir alguna referencia a los municipios de gran población. La realidad es que la gran mayoría de los municipios españoles no llega a los 5.000 habitantes, e incluso, dentro de ellos, la mayor parte no supera los 2.000 habitantes⁷.

⁷ Resulta ilustrativa la tabla de población de los municipios españoles que ofrece M. T. BRUNETE DE LA LLAVE, *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos*

En el fondo de la LCSP late una gran división entre la contratación «mayor» y la contratación «menor». La contratación mayor es aquella que se mueve dentro del ámbito de superación de los umbrales comunitarios (contratos SARA) o bien que, sin superarlos, puede calificarse así por su cuantía o por su importancia.

En el ámbito local, lo más común es que los contratos que celebran la mayor parte de los entes locales sean contratos no SARA e, incluso, contratos de poco relieve o de escasa cuantía. De ahí que en estos casos la contratación de los entes locales se mueve dentro de las figuras del contrato menor o del procedimiento negociado sin publicidad.

4) *La lenta puesta en marcha de la Administración electrónica*⁸. Las reformas de la LCSP continúan recogiendo la exigencia de la progresiva aplicación de la LAE (Ley 11/2007, de 22 de junio) en la contratación pública, lo que revela un notable retraso en la implantación de la Administración electrónica.

La LCSP contenía previsiones al respecto de carácter no básico (disposiciones adicionales 18.^a y 19.^a y disposición final 9.^a), además de la posibilidad de utilizar la subasta electrónica (art. 132 LCSP) o los sistemas dinámicos de contratación (arts. 183-186). También en otros preceptos de la LCSP se hace referencia al uso de medios informáticos, pudiendo destacarse la regulación del perfil de contratante (art. 42).

Téngase en cuenta que el artículo 130, sobre presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, recoge, ahora (reforma 2010), la exigencia de acompañar como uno de los documentos «en su caso, una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones» [letra d) del apartado 1].

del Sector Público. Especial aplicación a las entidades locales, Ed. La Ley, Madrid, 2009, en pág. 447: de los 8.111 municipios que existen en España, sólo 721 superan los 5.000 habitantes; y de los restantes municipios inferiores a 5.000 habitantes, nada menos que 7.390 municipios, un total de 5.820 están por debajo de 2.000 habitantes.

⁸ Vid. E. GAMERO CASADO, «Las reglas generales de contratación electrónica en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público», *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núms. 71-72/2008, págs. 103-138; I. GALLEGO CÓRCOLES, «La contratación electrónica y su impulso por el Derecho Europeo», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 298/2009, págs. 43-54; y J. DOMÍNGUEZ-MACAYA, «La contratación electrónica en la LCSP. Análisis y una respuesta: ¿es posible obligar a los licitadores a licitar por medios electrónicos?», *Revista Aragonesa de Administración Pública. Monografía: Los contratos del Sector Público*, año 2008, págs. 185-210. Este último autor critica la LCSP afirmando que no ha ido todo lo lejos que debiera (pág. 200), pero que la Ley 11/2007, de 22 de junio, permite completarla y, por tanto, responder afirmativamente a la pregunta de si se puede obligar a los licitadores a la licitación electrónica (págs. 204-210). En este sentido, la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, exige que las reclamaciones en materia de contratación pública se presenten telemáticamente (art. 212.1), exigencia que se reitera en el artículo 29.1 del Decreto Foral 236/2007, de 5 de noviembre, por el que se regulan la Junta de Contratación Pública y los procedimientos y registros a su cargo.

La Ley 34/2010 contiene otros dos preceptos relativos a la Administración electrónica: 1) el fomento de medios electrónicos, informáticos y telemáticos (nuevo apartado 2 de la disposición adicional 9.^a, no básica), y 2) las comunicaciones y notificaciones por medios electrónicos en los procedimientos de recurso (disposición adicional 3.^a).

En todo caso, la Unión Europea viene incidiendo en la importancia de la contratación electrónica, como puede verse en su *Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE*, de 18 de octubre de 2010 [COM (2010) 571 final].

II. LAS NOVEDADES DERIVADAS DE LAS REFORMAS DE 2010 Y 2011

La Ley 34/2010 efectúa una reforma profunda de la LCSP en lo relativo al régimen de recursos, puesto que se ha visto obligada a incorporar (de nuevo con retraso) lo dispuesto en la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre. Por tanto, modifica de forma prácticamente total el recurso especial de contratos públicos y crea una nueva modalidad de recurso que se denomina cuestión de nulidad.

Por su parte, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se refiere a la colaboración privada (art. 37), reforma diversos preceptos de la LCSP principalmente en lo referente a la modificación de los contratos (disposición final 16.^a) y, también, el artículo 8.1 LCSP para incluir a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales dentro del contrato de gestión de servicios públicos (disposición final 55.^a).

1. *El nuevo régimen del recurso especial y la cuestión de nulidad*⁹

La Ley 34/2010 efectúa una profunda revisión en el régimen de los recursos en materia de contratos públicos. Pero, si se repara bien, sólo

⁹ El número de estudios sobre la Ley 34/2010 es ya muy abundante. Me remito aquí a los siguientes: J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, «El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25/2010; J. A. MORENO MOLINA, de cuyos diversos trabajos cabe citar su libro *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, Ed. La Ley, Madrid, 2010; A. PALOMAR OLMEDA, «El nuevo régimen de recursos en el ámbito de la contratación pública», *Contratación Administrativa Práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 105/2011, págs. 41-65; S. DE LA SIERRA, «Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública», *REDA*, núm. 149/2011, págs. 91-115, estudio centrado especialmente en las medidas cautelares; e I. GALLEGO CÓRCOLES, Adenda de comentario a la Ley 34/2010, en la obra colectiva *Contratación del Sector Público Local*, cit., págs. XIX-LXXXIII.

afecta a los denominados contratos SARA y a los equiparados a ellos (como son los contratos subvencionados) y, asimismo, a los contratos de gestión de servicios públicos de relieve (más de 500.000 euros y más de cinco años de duración).

Por tanto, nada se ha modificado respecto a los contratos no SARA, que siguen sometidos al régimen ordinario de los recursos administrativos, previsto en la LRJPAC, y jurisdiccionales, contemplado en la LJCA¹⁰. Con ello no se atienden las peticiones de ampliación de esta vía especial a todos los contratos, formuladas no sólo por la doctrina, sino también por el Consejo de Estado¹¹.

La reforma se centra, por tanto, en la creación de dos recursos en materia contractual¹² para los contratos SARA: el recurso especial o precontractual y la cuestión de nulidad o recurso contractual, atribuyendo su resolución a un nuevo órgano, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, que puede ser estatal, autonómico o local, y caracterizado por su independencia respecto del órgano de contratación.

A) *El recurso precontractual*

Las características de este recurso especial en materia de contratación pueden cifrarse así:

1.^a *Carácter*: es un recurso exclusivo y potestativo. El artículo 310 LCSP (en su nueva redacción) indica que contra los actos impugnables

¹⁰ El Informe de la JCCA 48/08, de 29 de enero de 2009, a petición del alcalde de Galdakao, en relación con la aplicación del antiguo artículo 37 LCSP, concluía en este sentido lo siguiente: «La adjudicación provisional de los contratos no incluidos entre los que con arreglo al artículo 37.1 son susceptibles del recurso especial que el citado artículo regula, puede ser recurrida en la forma prevista en el artículo 107 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». Se reitera esta conclusión, con referencia a los contratos menores y a los adjudicados mediante procedimiento negociado sin publicidad por los entes locales, en el Informe de la misma JCCA 33/09, de 1 de febrero de 2010. Esta conclusión sigue teniendo virtualidad, asimismo, tras la reforma de 2010.

¹¹ Téngase en cuenta que en Navarra la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, establece que las reclamaciones en materia de contratación pública se pueden presentar frente a todos los contratos públicos (art. 210.1). Solamente en el ámbito local, la Ley Foral de la Administración Local de Navarra (reformada en este punto por la Ley Foral 1/2007, de 14 de febrero) optó por un sistema similar al de la LCSP, aunque las entidades locales navarras pueden permitir que se interponga la reclamación especial también en los contratos inferiores al umbral comunitario (art. 232).

¹² Aquí he optado por seguir la denominación que mejor explica el sentido del recurso especial y de la cuestión de nulidad, como dos recursos especiales, el primero precontractual y el segundo contractual. Vid. al respecto E. COSTA, «Los procedimientos de recurso en los contratos públicos, las directivas europeas y su aplicación judicial en Francia», *Revista Unión Europea Aranzadi*, núm. 11/2010, págs. 11-21.

por esta vía no caben recursos administrativos (sí jurisdiccionales). Y añade que es potestativo, lo que significa que se puede acudir al mismo o ir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, hay que recordar que este carácter exclusivo se puede perder en las Comunidades Autónomas, a las que se les permite exigir la interposición de recurso administrativo previo al recurso especial.

2.^a *Actos impugnables*: dado su carácter de recurso precontractual, son impugnables todos los actos anteriores a la perfección (formalización) del contrato. Cabe observar la amplia relación ejemplificativa del artículo 310.2 LCSP.

3.^a *Motivos de impugnación*: no se establece ningún límite, por lo que se puede aducir cualquier infracción del ordenamiento jurídico. Así, el artículo 310.3 permite que se aleguen también, al recurrir el acto de adjudicación, los defectos de tramitación e irregularidades del expediente de contratación, sin perjuicio de haber sido denunciadas con antelación.

4.^a *Legitimación*: tiene legitimación activa «toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso» (art. 312). Puede verse que, sin llegarse a una acción popular, la legitimación se contempla en términos muy amplios.

La legitimación pasiva es la del órgano de contratación, que puede ser tanto una Administración pública como un ente privado que esté en su órbita (debe tenerse en cuenta el ámbito subjetivo de la LCSP, a la luz de las Directivas comunitarias).

5.^a *Órgano competente para su resolución*: la gran novedad de la reforma es la creación de un órgano especializado e independiente que será el encargado de resolver este recurso¹³. La característica principal de este órgano radica en su independencia, de modo que se prevé la le-

¹³ Así se ha creado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Y en el ámbito autonómico también se están creando Tribunales Administrativos autonómicos, como es el caso de Aragón (Ley 3/2011, de 24 de febrero) o País Vasco (disposición adicional 8.^a de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre). La competencia de estos Tribunales autonómicos alcanza a las entidades locales (por ejemplo, art. 2.2. de la Ley aragonesa), pero en el caso del País Vasco los municipios de más de 50.000 habitantes pueden crear su propio Tribunal Administrativo.

En relación con este sometimiento de los entes locales a los Tribunales insertos en otras Administraciones públicas, A. CORTÉS MORENO ha advertido sobre una posible vulneración del principio de autonomía local («La adaptación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE realizada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto», *El Consultor*, núm. 24/2010, de 30 de diciembre).

gitimación del órgano de contratación para recurrir las decisiones de este órgano independiente cuando le sean desfavorables, con el consiguiente cambio en la posición procesal de las partes y, asimismo, la prohibición de acudir a la revisión de oficio.

6.^a *Tramitación, suspensión y resolución*: este recurso especial se caracteriza por la brevedad de los plazos, puesto que se pretende ofrecer unas garantías de resolución pronta y rápida, beneficiosas tanto para el recurrente como para el órgano de contratación. Se exige el anuncio previo de su interposición mediante escrito presentado ante el órgano de contratación (art. 314.1 LCSP). El recurso se inicia con el escrito de interposición, cuyos requisitos están establecidos de forma detallada en el artículo 314, que puede ser presentado bien ante el órgano de contratación o bien ante el órgano competente para resolverlo (el «Tribunal» de que se trate).

Destaca de forma principal la posibilidad de solicitud de medidas cautelares¹⁴ (art. 313) y, sobre todo, la concesión *ex lege* de una medida cautelar automática, como es la suspensión de la adjudicación efectuada cuando lo que se recurre es dicha adjudicación (art. 315).

La resolución debe adoptarse dentro de los plazos fijados (art. 316, sobre tramitación, y art. 317, sobre resolución). La resolución sólo puede ser recurrida ya ante la jurisdicción contencioso-administrativa (siendo competentes las Salas y no los Juzgados, cuestión relevante para el ámbito local, dadas las nuevas determinaciones de los artículos 8 y 10 LJCA).

En caso de estimación del recurso especial, el Tribunal Administrativo acordará lo pertinente en orden a garantizar el cumplimiento de la legalidad vulnerada. Simplemente es preciso reseñar que la LCSP prevé ahora de forma expresa la adjudicación del contrato a otro licitador (art. 317.2, segundo párrafo) y la imposición a la entidad contratante de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados (arts. 317.3 y 318, sobre la determinación de la indemnización, con establecimiento de unos gastos mínimos). Para el caso de desestimación, si existiera temeridad o mala fe en su interposición o en la solicitud de medidas cautelares, se prevé la imposición de sanciones pecuniarias (desde 1.000 a 15.000 euros).

7.^a *Recursos jurisdiccionales contra las resoluciones de los Tribunales Administrativos*: las resoluciones de estos Tribunales Administrativos son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que

¹⁴ Sobre la amplitud de estas medidas cautelares y su carácter provisional puede verse la Sentencia del TJUE de 9 de diciembre de 2010, asunto C-568/08.

puedan ser objeto de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho ni de declaración de lesividad. Están legitimados para recurrir ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa tanto los particulares como las Administraciones públicas o poderes adjudicadores afectados (art. 19.4 LJCA)¹⁵.

B) *El recurso contractual o cuestión de nulidad*

Siguiendo el mismo esquema arriba expuesto, se va a proceder ahora a examinar las características principales de la denominada cuestión de nulidad. Son las siguientes:

1.^a *Carácter*: es un recurso de carácter potestativo, puesto que se puede acudir a las demás vías ordinarias de recursos (administrativos y jurisdiccionales, según la naturaleza del acto a recurrir). Tampoco es un recurso exclusivo, dado que no se dispone su incompatibilidad con los recursos administrativos. De ello se deriva que es una vía adicional, que permite a los particulares acudir a ella en razón de su celeridad y economicidad. No obstante, puede ser inadmitida cuando se haya interpuesto previamente el recurso especial precontractual (art. 39.2, segundo párrafo).

2.^a *Actos impugnables*: es un recurso contractual y, por tanto, limitado a los contratos una vez celebrados, dirigido por consiguiente a la formalización, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 37 LCSP, para los que además se ponen excepciones en los apartados 2 y 3.

3.^a *Motivos de impugnación*: la cuestión de nulidad se revela como un recurso extraordinario, dado que sólo cabe alegar los motivos enunciados en el artículo 37.1 LCSP. Cualquier otro motivo deberá sustanciarse mediante los recursos ordinarios que procedan contra el acto de formalización.

4.^a *Legitimación*: se concibe también en unos términos muy amplios, similares a los del recurso precontractual, como se infiere de la lectura del artículo 39.2 LCSP.

5.^a *Órgano competente para su resolución*: es el mismo que para el recurso precontractual, es decir, el Tribunal Administrativo estatal, autonómico o local correspondiente.

¹⁵ La Ley 34/2010, con la modificación que introduce en el artículo 19 LJCA, resuelve la cuestión planteada en la Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010 (C-570/08), que declaró que la posibilidad de recurso de las entidades adjudicadoras contra el órgano no jurisdiccional que resuelve recursos en materia de contratos públicos no viene exigida por el Derecho de la Unión Europea, aunque es posible establecerla.

6.^a *Tramitación, suspensión y resolución*: la LCSP se remite a estos efectos a lo dispuesto para el recurso especial, con diversas salvedades (art. 39.5). La más relevante es la previsión de las consecuencias jurídicas de nulidad, en especial la posibilidad de imponer sanciones alternativas que sustituyan a la declaración de nulidad (art. 38).

2. *Las modificaciones contractuales*

La Ley de Economía Sostenible reforma diversos preceptos de la LCSP sobre la modificación de los contratos¹⁶, siendo además una reforma estructural y derivada de la jurisprudencia del TJUE¹⁷ y de los requerimientos de la Comisión Europea. Es una reforma estructural porque la nueva regulación pasa del Libro IV de la LCSP, referido sólo a los contratos administrativos, al Libro I, que alcanza a todos los contratos públicos¹⁸. A esta modificación estructural, motivada por las exigencias del Derecho comunitario, se añaden otros dos aspectos también generales:

1) Se separa la regulación de las modificaciones subjetivas y objetivas, antes agrupadas en el anterior artículo 202 LCSP, que ahora se reforma de forma completa.

2) Se incide en la regulación del cálculo del valor estimado de los contratos, a fin de que en el mismo se tengan en cuenta las modificaciones previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación (art. 76.1, párrafo tercero).

¹⁶ Vid. J. M. GIMENO FELIU, «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149/2011, págs. 29-54; y J. VÁZQUEZ MATILLA, «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 37/2010, págs. 317-351.

¹⁷ En ese sentido debe tenerse en cuenta como punto de partida la Sentencia de 29 de abril de 2004 (*Succhi di frutta*). Véase el interesante comentario de la misma en J. VÁZQUEZ MATILLA, «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 28 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», *REDA*, núm. 143/2009, págs. 529-562.

¹⁸ Esta aplicación extensa de la nueva regulación a todos los contratos queda confirmada con la adición de un segundo párrafo al artículo 20.2 LCSP, sobre contratos privados, del siguiente tenor literal: «No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos», y con el nuevo artículo 202.1, sobre los contratos administrativos, se remite también a las previsiones de este Título V del Libro I. La regulación de la modificación de los contratos contenida en el nuevo Título V del Libro I se desarrolla en cuatro artículos (92 bis a 92 quinqués). Dentro de la regulación de los contratos administrativos, la LCSP recoge nuevas remisiones a lo establecido en el Título V del Libro I sobre modificación de los contratos en los preceptos atinentes a cada tipo de contrato.

La reforma legal persigue limitar las modificaciones contractuales, un recurso utilizado habitualmente por las Administraciones públicas¹⁹.

De forma resumida, esta nueva regulación puede caracterizarse en los siguientes términos²⁰:

1) *Concepto restrictivo de modificación del contrato*: la modificación del contrato consiste en la reducción o ampliación de la prestación pactada, es decir, del objeto del contrato. Esta definición se obtiene de la lectura a *sensu contrario* de lo que el artículo 92 bis LCSP considera que no son modificaciones contractuales:

- la ejecución de la prestación de forma distinta a la pactada;
- la adición de prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas;
- ampliar el contrato para cumplir finalidades nuevas;
- incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente.

Estos cuatro supuestos no constituyen modificación del contrato y, por tanto, requieren de la celebración de un contrato distinto, es decir, de un nuevo procedimiento de contratación. De ahí que también se haya modificado el artículo 206 (causas de resolución) para prever como nueva causa de resolución la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato sin que pueda acudir a su modificación [letra g)].

Así pues, las modificaciones de los contratos quedan reducidas a aquellas que encajen dentro de la definición expuesta. Y, además, deben efectuarse en los estrictos límites establecidos en la LCSP.

2) *Supuestos de modificación de contratos*: la LCSP contempla dos supuestos en que se pueden modificar los contratos, en razón de que las modificaciones estén o no previstas en la documentación que rige la licitación.

3) *El supuesto amplio de las modificaciones previstas*: en estos casos, cuando el pliego o el anuncio de licitación lo hayan previsto (y por tanto se haya tenido en cuenta para el cálculo del valor estimado

¹⁹ El Informe del Tribunal de Cuentas de 20 de julio de 2006, referido parcialmente a la contratación de las entidades locales (BOE de 5 de abril de 2007), tras denunciar la generalizada práctica de introducir modificaciones en los contratos, recomienda «evitar la utilización indistinta e indiscriminada de las figuras de los modificados y obras complementarias para una variación sucesiva de un contrato primitivo», proponiendo diversas medidas legales tendientes a limitarlas.

²⁰ Puede verse la Circular de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado núm. 1/2011, de 7 de abril de 2011, sobre el régimen de modificación de los contratos del sector público.

del contrato), cabe efectuar la modificación. La LCSP establece los requisitos que deberán contener el pliego o el anuncio para advertir de la posibilidad de modificación del contrato (art. 92 ter).

4) *El supuesto restringido y extraordinario de las modificaciones no previstas*: dado que no han sido objeto de previsión previa en el pliego o en el anuncio de licitación, estas modificaciones tienen un carácter excepcional («sólo», dice el art. 92 quater) y, además, extraordinario (precisan de justificación suficiente y de que concurra alguna de las circunstancias especificadas en la LCSP). La LCSP recoge cinco circunstancias extraordinarias que permiten la modificación del contrato (art. 92 quater.1). Las variaciones que se pretenda introducir deberán estar directamente vinculadas a la circunstancia concurrente («deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria», dice el apartado 2, segunda parte, del art. 92 quater).

Al carácter excepcional y extraordinario de las modificaciones no previstas se le añade también otra característica limitativa: «que no se alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación». Y la LCSP recoge una definición negativa de lo que se entiende por alteración de las condiciones esenciales, puesto que la alteración se producirá cuando se dé alguno de los cinco casos expresados en el apartado 3 del mismo precepto.

5) *Los diferentes procedimientos de modificación de los contratos*: la LCSP contempla nada menos que tres procedimientos de modificación de los contratos:

a) Procedimiento para el caso de las modificaciones previstas: se acordará en la forma contemplada en los pliegos o en el anuncio de licitación.

b) Procedimiento para el caso de las modificaciones no previstas: se debe dar audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas.

c) Procedimiento para el caso de modificaciones previstas y no previstas en los contratos administrativos: se rige por lo dispuesto en el artículo 195 (relativo al ejercicio de las prerrogativas administrativas), que en lo que aquí interesa exige:

- audiencia del contratista;
- informe del Consejo de Estado para modificaciones superiores al 10 por ciento del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a seis millones de euros;

- resolución de modificación por el órgano de contratación, que pondrá fin a la vía administrativa y será inmediatamente ejecutiva;
- formalización de la modificación del contrato.

6) *Obligatoriedad de las modificaciones acordadas*: la modificación de los contratos se ha entendido siempre como una consecuencia de una prerrogativa de la Administración en razón del interés público y, por tanto, obligatoria para el contratista. La LCSP reitera dicho principio en su nuevo artículo 202.1, párrafo 2.º: «En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas».

Por el contrario, nada se dice respecto de los contratos privados. Ello significa que las modificaciones acordadas, que sólo pueden serlo en los casos y en la forma previstos legalmente, no son obligatorias para el contratista, sino que requerirán de nuevo acuerdo entre el ente contratante y el contratista.

7) *Modificaciones y obras complementarias*: es necesario deslindar las modificaciones del contrato de otros supuestos similares pero diferentes, tal como ahora establece el artículo 92 bis LCSP (antes el art. 202 LCSP). La LCSP obliga a diferenciar entre las modificaciones y las obras complementarias, puesto que ambas figuras no son intercambiables, sino que obedecen a conceptos y supuestos diversos.

La LCSP, al regular los casos en que puede acudir al procedimiento negociado, permite adjudicar al contratista las obras, entregas o servicios complementarios no previstos en el contrato previo cuando se produzca una circunstancia imprevista [arts. 155.b) y 158.b) LCSP]. A ellos se remite ahora el nuevo artículo 92 bis LCSP (recogiendo lo dispuesto por el antiguo art. 202 LCSP). Lo mismo ocurre para las obras o servicios que sean de repetición [arts. 155.c) y 158.c) LCSP], siempre que esté contemplada esta posibilidad en los anuncios de licitación. Y también para la reposición de suministros se establecen similares previsiones [art. 157.c) LCSP]. En el caso de que no se den los requisitos exigidos en estos preceptos, debe acudir a un nuevo procedimiento de adjudicación con concurrencia pública y publicidad. En cualquier caso, las obras complementarias constituyen una excepción al principio de libre concurrencia y, por tanto, deben ser aplicadas en sus estrictos términos²¹.

²¹ Así, la Sentencia del TJUE de 22 de abril de 2010 (C-423/07) no admitió que las obras referidas en el caso pudieran considerarse como obras complementarias a los efectos del artículo 61 de la Directiva 2004/18/CE (apartado 72) y condenó al Reino de España por in-

El problema puede plantearse en algunos casos con la dificultad práctica de diferenciar cuándo se trata de un modificado o de una obra complementaria²². Dificultad que puede verse acentuada por el importante límite cuantitativo impuesto por el artículo 92 quáter a las modificaciones no previstas, consistente en que no pueden igualar o exceder, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato, mientras que las obras complementarias tienen un límite muy superior, como es el del 50 por ciento del precio primitivo del contrato.

8) *Legitimación para recurrir modificaciones no ajustadas a derecho:* en caso de que no se pueda acudir a la modificación del contrato es preciso realizar un nuevo procedimiento de contratación. ¿Qué ocurre si no se abre un nuevo procedimiento de adjudicación cuando debió hacerse y se efectúa una modificación del contrato? En definitiva, se está adjudicando un nuevo contrato sin acudir a los procedimientos previstos en la ley. Y ello afecta a los intereses y expectativas de otros empresarios que, de existir licitación, hubieran podido concurrir o haber presentado una oferta diferente. Se plantea, por tanto, la apertura de vías de recurso, incluso en su caso las específicas de la LCSP, contra las modificaciones «ilegales» con base en que se ha procedido a adjudicar un contrato sin seguirse el procedimiento de adjudicación legalmente previsto²³. Y, además, se abre la legitimación para la interposición de recurso, dado que cualquier empresario que hubiera podido acudir a la licitación estará legitimado para presentar un recurso contra el acuerdo de modificación si éste no se ajusta a las previsiones legales²⁴.

cumplimiento de la Directiva precedente y entonces vigente, la Directiva 93/37. Y la condena por incumplimiento se produjo a pesar de que el Tribunal Supremo había dictado dos sentencias que avalaban la actuación del Ministerio de Fomento respecto de obras en la autopista A-6. La STS de 11 de febrero de 2003 (RJ 2003/3267) aceptó la excepción de falta de legitimación de los recurrentes. Y la STS de 14 de octubre de 2003 (RJ 2003/8368) entró en el fondo del asunto, rechazando la alegación de falta de legitimación esgrimida y desestimando el recurso interpuesto. Un breve comentario a la Sentencia citada del TJUE lo realiza J. GIÉRE LE CARESSANT, «La concesión de obra pública y las obras complementarias en el ámbito del Derecho comunitario. Su incidencia en la Administración Local», *El Consultor*, núm. 23/2010, de 15 de diciembre, págs. 3183-3185.

²² Vid. J. VÁZQUEZ MATILLA, «Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación Administrativa Práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 94, págs. 54-63.

²³ GIMENO FELIU las califica de adjudicaciones ilegales y estima que pueden interponerse los recursos ante los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales si se trata de contratos SARA («El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», cit., pág. 54).

²⁴ Esta cuestión ya aparecía analizada en la STJE de 29 de abril de 2004 (*Succhi di frutta*), donde se aceptó esta legitimación ampliada, tal como expone J. VÁZQUEZ MATILLA, «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 28 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», cit., págs. 540-541.

III. LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS MEDIANTE SOCIEDADES PÚBLICAS Y SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

Las Administraciones públicas han ido acentuando la tendencia a actuar bajo formas privadas. Y por ello se han ido repitiendo los problemas respecto del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP a este tipo de entidades privadas del sector público estatal, autonómico o local.

Las modificaciones efectuadas en las reformas de 2010 y 2011 inciden en esta cuestión de forma muy colateral. Así, la Ley 34/2010 modifica el artículo 17.2, relativo a los contratos subvencionados; el artículo 21.1, en cuanto al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y el artículo 311.4 y 5, sobre competencia del Tribunal Administrativo en relación con el recurso especial y la cuestión de nulidad. De forma más clara, la Ley de Economía Sostenible se refiere a la colaboración público-privada en la contratación pública, con expresa referencia a las sociedades de economía mixta (art. 37 de la Ley de Economía Sostenible), y modifica diversos preceptos de la LCSP, como son el artículo 11, sobre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (al que hay que añadir el artículo 118, sobre evaluación previa); el artículo 20.2, para ampliar la aplicación de la nueva regulación sobre la modificación de los contratos a todos los entes sometidos a la LCSP (aquí no se refiere sólo a los contratos SARA), y la nueva disposición adicional 35.^a de la LCSP, referida al régimen de adjudicación de contratos públicos en el marco de fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado.

El problema de base sigue siendo el mismo: la sujeción a la LCSP de la actuación de los entes públicos mediante formas privadas, algunas de las cuales se relacionan en el artículo 3.1 LCSP y que debe completarse con la amplia fórmula de su letra h), que viene a recoger lo dispuesto en la Directiva 2004/18/CE (art. 1.9, párrafo 2.º) y en la jurisprudencia ya consolidada del TJUE. Así pues, todos estos entes que se encuentran en la órbita del sector público, por reunir los requisitos establecidos legalmente, están sometidos en su actividad contractual a las disposiciones de la LCSP.

Es preciso diferenciar entre los supuestos de encomienda de gestión a sociedades de capital íntegramente público de aquellos otros de actuación por medio de sociedades de economía mixta. Asimismo, el artículo 8.2 LCSP excluye de la aplicación de la LCSP la atribución de la gestión de un servicio público a una sociedad de Derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Las Administraciones públicas, en vez de realizar actuaciones directamente, las encomiendan muchas veces a entes privados, no públicos²⁵, que están sujetos a su titularidad o control²⁶. Incluso en algunos casos, la entidad local crea un organismo público que a su vez actúa por medio de una sociedad pública de capital íntegramente local²⁷. Es lo que se conoce como encomienda de gestión o contrato doméstico²⁸, que es un negocio excluido de la aplicación de la LCSP [art. 4.1.n)]. Para ello se exige la concurrencia de tres requisitos:

1) Uno formal: la atribución al ente privado de la condición de medio propio y servicio técnico del ente público.

2) Otro referido a la titularidad: que la totalidad del capital del ente privado sea de titularidad pública (no se exige que sea de la propia entidad contratante). Éste es necesario tanto para las sociedades públicas como también para las fundaciones y consorcios y asociaciones formadas por todos ellos (art. 24.6 LCSP). La participación de sujetos privados no sometidos a la órbita del sector público impide acudir a la encomienda de gestión y habrá que efectuar un procedimiento de contratación sujeto a la LCSP.

3) Un tercero de tipo material: la parte esencial de la actividad de estos entes privados se realiza a favor de los entes públicos (art. 24.6 LCSP).

²⁵ Es importante tener en cuenta que se trata de la encomienda a entes privados de la órbita del sector público, pero no cuando se ha creado un ente público destinado a tal fin. Es el caso, por ejemplo, de los consorcios o mancomunidades, que no precisan de encomienda de gestión cuando desarrollan los fines atribuidos en sus normas de creación. Así lo señala el Informe de la JCCA 10/10, de 23 de junio de 2010, a requerimiento del Ayuntamiento asturiano de Laviana, en relación con las actividades desarrolladas por el Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos de Asturias, en el que participan un buen número de concejos asturianos.

²⁶ Un ejemplo puede verse en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 de junio de 2010 (JUR 2010/322116), que desestima el recurso interpuesto contra una encomienda de gestión, con apoyo en la Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007, asunto TRAGSA, C-295/05, y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2008 (RJ 2008/645), también en relación con TRAGSA (aquí el archivo de la denuncia por infracción a la libre competencia). Así también puede verse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de marzo de 2010 (JUR 2010/414324), en relación con la encomienda de gestión de la Fundación Neiker.

²⁷ Es el caso que se recoge en el Informe de la JCCA 65/07, de 29 de enero de 2009, en el que el Ayuntamiento de Puente Genil ha creado un organismo autónomo (Instituto Municipal de Servicios Comunitarios) y, asimismo, ostenta la completa titularidad de la sociedad limitada Sociedad para el Desarrollo de Puente Genil, S.L. La sociedad debe haber sido declarada como medio propio en sus estatutos sociales y, en consecuencia, tanto el Ayuntamiento como el organismo autónomo municipal podrán cursarle encomiendas de gestión.

²⁸ La bibliografía sobre las encomiendas de gestión es muy numerosa. Sin embargo, cabe citar, tanto por su actualidad como por su especial atención al ámbito local, los estudios de B. NOGUERA DE LA MUELA, «Los encargos *in house* en la Ley de contratos del sector público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria», núm. 182/2010 de esta REVISTA, págs. 159-190, y de J. J. PERNÁS GARCÍA, «La exigencia de control análogo en las encomiendas a medios propios», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 311/2009, págs. 229-276.

Así pues, sólo cabe acudir a la encomienda de gestión en el caso de sociedades o fundaciones que sean en su totalidad del sector público. Es, por ejemplo, el caso de la gestión directa de los servicios públicos locales contemplada en el artículo 85.2 LRBRL.

Sin embargo, la encomienda de gestión no supone que el ente privado pueda actuar, posteriormente, de forma libre, sino que se encuentra sometido a la LCSP en las contrataciones que realice como consecuencia de la gestión que se le encomiende, aunque ya no será un sistema completamente igual que el de la entidad pública encomendada, puesto que el artículo 4.1.n) citado señala que el sometimiento a la LCSP lo será «en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos...».

Los contratos realizados directamente por las entidades privadas de la órbita del sector público se encuentran sometidos a la LCSP, pero de forma parcial y en función de la clase de contrato que efectúen:

a) **Contratos SARA:** se encuentran sometidos a la LCSP en su preparación y adjudicación, así como en los recursos relacionados con dichas fases, y ahora también en lo relativo a la modificación de los contratos (art. 20.2, reformado por la Ley de Economía Sostenible). En la práctica es un sometimiento casi total, con las particularidades expresadas en los artículos 121.1 y 174 LCSP. De todo ello, salvo de la modificación, conoce la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 21.1 LCSP).

b) **Contratos no SARA:** el sometimiento de los entes privados del sector público a la LCSP es muy parcial. Así, el artículo 122.2 LCSP contiene alguna disposición sobre la realización de los pliegos, y el artículo 175 LCSP exige la aplicación de diversos principios, entre los que destacan la publicidad y concurrencia, pero sin especificarse unas normas detalladas que garanticen su cumplimiento, a salvo de las instrucciones de contratación, sobre cuyo carácter vinculante o no para la entidad contratante nada se dice, o la publicación de información en el perfil de contratante de la entidad.

Las sociedades de economía mixta exigen para su constitución de la selección de un socio privado. Dicha selección debe hacerse conforme a los procedimientos de contratación, que detallarán el ámbito de actuación de la sociedad de economía mixta, una vez constituida ésta. Así pues, ya se ha producido un primer procedimiento selectivo sometido a las disposiciones de la LCSP.

La Ley de Economía Sostenible ha introducido una nueva disposición adicional 35.^a en la LCSP a fin de evitar una duplicidad de proce-

dimientos selectivos, permitiendo la adjudicación directa de contratos públicos y concesiones a la sociedad de economía mixta²⁹.

IV. CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y CONTRATOS DE SERVICIOS

El artículo 5 LCSP pretende efectuar una relación de los diversos contratos del sector público y, más adelante, el artículo 18 recoge la clasificación tradicional entre contratos administrativos y contratos privados. Dentro de los primeros, el artículo 19 distingue los típicos o nominados (contratos de obras, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, servicios, y de colaboración entre el sector público y el sector privado) y los atípicos o especiales.

La dificultad, en especial en el ámbito local, radica en calificar determinados contratos que pueden encajar en diversas especies contractuales (contratos de gestión de servicios públicos, contratos de servicios, contratos especiales e, incluso, contratos patrimoniales)³⁰.

La calificación de un contrato bajo cualquiera de las cuatro formas descritas comporta un régimen jurídico muy diferente. Así:

a) Si el contrato es de gestión de servicios públicos es un contrato que se encuentra fuera del Derecho comunitario derivado y, por tanto, no se le aplica la diferenciación entre contratos SARA y no SARA. Más bien, en estos casos el contrato queda dentro del más amplio calificativo de «concesión de servicios». La duración del contrato puede alcanzar, en función de su objeto, cincuenta años (incluso sesenta años), veinticinco o diez años (art. 254 LCSP).

²⁹ Se incorpora la doctrina de la Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset* (C-196/08). Vid. M. A. BERNAL BLAY, «La colaboración público-privada institucional», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 37/2010, en especial págs. 119-133.

³⁰ Vid. al respecto J. M. GIMENO FELIU, «Problemas actuales de la Administración Municipal desde la perspectiva del derecho comunitario: incidencia en la organización administrativa de las normas de contratación pública», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núms. 71-72/2008, págs. 177-186, y *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 147-163; M. P. BATET JIMÉNEZ, «Diferenciación entre los contratos de servicios, los contratos de gestión de servicios públicos y los contratos administrativos especiales», *Contratación Administrativa Práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 82/2009, págs. 64-70; J. E. GARCÍA VEGA, «Diferencias prácticas entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos», en la misma *Revista*, núm. 87/2009, págs. 37-46; y R. M. LÓPEZ PÉREZ, «Caracterización conceptual del contrato de gestión de servicios públicos, de servicios, administrativo especial y su adecuación a la realidad social. Contrato administrativo especial versus concesión de dominio público», en la misma *Revista*, núm. 92/2009, págs. 33-41.

b) Si el contrato es de servicios está sujeto a la Directiva 2004/18/CE y, en consecuencia, se le aplican las normas de los contratos SARA y no SARA, sin perjuicio del régimen singular de las categorías 17 a 27 del Anexo II. Además, la duración del contrato se limita a cuatro años, prorrogables hasta un máximo de seis (art. 279 LCSP).

c) Si el contrato es especial o innominado³¹ se le aplicarán las normas de Derecho administrativo o de Derecho privado que le sean de aplicación (art. 5.2 LCSP). Serán estas normas las que establezcan su duración.

d) Y, finalmente, si el contrato es patrimonial queda excluido de la aplicación de la LCSP y se rige por la legislación patrimonial [art. 4.1.p) LCSP]³². Y aquí operará el máximo de tiempo para la concesión, fijado en noventa y nueve años en el artículo 79 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, luego reducido a setenta y cinco años por el artículo 93.3 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

El problema principal suele estar en la diferenciación entre un contrato de gestión de servicios públicos y un contrato de servicios. El TJUE ha analizado dicha distinción en numerosas sentencias. Así, puede verse la Sentencia de 10 de marzo de 2011 (C-274/09), relativa a la prestación de servicios de socorro por una empresa para una mancomunidad de municipios de Baviera. En ella se condensan los dos principales aspectos que diferencian la concesión de servicios del contrato de servicios:

1) La contrapartida: en el contrato de servicios la contrapartida es pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios o, cuando menos, se le reconoce el derecho a recaudar una remuneración de terceros. En cambio, en la concesión la contrapartida consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente o bien acompañado de un pago.

2) El riesgo de explotación de los servicios: en la concesión de servicios el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios y, por tanto, la entidad contratante le ha transmitido el riesgo relaciona-

³¹ Téngase en cuenta que la categoría de contrato administrativo especial se ha reducido notablemente, por un lado, con la ampliación del objeto del contrato de servicios y, por otro, con la remisión de los contratos patrimoniales a su legislación específica. Vid. esta problemática, con el análisis de diversas sentencias, en I. GALLEGO CÓRCOLES, «Contratos administrativos especiales (I y II)», *Contratación Administrativa Práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núms. 100-101/2010, págs. 60-67 y 52-61, respectivamente.

³² Véase el Informe 25/08, de 29 de enero de 2009, de la JCCA ante una consulta de la Diputación Provincial de Valencia referida a contratos patrimoniales.

do con su prestación. Por el contrario, en el contrato de servicios no existe dicha asunción o transmisión de riesgo al prestador del servicio.

La JCCA ha incidido también sobre esta cuestión y, en respuesta a la consulta efectuada por un municipio respecto de la prestación de diversos servicios (gestión de ludotecas, de local municipal de música, etc.), ha señalado los requisitos necesarios derivados de la LCSP (arts. 8, 251 y 253) para que pueda entenderse que nos encontramos ante una concesión de servicio público:

- 1) El particular, gestor del servicio público, asume la organización del servicio.
- 2) El servicio debe ser susceptible de explotación empresarial.
- 3) El concesionario debe asumir el riesgo de la explotación.

La JCCA advierte que lo esencial es la asunción del riesgo, porque las otras dos características son complementarias o consecuencias de esta principal. Y añade que también es de especial importancia que se cumpla lo exigido por el artículo 116 LCSP, es decir, que antes de contratar el servicio público se establezca su régimen jurídico, con declaración expresa de su carácter de servicio público³³.

En consecuencia, calificado el contrato de gestión de servicios públicos como concesión de servicios, está sometido únicamente a las normas de la LCSP, quedando excluido de la aplicación del Derecho comunitario derivado.

Por el contrario, calificado este contrato como contrato de servicios, entra dentro del ámbito de la Directiva 2004/18/CE. Aquí es preciso efectuar una distinción importante dado el diferente régimen de los contratos de las categorías 1 a 16 del Anexo II (Anexo II.A de la Directiva) y de las categorías 17 a 27 del Anexo II (Anexo II.B de la Directiva). Al primer grupo se le aplican en su totalidad las disposiciones de

³³ El Informe 12/10, de 23 de julio de 2010, a petición del Concello de Pontevedra, formula las siguientes conclusiones:

«1. El contrato en cuya virtud se encomienda a un particular la gestión de servicios asumidos como de su competencia por una administración pública, no podrá ser calificado como concesión de servicios si el concesionario no asume el riesgo de la explotación, es decir cuando su retribución se establece de un modo cierto, variable e independientemente del grado de utilización del servicio por los usuarios.

2. Los contratos que tengan dicho objeto podrán ser calificados en tal caso como contratos de servicios si su objeto puede ser subsumido dentro de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público y fuera de dichos casos como contratos administrativos especiales».

la Directiva y así se han transpuesto en la LCSP. Por el contrario, la Directiva se aplica al segundo grupo de forma muy limitada.

La Sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2011 (C-95/10) ofrece un ejemplo de esta divergencia entre ambos grupos del Anexo II³⁴. De nuevo nos encontramos con un caso municipal, la adjudicación de un contrato de servicios de vigilancia y seguridad de las instalaciones municipales del municipio de Sintra (Portugal). La Sentencia declara cómo el Derecho comunitario, y lo confirma la jurisprudencia del Tribunal, ha establecido la distinción en los regímenes aplicables a los contratos públicos de servicios en función de la clasificación de los servicios en los Anexos II.A y II.B. Por tanto, las normas establecidas por la Directiva, como era el caso del artículo 47.2, no son aplicables a los contratos de servicios del Anexo II.B. Y añade que los principios de competencia efectiva, transparencia, igualdad de trato y no discriminación no imponen a un Estado miembro la obligación de aplicar directamente en su ordenamiento jurídico interno otras normas que las específicamente previstas para los servicios del Anexo II.B (normas sobre especificaciones técnicas o publicación del anuncio con los resultados de la adjudicación).

V. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN

Los procedimientos de adjudicación³⁵ pueden ser clasificados desde una doble perspectiva. En primer lugar, en razón de la posibilidad de utilización de un determinado procedimiento:

a) Procedimientos ordinarios: son aquellos que pueden darse en relación con cualquier prestación y que implican la aplicación plena de

³⁴ El fallo de esta Sentencia dice así:

«La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, no impone a los Estados miembros la obligación de aplicar su artículo 47, apartado 2, también a los contratos que tengan por objeto servicios incluidos en el anexo II.B de la misma Directiva. Sin embargo, esta Directiva no impide que los Estados miembros y, en su caso, las entidades adjudicadoras prevean en su legislación y en la documentación relativa al contrato, respectivamente, la aplicación de dicha disposición».

³⁵ Como exposiciones generales sobre esta materia cabe citar a J. M. CARBONERO GALLARDO, *La adjudicación de los contratos públicos. Procedimientos para la adjudicación de los contratos administrativos y otros contratos del sector público*, Ed. La Ley y El Consultor, Madrid, 2010; y a L. A. BALLESTEROS MOFFA, *La adjudicación de contratos en el sector público*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

los principios de libre concurrencia y publicidad. Son el procedimiento abierto y el restringido.

b) Procedimientos extraordinarios o excepcionales: se caracterizan porque sólo pueden ser utilizados en los supuestos extraordinarios o excepcionales previstos de forma expresa en la LCSP. Cabe incluir en esta clase el procedimiento negociado, el diálogo competitivo y el contrato menor (salvo que se diga que éste es un contrato sin procedimiento).

c) Procedimiento especial: aquel procedimiento establecido por la LCSP para una prestación concreta. Es el caso del concurso de proyectos.

En segundo lugar, la cuantía del contrato y, sobre todo, la superación del umbral comunitario permiten ofrecer una clasificación diferente:

a) Contratos menores: aquellos de cuantía muy reducida, inferiores a 50.000 euros los contratos de obras y a 18.000 euros los restantes contratos, como señala el artículo 122.3 LCSP.

b) Contratos mediante procedimiento negociado en contratos no SARA: se pueden utilizar sólo en los casos previstos en la LCSP, entre los que se encuentran los contratos no sujetos a regulación armonizada de mediana cuantía. Hay que diferenciar (art. 161.2 en concordancia con los preceptos que cita dicho artículo):

- procedimiento negociado con publicidad: para los contratos de obras de cuantía superior a 200.000 euros hasta un millón de euros y para los demás contratos de cuantía superior a 60.000 euros hasta 100.000 euros.
- procedimiento negociado sin publicidad: para los contratos de obras de cuantía no superior a 200.000 euros y para los demás contratos de cuantía no superior a 60.000 euros.

c) Contratos mediante procedimiento abierto o restringido pero no sujetos a regulación armonizada: son aquellos que no se pueden adjudicar por procedimiento negociado, dada su cuantía, pero ésta no supera el umbral comunitario para convertirse en contratos SARA. Así pues, sin perjuicio de que se pueda acudir a estos procedimientos en cualquier momento, en razón de la cuantía deberá acudir a ellos siempre que ésta se encuentre entre 1.000.000 y 4.845.000 euros, en el contrato de obras, y entre 100.000 y 193.000 euros, en los contratos de suministro y de servicios.

d) **Contratos SARA:** son aquellos que superan el umbral comunitario, dada su cuantía, a los que la LCSP añade los de colaboración del sector público y el sector privado. El umbral comunitario se ha fijado en las siguientes cuantías: para los contratos de obras y concesión de obra pública, en 4.845.000 euros, y para los contratos de suministro y de servicios, en 193.000 euros (sin perjuicio que para la Administración del Estado se fije en 125.000 euros). Se les somete a unos requisitos de publicidad específicos, dado que se les aplican las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE.

De la combinación de ambos elementos, y por su especial incidencia respecto de las entidades locales, aquí se van a examinar los procedimientos de adjudicación más frecuentes en este ámbito: los contratos menores y los procedimientos negociados sin publicidad.

Además, la Ley 34/2010 ha realizado una vuelta atrás dentro del procedimiento de adjudicación, suprimiendo la diferenciación entre adjudicación provisional y definitiva. Y ha modificado el momento de perfección del contrato, que ya no es la adjudicación (la única que ahora existe), sino la formalización.

Esta separación de fases cobra especial relevancia en relación con el recurso especial en materia de contratación pública ante los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, toda vez que su interposición provoca la suspensión automática de la adjudicación. Pero, asimismo, plantea diversas cuestiones en relación con la presentación de la documentación por el adjudicatario del contrato, lo que ha provocado una nueva redacción del art. 135 LCSP.

1. *Contratos menores*

Conforme establece el artículo 122.3, párrafo 3.º, de la LCSP, «se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos»³⁶. Dadas las cifras legales, muchos de los contratos de las entidades locales, sobre todo de pequeña población, serán contratos menores. Y, por su cuantía, la competencia corresponderá, normalmente, al alcalde (disposición adicional 2.ª de la LCSP).

³⁶ Las cuantías establecidas en este apartado 3 tienen carácter básico solamente en cuanto máximos, por lo que pueden ser rebajadas por la legislación autonómica (disposición final 7ª.2, párrafo 2.º). El Informe de la misma JCCA 33/09, de 1 de febrero de 2010, advierte que la categoría de contratos menores se extiende a todos los contratos por razón de la cuantía, sean administrativos, típicos o especiales, y privados celebrados por una Administración pública.

Los contratos menores precisan de unos requisitos mínimos, dado que el artículo 95 LCSP dispone que en el expediente de contratación «sólo» constará la aprobación del gasto y la factura correspondiente. Así pues, no se precisan otros documentos, ni siquiera los relativos a la capacidad y solvencia del contratista, sin perjuicio de que deba contratarse con un empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación³⁷. Sólo para el contrato de obras se requieren, además, el presupuesto de obras y, en su caso, el proyecto y el informe de supervisión.

En cualquier caso, su duración no podrá exceder de un año ni ser objeto de prórroga (art. 23.3 LCSP) y no se permite la revisión de precios (art. 77.2 LCSP).

En definitiva, se produce una adjudicación directa³⁸ a un empresario, por lo que no se precisa la invitación a un número mínimo de empresarios, como ocurre en el procedimiento negociado, en el que hay que solicitar la presentación de proposiciones a diversos empresarios. Por cierto, el artículo 122 emplea la expresión «adjudicación directa». La adjudicación del contrato menor, así como su formalización, se condensan en la factura (así se deduce del artículo 140.2 LCSP en materia de formalización, al remitirse al artículo 95).

Dado su carácter excepcional, limitado por la cuantía, queda expresamente prohibido tanto el fraccionamiento de un contrato para incluirlo en este epígrafe como también se recomienda la agrupación de contratos por conceptos homogéneos a fin de que pueda acudir a otras figuras procedimentales que ofrezcan mayor transparencia y publicidad³⁹.

2. *El procedimiento negociado sin publicidad*

La LCSP recoge como procedimiento excepcional el procedimiento negociado, puesto que sólo cabe para los supuestos así contempla-

³⁷ Es doctrina consolidada de la JCCA, que se recoge también por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias en su Informe 6/2009, de 30 de julio.

³⁸ P. LLINARES CERVERA resalta cómo el contrato menor es un supuesto de adjudicación directa sin obligación de justificar qué criterios se han seguido para adjudicar el contrato («Algunas consideraciones sobre los criterios de adjudicación en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la luz del Derecho comunitario», *Contratación Administrativa Práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 82/2009, págs. 38-39). M. T. BRUNETE DE LA LLAVE advierte la contradicción de una adjudicación directa con el Derecho de la Unión Europea, con cita de la Sentencia del TJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle (Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Especial aplicación a las entidades locales*, cit., pág. 437).

³⁹ Es la recomendación que efectúa el Tribunal vasco de Cuentas Públicas en su Informe de la Cuenta de la Comunidad Autónoma de Euskadi de 2008 (pág. 60).

dos expresamente en la propia Ley (art. 122.2). El procedimiento negociado se caracteriza por la existencia de una negociación del contrato con uno o varios candidatos, tras lo cual se procederá a la adjudicación del contrato al licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación (art. 153.1). La LCSP distingue entre dos clases de procedimiento negociado: con publicidad y sin publicidad. Ambas clases se diferencian, principalmente, en dos extremos:

1) En el procedimiento negociado con publicidad se efectúa una publicación del anuncio de licitación (art. 161). Por el contrario, en el procedimiento negociado sin publicidad no se produce dicho anuncio de licitación.

2) En el procedimiento negociado con publicidad, cualquier empresario interesado puede presentar su proposición, por lo que se da una concurrencia efectiva y plena. Por el contrario, en el procedimiento negociado sin publicidad debe intentarse la consulta por lo menos a tres empresarios, pero puede prescindirse de dicha consulta a tres empresas capacitadas cuando esto no sea posible.

El procedimiento negociado sin publicidad puede explicarse en las siguientes fases:

1.^a Elaboración del pliego de cláusulas administrativas particulares: en él se determinarán los aspectos económicos y técnicos que serán luego objeto de negociación (art. 160 LCSP).

2.^a Consulta, si es posible, a tres empresas capacitadas. La consulta consistirá en la remisión de una invitación a participar en el procedimiento y a presentar una oferta (art. 162 LCSP). Asimismo, deberá consultarse a los empresarios que así lo soliciten o aceptarse las ofertas presentadas por empresarios que no han sido invitados inicialmente⁴⁰.

3.^a Negociación del contrato con los empresarios que han presentado oferta (que puede ser uno solo de los consultados)⁴¹. No se precisa de mesa de contratación (arts. 295.1 LCSP y 21.1 del Reglamento, aprobado por Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo).

⁴⁰ Así lo advierte el Informe 33/09, de 1 de febrero de 2010, de la JCCA: «La solicitud de participación y la presentación de ofertas en un procedimiento negociado sin publicidad por parte de empresarios no invitados previamente por el órgano de contratación, obliga a éste a formular invitación, en el primer caso, y a aceptar la oferta en el segundo, siempre que las mismas hayan sido presentadas en tiempo hábil, considerado el estado del procedimiento, y reúnan los demás requisitos precisos para ser tomadas en consideración».

⁴¹ El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales ha estimado el recurso especial interpuesto contra una adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad por no haberse efectuado negociación (Resolución de 24 de febrero de 2011, núm. 050/2011, en recurso núm. 015/2011).

4.^a Determinación de cuál es la oferta económicamente más ventajosa. En el expediente deberá constar qué ofertas se han presentado, su aceptación o rechazo, la negociación efectuada, así como justificarse cuál es la oferta más ventajosa de las presentadas.

5.^a Requerimiento de presentación de la documentación (art. 135.2).

6.^a Resolución de adjudicación del contrato, en la que deberán concretarse y fijarse los términos definitivos del contrato (art. 135.3). Esta resolución deberá publicarse en el perfil de contratante y, asimismo, notificarse a los empresarios que han presentado ofertas.

7.^a Formalización del contrato. El contrato se formalizará en documento administrativo (art. 140.1) y se publicará en el perfil de contratante, con expresión de los datos del anuncio de adjudicación (art. 138.1). Asimismo, si excede de 100.000 euros debe publicarse en el Boletín Oficial correspondiente.

3. *Nuevos procedimientos de contratación*

La doctrina ha señalado la necesidad de que la LCSP ofrezca a las Administraciones públicas procedimientos de adjudicación más sencillos y simplificados. Esta recomendación ha sido adoptada recientemente por la Ley aragonesa 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, cuyo capítulo III está dedicado a las fases de adjudicación, formalización y ejecución del contrato, y su capítulo IV a la simplificación y eficiencia en materia de contratación electrónica.

En su artículo 10 se crea el procedimiento simplificado de adjudicación de contratos, lo que se justifica por la consecución de una mayor agilidad en la tramitación de los procedimientos de adjudicación. En la clasificación de los procedimientos arriba referida en función de la cuantía del contrato, este procedimiento simplificado se inserta entre el procedimiento negociado con publicidad y los procedimientos abiertos o restringidos de contratos no sujetos a regulación armonizada. Puede utilizarse el procedimiento simplificado en contratos de obras inferiores a 2.000.000 de euros y en contratos de suministro o de servicios inferiores a 150.000 euros.

De este procedimiento simplificado cabe resaltar cuatro aspectos:

— La publicidad, tanto del anuncio como de la adjudicación, se limita al perfil de contratante.

- Presentación de declaración responsable en sustitución de la documentación por parte de los licitadores. Sólo el adjudicatario deberá presentar la documentación.
- La constitución de mesa de contratación es potestativa.
- Posibilidad de utilizar la subasta electrónica.

VI. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y SU EVALUACIÓN⁴²

La LCSP se refiere a los criterios de adjudicación en un largo precepto (art. 134). No obstante, estos criterios de adjudicación son aplicables a los procedimientos abiertos y restringidos, toda vez que el contrato menor es una adjudicación directa y el procedimiento negociado consiste en la negociación de las condiciones del contrato⁴³. El Reglamento de 2009 se refiere en exclusiva a los procedimientos abiertos y restringidos al regular la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor (art. 25). Los aspectos más relevantes de la evaluación son los siguientes:

1) *Los elementos que pueden ser criterios de adjudicación.* El artículo 134 LCSP enuncia algunos elementos que pueden constituir criterios de adjudicación. Se trata de criterios objetivos y no subjetivos, dado que los aspectos subjetivos deben quedar dentro de la primera fase de capacidad y solvencia. Y, por tanto, sólo pueden ser «criterios directamente vinculados al objeto del contrato». Por tanto, la experiencia no puede ser un criterio de adjudicación, tal como ha insistido el TJUE (por ejemplo, Sentencia de 24 de enero de 2008, C-532/06, apartado 32). Por el contrario, se admiten como criterios de adjudicación

⁴² Vid. un estudio muy acertado y con una bibliografía muy completa en L. A. BALLESTEROS MOFFA, «La selección del contratista en el sector público: criterios reglados y discrecionales en la valoración de las ofertas», núm. 180/2009 de esta REVISTA, págs. 21-57, y también el capítulo 4 («La garantía material») de su libro citado *La adjudicación de contratos en el sector público*, págs. 181-231. Asimismo, me remito a J. F. MESTRE DELGADO, «Los criterios de adjudicación de los contratos», en *Aspectos prácticos y novedades de la contratación pública, en especial en la Administración Local*, cit., págs. 357-370; J. M. GIMENO FELIU, «La adjudicación de los contratos: la oferta económicamente más ventajosa», *Revista Aragonesa de Administración Pública. Monografía: Los contratos del Sector Público*, año 2008, págs. 156-171; M. P. BATEJ JIMÉNEZ, «Los criterios de adjudicación», *Contratación Administrativa Práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 103/2010, págs. 43-57; y P. LLINARES CERVERA, «Algunas consideraciones sobre los criterios de adjudicación en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la luz del Derecho comunitario», cit., págs. 36-63.

⁴³ Más bien en el procedimiento negociado se deberán recoger los criterios de adjudicación como criterios de negociación, pero su funcionamiento es diverso del que debe darse en los procedimientos abierto y restringido.

aspectos medioambientales y sociales relacionados con el objeto del contrato⁴⁴.

2) *La publicidad y transparencia de los criterios de adjudicación.* Los criterios de adjudicación deben estar detallados en el anuncio, en los pliegos o en el documento prescriptivo (art. 134.2 LCSP)⁴⁵. Además, los criterios elegidos y su ponderación deben ser asimismo objeto de publicidad en el anuncio de licitación (art. 134.5). Por tanto, es preciso ofrecer publicidad⁴⁶ de dos aspectos: a) qué criterios se van a evaluar, y b) cuál es su valor (y, si no es posible, se enumerarán por orden decreciente de importancia).

Además, esta transparencia y publicidad deberá volver a recogerse en la motivación de la adjudicación, de modo que los licitadores conozcan perfectamente la evaluación de los criterios de adjudicación y que ésta pueda ser objeto de fiscalización⁴⁷.

3) *La ponderación y valoración de los criterios de adjudicación.* La LCSP diferencia dentro de los criterios de adjudicación entre criterios automáticos y juicios de valor. Los primeros son aquellos que se deducen directamente de fórmulas contenidas en los pliegos. Por el con-

⁴⁴ Desde una perspectiva más amplia pero analizando también esta cuestión, vid. 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», *Revista Aragonesa de Administración Pública. Monografía: Los contratos del Sector Público*, año 2008, en especial págs. 231-241. Asimismo, puede verse en la misma *Revista* J. M. GIMENO FELIU, «La adjudicación de los contratos: la oferta económicamente más ventajosa», cit., págs. 171-179.

⁴⁵ Los Tribunales de Cuentas, estatal y autonómicos, han denunciado reiteradamente en sus Informes generales sobre las cuentas anuales la práctica de falta de especificación de los criterios de adjudicación y de los elementos de su evaluación en los pliegos. A ello se refiere M. FUEYO BROS, «Criterios objetivos de adjudicación *versus* objetivos de los criterios de adjudicación», *El Consultor*, núms. 15-16/2009, de 15-30 de agosto, págs. 2273-2278. Así lo efectúan los Informes de las Cuentas Generales de Andalucía de los años 2008 (informe JA 01/2009, de febrero de 2010) y 2009 (informe JA 01/2010, de febrero de 2011). El Informe sobre la Cuenta de 2008 ofrece una casuística de definición genérica de criterios o de falta de elementos de valoración o de contradicción entre lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el pliego de prescripciones técnicas (págs. 347-353). Y en el correspondiente a la Cuenta de 2009 se reitera similar crítica y se exige el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 134 LCSP (págs. 407-409). También en idéntico sentido puede verse el examen de la Cuenta de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi del año 2008 (pág. 59).

⁴⁶ La Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, C-532/06, afirma que no cabe la fijación a posteriori de los coeficientes de ponderación de los criterios de adjudicación, sino que éstos deben ser conocidos por los licitadores en el momento de presentar sus ofertas, a fin de que estén en pie de igualdad a lo largo de todo el procedimiento (apartados 36 y 40).

⁴⁷ Así lo advierte el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón núm. 1/2011, de 12 de enero, donde se concluye lo siguiente: «En la aplicación de criterios de adjudicación de los contratos que dependen de un juicio de valor, es imprescindible establecer unos criterios de ponderación y en su valoración, se han de expresar las razones por las que se adopta una decisión, lo contrario puede ser causa de nulidad de la resolución adoptada» (párrafo 1.º).

trario, los segundos requieren de una evaluación valorativa que no se desprende directamente de los pliegos y que ofrecerá, por tanto, un mayor (a menudo, gran) margen de discrecionalidad⁴⁸.

Hay que resaltar la diferencia entre criterios de adjudicación y reglas para la evaluación de los mismos, dado que en muchos casos la previsión de criterios perfectamente correctos de forma abstracta en los pliegos conduce a unos resultados completamente diferentes con motivo de su aplicación⁴⁹. Y es ahí donde entra en juego la evaluación, es decir, la ponderación mediante la atribución de una puntuación concreta a cada uno de los criterios y/o subcriterios de adjudicación⁵⁰. Por tanto, es esencial que el pliego contenga disposiciones sobre la ponderación de criterios en aras a reducir al máximo la discrecionalidad del órgano de evaluación⁵¹.

La evaluación del precio plantea especiales problemas⁵², dado que se utilizan diversas fórmulas de valoración que conducen a resultados muy diferentes (fórmula inversamente proporcional, fórmula de la media, curva de Gauss, etc.). Así, la Comisión Europea ha requerido a España para que en la valoración del precio se otorgue el mayor valor al mejor precio, es decir, al precio más bajo.

4) *El órgano de evaluación.* La valoración de los criterios de adjudicación corresponde a la mesa de contratación, cuando sea obligatoria

⁴⁸ El Tribunal Supremo había señalado que la discrecionalidad administrativa se encuentra en la fijación de los criterios de adjudicación en el pliego, pero que no traspasa luego a su valoración: «Ninguna duda ofrece el art. 87 de la LCAP al establecer la necesidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso fijen los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, los cuales se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que les atribuya. Tal exigencia obstaculiza la discrecionalidad administrativa en la adjudicación del concurso por cuanto la administración para resolverlo ha de sujetarse a la baremación previamente determinada. Su discrecionalidad sólo juega con anterioridad a la adjudicación al decidir cuáles son los criterios objetivos más significativos, respetando eso sí las reglas que impregnan nuestra actual normativa sobre contratación administrativa: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa» (STS de 16 de diciembre de 2004, RJ 2005/882). Sin embargo, estas afirmaciones ya no son del todo válidas con la entrada de criterios fundados en juicios de valor que ofrecen una mayor discrecionalidad, que se intenta limitar con la participación de un comité de expertos.

⁴⁹ La necesidad de claridad en la definición de los criterios de adjudicación en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y, asimismo, la ponderación adecuada de sus variables básicas han sido puestas de relieve en la *Guía sobre contratación pública y competencia*, elaborada por la Comisión Nacional de la Competencia (en especial, en págs. 16-22).

⁵⁰ Especialmente ilustrativo de esta diferencia, y además muy interesante, es el estudio de M. FUEYO BROS, «Criterios objetivos de adjudicación *versus* objetivos de los criterios de adjudicación», *El Consultor*, núms. 15-16/2009, de 15-30 de agosto, págs. 2196-2280.

⁵¹ Así lo resalta también L. A. BALLESTEROS MOFFA, *La adjudicación de contratos en el sector público*, cit., págs. 207-212.

⁵² FUEYO realiza una explicación amplia de los diversos procedimientos de evaluación del precio para mostrar los resultados tan divergentes derivados de cada uno de ellos («Criterios objetivos de adjudicación *versus* objetivos de los criterios de adjudicación», cit., págs. 2231-2272).

su constitución (art. 295 LCSP, y art. 296 para el diálogo competitivo). La LCSP pretende reducir la discrecionalidad respecto de los criterios dependientes de juicios de valor, mediante la exigencia de la intervención de un comité de expertos para la valoración de estos criterios no cuantificables directamente conforme al pliego (art. 134.2, párrafo 2.º).

Así pues, los criterios automáticos se cuantifican mediante la aplicación de fórmulas recogidas en el pliego, y por tanto se deja esta tarea a la mesa de contratación. Por el contrario, cuando los criterios dependientes de un juicio de valor tengan un peso superior a los criterios automáticos deberá crearse un comité de expertos, o encomendarse la tarea evaluadora a un organismo técnico especializado. Además, las ofertas relativas a estos criterios de valor deberán ir en un sobre aparte y valorarse de forma separada de los demás criterios de adjudicación automáticos.

La constitución de un comité de expertos, o intervención de un organismo independiente, para la evaluación de los criterios de valor contenidos en el pliego constituye una exigencia que cabe calificar de excesiva, cuando menos para las entidades locales. En la práctica suele optarse por limitar la valoración de los criterios derivados de juicios de valor hasta un máximo del 49 por ciento del total de puntos, con lo cual no será preciso constituir este órgano y la evaluación corresponderá íntegramente a la mesa de contratación.

VII. URBANISMO Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

La ejecución urbanística suele clasificarse en ejecución sistemática o asistemática, siendo la de mayor relieve la sistemática porque se trata de ejecutar los planes parciales (o planes de desarrollo similares), con arreglo a los instrumentos de ejecución establecidos. Y requiere de la aprobación de los proyectos de urbanización o, en su caso, proyectos de obras ordinarias, que deberán ser luego materializados.

La ejecución de los planes puede efectuarse bien directamente por el propio Ayuntamiento o bien por medio de otras fórmulas, entre las que destacan sobremanera las Juntas de Compensación y el Agente Urbanizador (que recibe diversas denominaciones según las diferentes leyes urbanísticas autonómicas que lo contemplan).

No cabe duda que la ejecución directa por la propia entidad local (principalmente, el sistema de cooperación) supone la ejecución de las obras con sometimiento total a las previsiones de la LCSP, siendo el contrato SARA o no SARA en función de su cuantía (4.845.000 euros). Aquí, así pues, no se plantean más problemas que los derivados de la

forma de actuación, puesto que el Ayuntamiento podrá actuar directamente o bien por medio de sociedades públicas o sociedades de economía mixta. En cualquier caso, las obras que se contraten deberán ajustarse a las determinaciones de la LCSP.

Los problemas surgen cuando las obras no son ejecutadas por la Administración, sino por los propietarios reunidos en Junta de Compensación o bien por un tercero seleccionado por el Ayuntamiento, como es el Agente Urbanizador⁵³.

En relación con la ejecución de las obras por las Juntas de Compensación, la JCCA ha señalado que estas Juntas no constituyen Administración pública y tampoco un ente privado del sector público, por lo que su actuación no está sometida a las previsiones de la LCSP. Ello significa que estas Juntas pueden celebrar contratos libremente, y será común que las obras se ejecuten directamente por alguna de las empresas que esté presente o esté relacionada con los propietarios pertenecientes a la Junta de Compensación de que se trate. Así, el Informe 44/09, de 26 de febrero de 2010, concluye lo siguiente:

«Las Juntas de Compensación previstas y desarrolladas en la Ley de Urbanismo de Cataluña y en el Reglamento que la desarrolla no tienen la consideración de entidades del Sector Público y, por consiguiente, no les es de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público ni sus disposiciones complementarias o de desarrollo»⁵⁴.

⁵³ El estudio de esta cuestión ha dado lugar a múltiples trabajos. Por citar los más recientes, véanse J. M. BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, págs. 31-326; J. C. TEJEDOR BIELSA, «Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico. Entre la anomalía y la excepción», núm. 181/2010 de esta REVISTA, págs. 96-104, donde alude a los intentos de inaplicación de la normativa de contratación pública a las obras de urbanización; F. ALBEA CARLINI, «La Ley de Contratos del Sector Público y las entidades urbanísticas colaboradoras», *El Consultor* de 30 de diciembre de 2009; A. MENÉNDEZ REXACH, «Contratación y urbanismo. Contratación y sistema de obra urbanizadora. Otras modalidades de ejecución de las obras de urbanización», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 18/2008, págs. 17-47; en los mismos *Cuadernos* y número citados, D. BERBEROFF AYUDA, «Contratación pública, Derecho comunitario y entidades locales», págs. 59-61; J. M. GIMENO FELIU, «El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública», núm. 173/2007 de esta REVISTA, págs. 63-100; y J. A. TARDÍO PATO, *La gestión urbanística en el derecho de la Unión Europea, del Estado español y de la Comunidad Valenciana*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007. Desde una perspectiva más urbanística que de contratación pública puede verse M. F. GÓMEZ MANRESA, *Urbanismo y Contratación Pública*, monografía de la *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 23, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, en especial págs. 209-299.

⁵⁴ Y ello porque entiende que las Juntas de Compensación no reúnen los requisitos para ser calificados como organismos de Derecho público del artículo 3.1.h) LCSP:

«Aquí es donde las Juntas de Compensación se separan claramente del conjunto de requisitos exigidos por el artículo 3.1.h) de la Ley de Contra-

Esta declaración tan rotunda parece estar en contradicción con la doctrina contenida en la Sentencia del TJUE de 25 de marzo de 2010 (asunto C-451/08). Esta Sentencia, con apoyo de las Sentencias de 12 de julio de 2001, asunto *Ordine degli Architetti*, y de 18 de enero de 2007, asunto *Aroux*, declara que los contratos de obras son contratos onerosos celebrados por escrito en los que el poder adjudicador recibe una prestación a cambio de una contraprestación, consistiendo la prestación en la realización de las obras que la entidad adjudicadora prevé obtener. La prestación debe conllevar un beneficio económico directo para el poder adjudicador, que puede radicar en que el poder adjudicador asuma la propiedad de las obras objeto del contrato, o también que el poder adjudicador disponga de un título jurídico que le asegure la disponibilidad de las obras objeto del contrato a los efectos de su afectación pública o, asimismo, en las ventajas económicas que el poder adjudicador pueda obtener en un futuro del uso o de la cesión de la obra por el hecho de haber participado económicamente en su realización o por los riesgos que asume en el supuesto de revés económico de las obras.

En cualquier caso, de la posición mantenida por la JCCA llama la atención que la aplicación de la normativa de contratación pública quede en manos del propio ente local. Así, si el Ayuntamiento decide ejecutar las obras por el sistema de cooperación deberá contratar dicha ejecución cumpliendo las disposiciones de la LCSP y, por el contrario, si opta por el sistema de Junta de Compensación, ya no se aplican las normas de contratación pública.

Por lo que respecta al Agente Urbanizador, la cuestión ha planteado una importante polémica doctrinal con una división radical, puesto que para unos la figura del Agente Urbanizador está sometida a la

tos del Sector Público. En efecto, la financiación de las Juntas corre a cargo exclusivamente de los propietarios adheridos a las mismas y su control o gobierno es asumido por los órganos de representación de los propietarios, en los cuales a lo sumo habrá un representante del Ayuntamiento...

No se cumple, en consecuencia, el requisito de que la financiación recaiga sobre entidades del sector público ni el de que el control de los órganos de administración, dirección o vigilancia corresponda a una de estas entidades».

En contra de esta opinión puede verse J. M. BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común*, cit., págs. 324-326. Y a favor, aunque con matices derivados de la Sentencia del TJUE de 25 de marzo de 2010, R. O. BUSTILLO BOLADO, «Un nuevo paso (no definitivo) en la determinación de qué relaciones jurídico-urbanísticas deben quedar sometidas en su nacimiento a las reglas comunitarias republicidad y concurrencia en la contratación pública: comentario a la STJUE de 25 de marzo de 2010 (Helmut Müller GmbH v. Administración Federal de asuntos inmobiliarios)», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 21/2010, págs. 265-273.

LCSP y para otros no⁵⁵. Esta cuestión ha sido examinada por el TJUE en la Sentencia de 26 de mayo de 2011 (C-306/08, *Comisión contra España*), que desestima el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra España. El informe del Abogado General⁵⁶ se inclinó por la tesis de la no aplicación de las normas de contratación pública, en clara discrepancia con el dictamen motivado de la Comisión Europea. La Sentencia no sigue el camino del informe del Abogado General y tampoco entra en las cuestiones planteadas por las partes, aunque desestima el recurso.

La Comisión sostenía que la relación existente entre la Administración y el urbanizador es un contrato público (bilateral y de carácter oneroso) cuyo objeto principal es la ejecución de obras públicas de infraestructura y urbanización, y que el hecho de que la ejecución física de dichas obras deba ser confiada por el urbanizador a un empresario constructor no modifica en absoluto la calificación del contrato como contrato de obras, en la medida en que es el urbanizador quien se compromete con la Administración a realizarlas (apartados 69-74).

Por el contrario, España sostuvo que la relación entre la Administración y el urbanizador no es un contrato público de obras, sino una concesión de servicio público, excluida del ámbito de las Directivas y a la que sólo se aplica el Derecho primario de la Unión, añadiendo que la Comisión confunde el PAI con el proyecto de obras de urbanización

⁵⁵ Véanse estas posiciones en trabajos recientes sobre el recurso por incumplimiento C-306/2008 y el estudio de la Sentencia del TJUE de 25 de marzo de 2010: T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La gestión urbanística y las directivas de contratos: ¿el final de un enredo?», WP IDEIR núm. 3 (2011); J. J. DIEZ SÁNCHEZ, «El principio de transparencia y la selección del agente urbanizador en la legislación urbanística valenciana», en la obra colectiva R. GARCÍA MACHO (Ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Ed. M. Pons, Madrid, 2010, págs. 283-317; J. C. TEJEDOR BIELSA, «Propiedad del suelo, obras de urbanización y excepción licitatoria. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de marzo de 2010», *REDA*, núm. 148/2010, págs. 853-877; y R. BUSTILLO BOLADO, «Un nuevo paso (no definitivo) en la determinación de qué relaciones jurídico-urbanísticas deben quedar sometidas en su nacimiento a las reglas comunitarias de publicidad y concurrencia en la contratación pública: comentario a la STJUE de 25 de marzo de 2010 (Helmut Müller GMBH v. Administración Federal de asuntos inmobiliarios)», cit., págs. 265-273.

⁵⁶ Las conclusiones del Abogado General, Sr. Niilo Jääskinen, fueron presentadas el 16 de septiembre de 2010. De forma muy resumida, en primer lugar, el Abogado General se pregunta si existe relación onerosa a cargo del poder adjudicador, para responder que no, dado que «son los propietarios de terreno los que costean las obras públicas que precisa la urbanización». En segundo lugar, se pregunta si hay concesión de obras públicas. Para responder a esta cuestión rehúye el debate principal de las partes sobre si la figura del Agente Urbanizador es una concesión de servicios o una concesión de obras públicas. Señala que en el PAI (Programa de Actuación Integrada, previsto en la legislación urbanística de la Comunidad Valenciana) todas las obras públicas definitivas en el contrato se convierten en propiedad de la entidad adjudicadora una vez terminadas y que, por tanto, no existe un derecho a explotar las obras que resultan del PAI, por lo que el contrato no puede ser una concesión de obras públicas.

y aduciendo también que no hay relación onerosa a cargo de la Administración porque la retribución del urbanizador procede exclusivamente de los propietarios. Así concluía que el urbanizador no es adjudicatario de un contrato, sino un concesionario (apartados 76-82).

El Tribunal responde que la Comisión debió demostrar, y con ello refutar las alegaciones del Estado español, que el objeto principal del contrato celebrado entre el ente local y el agente urbanizador en el marco de un PAI en gestión indirecta son actividades que se califican como «obras» en las Directivas, cosa que no hizo. Afirma que muchas de las actividades del agente urbanizador no se engloban en dicho concepto de «obras» (apartado 96)⁵⁷, e incluso algunas de estas actividades encajan más bien dentro de los servicios relacionados en el Anexo II.A de la Directiva 2004/18 (apartado 97).

La Sentencia desestima el recurso de la Comisión simplemente porque ésta «no ha demostrado que el objeto principal del contrato celebrado entre el ayuntamiento y el urbanizador corresponda a contratos públicos de obras en el sentido de la Directiva 93/37 o de la Directiva 2004/18, lo que constituye una condición previa para la declaración del incumplimiento alegado» (apartado 98).

VIII. LOS PAGOS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LA MOROSIDAD

En una época de crisis es preciso referirse al pago del precio de los contratos por parte de la entidad contratante, más aún con la reciente

⁵⁷ Este apartado 96 dice textualmente lo siguiente:

«No se ha demostrado en absoluto que las obras de conexión e integración de los terrenos con las redes de infraestructuras, energía, comunicaciones y servicios públicos existentes constituyan el objeto principal del contrato celebrado entre la entidad territorial y el urbanizador en el marco de un PAI en gestión indirecta. La ejecución del PAI por el urbanizador comprende, como resulta concretamente de los apartados 21 y 23 de la presente sentencia, actividades que no pueden calificarse de «obras» en el sentido de las Directivas invocadas por la Comisión en su escrito de demanda, a saber, la elaboración del plan de desarrollo; la propuesta y la gestión del correspondiente proyecto de reparcelación; la obtención gratuita en favor de la Administración de los suelos dotacionales públicos y con destino al patrimonio público de suelo de la entidad territorial; la gestión de la transformación jurídica de los terrenos afectados y la realización del reparto equitativo de las cargas y beneficios entre los interesados, así como las operaciones de financiación y de garantía del coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del PAI. Así ocurre también cuando el urbanizador, como se puntualiza en el artículo 119, apartado 1, de la LUV, debe organizar el concurso público destinado a designar al empresario constructor al que se confiere la ejecución de las obras de urbanización».

entrada en vigor de la Ley 15/2010, de 5 de julio, que ha introducido modificaciones en la LCSP⁵⁸ y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, sobre morosidad.

Los plazos de pago son los siguientes:

1) Pagos de certificaciones de obra o documentos: dentro de los treinta días siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obras o de los documentos que acrediten la realización parcial o total del contrato (art. 200.4). Ello exigirá que en el pliego se hayan establecido dichos plazos parciales y sus correspondientes pagos. Si no se van a expedir certificaciones de obras o documentos similares, el plazo de treinta días se contará desde la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios. No obstante, estos plazos entran en vigor desde el 1 de enero de 2013, siendo durante el año 2011 de cincuenta días y durante el año 2012 de cuarenta días.

2) Pago final del contrato: dentro del mes siguiente a la fecha del acta de recepción o conformidad (art. 205.4).

3) Pago de la liquidación final del contrato de obras: el artículo 218 LCSP dispone que en el plazo de tres meses a contar desde el acta de recepción se debe aprobar la certificación final de obras, que deberá ser abonada en el plazo de otros sesenta días desde la fecha de la certificación (art. 218 en relación con el art. 200.4 LCSP).

La sanción por el incumplimiento de dicha obligación legal de pago en plazo consiste en el abono de los intereses de demora⁵⁹ y de la indemnización por los costes de cobro⁶⁰ previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, sobre morosidad.

La Administración incurre en mora por el simple transcurso de los plazos arriba señalados, sin que el contratista precise efectuar denuncia o intimación por la mora⁶¹.

⁵⁸ Debe advertirse que ha entrado en vigor, con plazo de transposición hasta el 16 de marzo de 2013, una nueva Directiva sobre morosidad, la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (refundición), publicada en el *DOUE* de 23 de febrero de 2011.

⁵⁹ El interés de demora está establecido en el 8 por ciento para el primer semestre de 2011 (Resolución de 28 de diciembre de 2010 de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera). Este interés opera como obligatorio y no puede ser reducido en los pliegos.

⁶⁰ El artículo 8 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, referido a la indemnización por costes de cobro, ha recibido nueva redacción por la reforma de la Ley 15/2010, de 5 de julio.

⁶¹ El artículo 5 de la Ley 3/2004 dispone: «El obligado al pago de la deuda dineraria surge como contraprestación en operaciones comerciales incurrirá en mora y deberá pagar el interés pactado en el contrato o el fijado por esta Ley automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del acreedor».

El nuevo artículo 200 bis establece el procedimiento para la exigencia del abono de los pagos por certificaciones de obra o de documentos que acrediten la realización final o parcial del contrato (los del art. 200.4) y de los intereses de demora. Se inicia mediante una reclamación escrita que debe ser resuelta en el plazo de un mes. La Administración podrá aceptar la solicitud de abono o desestimarla, lo que habrá de hacer motivadamente fundada en alguno de los motivos relativos al cumplimiento del contrato o a las prescripciones sobre el pago contenidas en la normativa vigente o en el pliego. El cambio principal de la regulación de este procedimiento de exigencia de abono radica en el nuevo régimen del silencio administrativo. El silencio ya no es negativo (disposición final 8.ª LCSP), sino que se interpreta como reconocimiento y permite a los interesados acudir al recurso contencioso-administrativo por inactividad de la Administración, y solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda, que será adoptada por el órgano judicial. Además, la sentencia estimatoria impondrá las costas a la Administración demandada.

La Ley 15/2010 dispone, asimismo, de otros medios en orden a controlar o evitar la morosidad por parte de las entidades locales: el informe sobre el cumplimiento de los plazos de pago, que efectuará el Tesorero o el Interventor (art. 4.º), y el registro de facturas (art. 5.º).