

CRÓNICAS

**REFLEXIONES Y ASPECTOS PRÁCTICOS ACERCA
DE LAS ÚLTIMAS NOVEDADES EN LA NORMATIVA
CONTRACTUAL**
**(Crónica del Seminario sobre contratación pública
celebrado en Formigal en septiembre 2010)**

TERESA MEDINA ARNÁIZ

SUMARIO: I. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS: 1. La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes. 2. La nueva Ley de recursos en materia de contratación pública: incidencia práctica. 3. Problemas prácticos de los procedimientos y criterios de adjudicación de los contratos. 4. Contratación pública y Directiva de Servicios. Hacia la simplificación administrativa. 5. Reflexiones sobre la fase de ejecución de los contratos: régimen de modificación y pago de los contratos.– II. EL ESCENARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ACTUAL CONTEXTO DE CRISIS ECONÓMICA.

En el marco de las actividades del Proyecto de investigación *Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva* (DER JURI 2009-12116) se celebró los días 23 y 24 de septiembre de 2010 en Formigal (Huesca) un seminario sobre contratación pública con el objetivo de analizar las novedades que presenta la normativa contractual después de las últimas e importantes modificaciones acaecidas en esta materia.

Este seminario abordó, en forma de ponencias acompañados del posterior debate entre todos los asistentes, el análisis de los cambios operados en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y los problemas prácticos que supone la adaptación de los pliegos de cláusulas administrativas a la nueva normativa.

En este contexto de reflexión, el seminario se estructuró en torno a dos grandes bloques temáticos: el Derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos y la crisis económica, ya que el proceso de reformas

legislativas que modifica la LCSP deriva, en unos casos, de las obligaciones impuestas desde el Derecho de la Unión, y en otros, del nuevo escenario que emerge en el actual contexto de crisis económica.

En la presentación del Seminario, el Director del mismo, el profesor GIMENO FELIÚ, avanzó la intensa operación de ajustes que ha sufrido la normativa contractual en estos últimos meses. Tal como se recordó a todos los participantes, la LCSP se ha mostrado como una Ley poco estable, tanto que incluso se ha hablado ya de la conveniencia de elaborar un Texto refundido de la LCSP por motivos relacionados con el principio de seguridad jurídica (1). Y es que, esta Ley ha sido modificada en seis ocasiones distintas entre abril y septiembre de este año (2), siendo la más importante la reforma operada en virtud de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, y pasando casi desapercibida la modificación llevada a cabo por la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España (3).

La motorización legislativa en la que nos hemos visto inmersos en estos últimos meses —que no finaliza con las modificaciones ya publicadas en el BOE (4)— conllevaba dudas acerca de cómo debía aplicarse la nueva

(1) Se trata de la recomendación hecha por el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010, de 29 de abril de 2010, sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales para su adaptación a la normativa comunitaria.

(2) En estos últimos meses la LCSP se ha reformado por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril; el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo; la Ley 14/2010, de 5 de julio; la Ley 15/2010, de 5 de julio; la Ley 34/2010, de 5 de agosto y, por último, por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

(3) La Disposición Adicional sexta de esta Ley ha introducido un apartado cuarto al artículo 83 de la LCSP relativo a la garantía definitiva en los contratos de concesión de obras públicas. En mi opinión, esta reforma es un ejemplo de mala técnica legislativa al percibirse una desconexión material entre el precepto de la LCSP que ha sido modificado y la materia objeto central de regulación por parte de esta Ley. Esta falta de conexión directa recuerda tiempos pasados que creíamos olvidados como sucedió con la reforma de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de 1995, de Contratos de las Administraciones Públicas por parte de la Ley 9/1996, de 15 de enero, de medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes en materia de abastecimientos hidráulicos como consecuencia de la sequía.

(4) Entre las novedades legislativas que se avecinan destacan las que tengan su origen en la futura Ley de Economía Sostenible [Proyecto de Ley publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-60-1, de 9 de abril de 2010] y en la Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas [Proyecto de Ley publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-47-1, de 13 de noviembre de 2009]. Además de ello, cabe señalarse que el Consejo de Ministros del pasado 8 de octubre ha aprobado un Acuerdo en el ámbito de la Estrategia Estatal de Innovación (e2i) para impulsar la compra pública innovadora en la Administración General del Estado previendo la adquisición preferente de bienes y servicios de carácter innovador.

normativa desde el punto de vista práctico. Estas dudas fueron aclaradas en este Seminario al despejarse interrogantes tales como el régimen transitorio aplicable a los procedimientos en curso (5).

I. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

1. La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes

Con carácter preliminar al comentario de los contenidos de las ponencias que tuvieron lugar en este acto, procede recordar que las Directivas en materia de adjudicación de contratos públicos se han adoptado en el marco de la realización del Mercado único con el objetivo de garantizar la transparencia en los procedimientos de adjudicación contractual y, de esta manera, excluir el riesgo de que se otorgue preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en la adjudicación de contratos efectuada por los poderes adjudicadores. No obstante, estas Directivas, y más concretamente la Directiva 2004/18/CE que es la que se ha transpuesto al Derecho nacional por parte de la LCSP, se aplican únicamente a los contratos públicos de obras, suministro y servicios cuyo valor estimado supera los umbrales fijados por esta Directiva.

Ante este carácter limitado del ámbito objetivo de aplicación, la primera de las ponencias, a cargo de Alfonso RUIZ DE CASTAÑEDA, versó sobre las cuestiones pendientes del Derecho de la Unión en esta materia. Esta intervención presentó a los asistentes un panorama de los cambios que se avecinan en la legislación contractual como consecuencia de la necesaria adecuación de la normativa española a las exigencias derivadas de sus obligaciones como Estado miembro. Así, en el Derecho de la Unión el futuro

(5) Cabe indicarse que con anterioridad a la celebración de este Seminario tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid como la de la Comunidad de Aragón habían hecho públicos, respectivamente, el Acuerdo 10/2010, de 10 de septiembre, por el que se informa a los órganos de contratación de las principales novedades introducidas en la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, y la Circular 1/2010, de 22 de septiembre, sobre «novedades en la regulación de la contratación pública y la incidencia práctica. Transitoriedad». Con posterioridad, se ha publicado también el Informe 45/10, de 28 de septiembre de 2010, por el que se aprueba el Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en relación con los supuestos de derecho transitorio que pueden derivar de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto».

de la normativa contractual pasa, en primer lugar, por regular los contratos de concesión de servicios, ya que en el momento actual, estos contratos no se rigen por las Directivas mediante las cuales el legislador europeo ha regulado el ámbito de los contratos públicos, pues están expresamente excluidos por el artículo 17 de la Directiva 2004/18/CE.

Otro aspecto que centró la atención en esta primera ponencia fue la necesidad de transponer al Derecho español la Directiva que regula las adquisiciones en los sectores de la defensa y de la seguridad. Se trata concretamente de la Directiva 2009/81/CE, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, que si bien se encuentra todavía en plazo para que se adopten las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en esta Directiva, la complejidad en los trámites legislativos pudieran ocasionar un incumplimiento en lo que se refiere a su transposición antes de la expiración de dicho plazo fijado para el 21 de agosto de 2011.

En estos momentos, el proceso de transposición de esta Directiva se encuentra en fase de Anteproyecto de Ley (6). El texto de este Anteproyecto crea un marco regulatorio específico que reconoce la singularidad de los contratos llevados a cabo en estos sectores e impulsa la participación de las pymes en la ejecución de los mismos. Asimismo, introduce una serie de ajustes legales para flexibilizar los procedimientos de contratación en este campo, como es el incremento del plazo de vigencia de los acuerdos marco o la posibilidad de que en el procedimiento negociado se pueda establecer un trámite previo de selección de contratistas orientado a limitar el número de licitadores.

2. La nueva Ley de recursos en materia de contratación pública: incidencia práctica

Tras la primera intervención, José María GIMENO FELLÍ expuso sus reflexiones respecto de la nueva configuración del recurso en materia

(6) En el Consejo de Ministros del 15 de octubre de 2010 se recibió el informe de la Vicepresidenta segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda sobre el Anteproyecto de Ley que adapta la Ley de Contratos del Sector Público a las singularidades propias de los ámbitos de la seguridad y la defensa.

de contratación pública efectuada a través de la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Su ponencia se centró, principalmente, en dos apartados: de una parte, en las novedades que trae consigo esta importante modificación de la LCSP, y por otra parte, en los problemas prácticos y también organizativos que derivan de su aplicación.

El motivo de la reforma ha sido incorporar a la LCSP las prescripciones de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, en lo que se refiere a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, y así convencer a la Comisión Europea de cumplir con las obligaciones impuestas por parte de las «Directivas de recursos».

Recordemos, como lo hacen BERNAL BLAY, GALLEGO CÓRCOLES y MORENO MOLINA, que una de las novedades más importantes en la redacción original de la LCSP había sido precisamente el establecimiento, en su artículo 37, de un recurso especial en materia de contratación derivado de las obligaciones del Derecho comunitario (7). El propio legislador reconocía en la Exposición de Motivos de la LCSP que su finalidad no era otra que transponer la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-444/06. En esta sentencia se condenaba al Reino de España por no señalar en su legislación un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notificase la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración (8). Estas deficiencias se intentaron salvar con el citado recurso especial del artículo 37 LCSP; sin embargo, la solución dada por el legislador español no satisfizo a la Comisión puesto que, después de entrar en vigor la LCSP, declaró que esta Ley adolecía de las mismas insuficiencias que su prede-

(7) M. Á. BERNAL BLAY, «Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 100, septiembre 2010; I. GALLEGO CÓRCOLES, «Comentario a la Ley 34/2010, de 5 de agosto», que aparece publicado como adenda en la obra colectiva *Contratación del sector público local*, 2^a ed., La Ley – El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2010, pp. XIX a LXXIII, y J. A. MORENO MOLINA, «La adaptación en España del Derecho de la Unión Europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, octubre 2010, pp. 1 a 29.

(8) Sentencia de 3 de abril de 2008, *Comisión/España*, C-444/06, Rec. p. I-2045.

cesora y, en este punto concreto, seguía sin adecuarse al Derecho de la Unión al no proporcionar a los licitadores no seleccionados los elementos necesarios para poder recurrir efectivamente la decisión de adjudicación ante un organismo independiente (9).

Una vez conocidos los motivos de esta reforma, el profesor GIMENO FELIÚ hizo un breve recorrido por las modificaciones efectuadas por la Ley 34/2010, a la vez que se refería a las carencias que encontraba en esta dicha regulación, como por ejemplo, el no contemplarse las causas de inadmisión del recurso especial en materia de contratación.

Entre los cambios más importantes llevados a cabo por la Ley 34/2010 destacan la refundición de la adjudicación en un solo acto desapareciendo con ello la dualidad entre adjudicación provisional y adjudicación definitiva; la modificación de la regla tradicional según la cual los contratos se perfeccionan mediante su adjudicación, estableciéndose a partir de ahora que su perfeccionamiento tiene lugar con la formalización del contrato; asimismo, se incorporan a la LCSP nuevos supuestos especiales de nulidad contractual y finalmente, se produce una novedosa regulación del recurso especial en materia de contratación que ahora se recoge en un nuevo Libro, concretamente en el Libro VI de la LCSP.

Este recurso se configura como un recurso administrativo especial, que tiene carácter potestativo y cuyo conocimiento se atribuye a un órgano independiente y especializado de nueva creación en línea con el requerimiento de la Unión Europea acerca de establecer un cierto grado de autonomía entre el órgano revisor y el órgano de contratación.

En el caso de la Administración General del Estado se crea para tal fin, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, compuesto por tres miembros: un Presidente y dos Vocales (10). Se prevé igualmente la existencia de órganos análogos en el ámbito autonómico que, en caso de crearse, arrastra a sus entidades locales y a su Administración institucional; no obstante, la propia Ley anticipa que las Comunidades Autónomas puedan residenciar sus recursos ante el Tribunal Administrativo Central

(9) Noticias de la Comisión Europea de 8 de octubre de 2009 (IP/09/1466) y, más recientemente, de 3 de junio de 2010 (IP/10/682).

(10) En el BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2010, se publicaron los Acuerdos del Consejo de Ministros por los que se nombra Presidente de este Tribunal a D. Juan José PARDO GARCÍA-VALDECASAS y Vocales a Dña. Carmen GOMIS BERNAL y D. José Santos SANTAMARÍA CRUZ.

mediante la suscripción de un convenio con la Administración General del Estado. La creación de estos nuevos órganos administrativos y la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan atribuir la competencia para la resolución de sus recursos al Tribunal Administrativo Central centraron el debate y el interés de los asistentes a este seminario que, posteriormente, se desplazó hacia los problemas que ocasiona la puesta en práctica del recurso especial en materia de contratación pública.

De esta manera, por parte de GIMENO FELIÚ se plantearon las dudas que genera que este recurso tenga carácter potestativo. En su opinión, dicho carácter potestativo conlleva un problema de inseguridad jurídica procesal en cuanto que supone la apertura de una doble vía de recurso, bien administrativo especial o bien jurisdiccional, para la impugnación de los acuerdos tomados en el seno de un procedimiento de contratación. Esta doble vía cuenta con distintos plazos para la interposición de estos recursos, que será de quince días para el recurso administrativo especial y de dos meses para el recurso contencioso-administrativo (11). Además de ello, y a diferencia de lo previsto, por ejemplo en el artículo 116.2 de la Ley 30/1992 LRJ-PAC respecto del recurso potestativo de reposición, en el caso del recurso especial en materia de contratación no se prohíbe en ningún momento la interposición simultánea de este recurso y el contencioso-administrativo.

3. Problemas prácticos de los procedimientos y criterios de adjudicación de los contratos

Abundando en la necesidad de concretar aspectos esenciales de las Directivas sobre contratación pública, la ponencia de Isabel GALLEGO CÓRCOLES profundizó en un tema de gran interés práctico como es el de los procedimientos de adjudicación y la elección de los criterios que deben servir de base para adjudicar un contrato público.

En lo relativo a los procedimientos de adjudicación, la exposición se centró en el procedimiento negociado sin publicidad y en el procedimiento restringido. A este respecto, se recordó que el procedimiento negociado

(11) GIMENO FELIÚ ya se había pronunciado sobre la conveniencia de establecer este recurso como obligatorio y preclusivo en *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 351.

es considerado excepcional por cuanto que, al limitar la concurrencia, su utilización sólo es posible en los supuestos establecidos por la normativa contractual. En atención a esa excepcionalidad su régimen difiere de los procedimientos abierto y restringido y, en caso de contratos de escasa cuantía, incluso se posibilita que el órgano de contratación prescinda de la publicidad a lo largo del procedimiento sustituyéndose ésta por la invitación a presentar ofertas «al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible» (artículo 162.1 LCSP). A pesar de la literalidad de este artículo —y de la práctica habitual— la Junta Consultiva de Contratación del Estado ha considerado que el órgano de contratación debe atender la solicitud de participación y la presentación de ofertas por parte de aquellos operadores económicos no invitados previamente y, por ello, obliga al órgano de contratación a que formule la invitación, o bien acepte la oferta «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». La argumentación que sigue este órgano consultivo para llegar a esta conclusión se cimenta en los principios de la contratación pública, ya que entiende que si se niega a cualquier interesado que reúna las cualificaciones necesarias la posibilidad de acudir a una licitación se le puede estar dispensando por parte de los órganos de contratación un tratamiento no igualitario y discriminatorio contrario al Derecho de la Unión en materia de contratación pública (Informe de la JCCA del Estado 33/09, de 1 de febrero de 2010).

Respecto del procedimiento restringido, GALLEGO CÓRCOLES disertó sobre la obligación para el órgano de contratación de fijar un número máximo y mínimo de candidatos invitados a presentar sus proposiciones en este procedimiento contractual para garantizar una competencia real y efectiva. Planteó el interrogante sobre qué ocurre cuando el número de candidatos admisibles es superior al máximo fijado, o bien cuando no concurre el número suficiente de candidatos para que se alcance el límite mínimo de cinco establecido en la LCSP.

La ponente dio respuesta a estos interrogantes apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, de esta manera, sostuvo que, en el caso de existir un mayor número de candidatos habilitados para el contrato que el máximo fijado por parte del órgano de contratación, no existe la obligación expresa de que éste pondere los criterios de selección cualitativa, pero sí de que se respete, en todo caso,

una obligación de transparencia y de motivación de su actuación con el objetivo de controlar la imparcialidad y garantizar el respeto del principio de igualdad de trato entre todos los candidatos. En el supuesto contrario, es decir cuando el número de candidatos adecuados no alcanza el límite mínimo fijado por la Ley, habrá que entender que el órgano de contratación ha garantizado la competencia real siempre que haya establecido las formalidades necesarias y aplicado correctamente los requisitos para acudir a dicho procedimiento, pues si fuera de otro modo, la necesidad pública a cubrir mediante la adjudicación del contrato, no podría verse satisfecha «no por falta de candidatos adecuados, sino por ser su número inferior al límite mínimo» (12).

Los criterios de adjudicación centraron la segunda parte de esta ponencia que comenzó distinguiendo entre lo que son «criterios de selección cualitativa» y «criterios de adjudicación», manifestando que los primeros se refieren a la verificación de la aptitud de los candidatos y licitadores con arreglo a su capacidad económica, financiera, técnica y profesional, mientras que los criterios de adjudicación se ocupan de seleccionar la oferta más acorde a las necesidades del órgano de contratación. Esto supone que los criterios de selección cualitativa se centran en las cualidades personales y capacidades del futuro contratista, frente a los criterios de adjudicación del contrato que se refieren a las calidades de la obra, prestación o servicio que se ofrece o se pretende efectuar. Partiendo de esta importante distinción, se concluyó que los criterios relacionados con la experiencia de los licitadores y candidatos se refieren a su aptitud para ejecutar el contrato y no pueden, por tanto, servir de criterio de adjudicación.

Respecto de los criterios de adjudicación con un contenido social o medioambiental, se hizo alusión a la Resolución del Parlamento europeo, de 18 de mayo de 2010, sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública, que resalta el potencial de los contratos públicos como instrumento de política social y la gran importancia que reviste la contratación para la protección del clima y el medio ambiente, la eficiencia energética, la innovación y el estímulo de la competencia.

Las dudas que genera la utilización de la contratación pública como instrumento de política social o medioambiental se fueron disipando con

(12) STJCE de 15 de octubre de 2009, *Hochtief y Linde-Kca-Dresden*, C-138/08, Rec. p. I-9889.

la puesta en común de ejemplos, y también de distintas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las que ha sido una realidad la incorporación de aspectos sociales y medioambientales en la adjudicación de un contrato público (13). También encontramos ejemplos en nuestro país como en el caso de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que han regido los contratos de obras sujetos a la financiación del Fondo Estatal de Inversión Local, ya que entre los criterios de adjudicación para la valoración de las ofertas se incluían diferentes elementos relativos al fomento del empleo (14). Otros ejemplos, sin embargo, no han gozado de una aceptación general como en el caso de los criterios de adjudicación relativos a la igualdad de género (15), si bien han sido admitidos por parte de los Tribunales después de señalar que su puesta en práctica requiere de su compatibilización con los principios que presiden la adjudicación de contratos públicos, es decir, concurrencia, igualdad de trato y no discriminación.

4. Contratación pública y Directiva de Servicios. Hacia la simplificación administrativa

Otra importante línea de debate en este Seminario se articuló respecto de la relación que existe entre las Directivas sobre contratación pública

(13) M. Á. 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*, núm. monográfico sobre el Derecho de los contratos del Sector Público, 2008, pp. 211-252 y T. MEDINA ARNÁIZ, «El papel de la Ley de Contratos del Sector Público en el cumplimiento de la normativa sobre igualdad de género», *Actualidad Administrativa*, núm. 9, mayo 2009, pp. 1015-1033.

(14) El artículo 9.3 del Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea el Fondo Estatal de Inversión Local, manifestaba que «para la adjudicación de los contratos financiados con cargo al Fondo, los Ayuntamientos tomarán en consideración, como criterios de adjudicación para la valoración de las ofertas, indicadores relevantes de la medida en que el contrato de obra contribuirá al fomento del empleo».

(15) El motivo concreto del recurso que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 16 de junio, se basaba en la improcedencia de incluir entre los criterios de adjudicación del contrato un criterio denominado «de igualdad» que otorgaba hasta un máximo de 5 puntos —sobre un total de 100— a aquel licitador que presentase un mayor porcentaje de personal femenino fijo en el total de la plantilla, valorándose con 5 puntos al de mayor porcentaje, 0 puntos al de menor porcentaje y adjudicándose para los valores intermedios una puntuación proporcional, en T. MEDINA ARNÁIZ, «La igualdad de género entre los criterios de adjudicación de un contrato público [Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura núm. 535/2009, de 16 de junio]», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 794, de 11 de marzo de 2010.

y la Directiva de Servicios más allá de la coincidencia de haber sido elaboradas por el mismo comisario BOLKESTEIN. María Asunción SANMARTÍN MORA se encargó de iniciarnos en este tema con una ponencia que trató, principalmente, sobre los objetivos de simplificación y racionalización en los procesos de contratación pública a fin de eliminar cuantos obstáculos son susceptibles de tener un efecto disuasorio en los operadores económicos establecidos en otros Estados miembros. La relación entre ambas normativas se aprecia en los objetivos que persiguen, ya que tanto el correcto funcionamiento del Mercado único como la simplificación administrativa son objetivos compartidos por el conjunto de las citadas disposiciones.

De esta manera, el objetivo de Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el Mercado interior —manifestado sin ambages en sus considerandos— es crear un marco jurídico que garantice la libertad de establecimiento y de circulación de servicios entre los Estados miembros. Para lograrlo, esta Directiva pretende suprimir todas aquellas formalidades y requisitos que resulten especialmente gravosos para el efectivo cumplimiento de estas libertades comunitarias. Las obligaciones de simplificación administrativa impuestas a los Estados miembros por la Directiva de Servicios, y, en particular, en sus artículos 5 y 8, incluyen la obligación de simplificar los procedimientos y trámites aplicables al acceso a actividades de servicios y su ejercicio, así como la obligación de garantizar que los prestadores de servicios puedan realizar fácilmente dichos procedimientos y trámites a distancia y por vía electrónica, a través de las Ventanillas Únicas. Asimismo, esta Directiva dedica un importante Capítulo a la cooperación administrativa, en virtud de la cual las autoridades competentes nacionales, regionales o locales de todos los Estados miembros deben prestarse asistencia recíproca de forma directa y a escala transfronteriza con el objeto de evitar la multiplicación de los controles y garantizar una supervisión eficaz de los proveedores de servicios (artículos 28 a 36).

En el ámbito de la contratación pública, la supresión de las cargas burocráticas y las exigencias de simplificación administrativa están relacionadas principalmente con la fase de selección del contratista. Así, si un Estado miembro quiere ajustarse a los parámetros de legalidad impuestos para el efectivo cumplimiento de las libertades de la Unión, no debe exigir a los licitadores y candidatos unas cualidades profesionales relativas a sus capacidades que resulten desproporcionadas en relación con el objeto contractual, o bien que impliquen una excesiva carga burocrática que llegue

de *facto* a obstaculizar, disuadir o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades comunitarias, puesto que el artículo 49 del vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se opone a cualquier medida nacional de este tipo, aun cuando ésta sea impuesta sin discriminación alguna por razón de la nacionalidad al aplicarse también a los propios nacionales.

Por ello, entre las soluciones propuestas por la ponente para lograr una mayor simplificación administrativa y también para suprimir aquellas medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el licitar en nuestro país, se encuentran las siguientes: eliminar los requisitos de admisión para poder participar en un procedimientos de adjudicación de contratos que están vinculados a la adopción de formas jurídicas obligatorias o a la obligación de disponer de una oficina abierta al público en la localidad donde se licita; rechazar la clasificación obligatoria de los contratistas una vez que el contrato supera ciertas cuantías económicas; evitar las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, de manera que se pueda sustituir la presentación de los documentos que verifican la aptitud de los candidatos y licitadores por declaraciones responsables; no exigir documentos originales o copias o traducciones compulsadas; interconectar los Registros de licitadores para evitar las duplicidades documentales y, por último, desarrollar sistemas de contratación pública electrónica.

5. Reflexiones sobre la fase de ejecución de los contratos: régimen de modificación y pago de los contratos

En el debate sobre las novedades en la LCSP impuestas desde el Derecho de la Unión y las medidas adoptadas con motivo de la crisis económica nos encontramos con la ponencia de Miguel Ángel BERNAL BLAY.

Su intervención estuvo centrada en la fase de ejecución de los contratos, y más concretamente en los cambios acaecidos con motivo de las nuevas exigencias de pago del precio al contratista por parte de la Ley 15/2010, de 5 de julio, y en las reformas que se intuyen en relación con la potestad de modificación contractual que están previstas en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible.

Estas modificaciones presentes y futuras están también relacionadas con nuestras obligaciones como Estado miembro, pues aunque es cierto

que la fase de ejecución contractual no despierta el interés de las Directivas sobre contratación pública, el Derecho de la Unión, no se encuentra ajeno a la problemática que suscita esta fase contractual. El interés es patente por cuanto que las dificultades de los entes públicos para financiar sus contratos disuade a los operadores económicos de participar en los procedimientos de adjudicación contractual y como consecuencia de ello, no sólo se falsea de competencia y se perjudica el correcto funcionamiento del Mercado único, sino que además se reduce la capacidad de los poderes públicos para proceder a un uso eficiente de los recursos públicos (16). Asimismo, las modificaciones sustanciales de las condiciones del contrato con posterioridad a su adjudicación han sido consideradas, por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contrarias al espíritu de las Directivas de contratos por cuanto suponen una vulneración de los principios de igualdad de trato y de no discriminación que rigen la fase de adjudicación contractual (17).

En relación con esta prerrogativa de modificación contractual, BERNAL BLAY apuntó que los cambios que se prevén por el Proyecto de Ley de Economía Sostenible son consecuencia tanto de las medidas previstas para la mejora de nuestro entorno económico, como del procedimiento por incumplimiento iniciado por la Comisión Europea contra el Reino de España, una vez constatada que es una práctica habitual de la contratación dentro de nuestras fronteras las modificaciones sustanciales de los contratos sin que se lleve a cabo una nueva adjudicación del contrato. Y es que, la Comisión considera que el régimen de modificación de los contratos tras su adjudicación, tal y como está regulado en la LCSP, no respeta los

(16) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de refundición de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (refundición de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000), COM (2009) 126 final, de 8 de abril de 2009, DOUE C 255, de 22 de septiembre de 2010.

(17) Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo, «la modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial», en la sentencia de 19 de junio de 2008, *Presstext Nachrichtenagentur*, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartados 35 a 37.

principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia establecidos en la Directiva 2004/18/CE, puesto que otorga a los órganos de contratación amplios poderes para modificar cláusulas fundamentales de los contratos públicos después de su adjudicación, sin que las condiciones de modificación se hayan establecido en los documentos contractuales de manera clara, precisa e inequívoca (18).

Por todo ello es que se proyecta una nueva modificación de la LCSP con el objetivo de adaptar esta Ley al Derecho de la Unión. Así, en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible se formula la reforma de la LCSP añadiendo un nuevo Título V al Libro I (artículos 92 bis a 92 quinquies) que señalan las circunstancias en las que la modificación de un contrato debe considerarse de tal entidad que debiera procederse a una nueva adjudicación contractual. Sólo se admitirán modificaciones del contrato en los casos en los que así esté previsto en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, y en aquellos supuestos tasados *ex lege*, sin que la modificación pueda alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación.

Respecto del pago del precio en los contratos públicos podemos mencionar que ésta es la principal obligación que deben cumplir los órganos de contratación frente al contratista. Esta obligación debe hacerse efectiva en determinados plazos, si bien la realidad nos muestra cómo resultan habituales los retrasos a la hora de hacer frente al cumplimiento de esta obligación. Evitar dichos retrasos ha constituido desde antiguo una tradicional reivindicación cuando se alude a la reforma de la legislación contractual; sin embargo, en estos momentos de crisis económica luchar contra la morosidad se ha planteado como una reforma necesaria, puesto que es un hecho cierto que las demoras en el pago de las facturas vencidas reducen la liquidez de las empresas y complican su gestión financiera. Además, los retrasos en los pagos pueden provocar la quiebra de empresas viables y causar, en el peor de los escenarios, una serie de quiebras en toda la cadena de suministro.

A fin de evitar estas situaciones, la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, modifica la LCSP reduciendo a treinta días el plazo máximo

(18) Noticias de la Comisión Europea de 20 de noviembre de 2009 (IP/09/1752).

del que disponen los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público —y no sólo las Administraciones públicas (19)— para abonar al contratista el precio del contrato, antes de que éste tenga derecho a exigir el correspondiente interés de demora y la indemnización por los costes del cobro; no obstante, y como matizó BERNAL BLAY, la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sólo es exigible a partir del 1 de enero de 2013, puesto que hasta entonces se ha establecido un calendario progresivo de implantación para el abono del precio, de manera que, desde la entrada en vigor de la Ley y hasta el 31 de diciembre de 2010, el plazo máximo en el pago queda establecido en cincuenta y cinco días; entre el 1 de enero del 2011 y el 31 de diciembre del 2011, el plazo máximo de pago se establece en cincuenta días; del 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, el plazo máximo de pago será de cuarenta días, y, por último tal como se ha indicado anteriormente, a partir del 1 de enero del 2013 el plazo máximo de pago será de treinta días.

II. EL ESCENARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ACTUAL CONTEXTO DE CRISIS ECONÓMICA

En la última de las intervenciones en este Seminario, José Antonio MORENO MOLINA expuso los dos modelos que se han adoptado en la normativa española de la contratación pública como consecuencia del impacto

(19) Con una deficiente técnica legislativa se aborda, por parte de la Ley 15/2010, la cuestión relativa a los sujetos obligados por estos nuevos plazos de abono del precio al contratista; y es que, en su artículo tercero, al modificar el apartado 4 del artículo 200 de la LCSP, se refiere únicamente a la Administración, mientras que en su artículo primero al reformar el artículo 2.b) de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, considera Administración «a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, de acuerdo con el artículo 3.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público». Desde el Derecho de la Unión también encontramos argumentos que refuerzan la idea de un ámbito de aplicación amplio, y es que, en el momento actual se está modificando la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y entre las cuestiones que se pretenden modificar se encuentra la relativa al pago en los contratos públicos, de manera que se propone el establecimiento urgente de una norma que obligue a los poderes públicos a pagar sus facturas en un plazo máximo de 30 días naturales, considerando que son poderes públicos los poderes adjudicadores tal como se definen en la Directiva 2004/18/CE.

de la crisis económica. Primero se detuvo en analizar un modelo de estímulo, es decir, de incremento en el número de licitaciones públicas con la finalidad de reactivar la actividad empresarial, y seguidamente aludió al actual modelo de contención del gasto público y de ajustes presupuestarios dentro del compromiso europeo con la estabilidad presupuestaria.

La exposición dio comienzo afirmando que la contratación pública constituye un poderoso instrumento de política económica en atención al elevado volumen de recursos que compromete, ya que según los últimos datos publicados por la Comisión Europea, en el año 2008, la compra de bienes, obras y servicios por parte del sector público se cifró en 2.155 billones de euros que equivalen a un 17,23% del Producto Interior Bruto (PIB) europeo (20). Este porcentaje en el gasto público ha supuesto que la contratación pública no sea entendida únicamente como una forma de aprovisionamiento, sino también como un instrumento de política económica que puede contribuir a la consecución de otros fines o políticas públicas como puede ser la lucha contra el desempleo (21).

Partiendo de esta idea, MORENO MOLINA presentó el primer tipo de medidas que se adoptaron para frenar el incremento del número de desempleados en nuestro país. Concretamente se refirió a la puesta a disposición de las entidades locales —en el marco del conocido Plan E— del Fondo Estatal de Inversión Local dotado con 8.000 millones de euros y del Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local dotado con 5.000 millones de euros, para que mediante la financiación de obras de nueva planificación y ejecución inmediata, se contribuyese a la reactivación de la economía y a la reducción del desempleo (22).

(20) Son datos extraídos del Documento de trabajo de la Comisión Europea *Measurement of Indicators for the economic impact of public procurement policy. Public procurement indicators 2008*, de 27 de abril de 2010 http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf [fecha de consulta: diciembre 2010].

(21) Acerca de la visión instrumental de la contratación pública, puede consultarse J. M^º GIMENO FELLÚ, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 16 y 17.

(22) Sobre el Plan E y sus efectos en la contratación pública, J.A. MORENO MOLINA, «Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto-Ley 9/2008 por el que se crean un Fondo estatal de inversión local y un Fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y el empleo», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 83, febrero 2009. También, J. M^º GIMENO FELLÚ, «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2010, pp. 50-55.

Meses más tarde, y después del abultado déficit público registrado en España en 2009 (11,4% PIB), las medidas se tornaron restrictivas para con respecto al gasto del conjunto de las Administraciones públicas. Así, el Gobierno aprobó a principios de este año el Programa de Estabilidad y el Plan de Austeridad 2010-2013 que recoge el compromiso de reducir progresivamente el déficit público, hasta alcanzar el 3% PIB en 2013 que exige el Pacto europeo de Estabilidad y Crecimiento.

Mediante el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, se recorta el gasto público y se concretan las medidas aplicables a la contratación pública con el propósito de que no se vea comprometido el principio de estabilidad presupuestaria. Entre las medidas incluidas en este Real Decreto-Ley que afectan a los contratos en el ámbito del sector público estatal se encuentran las siguientes: se señala la obligatoriedad de emitir un informe por parte del Ministerio de Economía y Hacienda antes de autorizar un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como un contrato de concesión de obra pública cuyo valor estimado exceda de doce millones de euros y se prevé la adquisición centralizada del suministro de medicamentos y productos sanitarios con miras al ahorro del Sistema Nacional de Salud.

Entre las medidas que aún están por adoptar, MORENO MOLINA expuso las que se recogen en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible, por las cuales se impulsa el instrumento de la colaboración público privada en línea con lo dispuesto por el Plan Extraordinario de Infraestructuras; se fomenta la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública; se aumenta el límite máximo de subcontratación que se puede exigir a los contratistas hasta el 50% y se limita, como hemos visto con anterioridad, la posibilidad de modificación del contrato.

A modo de reflexión final podemos señalar que los objetivos perseguidos con la celebración de este seminario se vieron cumplidos sobradamente. Del debate y de la reflexión se extrajeron las conclusiones con las que aproximarnos a las novedades que presenta la LCSP y nos prepararon para las que están por venir.

