

Nº 33  
Primer trimestre 2023

# Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO DE  
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**

---

## **Número 33. Marzo 2023**

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch**

**Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC**

**Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO**

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

[revistagabinetejuridico@jccm.es](mailto:revistagabinetejuridico@jccm.es)

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



## DIRECCIÓN

### **D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Belén López Donaire**

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

## CONSEJO DE REDACCIÓN

### **D. Roberto Mayor Gómez**

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

### **D. Jaime Pintos Santiago**

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.  
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.  
Funcionario de carrera en excedencia.

### **D. Leopoldo J. Gómez Zamora**

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 33

Marzo 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>

## COMITÉ CIENTÍFICO

### **D. Salvador Jiménez Ibáñez**

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

### **D. José Antonio Moreno Molina**

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

### **D. Isaac Martín Delgado**

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

## CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

### **D. José Ramón Chaves García**

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.



**D<sup>a</sup> Concepción Campos Acuña**

Directivo Público Profesional.  
Secretaria de Gobierno Local.

**D. Jordi Gimeno Beviá**

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.  
Facultad de Derecho de la UNED. Prof. Derecho Procesal

**D. Jorge Fondevila Antolín**

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y  
Justicia. Gobierno de Cantabria.  
Cuerpo de Letrados.

**D. David Larios Risco**

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La  
Mancha.

**D. José Joaquín Jiménez Vacas**

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior  
de Administración General de la Comunidad de Madrid

**D. Javier Mendoza Jiménez**

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de  
la Universidad de La Laguna.





## SUMARIO

### EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 12

### **ARTÍCULOS DOCTRINALES**

#### **SECCIÓN NACIONAL**

LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EN EL NIVEL EUROPEO DE GOBERNANZA: EL PARLAMENTO EUROPEO  
D<sup>a</sup> María Barahona Migueláñez..... 17

LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LOS ASUNTOS EUROPEOS  
D<sup>a</sup> Diana Asín Olano.....61

LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA DURANTE LA PANDEMIA COVID-19. RELACIONES DE DIPLOMACIA Y COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA  
D<sup>a</sup> Ana Leonor Ruiz Castillo..... .125

LA COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD FORAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO DE LA NORMA FORAL DE CONTRATACIÓN DE DETERMINADOS NEGOCIOS SOBRE SERVICIOS JURÍDICOS Y DE LOS ACUERDOS DE ADQUISICIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS.



D. Francisco José Negro Roldán .....205

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO DEL I+D+I.  
MENCIÓN ESPECIAL A LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 54  
DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

D<sup>a</sup> Bárbara Lucía Romojaro Alonso.....281

EL DESBORDAMIENTO DEL LEGISLADOR ESPAÑOL EN  
TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA

D. Ángel Corredor Agulló.....313

### **SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO**

LA UNIÓN EUROPEA REGULA INTERNET: CONTENIDOS,  
TRANSPARENCIA Y ALGORITMOS EN LA NUEVA DSA

D. Salvatore Gabriele.....389

### **RESEÑA DE JURISPRUDENCIA**

EL JUICIO DE VIABILIDAD DE LA OFERTA INICIALMENTE  
INCURSA EN PRESUNCIÓN DE ANORMALIDAD, PESE A  
LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA, NO PUEDE  
CONVERTIRSE EN UN ACTO DE FE CIEGA

D. Jaime Pintos Santiago

D<sup>a</sup>. María Dolores Fernández Uceda.....479

### **RECENSIÓN DE LIBROS**

Gabilex

Nº 33

Marzo 2023



Castilla-La Mancha

<http://gabilex.castillalamancha.es>

---

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DESARROLLO HUMANO  
Y SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL EN LA CONTRATACIÓN  
PÚBLICA

Autor: D. Jaime Pintos Santiago

Autor recensión: D. José Antonio Moreno Molina.....491

**BASES DE PUBLICACIÓN** ..... 498



## EDITORIAL

En el número 33 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional siete artículos doctrinales que se suman a uno de internacional, una reseña de jurisprudencia, y una reseña de un libro, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D<sup>a</sup> María Barahona Migueláñez con el artículo que lleva por título "La democracia representativa en el nivel europeo de gobernanza: el parlamento europeo".

El futuro de la democracia europea trabajo en palabras de su autor pasa por seguir manteniendo el mismo nivel de democracia representativa, pero mejorando otros aspectos como es la potenciación de la democracia de proximidad y la conexión con los ciudadanos europeos.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D<sup>a</sup>. Diana Asín Olano que aborda exhaustivamente "La participación de las Comunidades Autónomas en los Asuntos Europeos"



<http://gabilex.castillalamancha.es>

---

A continuación, D<sup>a</sup> Ana Leonor Ruiz Castillo realiza con brillantez un análisis jurídico de “La actividad parlamentaria durante la pandemia covid-19”.

D. Francisco José Negro Roldán analiza minuciosamente “La competencia de la comunidad foral en materia de contratación pública y la exclusión del ámbito de la norma foral de contratación de determinados negocios sobre servicios jurídicos y de los acuerdos de adquisición pública de medicamentos”. El autor enfatiza en la naturaleza de la competencia foral, cualitativamente diferente de las de mero desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas de régimen común y en sus consecuencias. Se compara la competencia en materia de contratos con la que Navarra tiene en materia de función pública, y se aplica la doctrina que sobre esta última estableció el Tribunal Constitucional.

A continuación, D<sup>a</sup> Bárbara Lucía Romojaro Alonso aborda un tema de máximo interés como es “La contratación pública en el ámbito del I+D+I. mención especial a la disposición adicional 54 de la ley de contratos del sector público” con el objetivo de aportar claridad en la aplicación práctica de la misma.

El último artículo de la sección nacional corresponde a D. Ángel Corredor Agulló que trata otro tema de máxima actualidad como es el “El desbordamiento del legislador español en torno a la maternidad subrogada” desde una perspectiva jurisprudencial, legal y doctrinal.

La sección internacional cuenta con un trabajo de D. Salvatore Gabriele sobre “La unión europea regula la



**Castilla-La Mancha**

Gabilex

Nº 33

Marzo 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>

internet: contenidos, transparencia y algoritmos en la nueva DSA”.

Dentro de reseña de jurisprudencia, D. Jaime Pintos Santiago y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Dolores Fernández Uceda, tratan con claridad y brillantez “El juicio de viabilidad de la oferta inicialmente incurra en presunción de anormalidad, pese a la discrecionalidad técnica, no puede convertirse en un acto de fe ciega”

Por último, la Revista se cierra con una reseña de un exquisito libro sobre “Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública” de D. Jaime Pintos Santiago. El autor de la reseña es D. José Antonio Moreno Molina.

El Consejo de Redacción

**REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN NACIONAL**

**ARTÍCULOS DOCTRINALES**





# **LA COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD FORAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO DE LA NORMA FORAL DE CONTRATACIÓN DE DETERMINADOS NEGOCIOS SOBRE SERVICIOS JURÍDICOS Y DE LOS ACUERDOS DE ADQUISICIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS.**

**D. Francisco José Negro Roldán**

Asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral de Navarra. Director del Servicio de Asesoría Jurídica de la Dirección General de Presidencia y Gobierno Abierto del Gobierno de Navarra

**Resumen:** La competencia histórica de Navarra en materia de contratación administrativa, de carácter exclusivo, aunque limitada, se somete a enjuiciamiento ante el Tribunal Constitucional, al haberse impugnado preceptos que excluyen del ámbito de la Ley Foral que regula la contratación pública determinados negocios sobre servicios jurídicos y acuerdos de adquisición pública de medicamentos. Se enfatiza en la naturaleza



de la competencia foral, cualitativamente diferente de las de mero desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas de régimen común y en sus consecuencias. Se compara la competencia en materia de contratos con la que Navarra tiene en materia de función pública, y se aplica la doctrina que sobre esta última estableció el Tribunal Constitucional. Los principios a que responde la normativa básica estatal se encuentran enunciados tanto en la ley estatal como en la foral. Esos principios no impiden la opción del legislador foral, en cuanto competente para la trasposición de las Directivas de la Unión, cuya interpretación, avalada por sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, permite también la opción legislativa adoptada en Navarra.

**Palabras clave:** Competencias históricas. Principios esenciales de la legislación básica del Estado. Exclusión de la normativa que rige la contratación pública de los servicios jurídicos y de la adquisición pública de medicamentos.

**Abstract:** The historical jurisdiction of Navarre in matters of administrative contracting is exclusive, although limited. The Constitutional Court is studying it, as certain precepts exclude from the Ley Foral regulating public contracting certain businesses related to legal services and public agreements for purchasing medicines. Emphasis is placed on the nature of the foral jurisdiction, qualitatively different from those of mere legislative development of the Common Regime Autonomous Communities and its consequences.



Competence in matters of contracts is compared with that of Navarra in matters of civil servants, and the doctrine established on the latter by the Constitutional Court is applied. The principles to which the basic state regulations respond are enunciated in both state and regional law. These principles do not prevent the option of the regional legislator, as competent for the transposition of Union Directives, whose interpretation, endorsed by judgments of the Court of Justice of the European Union, also allows the legislative option adopted in Navarre.

**Key words:** Historical competences. Key principles of the basic state regulations. Certain businesses related to legal services and public agreements for purchasing medicines are excluded in Navarre from the Law regulating public contracting.

### **Sumario:**

I. INTRODUCCIÓN. EL EXAMEN DE LA COMPETENCIA FORAL EN MATERIA CONTRACTUAL QUE SE ACTUALIZA POR LA INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD FRENTE A DIVERSOS PRECEPTOS DE LA NORMA LEGAL FORAL QUE DISCIPLINA LOS CONTRATOS PÚBLICOS. 1.- Consideraciones generales. 2.- Cronología de la discrepancia constitucional. 3.- Objeto del recurso de inconstitucionalidad. II. REFLEXIONES PRELIMINARES. III. LAS COMPETENCIAS ESTATALY FORAL EN MATERIA



DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA IV. EL MODELO LEGAL ESTATAL. 1.- La Ley 9/2017. 2. Los principios esenciales de la legislación básica del Estado. 3. La doctrina del TC sobre la normativa básica en materia contractual pública. V. LA SINGULARIDAD COMPETENCIAL DE NAVARRA EN MATERIA DE CONTRATOS. 1. La literalidad del artículo 49.1.d) de la LORAFNA. 2. La caracterización de la competencia en esta materia de contratación administrativa según la sistemática de la LORAFNA. 3. Notas relevantes que convienen a la competencia de Navarra en materia de contratación administrativa en cuanto competencia histórica. 4. En particular, los límites de la competencia histórica foral en materia de contratos públicos diferentes de los principios esenciales de la legislación básica estatal. 5. El reconocimiento por el TC de la diferencia del régimen foral de contratación pública encarnada expresamente en la disposición final segunda de la LCSP. 6. La doctrina del TC sobre otra competencia histórica formulada en términos análogos por la LORAFNA. 6.1 Las letras b) y d) del artículo 49, apartado 1 de la LORAFNA. 6.2 Ausencia de pronunciamiento expreso del TC que examine el título competencial contractual foral. Dictado por el TC de una sentencia que analiza el alcance del título similar en materia de función pública. 6.3 Análisis más detallado de la STC 140/1990, de 20 de septiembre. 6.4 Aplicación de esa doctrina a la materia contractual administrativa. 7. La Directiva 2004/18/CE y la competencia de Navarra para la ejecución del Derecho Comunitario en esta materia. La no identificación entre normativa comunitaria y normativa básica. 8. El correcto enunciado de esos principios esenciales en la propia LFCP. VI. EN



CONCRETO. LA EXCLUSIÓN DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LA LEY FORAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (ARTÍCULO 7.1.l) LFCP). VII. EN PARTICULAR. SOBRE LA EXCLUSIÓN DE LOS ACUERDOS DE ADQUISICIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS DE LA LEY FORAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (ARTÍCULO 7.1.m) LFCP) Y EL RÉGIMEN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGESIMOPRIMERA LFCSP. 1. La exclusión y el concreto régimen de adquisición de medicamentos de la disposición adicional vigesimoprimera LFCP. 2. El cambio de régimen causado por la aprobación de la Ley Foral 35/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2023. 3 Mínima referencia al sistema de dispensación de productos farmacéuticos y su financiación pública en España. 4 La naturaleza negociadora de la intervención del Estado y los laboratorios farmacéuticos en la fijación de precios y la financiación de cada tipo de medicamento. La garantía de confidencialidad. 5 La doctrina del TJUE que precisa el alcance de las Directivas de Contratación Pública en esta materia. 6 No se aprecia que la LFCP incurra en infracción alguna de principios esenciales de la normativa básica. Parece correcta la transposición de la normativa comunitaria hecha en Navarra. La aplicabilidad de la doctrina del TJUE al sistema establecido en la Disposición Adicional Vigésimoprimera LFCP. VIII. CONCLUSIÓN.

## **I. INTRODUCCIÓN. EL EXAMEN DE LA COMPETENCIA FORAL EN MATERIA CONTACTUAL QUE SE ACTUALIZA POR LA INTERPOSICIÓN DE**



## **RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD FRENTE A DIVERSOS PRECEPTOS DE LA NORMA LEGAL FORAL QUE DISCIPLINA LOS CONTRATOS PÚBLICOS.**

### **1.- Consideraciones generales.**

La peculiar naturaleza de la competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos públicos, objeto de detallado análisis por destacados juristas <sup>1</sup>, se vuelve a someter a examen, que ya no va a ser meramente doctrinal, ni suscitado en el seno de un procedimiento judicial ante el orden contencioso-administrativo, sino que se va a desarrollar ante el Tribunal Constitucional (TC).

### **2.- Cronología de la discrepancia constitucional.**

A la Administración del Estado le surgieron dudas acerca de la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, que modifica la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos

---

<sup>1</sup> RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., "La competencia histórica y exclusiva de Navarra en materia de contratación administrativa". Revista jurídica de Navarra, ISSN 0213-5795, Nº 38, 2004, págs. 91-112.

ALLI ARANGUREN, J.C., "La competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos".

Comentarios a la Ley foral de contratos públicos (Ley foral 6/2006, de 9 de junio), Colección Pro Libertate, 15. Gobierno de Navarra e Instituto Navarro de Administración Pública. Pamplona, 2007. ISBN: 978-84-235-2983-4



<http://gabilex.castillalamancha.es>

(LFCP). En concreto, los posibles vicios de inconstitucionalidad de la normativa legal foral se referían a una serie de preceptos de muy variado contenido, que se encarnaban en la nueva redacción dada a los artículos 7.1.l) y 7.1.m), 44.2, 75, 81.3, 95, 96, 101, 102.1, 108 bis, 116.2.b), 138, disposición adicional décima y disposición adicional vigesimoprimera de la LFCP. En todos los preceptos objeto de inicial sospecha de inconstitucionalidad concurría la circunstancia de su diferente regulación respecto de la que se contiene en la normativa básica definida como tal en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Como se ha indicado, el contenido de esa regulación distinta de la básica estatal es de muy diversa naturaleza. Así, el artículo 44.2 permite que el documento de formalización del contrato contenga estipulaciones adicionales a las previstas en el pliego, bajo las estrictas condiciones que el precepto exige. El nuevo artículo 75.4, párrafo segundo, prevé que, en el procedimiento negociado sin publicidad, se pueda proceder en un único acto a la aprobación tanto del expediente como del gasto y a la adjudicación. El artículo 81.3, en el caso de contratos de suministros y servicios de prestación sucesiva, autoriza la utilización del procedimiento de los contratos de menor cuantía, si el valor estimado, teniendo en cuenta el gasto previsto para los siguientes 48 meses, no supera la suma del 81.1. El artículo 95 contiene una regulación precisa de la



plataforma de licitación electrónica de Navarra. El artículo 96 establece que, finalizado el plazo de presentación de ofertas, se procederá a la apertura de las proposiciones. Si se hubiera solicitado la acreditación previa de los requisitos para contratar, en caso de que la documentación acreditativa de la personalidad, capacidad, solvencia económica y financiera y técnica o profesional fuese incompleta o presentase alguna duda, se requeriría a la persona afectada para que completase o subsanase los certificados y documentos presentados, otorgándoseles un plazo de, al menos, cinco días. No cumplimentada la subsanación, se procederá a su exclusión motivada en el procedimiento. El 101 contiene una completa regulación de la perfección de los contratos. El 102.1 determina que las adjudicaciones de contratos (excepto contratos de menor cuantía), se anunciarán en el Portal de Contratación de Navarra en el plazo de cinco días desde la finalización del plazo de suspensión de la eficacia de la adjudicación del contrato. El nuevo 108 bis regula el informe sobre la correcta ejecución del contrato, en el sentido de que, a la finalización del contrato, la unidad gestora emitirá de oficio y publicará en el Portal de Contratación de Navarra el mentado informe. El 116.2 deja de mencionar expresamente como causa de invalidez la carencia o insuficiencia del crédito. El 138 excluye de la necesidad de la existencia de expediente de contratación a los contratos de menor cuantía, de acuerdo con la regulación que establece. Ese precepto, en su apartado 4 permite acumular las fases de preparación y de adjudicación en los procedimientos negociados sin convocatoria de licitación. La disposición adicional décima (tanto en la redacción originaria como en la modificada) excluye de



<http://gabilex.castillalamancha.es>

las reglas de preparación y adjudicación de los contratos públicos a los suscritos con personas físicas para actividades docentes y de formación, o por razón de su especialidad artística, sometiéndolos a unos requisitos que enumera. El contenido de los preceptos que serían efectivamente objeto de impugnación constitucional será detallado más adelante.

Se acordó el inicio de las oportunas negociaciones en el seno de la Junta de Cooperación que previene el artículo 69 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA), que se comporta como la Comisión Bilateral de Cooperación, a efectos de la prevención de los recursos de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Durante las negociaciones, el 21 de julio de 2022, la Comisión Permanente del Consejo de Estado emite el dictamen nº 1327/2022, que concluye la existencia de motivos suficientes para interponer recurso de inconstitucionalidad contra los apartados de la Ley Foral 17/2021 que modifican los artículos 7, 44.2, 81.3, 116.2 138 (apartados 1 y 4) disposición adicional décima y disposición adicional vigesimoprimera de la LFCP.

La Resolución de 25 de agosto de 2022, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, dispone la publicación del Acuerdo de 2 de agosto de 2022, de la Junta de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Foral de Navarra, en relación con la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, anteriormente



citada. Aparece en el BOE número 219, de 12 de septiembre de 2022, páginas 125996 a 125997.

El acuerdo adoptado en la Junta de Cooperación, entre otras cosas, manifiesta textualmente:

*“1. Las partes acuerdan que la interpretación conforme al orden competencial de los siguientes preceptos requiere el respeto a los principios esenciales de la legislación básica del Estado en materia de contratación, de acuerdo con lo previsto en la Constitución Española y en el artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra; y, entre otros, los principios de igualdad de trato y no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia, todos ellos derivados del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y las Directivas de contratación, y reflejados en la normativa básica estatal y en la Ley Foral de Contratos Públicos, que han de ser aplicados en todos los casos, sin excepción, y de manera conforma a interpretación que de ellos viene realizando, o realice en el futuro, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (...).*

Se plasma un compromiso interpretativo respecto del resto de preceptos que no serán objeto de recurso de inconstitucionalidad, y se acuerda la modificación de la nueva disposición adicional décima de la LFCP. Con excepción de esa futura acomodación de la citada adicional décima, el resto de los preceptos que no van a ser objeto de recurso de inconstitucionalidad mantiene su vigencia, sin derogación o modificación alguna.



### **3.- Objeto del recurso de inconstitucionalidad.**

Tras el acuerdo del Consejo de Ministros en ese sentido de 1 de agosto de 2022, el Presidente del Gobierno, en esa misma fecha, decide interponer recurso de inconstitucionalidad contra el artículo único de la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, tan sólo en los apartados que añaden las letras l) y m) al artículo 7.1 de la LFCP y el que incorpora una nueva disposición adicional vigesimoprimera al texto de esa Ley Foral que disciplina los contratos públicos<sup>2</sup>.

Como se puede apreciar, sólo se impugnan dos preceptos de la norma modificadora de la LFCP de los múltiples que, según el Consejo de Estado, podrían ser recurridos, asumido el acuerdo de la Junta de Cooperación en los términos antes expuestos.

Los preceptos finalmente sometidos al control de su ajuste constitucional rezan así:

- *“Dos. Se añaden tres nuevas letras al apartado 1 del artículo 7, con la siguiente redacción<sup>3</sup>:*

*«l) los siguientes servicios jurídicos:*

*1.º Representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo en un arbitraje o una conciliación celebrada*

---

<sup>2</sup> Recurso de inconstitucionalidad 5671/22.

<sup>3</sup> Ese artículo y apartado previene los negocios que quedan excluidos de la aplicación de esa ley foral por razón de su propia naturaleza y de la existencia de normativa específica.



*en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.*

*2.º Asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el apartado anterior o cuando haya una indicación concreta y una alta probabilidad de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE.*

*3.º Servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario.*

*m) Los acuerdos de adquisición pública de medicamentos, conforme a la disposición adicional vigesimoprimera de esta ley foral.”*

Respecto de la disposición adicional vigesimoprimera, sobre el régimen aplicable a la adquisición pública de medicamentos, ha de precisarse que el recurso de inconstitucionalidad versaba sobre la redacción de ese precepto conferida por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> - “Disposición adicional vigesimoprimera. Régimen aplicable a la adquisición pública de medicamentos.

1. Los medicamentos con precios de venta de laboratorio fijados para el Sistema Nacional de Salud, en tanto que ya ha existido negociación con una instancia pública y fijación



<http://gabilex.castillalamancha.es>

---

administrativa del precio, podrán ser adquiridos directamente por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea sin necesidad de licitación.

2. Los medicamentos con protección de patente, determinado el precio público por la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos, podrán ser adquiridos directamente por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, tomando como referencia máxima el precio determinado por el Ministerio de Sanidad.

3. En las adquisiciones de medicamentos genéricos, biosimilares y medicamentos originales, los servicios de farmacia podrán elegir cualquiera de estos medicamentos, atendiendo a criterios de eficiencia en la gestión, de entre los ofertados por los proveedores que asuman las condiciones que previamente haya establecido el órgano competente para adquirirlos, que serán de cumplimiento obligado. La celebración de un acuerdo de adquisición pública de medicamentos con uno o varios proveedores no impedirá la celebración de acuerdos posteriores con nuevos proveedores que asuman las condiciones establecidas.

4. No obstante lo señalado en el punto anterior, de considerarse más conveniente contar con un único proveedor o un único medicamento de los señalados, se podrá seleccionar uno entre ellos como destinatario de los pedidos, realizando un procedimiento en el que se establecerán los criterios de selección cualitativos que se tendrán en cuenta para la selección, así como su ponderación. Deberá darse participación a todos los posibles proveedores y se otorgará un plazo no inferior a 10 días, desde la publicación en internet o desde el envío de la invitación, para que presenten sus ofertas. La unidad responsable, de forma motivada, notificará y publicará en internet el resultado del procedimiento. El plazo



Pero, tras la primera redacción de este estudio, en el Boletín Oficial de Navarra número 264, de 30 de diciembre de 2022, extraordinario, y en el Boletín Oficial del Estado número 16, de 19 de enero de 2023, se publica la Ley Foral 35/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2023.

Su Disposición final segunda contiene la modificación de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos. Entre las alteraciones introducidas, figura la

---

de estos acuerdos de adquisición pública de medicamentos con un proveedor o medicamento único no podrá superar un año, excepto que el importe anual no exceda los 100.000 euros, en cuyo caso se podrá prorrogar por un año más, previa conformidad de las partes.

5. Los acuerdos de adquisición pública de medicamentos, en cualquiera de sus modalidades, tendrán naturaleza privada, pero se exigirá en su tramitación lo siguiente:

- a) Justificación de la necesidad y de la existencia de crédito.
- b) Determinación de las condiciones a cumplir por los proveedores previendo expresamente el sistema de pago y penalidades contractuales por incumplimientos de plazos, calidad del producto y/o volumen suministrado.
- c) Solicitud formal a la empresa, cuya aceptación implica el compromiso de cumplimiento de todos los términos del acuerdo.

6. Los acuerdos de adquisición pública de medicamentos de tracto sucesivo podrán prever su modificación y causas de resolución específicas.”



<http://gabilex.castillalamancha.es>

---

que afecta a la impugnada disposición adicional vigésima primera, que quedará redactada en los siguientes términos:

*"Disposición adicional vigésima primera. - Particularidades en los expedientes de adquisición pública de medicamentos.*

*Los medicamentos con protección de patente, determinado el precio y condiciones de financiación en el sistema público mediante resolución de la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia del Ministerio de Sanidad, tras acuerdo de la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos, podrán ser adquiridos mediante procedimiento negociado sin convocatoria de licitación por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. En su tramitación, atendiendo a la especial naturaleza de las necesidades a cubrir se exigirá, exclusivamente, lo siguiente:*

*Justificación de la necesidad y de la existencia de crédito.*

*Documento de aceptación de las condiciones del contrato, debidamente firmado.*

*Resolución de la Dirección Gerencia del SNS-O aprobando el gasto y el contrato.*

*Estos contratos serán objeto de publicidad conforme a lo previsto por el artículo 102.1 de esta ley foral.*



*A las adquisiciones de medicamentos genéricos, biosimilares y medicamentos originales sin protección de patente, por parte de los servicios de farmacia dependientes del SNS-O, cuando la compra se articule a través de sistemas en los que no se seleccione a uno o varios proveedores de entre todos los demás interesados, no les serán de aplicación las disposiciones de esta ley foral. Su tramitación se llevará a cabo de la siguiente manera:*

*La administración establecerá para cada uno de los medicamentos las condiciones que deberán asumir formalmente todas las entidades interesadas, entre las que deberá estar necesariamente el precio.*

*Estas condiciones serán de obligado cumplimiento y su aceptación podrá llevarse a cabo por las interesadas a lo largo de toda la vida del expediente.*

*Las condiciones establecidas, así como la forma de solicitar la adhesión al expediente de compra de medicamentos serán objeto de publicidad en el Portal de Contratación de Navarra.*

*La compra de medicamentos dentro de cada uno de los grupos se llevará a cabo atendiendo exclusivamente, a criterios de eficiencia en la gestión y/o necesidades terapéuticas por parte de los servicios de farmacia dependientes del SNS-O. A estos efectos, sólo será necesaria la previa reserva de crédito.*

*El resultado de la adquisición de medicamentos será objeto de publicidad, al menos con carácter semestral,*



<http://gabilex.castillalamancha.es>

---

*señalando en cada caso la empresa adjudicataria y el importe adjudicado".*

En esta primera aproximación, se aprecia que, en la nueva redacción, no objeto aún de impugnación, ya no se califican como negocios privados todos los relativos a cualquier adquisición de medicamentos. En particular, se recupera la aplicación de la LFCP para compras de medicamentos con patente y se elimina la posibilidad de adjudicar contratos en exclusiva mediante un negocio open house.

Se ignora en este momento si este nuevo precepto será objeto de impugnación, así como también se desconoce si el TC advertirá o no que pervive el objeto del recurso en lo referente a la disposición dedicada a la adquisición pública de medicamentos.

No es el propósito de este estudio analizar la bondad, eficacia u oportunidad de esas modificaciones legislativas. Y ello a pesar de que medidas similares a las establecidas en la normativa foral, incluso la cuestionada originariamente, respecto de los procedimientos de adquisición pública de medicamentos parecen ser deseadas por los entes gestores de la asistencia sanitaria en diversas Comunidades Autónomas. Se trata de aprovechar la ocasión para enfatizar la naturaleza de la competencia de la Comunidad Foral en esta materia contractual pública y de intentar aplicarla a (en concreto) los preceptos que el Presidente del Gobierno de la Nación entiende que vulneran el orden competencial constitucional.



## **II. REFLEXIONES PRELIMINARES.**

Tanto el escrito iniciador del recurso, articulado por la Abogacía General del Estado en fecha 2 de agosto de 2022, como el propio dictamen del Consejo de Estado parecen asumir formalmente la singularidad del régimen foral. No obstante, esa aparente asunción no se traduce en el respeto al régimen establecido en los preceptos de la Ley Foral objeto de parcial impugnación. En efecto, en esos escritos, se emplea un parámetro argumentativo que podría cimentar la impugnación de una medida legislativa análoga emanada del Parlamento de una Comunidad Autónoma de régimen común. El término de comparación a que se someten las normas impugnadas consiste en definitiva en la legislación básica del Estado en materia contractual. Ese va a ser el dato o factor que se toma para valorar la constitucionalidad de las normas forales impugnadas. Sin embargo, ese es el término de comparación a que se sujeta un juicio de constitucionalidad de una norma en esta materia dictada por una Comunidad Autónoma que dispone en la misma de meras facultades de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado, y no la competencia exclusiva autolimitada que conviene a la Comunidad Foral de Navarra.

Esta circunstancia, cuando menos, debe alertar acerca de si esa línea argumental efectivamente estaría respetando la naturaleza y consecuente alcance de la competencia foral.



<http://gabilex.castillalamancha.es>

En contra de la sustancia que destilan esos dos pormenorizados y profundos escritos jurídicos -el iniciador del procedimiento constitucional y el dictamen del Consejo de Estado- el régimen contractual foral no se caracteriza tan sólo por gozar de ciertas "especialidades". La (distinta) naturaleza de la competencia foral no difiere de la de otra Comunidad Autónoma en intensidad, sino en concepto: es diferente una competencia exclusiva autolimitada -como la foral- de una mera competencia de desarrollo legislativo. No se trata de que la competencia de Navarra sea "cuantitativamente" algo más extensa que la que corresponde al resto de Comunidades Autónomas. La primera consideración que -entendemos- hay que efectuar radica en la conceptualización de la competencia en esta materia como exclusiva.

La competencia foral de naturaleza histórica establecida en el artículo 49.1.d) de la LORAFNA<sup>5</sup>, sustentada en la disposición adicional primera de la Constitución Española (CE), no se puede identificar de facto con una competencia de desarrollo legislativo, que es la que las Comunidades Autónomas no históricas pueden asumir en esta materia, según se desprende del artículo 149.1. 18ª CE. La indudable vinculación a la CE de las competencias históricas forales no se produce en los mismos términos en que las competencias autonómicas

---

<sup>5</sup> Que describe una competencia histórica exclusiva pero sometida a los principios esenciales de la legislación básica estatal sobre la materia de contratos y concesiones administrativas.



se acomodan a la norma suprema. Esa sujeción foral no es la misma que la subordinación de la competencia autonómica a la CE, que tiene que encajar necesariamente en las normas delimitadoras de competencias incorporadas al texto constitucional. Extender a la competencia foral que analizamos el mismo paradigma que a las facultades de mero desarrollo legislativo supondría la desaparición en la práctica de la categoría de las competencias sustentadas en derechos históricos.

La particularidad que fundamenta el peculiar régimen competencial de Navarra se encuentra en la disposición adicional primera CE, de garantía constitucional de los derechos históricos de Navarra. Esa norma no es aplicable al resto de los territorios y Comunidades integradas en España. Solo se predica respecto de los territorios históricos incorporados a la Comunidad Autónoma del País Vasco y de Navarra<sup>6</sup>.

Pues, en efecto, el amparo y respeto por la CE de los derechos históricos de los territorios forales (a que apela la LORAFNA en sus propios Preámbulo y Título Preliminar) despliega un efecto no tan sólo institucional, sino también genuinamente competencial.

El Título II de la LORAFNA revela que para Navarra no rige el techo competencial autonómico que traza el Título

---

<sup>6</sup> Así lo había expresado el TC, por ejemplo, en la STC 214/1989, de 21 de diciembre (RTC 1989, 214) y se reproduce en el fundamento de derecho 14º de la STC 31/2010, de 28 de junio (RTC 2010, 31).



## VIII CE. Las competencias exorbitantes de la Comunidad Foral enraízan en sus derechos históricos<sup>7</sup>.

Desde una perspectiva competencial, diversas leyes estatales reconocen expresamente esa singularidad de Navarra. Obviamente, se trata de un reconocimiento de interés práctico, pero patentemente innecesario, pues las mentadas leyes no son los títulos atributivos de la competencia<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> El FJ 6 de la STC 180/2016, de 20 de octubre, (RTC 2016, 180), en materia de régimen local, expresa claramente que las previsiones de la LORAFNA, en la parte que reflejen derechos históricos, enraízan en la Disposición Adicional Primera CE que desplaza respecto a esta entidad foral la competencia estatal del artículo 149.1 (en aquel caso, 18<sup>a</sup>) CE. La STC 214/1989, de 21 de diciembre (RTC 1989, 214), afirma que el derecho histórico excede de lo normado en el Título VIII CE, dado que no implica tan sólo el reconocimiento de un elemento organizativo, sino también competencial, que vendría siendo ejercido de forma continuada por la Institución Foral y reconocido por el Estado.

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas, en su disposición adicional segunda (RCL 1980, 2165), Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (disposición adicional decimocuarta) (RCL 1984, 2000), Ley 7/1985, de 2 de abril, bases del régimen local (disposición adicional tercera) (RCL 1985, 799), Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (disposición adicional vigésimo primera) (RCL 2003, 2684), Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (disposición adicional segunda.1) (RCL 2015, 1695).



No obstante, sería ingenuo defender que resulte fácil aplicar ese título competencial en la práctica. La delicada formulación de la competencia foral no otorga al intérprete clave alguna para discernir en cada caso qué pueda ser legislación básica y qué constituya principio esencial incorporado a la misma. Más aún en un aspecto de la realidad como es el contractual público, en el que las Directivas y Reglamentos del Derecho comunitario restringen el margen de actuación de las instituciones legislativas competentes de los Estados miembros conforme a su normativa interna.

Pero también sería injustificablemente negligente escudarse en la dificultad práctica de la disección que requiere la norma para descuidar el esfuerzo que exigirá su aplicación (laboriosa) en cada caso.

### **III. LAS COMPETENCIAS ESTATAL Y FORAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

El artículo 149.1. 18ª de la CE atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de *"legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas"*.

Pues bien, la LORAFNA atribuye a la Comunidad Foral la competencia exclusiva en materia de *"contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia"* (artículo 49.1.d) LORAFNA).

En su ejercicio, en la Comunidad Foral de Navarra se han dictado leyes forales reguladoras de la contratación de



las Administraciones públicas de Navarra con una regulación más amplia que el mero desarrollo de la legislación básica estatal, sin cuestionamiento o conflicto competencial alguno por el Estado. Pueden citarse la Norma General de Contratación de 16 de junio de 1981, la Ley Foral 13/1986, de 14 de noviembre, de Contratos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra o la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos. Posteriormente, se dicta la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, modificada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre (LFCP).

#### **IV. EL MODELO LEGAL ESTATAL.**

##### **1.- La Ley 9/2017.**

La vigente regulación estatal de contratos públicos está constituida por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

La LCSP es una ley extremadamente extensa (347 artículos, más 55 disposiciones adicionales, 5 transitorias, una derogatoria y 16 finales) y densa, en su mayor parte básica. Su disposición final primera la califica como legislación básica sobre contratos administrativos dictada al amparo del artículo 149.1. 18ª de la Constitución y, por ende, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y



entidades dependientes de ellas, con la salvedad de los preceptos o partes de los mismos que indica su apartado 3. Por tanto, la casi totalidad de los preceptos de dicha Ley son básicos.

Esa amplísima regulación permite sospechar que tal legislación formalmente básica no se corresponde con la plasmación de auténticos principios que informan la contratación administrativa. Antes, al contrario, constituye la regulación prácticamente completa, específica y detallada de esta materia.

Ha de repararse en que la propia norma legal tiene presente la singularidad de Navarra, que no puede ser tratada en esta materia contractual como una Comunidad Autónoma más.

De hecho, la disposición final segunda, respecto de la Comunidad Foral de Navarra, previene:

*"En virtud de su régimen foral, la aplicación a la Comunidad Foral de Navarra de lo dispuesto en esta Ley se llevará a cabo sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra."*

Su clara redacción (que no requiere esfuerzo interpretativo) se compagina a la perfección con una interpretación sistemática que contemple justamente la disposición final que la precede, la primera, cuyo apartado 3 es el que califica determinadas normas de la LCSP como básicas. Quiero decir que toda la LCSP, y, también, la anterior disposición final delimitadora de qué



<http://gabilex.castillalamancha.es>

sea normativa básica, no es aplicable a Navarra sino respetando la LORAFNA.

Se trata de una cláusula de salvaguardia del régimen foral similar a las que se contienen en otras leyes básicas estatales, a que antes se ha hecho referencia. Posteriormente se analizará su significado, a la luz de doctrina del TC.

Por tanto, lo relevante a la hora de marcar el margen de que la Comunidad Foral dispone para regular la materia contractual administrativa consiste en las peculiaridades que su régimen foral establece, lo que obliga al análisis del mismo.

## **2. Los principios esenciales de la legislación básica del Estado.**

La propia LCSP alude explícitamente a determinados principios en materia de contratos públicos. Así, su Preámbulo (apartado III) se refiere a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad. Los de transparencia y no discriminación se reiteran en el apartado IV del Preámbulo, que menciona expresamente también el de libre competencia. Ya su artículo 1.1 pone de relieve que ha de garantizarse que la contratación del sector público se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores. También habrá de asegurarse, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una



eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. El artículo 28 menciona y define los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia, que en otros preceptos se cualifica como de buena administración (artículo 34). Todo ello sin descender a los principios que rigen en los diferentes tipos contractuales y que no es preciso detallar en este momento.

Son estas las reglas esenciales constitutivas del régimen contractual a que deban responder las normas básicas estatales y, sólo en la medida en que esas normas básicas estatales traduzcan realmente esos principios, a los mismos se someterá la normativa foral en esta materia de contratos administrativos<sup>9</sup>.

No parece que puedan ser otros los principios esenciales que hayan de ser respetados por las normas legales forales en esta materia.

En el necesario contraste entre la normativa foral y los principios esenciales destilados de la normativa básica

---

<sup>9</sup> Parece, descendiendo al conflicto competencial que motiva estas reflexiones, que la propia Administración del Estado recurrente ha convenido en que esos son los únicos principios a respetar por la legislación de Navarra en materia de contratación pública. Reiteramos la literal formulación del acuerdo adoptado en la Junta de Cooperación, anteriormente transcrito.



estatal, no puede dejarse de señalar que es la propia Exposición de Motivos de la LCSP quien propugna que *“los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”*.

En la medida en que se detalla ese principio en la misma normativa estatal, no es aventurada la conclusión de que la norma foral viene precisamente a respetar esa toma de posición del legislador.

### **3. La doctrina del TC sobre la normativa básica en materia contractual pública**

No es criterio decisorio de la constitucionalidad de una Ley Foral en el ámbito contractual administrativo una mimética asunción de lo que sea básico en esta materia. Hecha esta precisión, quizá convenga refrescar la doctrina del TC al respecto, pues la identificación de legislación básica con aquella normativa que directamente persiga la efectividad de los principios reseñados en la LCSP puede operar como argumento a



fortiori en cuanto a desentrañar qué puedan ser principios esenciales de esa legislación básica.

La STC 141/1993, de 22 de abril, anteriormente citada, expone, en su FJ 4, que será básica materialmente la norma que tenga:

*"...principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas. Objetivo este que refuerzan y extienden subjetivamente las directivas de la CEE sobre la materia, a las que es preciso adaptar nuestro Derecho interno, razón que motivó tanto la modificación de la Ley de Contratos del Estado por el Real Decreto Legislativo 931/1986, con la subsiguiente modificación del Reglamento General de Contratación operada por el Real Decreto 2528/1986, ahora impugnado. Quiere decirse, pues, que todos los preceptos de este último que tiendan directamente, en complemento necesario de la Ley de Contratos a dotar de efectividad práctica a aquellos principios básicos de la contratación administrativa deben ser razonablemente considerados como normas básicas. Mientras que no lo serán aquellas otras prescripciones de detalle o de procedimiento que, sin merma de la eficacia de tales principios básicos, pudieran ser sustituidas por otras regulaciones asimismo complementarias o de detalle, elaboradas por las Comunidades Autónomas con competencia para ello."*



<http://gabilex.castillalamancha.es>

Sin olvidar la relevancia de las SSTC 84/2015, de 30 de abril, o 237/2015, de 19 de noviembre, resulta de interés, por la recepción de anterior doctrina y las propias manifestaciones que contiene, la STC 68/2021, de 18 de marzo, dictada en resolución de un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de Aragón, en el que se cuestionaba un importante número de preceptos de la LCSP. La sentencia recibe la propia doctrina anterior del TC en el sentido de que se define lo básico por el criterio teleológico consistente en determinar si los preceptos tienen como objetivo principal garantizar la efectividad de los principios generales de la contratación pública, o si, por contraste, ese objetivo es puramente accesorio [STC 68/2021, FJ 5 E) a)]. Como es sabido, esa STC 68/2021 contiene una argumentación expresamente comprensiva de la Disposición Final Segunda, a la que hemos hecho anterior mención, ejemplificativa de la diferencia de regímenes entre la Comunidad Foral de Navarra y las Comunidades de régimen común.

En consecuencia, son normas materialmente básicas las que persiguen como objetivo principal conseguir se hagan efectivas las garantías de publicidad y transparencia, igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, libre concurrencia y seguridad jurídica. También las que, desde otra perspectiva, tratan de lograr la mayor integridad y una eficiente utilización de los fondos públicos en la contratación, en conexión con las exigencias de la estabilidad presupuestaria y el control del gasto. En síntesis, los principios aludidos en el artículo 1.1. LCSP que anteriormente hemos citado. No son básicas las reglas procedimentales que sólo



indirectamente se relacionan con los principios del régimen básico de contratación. Por ello, esas regulaciones pueden ser dictadas en otro sentido por las Comunidades Autónomas con competencia estatutaria en esta materia. Así lo expuso ya el TC en su STC 141/1993, de 22 de abril, FJ 5.

También defiende la STC 68/2021 el carácter básico (no necesariamente "esencial" en lo básico) de las prescripciones que excluyen ciertos negocios o contratos del ámbito aplicativo de la LCSP o establecen los requisitos para esa exclusión. De otro lado, considera básicos los preceptos que califican el tipo contractual, según la propia naturaleza de las prestaciones que contempla, o también atendiendo al sujeto contratante o a la cuantía, de la que dependa si está sometido o no a regulación armonizada (especialmente, FJ 6.B) o 7.A).

Los FFJJ 5, 6, 7 y 8 de la STC 68/2021 particularizan los criterios generales que hemos expuesto sumariamente respecto de determinados puntos de la regulación en esta materia sometidos al enjuiciamiento de su constitucionalidad, ya fuera en relación con el detalle de determinados plazos, órganos competentes en determinadas actuaciones, establecimiento de subfases en determinados procedimientos, contenido de los pliegos o de ciertas especificaciones técnicas. O, desde una perspectiva negativa, impidiendo que las Comunidades Autónomas de régimen común puedan desligarse de la normativa (básica) estatal en determinadas materias que desglosan fundamentalmente los FFJJ 6 y 7.



<http://gabilex.castillalamancha.es>

---

Así pues, esta STC 141/1993 apunta tres criterios: uno, la configuración de lo básico como una norma o ley de principios, dirigida a asegurar un trato común de los administrados; otro, el principio de autonomía institucional, según el cual la ejecución interna del Derecho comunitario se hará de acuerdo con la distribución constitucional y estatutaria de competencias; y, por último, la, en principio, no equiparación necesaria entre Derecho comunitario y legislación básica estatal.

Del examen de la doctrina del TC puede extraerse la conclusión de que se encuentran fuera de los márgenes que delimitan lo básico (no digamos, lo esencial de lo básico) aquellas reglas que difieren de las establecidas en la normativa estatal sin poner en peligro la efectividad de los principios de la contratación pública que la propia LCSP proclama expresamente.

Obviamente, el examen de la casuística pacientemente desgranada por el TC en diversas sentencias podría resultar de interés práctico en los supuestos en que se estuviera determinando la competencia de una Comunidad Autónoma para regular la materia de la contratación en cuanto sometida a la legislación básica estatal. Es claro que no nos encontramos en ese escenario.

Esto es, que, a pesar de esa interpretación restrictiva de qué constituya lo materialmente básico en esta materia, los criterios establecidos en esa doctrina no son los que han de aplicarse a la competencia foral, pues son los que convienen a la competencia de desarrollo legislativo de



la normativa básica estatal que se predica de otras comunidades. El TC no contempla el particular título competencial de Navarra, que no se somete indiscriminadamente al respeto de toda la normativa básica estatal en esta materia.

No parece, ya en este análisis previo, que el hecho de que los negocios que se analizan se excluyan de las exigencias de la licitación establecidas en la normativa contractual por una entidad territorial competente para regular la materia, según el orden interno de competencias, vulnere alguno de los principios esenciales de la normativa básica contractual, en cuanto identifican el modelo de contratación pública y lo hacen reconocible, siendo esas concretas exclusiones conformes con la normativa comunitaria cuyas Directivas ha de trasponer.

## **V. LA SINGULARIDAD COMPETENCIAL DE NAVARRA EN MATERIA DE CONTRATOS.**

### **1. La literalidad del artículo 49.1.d) de la LORAFNA**

El Título II de la LORAFNA, referido a las facultades y competencias de Navarra, contiene un Capítulo II, dedicado a la delimitación de facultades y competencias, cuyo artículo 49.1, como hemos anticipado, previene:

*1. En virtud de su régimen foral, corresponde a Navarra la competencia exclusiva sobre las siguientes materias:  
(...)*



<http://gabilex.castillalamancha.es>

*d) Contratos y concesiones administrativas respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia.”*

Ese reconocimiento competencial presenta perfiles bien diferentes a los resultantes del régimen común autonómico. Así, la competencia de Navarra se configura como una **competencia exclusiva de raíz histórica o foral**, limitada por el respeto de los principios esenciales fijados por la legislación básica estatal.

De este modo, la linde de la competencia foral no viene constituida por determinados preceptos que la legislación estatal defina como básicos. Ni tampoco, necesariamente, tiene por qué identificarse con sólo alguno de esos artículos o preceptos calificados como básicos. No se trata necesariamente de detallar, dentro de la legislación básica, qué preceptos encarnan la esencia de la legislación básica (a no ser que haya disposiciones concretas que claramente se identifiquen con ella). Sino que el tope competencial de Navarra viene fijado en esos mismos principios que, de una u otra forma y en uno u otro precepto, inspiran la legislación básica estatal.

Ni la delicada formulación del precepto orgánico ni la previsión expresa de la disposición final segunda de la LCSP permitirían identificar las competencias de la Comunidad Foral en materia de contratación administrativa con las de mero desarrollo y ejecución de la legislación básica del Estado en esta materia.



## **2. La caracterización de la competencia en esta materia de contratación administrativa según la sistemática de la LORAFNA**

La conclusión que se extrae de la lectura asilada del precepto coincide con la que surge de la propia sistemática de la LORAFNA y de la interpretación contextual de la norma.

Según el artículo 40 de la LORAFNA, en las materias que sean competencia exclusiva de Navarra, corresponden a la Comunidad Foral la potestad legislativa, la reglamentaria, la administrativa, incluida la inspección y la revisora en la vía administrativa. Potestades que deberán ejercitarse de acuerdo con la LORAFNA y la legislación del Estado a la que la misma hace referencia.

En efecto, el artículo 40.2 de la LORAFNA especifica que las potestades de Navarra a desarrollar respecto de materias con competencia exclusiva *"...deberán ejercitarse en los términos previstos en la presente ley y en la legislación del Estado a la que la misma hace referencia."*

Es, pues, la frontera establecida en el texto de la LORAFNA la que delimita, en esta materia concreta, hasta dónde llega la competencia histórica y exclusiva de Navarra en materia de contratación administrativa.

Consecuentemente a lo establecido en este artículo 40 LORAFNA, el Derecho navarro, en las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Foral y en los términos previstos en los apartados anteriores, será



<http://gabilex.castillalamancha.es>

aplicable con preferencia a cualquier otro. En defecto de Derecho propio, se aplicará supletoriamente el Derecho del Estado.

La norma contractual foral no se dicta en desarrollo de un presunto "derecho histórico" no positivizado, en cuanto que se encuentra incorporado a la LORAFNA. Se trata de una competencia exclusiva y, además, histórica y no una competencia de desarrollo legislativo, de las previstas en el artículo 41 de la LORAFNA<sup>10</sup>. Esa competencia se somete a una limitación expresa, que impone la propia norma institucional básica de la Comunidad Foral, integrada en el bloque de la constitucionalidad.

---

<sup>10</sup> Según este artículo 41 LORAFNA, en las materias a las que se refiere el artículo 57 de la LORAFNA y en las que con igual carácter se regulan en otros artículos de la misma, corresponden a la Comunidad Foral las potestades de desarrollo legislativo de conformidad con las normas básicas que dicte el Estado, reglamentaria, de administración, incluida la inspección y revisora en la vía administrativa. El citado artículo 57 de la LORAFNA dispone que "en el marco de la legislación básica del Estado corresponde a Navarra el desarrollo legislativo y la ejecución" de un grupo de materias. Ni se encuentra esta competencia en las que se recogen en el artículo 57 LORAFNA, ni la competencia puede encuadrarse en aquellas que otorgan a Navarra la mera facultad de desarrollar la legislación básica del Estado, como la propia formulación del precepto que consagra la competencia en materia contractual declara.



### **3. Notas relevantes que convienen a la competencia de Navarra en materia de contratación administrativa en cuanto competencia histórica**

Según el origen de las facultades ejercidas por Navarra a que alude el artículo 39 de la LORAFNA, existe una categoría de las mismas, (39.1.a) LORAFNA) consistente en aquellas facultades y competencias que actualmente ejerce, al amparo de lo establecido en la Ley Paccionada y disposiciones complementarias, y, naturalmente, recogidas expresamente en la propia LORAFNA.

Se trata de las competencias garantizadas o históricas. Son aquéllas a que se refieren otros preceptos de la propia LORAFNA como correspondientes a la Comunidad Foral "*en virtud de su Régimen Foral*" (justamente, la proposición que se emplea en el artículo 49.1 LORAFNA respecto de la competencia en contratación administrativa).

El artículo 39.1.a) de la LORAFNA considera competencias históricas a las competencias de Navarra ejercidas por la Comunidad Foral a la entrada en vigor de la LORAFNA<sup>11</sup>. Pero también señala que son las que se derivan de la Ley Paccionada y disposiciones complementarias. Las restricciones de una competencia histórica al entrar en vigor la LORAFNA habrán de derivar precisamente de los títulos normativos aludidos en el

---

<sup>11</sup> Según su Disposición Final Única, 2, el día de su publicación en el BOE, esto es, el 16 de agosto de 1982.



<http://gabilex.castillalamancha.es>

precepto, sin que aquella facultad se vea cercenada por las limitaciones que pudieran existir en ese momento derivadas de normas estatales de aplicación indiscriminada para todo el territorio nacional, no sustentadas en el mantenimiento de la unidad constitucional, o, incluso, por meros actos o actuaciones materiales<sup>12</sup>.

Así pues, para las competencias históricas o forales, cuyo fundamento son los derechos históricos garantizados por la adicional primera de la Constitución, no rige el techo competencial autonómico del título VIII de la Constitución, sino el límite de la unidad constitucional - como señalan los artículos 2 y 39.1.a) de la LORAFNA- y los específicos en su caso indicados en el correspondiente precepto de la LORAFNA de reconocimiento competencial.

La exigencia de que la subsistencia de la competencia sea compatible con la CE tiene un fundamento, cual es la consideración de la misma como norma suprema de la que emanan todos los poderes del Estado. Sin embargo, nunca podrá identificarse la subordinación a la CE con el sometimiento de la competencia histórica a normas estrictamente competenciales, aunque (obviamente) las mismas se encuentren incorporadas al texto constitucional. De hacerse así, se reduciría la competencia histórica a la categoría (diferente) de

---

<sup>12</sup> Argumentación más detallada en NEGRO ROLDÁN, F. J., "Acerca de la actualización de las competencias de Navarra en materia de tráfico". Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, 25, 2021, pp. 114-170.



competencia autonómica (que es la afectada –por principio– por la norma constitucional de índole competencial). Si se consolidase la doctrina de que la conformidad con la CE consiste en la aplicación al régimen competencial foral de normas constitucionales justamente delimitadoras de competencias entre el Estado y las CCAA no dotadas de derechos históricos, se reduciría el techo competencial foral, y se identificaría una competencia histórica con otra realidad jurídicamente distinta, cual es la competencia autonómica general.

#### **4. En particular, los límites de la competencia histórica foral en materia de contratos públicos diferentes de los principios esenciales de la legislación básica estatal**

Ciertamente, los límites de cada competencia se fijan (internamente) en la concreta norma competencial de la LORAFNA, que detalla la materia, las funciones que sobre ella puede desarrollar la Comunidad Foral y los márgenes en que su ejercicio ha de moverse. En este caso, la normativa legal que se dicte en ejercicio de esa competencia exclusiva en contratación pública no podrá exceder de los mentados principios esenciales.

Además, la propia LORAFNA remite a un límite aplicable a los derechos históricos de Navarra, incorporado en su propio texto, consistente en el concepto de “unidad



<http://gabilex.castillalamancha.es>

constitucional” (artículo 2, a que apela expresamente el artículo 39.1.a) LORAFNA).

La citada unidad constitucional concreta o traduce competencialmente el principio de unidad. Sólo alguna doctrina científica se ha detenido a examinar el posible alcance de esa limitación, entendiendo que esa unidad constitucional comprende los principios y valores del Título Preliminar de la Constitución, su Título I (derechos y deberes fundamentales). El Título III, (Cortes Generales) expresión de la soberanía nacional única, y los Títulos VI y IX (potestad jurisdiccional y Tratados Internacionales)<sup>13</sup>.

Sea cual fuere el ámbito concreto de ese principio, no parece posible reconducirlo al respeto de un concreto modelo de celebración de negocios en materia de servicios jurídicos o de productos farmacéuticos<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., *Derechos históricos y Régimen Foral de Navarra. Fundamentos del Amejoramiento del Fuero*. Pamplona, Gobierno de Navarra, 1989, pp. 367-374. Quizá hubiera de tener encaje en el ámbito de ese concepto el Título II, de la Corona, más aún si se atiende a la completa locución del artículo 1 de la Ley de Confirmación de Fueros de que procede la expresión que analizamos (“unidad constitucional de la monarquía”).

<sup>14</sup> Menos aún si se apela a una interpretación histórica, de los antecedentes legislativos, que enlace la expresión analizada con el artículo 1 de la Ley de 25 de octubre de 1839, de Confirmación y Modificación de los Fueros de las Provincias Vascongadas y de Navarra, que aludía a la “unidad constitucional de la monarquía”. Para entender ese concepto histórico, resultaría de interés el análisis de la doctrina



## **5. El reconocimiento por el TC de la diferencia del régimen foral de contratación pública encarnada expresamente en la disposición final segunda de la LCSP.**

La STC 68/2021, de 18 de marzo, dictada en resolución de un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de Aragón, dedica su FJ 4 a la impugnación que efectúa la recurrente de la disposición final segunda (y la tercera en sentido análogo para la Comunidad Autónoma del País Vasco) de la LCSP.

Si el legislador estatal coloca a la Comunidad Foral de Navarra en una situación diferente a la vinculación que la LCSP produce en las Comunidades de régimen común, ello es porque su grado de sometimiento a la legislación básica estatal que la norma establece es distinto. No tendría sentido efectuar esa mención específica si en realidad va a ser la normativa básica estatal la que ciña los márgenes de la competencia foral en la materia.

---

denominada “vinculación negativa” (que no resulta, a mi juicio, estrictamente necesario para los efectos de este escrito). En breve síntesis, todo lo que no contrariaba la unidad constitucional era competencia de Navarra (desde la perspectiva competencial que abordamos). Al interpretar la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841, se consideraban vigentes aquellas competencias propias de las instituciones navarras confirmadas por la Ley Confirmatoria de los Fueros, de 25 de octubre de 1839 y no afectantes a la unidad constitucional, fueran o no efectivamente ejercidas por la Diputación Foral.



<http://gabilex.castillalamancha.es>

La diferencia entre la Comunidad Foral y otras comunidades no es meramente nominal ni aun organizativa, sino competencial, como el TC ha tenido ocasión de constatar. Esa atribución competencial recogida en la LORAFNA, es patentizada en la propia LCSP. Pero ese reconocimiento en una norma positiva impone necesariamente un diferente régimen jurídico a que se somete la contratación administrativa en Navarra. Y esa diferencia de régimen se plasma en la regulación que Navarra se ha dado con sustento en la propia LORAFNA a que la LCSP apela.

El ajuste perfecto de esa diferencia entre una Comunidad Autónoma no foral y la de Navarra es mantenido por el TC. Como se ha anticipado, el TC considera que la disposición adicional primera de la CE (SSTC 76/1988, de 28 de abril, o 118/2016, de 23 de junio) ampara y respeta los derechos forales de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de Navarra (STC 110/2016, de 9 de junio) y no de otras Comunidades. Por otro lado, a la hora de examinar si una supuesta actualización de pretendidos derechos históricos en materia de contratación administrativa podría realizarse a través de la legislación ordinaria, el TC (STC 158/2019, de 12 de diciembre, FJ 4) dice con claridad, reiterando doctrina anterior, que, incluso en los territorios forales, es el estatuto de autonomía el elemento decisivo de actualización, siendo los correspondientes preceptos estatutarios los que expresan el contenido de la foralidad garantizada por la Constitución<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> STC 68/2018, de 21 de junio, FJ 5; en el mismo sentido, STC 171/2014, de 23 de octubre, FJ 6. Las SSTC 16/1984, de



Esto nos conduce, de nuevo, a la previsión del artículo 49.1.d) de la LORAFNA, que establece la competencia de Navarra en esta materia contractual administrativa en términos diferentes a los que imponen el respeto a la legislación básica del Estado.

## **6. La doctrina del TC sobre otra competencia histórica formulada en términos análogos por la LORAFNA**

### 6.1 Las letras b) y d) del artículo 49, apartado 1 de la LORAFNA.

Entre las competencias forales, destacan dos que se caracterizan por su calificación en la LORAFNA como históricas y exclusivas, pero con un límite expreso que no coincide con la íntegra legislación básica del Estado, aunque remite a la misma.

El artículo 149.1.18<sup>a</sup> confiere al Estado la competencia exclusiva, entre otras materias, respecto de: 18.<sup>a</sup> *Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios.*

El artículo 49.1.b) LORAFNA atribuye a Navarra, en virtud de su régimen foral, la competencia exclusiva sobre el: *"régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Comunidad Foral, respetando los derechos*

---

6 de febrero y 86/1988, de 3 de mayo, designan a la Comunidad Foral como una Comunidad Autónoma peculiar, con régimen específico, y a la LORAFNA como Estatuto de Autonomía singular.



<http://gabilex.castillalamancha.es>

*y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos”.*

Como hemos visto, el artículo 149.1.18ª CE atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de "*legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas*".

Pero el artículo 49.1.d) LORAFNA dice que, en virtud de su régimen foral (competencia histórica o foral) corresponde a Navarra la competencia exclusiva en materia de "*contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia*" (no la legislación básica del Estado, sino sólo sus principios esenciales).

6.2 Ausencia de pronunciamiento expreso del TC que examine el título competencial contractual foral. Dictado por el TC de una sentencia que analiza el alcance del título similar en materia de función pública.

Ante la inexistencia de pronunciamiento conocido por el firmante en que el TC precise los límites de la competencia foral en materia de contratación pública, ha de recordarse la existencia de una importante resolución que sí contempla directamente el título competencial exorbitante respecto de los atribuidos a las Comunidades Autónomas de régimen común en materia de función pública.

Se ha hecho anterior alusión a cláusulas de salvaguarda de las competencias de Navarra que algunas leyes expresan. Pues bien, esa sentencia, la STC 140/1990, de 20 de septiembre, examina (FJ 5) una ley básica estatal,



la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, que no incluye tal cláusula de salvedad. Y ello en contraste con la LCSP cuya disposición final segunda ya vista fija el alcance de su aplicación en Navarra a lo que resulte del régimen foral establecido en la LORAFNA.

Un primer acercamiento a la sentencia que citamos permite apreciar que, para el TC, esos derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos vienen constituidos por aquellos principios y reglas caracterizadores del propio modelo (de función pública), que conforman la sustancia misma de ese régimen y sin los cuales ese sistema no sería reconocible.

### 6.3 Análisis más detallado de la STC 140/1990, de 20 de septiembre.

La STC 140/1990, de 20 de septiembre, en conflicto planteado por el Estado afectante a un reglamento navarro sobre elección de órganos de representación de los funcionarios de las Administraciones públicas de Navarra, consagra la recepción por ese órgano del "plus" competencial del régimen foral.

Se planteaba la discrepancia regulatoria entre la normativa navarra, amparada en la competencia histórica en materia de función pública (artículo 49.1.b) LORAFNA) y la legislación básica estatal. El TC considera, de acuerdo con doctrina a que también hemos aludido,



<http://gabilex.castillalamancha.es>

---

que la especificidad del régimen de Navarra tiene también su reflejo en el campo competencial, pues *"el concepto de derecho histórico empleado por la Disposición adicional primera de la Constitución y la LORAFNA apela, entre otras cosas, a un cierto contenido competencial"* (FJ 4).

El límite de la competencia histórica de Navarra en materia de función pública (aparte del general del respeto a la unidad constitucional) consiste en el específico, el establecido expresamente en el precepto de la LORAFNA. En consecuencia, *"no todas las previsiones de la legislación estatal básica relativas al régimen estatutario de los funcionarios públicos desplegarán ese efecto limitativo en relación con el ejercicio de su competencia, sino sólo aquellas, justamente, que se refieran a <<derechos y obligaciones esenciales>>"* (FJ 4).

La constitucionalidad de la normativa foral no va a depender de si respeta o no la legislación básica del Estado, sino de si se acomoda a la esencia que puede derivarse de algunos de sus preceptos. Así, esa sentencia señala (FJ 5) que: *"La regulación contenida en la normativa foral impugnada se aparta, pues, de las previsiones de naturaleza básica contenidas en la Ley estatal, pero, como hemos ya advertido, los límites a la competencia de la Comunidad Foral de Navarra no los constituyen cualesquiera previsiones contenidas en la legislación estatal básica, sino única y exclusivamente aquellas que reconozcan derechos y obligaciones esenciales de los funcionarios"*.



#### 6.4 Aplicación de esa doctrina a la materia contractual administrativa.

Este preliminar examen de la STC 140/1990, de 20 de septiembre, puede servir también para delimitar el alcance de la competencia histórica foral en materia de contratos, de modo que se habrá que precisar en cada caso cuáles son los principios esenciales de la legislación básica del Estado en materia de contratos administrativos, que serán los caracterizadores del propio modelo de contratación administrativa que conforman la sustancia de ese régimen y permiten reconocerlo.

La legislación básica constituye en estas dos materias el límite competencial de las Comunidades Autónomas de régimen común. Pero, respecto de la Comunidad Foral, solo esas concretas características de los regímenes funcional y contractual que puedan hallarse en la legislación básica estatal, pero que no se identifican con ella, actuarán como tope competencial respecto de Navarra.

La redacción de la competencia foral en materia de función pública en la LORAFNA responde a idéntico modelo a que obedece la competencia contractual foral. Por ello, es obligado aplicar analógicamente, en tanto no se altere por el TC, la interpretación sustentada por el TC y que se ha mantenido a lo largo de los años de forma inalterada permitiendo a Navarra el dictado de una normativa en materia de función pública que supone un auténtico régimen propio. En suma, ha de trasladarse a la materia de contratación administrativa la doctrina



<http://gabilex.castillalamancha.es>

constitucional que ha delimitado el alcance de la competencia de Navarra en materia funcionarial.

En consecuencia, no todas las previsiones de la legislación estatal básica en materia de contratación administrativa han de respetarse por la normativa dictada por Navarra en esa materia. Sólo los principios esenciales que de esa normativa básica se desprendan. Principios esenciales cuya determinación concreta debe quedar remitida al análisis particularizado de las normas que los prevean; pero que, en principio, se refieren a aquellos principios y reglas caracterizadores del propio modelo de contratación administrativa, que conforman la sustancia misma de ese régimen y sin los cuales no sería reconocible ese sistema. Sería la pura esencia del régimen jurídico de la contratación administrativa.

El común denominador de la contratación pública, incorporado a la legislación básica, es el que ha de aplicarse a las Comunidades Autónomas cuyas normas institucionales básicas confieren competencias de mero desarrollo legislativo.

Pero solo los principios esenciales de esa común regulación, sólo la esencia de ese común denominador normativo es la que ha de regir en Navarra como frontera de sus competencias legislativas en materia de contratación pública<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> No puede ocultarse que el Tribunal Supremo, en una ocasión, ha sido restrictivo en la interpretación de esos principios esenciales, que vino a identificar en la práctica con la propia legislación básica en materia contractual. La crítica



## **7. La Directiva 2004/18/CE y la competencia de Navarra para la ejecución del Derecho Comunitario en esta materia. La no identificación entre normativa comunitaria y normativa básica.**

Uno de los límites que la propia LORAFNA establece al ejercicio de esta competencia viene encarnado por la unidad constitucional, que obliga a Navarra a respetar los Tratados Internacionales suscritos por España y el Derecho comunitario europeo. En consecuencia, la

---

que respetuosamente merece ese pronunciamiento no es propia de este escrito, aunque puede inferirse de todo el contenido de este estudio. Es de interés la lectura de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de noviembre de 2004 Recurso de Casación núm. 5092/200, (RJ 2004, 8109). La misma señala textualmente que:

“El carácter básico de la normativa estatal que se deriva de la imposición efectuada directamente por el artículo 149.1.18 de la Constitución Española no permite hacer esa clase de distinguos, ya que revistiendo el artículo 5.3 de la Ley 13/95 carácter básico y obligatorio por precepto directo de una norma constitucional, resulta pueril tratar de efectuar disquisiciones sobre su mayor o menor eficacia en una Comunidad Autónoma determinada, fundándose indebidamente en las matizaciones efectuadas por las normas emanadas de la misma.”

Para esa sentencia, afortunadamente no reiterada, es “pueril” la distinción cuidadosa de la LORAFNA, que, al menos esa impresión da, es considerada como una norma emanada de la propia Comunidad “Autónoma”, circunstancias que privan, a mi modesto juicio, y con todo respeto, de valor doctrinal a ese pronunciamiento, dicho sea en términos argumentativos.



<http://gabilex.castillalamancha.es>

---

normativa foral habrá de incorporar fielmente las Directivas comunitarias europeas sobre contratos públicos, aparte de procurar su cumplimiento efectivo.

No es ocioso recordar que la LCSP, ya desde una perspectiva terminológica, parece –dicho sea con toda cautela- ajustarse a las Directivas que traspone en menor medida que la LFCP. Esta última, la norma navarra, sí que se refiere expresamente a los contratos públicos, mientras que la LCSP parece continuar la línea de su predecesora (la ley de 2007) atendiendo fundamentalmente al sujeto (incorporado al sector público) y no tanto al elemento objetivo o funcional caracterizador de la sujeción del contrato a la normativa que disciplina los contratos públicos, cual es el modelo comunitario.

La normativa europea en materia de contratación pública no altera el orden interno de distribución de competencias. El mismo viene establecido por la CE y, en el caso de Navarra, por la LORAFNA. Y también la doctrina reiterada del TC en relación con la ejecución del Derecho comunitario europeo alude al principio de autonomía institucional y procedimental, de modo que son las normas internas de delimitación competencial, esto es, las prescripciones del sistema constitucional de cada Estado miembro, las que determinarán cuándo y cómo la ejecución del Derecho comunitario ha de realizarse por el Estado central o por otras instituciones u órganos (STC 252/1988, de 20 de diciembre, o STC 80/1993, de 8 de marzo, FJ 3). En este sentido puede interpretarse la previsión contenida en el artículo 58.2 LORAFNA.



Por tanto, a la hora de descifrar el contenido de esos principios de la legislación básica estatal, habrá de acudir a la normativa comunitaria, dada la vinculación de la legislación básica estatal a la misma. Ya la Directiva 2004/18/CE previene: "*La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia*". El Derecho comunitario europeo de contratos públicos nos auxilia también para discernir cuáles son los principios esenciales y hasta dónde han de incorporarse a la normativa interna, que es quien ha de plasmarlos.

La STC 141/1993, de 22 de abril, fue dictada en conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno Vasco contra el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, por el que se modificó el Reglamento General de Contratación para adaptarlo al Real Decreto Legislativo 931/1986.

El TC en esa sentencia recoge anterior doctrina –aludida en este apartado– en el sentido de que la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia según las reglas del Derecho



interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario. Así pues, la transposición de las Directivas corresponderá a quien sea competente según el bloque de constitucionalidad<sup>17</sup>.

De este modo, la normativa europea en materia de contratación pública no cambia la distribución competencial interna, de modo que su delimitación sigue dependiendo del juego de la CE y la LORAFNA, según el reiterado principio (consagrado por el TC desde su STC 252/1988, de 20 de diciembre) de autonomía institucional y procedimental.

---

<sup>17</sup> Así, el fundamento jurídico 2 manifiesta: "...como este Tribunal ha reiterado en sucesivas ocasiones, <la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que (...) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias>, pues <la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el art. 9.1 de la Norma fundamental> (SSTC 252/1988, 64/1991, 76/1991, 115/1991, 236/1991 y 79/1992). Por consiguiente, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostenta la competencia según las reglas de Derecho interno, puesto que <no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario> (SSTC 236/1991 y 79/1992).



Por otro lado, el TC no identifica necesariamente la norma comunitaria con la norma básica, en el propio FJ 2:

*"Quiere ello decir que el presente conflicto de competencia ha de ser resuelto exclusivamente conforme a las reglas de Derecho interno. Pues bien, desde este punto de vista, el hecho de que las directivas de la CEE sean de obligado cumplimiento por todas las autoridades, centrales y descentralizadas, de los Estados miembros y que incluso puedan tener un <efecto directo> -lo que no corresponde enjuiciar a este Tribunal- no significa que las normas estatales que las adaptan a nuestro ordenamiento deban ser consideradas necesariamente básicas. Aquellas normas comunitarias vinculan, desde luego, a las Comunidades Autónomas pero por su propia fuerza normativa y no por la que les atribuye su traslación al derecho interno como normas básicas. Y, si bien esa necesaria adaptación puede llevar en ciertos casos a establecer normas internas de contenido prácticamente uniforme para todo el territorio de la Nación, tal regulación sólo corresponde hacerla al Estado mediante normas de carácter básico en la medida en que así lo permitan la constitución y los Estatutos de Autonomía. Por tanto, el hecho de que algunos de los preceptos del Real Decreto 2528/1986 se limiten a transcribir el contenido de otros incluidos en directivas comunitarias, no resuelve la duda acerca de su carácter básico".<sup>18</sup>*

---

<sup>18</sup> Es previsible en la aplicación de la normativa contractual pública, una confusión práctica, que no conceptual (STC 141/1993, de 22 de abril; RTC 1993, 141) de los principios a



## **8. El correcto enunciado de esos principios esenciales en la propia LFCP**

La LFCP recoge los principios a que aludimos de forma expresa en su Preámbulo, señalando que los principios especiales de la legislación básica del Estado en esta materia *“son los recogidos por las Directivas y por lo tanto los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia”*.

## **VI. EN CONCRETO. LA EXCLUSIÓN DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LA LEY FORAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (ARTÍCULO 7.1.I) LFCP**

Naturalmente, será el TC el que declare si violenta los principios esenciales de la legislación básica estatal la exclusión de esos servicios en los términos en que se contiene en la nueva redacción del artículo 7.1.I) LFCP. No es envidiable la labor que ha de desarrollar el alto intérprete constitucional para efectuar esa delicada operación a que la norma integrada en el bloque de constitucionalidad apela.

La Directiva 2014/24/UE excluye de su ámbito de aplicación a los servicios jurídicos que consistan en la representación legal de un cliente por su abogado en un procedimiento judicial, incluyendo el asesoramiento

---

que alude el título competencial con la normativa europea que disciplina la contratación administrativa.



jurídico para la preparación del procedimiento. La LCSP, sin embargo, no excluye a estos servicios de su ámbito de aplicación. Y es destacable, además, la circunstancia de que no ha querido diseñar un procedimiento propio para disciplinar la contratación de esos servicios<sup>19</sup>.

Se pueden apuntar determinadas razones que permiten encajar esa exclusión en la competencia foral en los márgenes competenciales que estas líneas tratan de enmarcar, más allá de la relación de confianza que ha de regir la relación cliente-abogado, que puede recomendar que estos concretos servicios no se sometan a los procedimientos legales de selección de contratistas.

El carácter básico de la LCSP no puede constituir por sí una cortapisa a que Navarra legisle sobre la mentada exclusión, en cuanto la LCSP no excluye de su ámbito aplicativo esos negocios jurídicos. Antes bien, se encuentran incluidos en el artículo 19.2.e) LCSP, como no sujetos a regulación armonizada.

---

<sup>19</sup> De interés resultará la lectura del informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 14/2016, de 20 de julio. También RUBIO BELTRÁN, J. "La contratación de los servicios jurídicos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público". Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, 11, 2019, pp. 184-203. MESA VILA, M. "La mutua confianza como fundamento de los contratos de servicios jurídicos, su no tratamiento en el ámbito de la contratación pública: una reflexión y una propuesta". Revista General de Derecho Administrativo, 47, 2018, pp. 184-203.



<http://gabilex.castillalamancha.es>

Estos servicios, como se ha dicho, se encuentran excluidos de la Directiva de Contratación. En efecto, el considerando 4 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, señala:

*"Las formas cada vez más diversas de acción pública han originado la necesidad de definir con mayor claridad el propio concepto de contratación. Sin embargo, esa clarificación no debería ampliar el ámbito de aplicación de la presente Directiva en relación con el de la Directiva 2004/18/CE. Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público. Es preciso aclarar que dicha adquisición de obras, suministros o servicios debe estar sujeta a la presente Directiva tanto si se realiza mediante adquisición, arrendamiento o cualquier otra forma contractual.*

*El concepto de adquisición debe entenderse de manera amplia, en el sentido de obtener los beneficios de las obras, suministros o servicios de que se trate, sin que ello implique necesariamente una transferencia de propiedad a los poderes adjudicadores. Es más, la mera financiación, en particular mediante subvenciones, de una actividad, a menudo ligada a la obligación de reembolsar las cantidades recibidas cuando no se hayan utilizado para los fines previstos, no suele estar regulada por las normas de contratación pública. De modo similar, aquellas situaciones en las que todos los operadores que*



*cumplan determinadas condiciones están autorizados a desempeñar una determinada tarea, sin ningún procedimiento de selección, como los sistemas de elección de los clientes o de cheques de servicios, no deben entenderse como una contratación, sino como simples regímenes de autorización (por ejemplo, las licencias para medicamentos o servicios médicos)”.*

De forma más precisa, el considerando 25 previene:

*“Determinados servicios jurídicos son facilitados por proveedores de servicios nombrados por un tribunal o un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, implican la representación de clientes en un proceso judicial por abogados deben ser prestados por notarios o guardar relación con el ejercicio de una autoridad oficial. Dichos servicios jurídicos son prestados normalmente por organismos o personas nombrados o seleccionados mediante un procedimiento que no puede regirse por las normas de adjudicación de los contratos, como ocurre por ejemplo, en algunos Estados miembros, con el nombramiento del ministerio fiscal. Por consiguiente, estos servicios jurídicos deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva”.*

Consecuentemente, el artículo 10 establece:

*“Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios*

*La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para: (...)*

*d) cualquiera de los siguientes servicios jurídicos:*



*i) representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo (2) en:*

*– un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o*

*– un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales,*

*ii) asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el inciso i) de la presente letra, o cuando haya una indicación concreta y una alta probabilidad de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE,*

*iii) servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario,*

*iv) servicios jurídicos prestados por administradores, tutores u otros servicios jurídicos cuyos proveedores sean designados por un órgano jurisdiccional en el Estado miembro en cuestión o designados por ley para desempeñar funciones específicas bajo la supervisión de dichos órganos jurisdiccionales,*

*v) otros servicios jurídicos que en el Estado miembro de que se trate estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público; (...)"*



El informe 4/2019 de la Junta Consultiva de Contratación reconoce la posibilidad del legislador de regular o no estos servicios por la norma de contratación pública<sup>20</sup>.

El órgano consultivo se interroga acerca de si está correctamente traspuesta la Directiva en la LCSP, en cuanto que la prestación de servicios consistentes en la defensa legal de las Administraciones Públicas mediante abogado nunca puede ser calificada como contrato sujeto a regulación armonizada cualquiera que sea su valor estimado. Pero, a juicio de la Junta, *"eso no implica que no puedan calificarse como contratos de servicios a los efectos de la aplicación de las reglas sobre contratación pública que fueran procedentes en cada caso. Esta decisión del legislador español es perfectamente congruente con el texto y el espíritu de la Directiva y no puede calificarse como una incorrecta transposición de la misma"*.

Y ello porque *"el legislador interno goza de la potestad de permitir su regulación por la norma contractual pública del Estado miembro en cuestión, a pesar de que por expresa indicación del derecho comunitario no estén sujetos a la Directiva"*.

El TJUE, en su sentencia de 6 de junio de 2019, asunto C-264/18, resuelve una cuestión prejudicial en la que se preguntaba si el artículo 10, letras c) y d), incisos i), ii) y v), de la Directiva 2014/24 es compatible con el principio de igualdad, en relación o no con el principio de

---

<sup>20</sup> Expediente 4/19. Régimen jurídico de los contratos de servicios jurídicos.



<http://gabilex.castillalamancha.es>

subsidiariedad y con los artículos 49 TFUE] y 56 TFUE, al quedar estos servicios jurídicos excluidos de la aplicación de las normas sobre adjudicación establecidas en dicha Directiva. La legislación belga de contratación pública que traspone la Directiva excluye los servicios jurídicos de su ámbito objetivo de aplicación, tal y como lo hace la norma navarra que analizamos.

La citada resolución considera que la mentada exclusión en la Directiva no cercena las libertades garantizadas por los Tratados, pues se justifica (apartados 35 a 40 de la sentencia) en que esos servicios sólo se conciben en el marco de una relación intuitu personae entre el abogado y su cliente, marcada por la más estricta confidencialidad. Tal relación se caracteriza por la libre elección del defensor y la relación de confianza que une al cliente con su abogado. Ello dificulta la descripción objetiva de la calidad esperada de los servicios que hayan de prestarse. La citada confidencialidad podría verse amenazada por la obligación del poder adjudicador de precisar las condiciones de adjudicación de ese contrato y la publicidad que debe darse a tales condiciones.

La Comunidad Foral de Navarra en el ejercicio de sus competencias históricas en materia de contratación pública, y en una correcta transposición de la Directiva europea, ha optado por excluirlos de la norma de contratos públicos. Parece que podía hacerlo, en cuanto permitido y, prima facie, más acorde con la disposición europea que la opción contraria. Y, como se ha anticipado, la doctrina ya invocada del TC declara que la traslación de la normativa comunitaria derivada al



Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, debiendo realizarse en Navarra por su Parlamento foral.

No hay riesgo alguno de padecimiento de principios esenciales en la contratación en cuanto tales, identificadores del sistema, pues esa exclusión de adverso combatida no significa que se eludan los principios esenciales del Tratado CE.

Así, el artículo 34.1 párrafo 4 de la LFCP establece expresamente: *“Los contratos privados de la Administración se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente ley foral y sus disposiciones de desarrollo y en lo que respecta a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado.”*

Efectivamente, la LFCP tiene como objeto la regulación de los contratos públicos en el sentido en que los contemplan las Directivas de Contratación. El que no exista una regulación propia de otros contratos de la Administración en este texto legal, que traspone las Directivas, no es obstáculo para el cumplimiento de los principios exigidos en la normativa constitucional europea, tal y como se desprende de lo reseñado en el invocado artículo 34 LFCP.

Parece que la trasposición efectuada por el legislador foral respeta los principios esenciales de la normativa básica estatal, tal y como la misma los define, así como,



específicamente, la exclusión de los mismos de la Directiva a trasponer.

## **VII. EN PARTICULAR. SOBRE LA EXCLUSIÓN DE LOS ACUERDOS DE ADQUISICIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS DE LA LEY FORAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (ARTÍCULO 7.1.m) LFCP) Y EL RÉGIMEN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGESIMOPRIMERA LFCSP.**

### **1. La exclusión y el concreto régimen de adquisición de medicamentos de la disposición adicional vigesimoprimera LFCP impugnada ante el Tribunal Constitucional**

Como hemos señalado, la exclusión de estos procedimientos se contenía en la redacción que fue objeto de impugnación por el Presidente del Gobierno ante el Tribunal Constitucional. Esa separación del régimen legal contractual respondía a principios similares a los analizados en el apartado VII de este escrito<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Es bien conocido el fugaz intento regulador en sentido análogo al que analizamos que se plasmó en la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19, objeto de publicación en el Butlletí Oficial de les Illes Balears del 20 de octubre de 2020. Esos artículos (16, 17 y 18) reguladores del procedimiento de adquisición pública de medicamentos fueron objeto de



Precisaba el Preámbulo de la LFCP, se regula *"la adquisición de medicamentos de uso hospitalario estableciendo un sistema conforme al cual se fijan condiciones generales, que pueden incluir o no rebajas sobre el precio administrativamente establecido de financiación a cargo del Sistema Nacional de Salud, abiertas a una pluralidad de proveedores, con la posibilidad de incorporación posterior de otros operadores económicos, en atención a la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una sentencia de 2 de junio de 2016 (Dr. Falk Pharma GmbH contra DAK-Gesundheit, asunto C-410/14, puntos 41 y 42).*

*En este contexto, y con el fin de preservar la mejor relación entre eficiencia y la adecuada gestión sanitaria, se regula un sistema de adquisición de medicamentos en el que se dispensa la licitación pública cuando ya exista un precio determinado mediante un procedimiento*

---

derogación por la disposición derogatoria única, f) de la Ley 5/2021, de 28 de diciembre.

Puede examinarse, a los efectos competenciales de las Comunidades Autónomas de régimen común, la STC 210/2016, de 15 de diciembre y la posterior STC 7/2017 de 19 de enero, que vienen a considerar que la materia de la dispensación de medicamentos se enmarca en la regulación sobre sanidad, sin que el sistema de la subasta andaluza seleccionando el medicamento de menor precio a dispensar por parte de la oficina de farmacia, que lleva a cabo el Servicio Andaluz de Salud, implique diferencias en las condiciones de acceso a los medicamentos financiados por el Sistema Nacional de Salud.



<http://gabilex.castillalamancha.es>

*administrativo, negociado entre la Administración y el proveedor farmacéutico, e incluso, en algunos casos, acuerdos de riesgo compartido o de techo de gasto que se incorporan, con el que se regulan por lo tanto las condiciones de la adquisición, que se aplicará a las compras del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.”*

La Directiva 2014/24, de contratación pública, señala en el considerando 41:

*“Ninguna disposición en la presente Directiva debe impedir la imposición o ejecución de medidas necesarias para proteger el orden, la seguridad y la moralidad públicos, la salud, la vida humana y animal y la conservación de las especies vegetales o de otras medidas medioambientales, en particular teniendo en cuenta el desarrollo sostenible, siempre que dichas medidas sean conformes con el TFUE”.*

## **2. El cambio de régimen causado por la aprobación de la Ley Foral 35/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2023**

Ha de recordarse que esa exclusión general que se desprendía de la anterior redacción de la disposición adicional vigesimoprimeras de la LFCP ha desaparecido en la redacción vigente desde la aprobación de la Ley Foral de Presupuestos para 2023.

Resalta la distinta sistemática de ambas disposiciones (la derogada y la ahora vigente), pasando de seis apartados a dos, producto de que se han reducido los supuestos



que recoge el artículo, simplificando el régimen aplicable, excluyendo del mismo algún aspecto que presentaba ciertas dificultades conceptuales y reglas menores, como la previsión de causas de modificación y resolución.

En esta redacción se contemplan específicamente dos supuestos:

Por un lado, la compra de medicamentos con patente a través de un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación pública, que estaría dentro de la LFCP. Es obvio que, de no encontrarse esta mención en la disposición adicional de forma expresa, estos negocios también estarían sometidos al régimen de la norma contractual foral, revistiendo la naturaleza de contratos públicos. Parece que el legislador foral se ha inclinado por mencionarlo de forma explícita tanto para desmarcarse del precedente de la anterior redacción de la disposición adicional que analizamos, la que fue objeto del recurso de inconstitucionalidad, como para instaurar un expediente más liviano del que resultaría de aplicación en el régimen del artículo 138 LFCP.

Por otro lado, se menciona la adquisición de medicamentos a través de un sistema open house, si bien en el texto legal se alude a ese procedimiento por referencia a su régimen jurídico, sin citar esa denominación doctrinal. Se elimina la posibilidad de adjudicar contratos en exclusiva mediante un negocio open house. De hecho, se aprecia una adhesión a la doctrina del TJUE a que luego aludiremos, sin calificar de forma manifiesta el negocio como público o privado.



En suma, la compra de medicamentos que no encajen en los supuestos anteriores se sigue sometiendo a la regulación contenida en la LFCP, sin particularidades de ningún tipo, de modo que se permite la utilización, por ejemplo, de un procedimiento abierto, restringido, acuerdo marco, sistema dinámico o cualquier otro).

### **3. Mínima referencia al sistema de dispensación de productos farmacéuticos y su financiación pública en España. <sup>22</sup>.**

Asumiendo el riesgo que este escrito corre en la explicación de un sistema tan complejo, señalaremos que, en síntesis, del artículo 92 del Texto Refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, se sigue que se trata de una financiación selectiva y no indiscriminada, que se acuerda atendiendo a su *“utilidad terapéutica y social, la racionalización del gasto, la existencia de alternativas*

---

<sup>22</sup> Las limitaciones de este estudio convierten en imprescindible y esclarecedora la lectura de GIMENO FELIU, JM: “Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo”, REDA núm.205, 2020. Igualmente, GIMENO FELIU, JM y GARCÍA-ÁLVAREZ, G: “Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: Eficiencia y creación de valor”, Aranzadi, 2020. GIMENO FELIU, JM: “La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema”, REDA núm. 202, 2019, pp. 325-340



*terapéuticas y el coste de las mismas"* (artículo 92.1), junto con un examen específico del precio, esto es, del "precio o el coste del tratamiento de los medicamentos comparables existentes en el mercado" (artículo 92.3). También (artículo 92.8) "para la decisión de financiación de nuevos medicamentos, además del correspondiente análisis coste-efectividad y de impacto presupuestario, se tendrá en cuenta el componente de innovación, para avances terapéuticos indiscutibles por modificar el curso de la enfermedad o mejorar el curso de la misma, el pronóstico y el resultado terapéutico de la intervención y su contribución a la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud si, para un mismo resultado en salud, contribuye positivamente al Producto Interior Bruto". La resolución corresponde a la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia.

Y, decidida la financiación pública del medicamento, es el "Gobierno" de la Nación quien, con sustento en lo que establece el artículo 94.1 del repetido Texto Refundido de la Ley de Garantías del Medicamento, establece los criterios y procedimiento para la fijación de precios de medicamentos y productos sanitarios financiados por el Sistema Nacional de Salud, tanto para los medicamentos de dispensación por oficina de farmacia a través de receta oficial, como para los medicamentos de ámbito hospitalario, incluidos los envases clínicos, o dispensados por servicios de farmacia a pacientes no ingresados. Según el indicado precepto, se tendrán en cuenta los mecanismos de retorno (descuentos lineales, revisión de precio) para los medicamentos innovadores. La Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos también



<http://gabilex.castillalamancha.es>

---

tomará en consideración los análisis coste efectividad y de impacto presupuestario. Realmente, ese proceso se efectúa sin distinción del que decide la financiación, aunque a través de esa Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos, adscrita al Ministerio de Sanidad (artículo 94.5 del tan repetido texto refundido). Según previene el artículo 94.10, el Ministerio de Sanidad establecerá el precio de venta al público de los medicamentos y productos sanitarios financiados mediante la agregación del precio industrial autorizado, que tiene carácter de máximo, y de los márgenes correspondientes a las actividades de distribución mayorista y dispensación al público. Esto es, se suma al precio industrial autorizado o precio de venta de laboratorio fijado por el Ministerio los márgenes comerciales autorizados.

La percepción de complejidad del sistema de financiación pública de los medicamentos se acentúa si se advierte cómo, dejando a un lado el copago en los casos en que procede, existen descuentos a las oficinas de farmacia, así como diversas deducciones que se previenen en el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, especialmente artículos 8 a 10.

La intervención del Ministerio de Sanidad se refuerza en el Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de precios de referencia y de agrupaciones homogéneas de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, y determinados sistemas de



información en materia de financiación y precios de los medicamentos y productos sanitarios<sup>23</sup>.

Es difícil, en suma, encontrar otro ámbito en el que exista una regulación pública de mayor intensidad. La exclusión de la normativa de contratación no deja en el vacío la adquisición pública de medicamentos, ni la somete a una arbitraria decisión adoptada en cada caso.

#### **4. La naturaleza negociadora de la intervención del Estado y los laboratorios farmacéuticos en la fijación de precios y la financiación de cada tipo de medicamento. La garantía de confidencialidad.**

El procedimiento a que se somete la financiación y fijación de precios de cada medicamento que puede ser prescrito dentro del Sistema Nacional de Salud, mayoritariamente iniciado de oficio, tiene reservada la

---

<sup>23</sup> Aunque en el recurso de inconstitucionalidad se invoca el título competencial estatal en materia de "legislación sobre productos farmacéuticos" (artículo 149.1. 16ª CE) es evidente su nula incidencia en este caso. Remisión obligada a la STC 98/2004, de 25 de mayo de 2004, que define ese título competencial como "(...) ese conjunto de normas que tiene por objeto la ordenación de los medicamentos en cuanto "sustancias" cuya fabricación y comercialización está sometida –a través de las correspondientes actividades de evaluación, registro, autorización, inspección y vigilancia- al control de los poderes públicos, en orden a garantizar los derechos de los pacientes y usuarios que los consumen". En idéntico sentido, STC 109, 152, 193 y 137 todas ellas del año 2013. También la STC 211/2014, de 18 de diciembre, en el recurso de inconstitucionalidad 822-2011.



<http://gabilex.castillalamancha.es>

intervención de los operadores farmacéuticos, tal y como se previene en la Orden de 6 de abril de 1993, con la Instrucción de 13 de diciembre de 2002, de la Subsecretaría del Ministerio de Sanidad y Consumo, por la que se coordinan los procedimientos administrativos relativos a autorización de comercialización y financiación con fondos públicos de especialidades farmacéuticas de uso humano.

En el mismo, el laboratorio dispone de trámites de alegaciones y audiencia., que determinada doctrina científica configura como de auténtica negociación.

El Tribunal de Cuentas habla de "*proceso de negociación*" para determinar precio de los medicamentos y financiación con cargo al Sistema Nacional de Salud<sup>24</sup>.

La configuración del proceso como de negociación no requiere su afirmación expresa, pues esa consecuencia se sigue de la contemplación de sus trámites más básicos.

Y ese proceso negociado que desemboca en la resolución de fijación de precio y financiación a cargo del Sistema

---

<sup>24</sup> Así, por ejemplo, página 34, epígrafe "II.4.1. Financiación pública y fijación de precios de los medicamentos", y página 51, en la segunda de sus recomendaciones, del informe de fiscalización de la actividad económica desarrollada por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en relación con el área farmacéutica, número 1185 de 2016 (<https://www.crisisycontratacionpublica.org/archives/7456/t-cuentas-inf-1185-2016-medicamentos-2>).



Nacional de Salud es continuado. No sólo afectado por el surgimiento de nuevos medicamentos, sino también por la constante evaluación de medicamentos ya objeto de financiación (que puede conducir a su exclusión posterior) o por el establecimiento de nuevos precios en lo sucesivo, diferentes a los inicialmente fijados.

No obstante, la publicación indiscriminada de los datos de las compañías farmacéuticas que confluyen en el procedimiento de fijación de precios y financiación pública de los medicamentos podría generar daños en las mismas, que se podrían incluso ver compelidas al mantenimiento de ofertas para obtener la financiación pública en España que sean insostenibles en otros ámbitos.

El sistema impone obligaciones de confidencialidad, tales como las que se contienen en el artículo 16.4 del Texto Refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios:

*“Para garantizar la transparencia de sus actuaciones, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios asegurará el acceso público de sus decisiones sobre las autorizaciones de medicamentos, sus modificaciones, suspensiones y revocaciones, cuando todas ellas sean firmes, así como el resumen de las características del producto. Será, asimismo, de acceso público el informe de evaluación motivado, previa supresión de cualquier información comercial de carácter confidencial. La confidencialidad no impedirá la publicación de los actos de decisión de los órganos colegiados de asesoramiento técnico y científico del*



<http://gabilex.castillalamancha.es>

---

*Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad relacionados con la autorización de medicamentos, sus modificaciones, suspensiones y revocaciones”*

Incluso respecto de los aspectos económicos de la proposición del laboratorio, el artículo 97.3 del tan mentado Texto Refundido previene que:

*“3. La información que en virtud de este artículo obtenga la Administración General del Estado será confidencial.”*

También el artículo 106.2 del mismo Texto Refundido señala:

*“La información agregada resultante del procesamiento de las recetas del Sistema Nacional de Salud, incluyendo las de la Mutualidad de Funcionarios de la Administración Civil del Estado, las de la Mutualidad General Judicial y las de Instituto Social de las Fuerzas Armadas, es de dominio público, salvando siempre la confidencialidad de la asistencia sanitaria y de los datos comerciales de empresas individualizadas. Su gestión corresponde a los Servicios de Salud de las comunidades autónomas en su ámbito territorial y a la Administración General del Estado en la información del conjunto del Sistema Nacional de Salud.*

*Lo establecido en el párrafo anterior será, asimismo, de aplicación a la información relativa a las compras de medicamentos y de productos sanitarios realizadas a través de los correspondientes servicios de farmacia por los hospitales del Sistema Nacional de Salud”.*



Esas cláusulas de confidencialidad (y otras que se contienen a lo largo del articulado del texto, como las que afectan a la realización de inspecciones o ensayos clínicos) impiden el acceso y la difusión de cualquier información comercial confidencial de las empresas farmacéuticas en poder de la Administración que pueda desprenderse de los procedimientos de evaluación, autorización, registro y dispensación pública de los medicamentos.

En fin, y siguiendo la estela del Derecho Comunitario, el precio es un elemento más y, en el marco de un mercado regulado tan intensamente, coexiste con (y puede remplazarse por) otros como la rentabilidad, la innovación, los plazos de disponibilidad, etc.). Por ello, la concurrencia de un precio no ha de conducir necesariamente al encauzamiento de la adquisición del medicamento a través de un contrato público.

### **5. La doctrina del TJUE que precisa el alcance de las Directivas de Contratación Pública en esta materia.**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 2 de junio de 2016, Dr. Falk Pharma GmbH vs. DAK-Gesundheit, asunto C 410/14, ECLI:EU:C:2016:399, declaró que el sistema "open-house", utilizado en Alemania para seleccionar el precio de medicamentos reembolsables sin seleccionar un proveedor único y permitiendo la incorporación posterior de nuevos proveedores que asumiesen las condiciones establecidas, quedaba fuera del ámbito de aplicación de las directivas de contratación, y ello justamente por su



<http://gabilex.castillalamancha.es>

carácter abierto. Se trataba de un mecanismo en el que se admitía como proveedor a todo operador económico que cumpliera unos requisitos previamente establecidos, concretamente, un acuerdo entre un seguro de enfermedad y todos los proveedores de medicamentos que aceptasen una rebaja de cuantía predeterminada en el precio, pudiendo adherirse a posteriori nuevos proveedores durante el período de vigencia.

El TJUE vuelve a acentuar su rechazo a que hayan de aplicarse necesariamente y en todo caso las normas que reglamentan la contratación pública por el mero hecho de que un poder adjudicador adquiriera bienes en el mercado, teniendo que convocarse un procedimiento de licitación y llegando a la firma de contratos exclusivos.

En este sentido, los apartados 36 y 37 son esclarecedores:

*"36. Pues bien, con carácter fundamental, el riesgo de favorecer a los operadores económicos nacionales que la referida Directiva pretende conjurar está estrechamente relacionado con la selección que el poder adjudicador tiene intención de llevar a cabo entre las ofertas admisibles y con la exclusividad que va a derivar de la adjudicación del contrato de que se trate al operador cuya oferta resulte seleccionada —o a los operadores económicos cuyas ofertas resulten seleccionadas en el caso de un acuerdo marco—, que es la finalidad de los procedimientos de contratación pública.*

*37. Por consiguiente, cuando una entidad pública pretenda celebrar contratos de suministro con todos los*



*operadores económicos que deseen proporcionar los productos de que se trate en las condiciones indicadas por dicha entidad, la no designación de un operador económico al que se conceda la exclusividad de un contrato tendrá como consecuencia que no haya necesidad de delimitar mediante las normas precisas de la Directiva 2004/18 la acción de dicho poder adjudicador impidiéndole adjudicar un contrato de modo que favorezca a los operadores nacionales.”*

No tratándose de un acuerdo marco –dado que sigue abierto a otros operadores durante toda su vigencia- (parágrafo 41), el apartado o parágrafo 42 señala:

*“42. Por consiguiente, debe responderse a la primera cuestión prejudicial planteada que el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que no constituye un contrato público a los efectos de dicha Directiva un sistema de acuerdos, como el que es objeto del litigio principal, mediante el cual una entidad pública pretende adquirir bienes en el mercado contratando, a lo largo de toda la vigencia de dicho sistema, con todo operador económico que se comprometa a suministrar los bienes de que se trate en condiciones preestablecidas, sin llevar a cabo una selección entre los operadores interesados y permitiéndoles adherirse a dicho sistema durante toda la vigencia de éste”.*

Pero el propio TJUE previene los límites jurídicos que un sistema de esas características haya de respetar:



*"44. Es preciso señalar que, en la medida en que su objeto presente un interés transfronterizo cierto, tal procedimiento estará sujeto a las normas fundamentales del Tratado FUE, en particular a los principios de no discriminación y de igualdad de trato entre operadores económicos, así como a la obligación de transparencia derivada de ellos, que exige realizar una publicidad adecuada. A este respecto, en una situación como la que se plantea en el litigio principal, los Estados miembros disponen de cierto margen de apreciación para adoptar medidas destinadas a garantizar el respeto del principio de igualdad de trato y de la obligación de transparencia.*

*45. Ahora bien, la exigencia de transparencia implica que se realice una publicidad que permita a los operadores económicos potencialmente interesados tener pleno conocimiento del desarrollo y de las características esenciales de un procedimiento de participación como el que es objeto del litigio principal.*

*46. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si el procedimiento de participación objeto del litigio principal satisface estas exigencias."*

En resumen:

*"47. Por consiguiente, debe responderse a la segunda cuestión prejudicial planteada que, en la medida en que el objeto de un procedimiento de participación en un sistema de acuerdos como el controvertido en el litigio principal presente un interés transfronterizo cierto, dicho procedimiento deberá concebirse y organizarse de conformidad con las normas fundamentales del Tratado*



*FUE, en particular con los principios de no discriminación y de igualdad de trato entre operadores económicos, así como con la obligación de transparencia derivada de ellos”.*

Los contratos denominados “open house” se caracterizan porque en ellos no se selecciona un único proveedor del suministro, pues se admite como proveedores a todos los operadores que cumplan con las condiciones previamente fijadas por la Administración. Esos procedimientos abiertos o de larga duración no son contratos públicos.

El sistema sumariamente expuesto de establecimiento administrativo del precio de los medicamentos financiados por el Sistema Nacional de Salud encaja dentro de estas cautelas jurídicas que el TJUE plasma en los párrafos citados de su sentencia, de modo que parece ajustada al Derecho comunitario de contratos públicos la adquisición directa de esos productos o el establecimiento de sistemas de compra que tengan en cuenta ese precio establecido por el Ministerio, sin tener que licitar, seleccionar y contratar a proveedores únicos.

El criterio establecido en esa sentencia se ha ampliado en la STJUE de 1 de marzo de 2018, Maria Tirkkonen vs. Korkein hallinto-oikeus, asunto C-9/17, en el que se concluye que el artículo 1, apartado 2, letra a), de 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, debe interpretarse en el sentido de que no constituye un



contrato público, en el sentido de dicha Directiva, un sistema (en ese caso) de asesoramiento a las explotaciones agrarias, mediante el cual una entidad pública selecciona a todos los operadores económicos interesados que cumplan los requisitos de aptitud establecidos en la convocatoria de licitación y hayan superado el examen mencionado en dicha convocatoria. Y ello, a diferencia del caso anteriormente expuesto, aun cuando durante el período limitado de vigencia de ese sistema no pueda admitirse a ningún nuevo operador.

**6. No se aprecia que la LFCP incurra en infracción alguna de principios esenciales de la normativa básica. Parece correcta la transposición de la normativa comunitaria hecha en Navarra. La aplicabilidad de la doctrina del TJUE al sistema establecido en la Disposición Adicional Vigésimoprimera LFCP.**

Las adquisiciones de medicamentos genéricos, biosimilares y medicamentos originales, cuando la compra se articule a través de sistemas en los que no se seleccione a uno o varios proveedores de entre todos los demás interesados (referencia al sistema "open house"), se siguen excluyendo de la aplicabilidad de la LFCP en la nueva redacción de la disposición adicional vigésimoprimera que rige tras la Ley Foral de Presupuestos para 2023.

Se fija un procedimiento consistente en el establecimiento por la administración, para cada uno de los medicamentos, de las condiciones que deberán asumir formalmente todas las entidades interesadas,



entre las que deberá estar necesariamente el precio. Estas condiciones serán de obligado cumplimiento y su aceptación podrá llevarse a cabo por las interesadas a lo largo de toda la vida del expediente.

Las condiciones establecidas, así como la forma de solicitar la adhesión al expediente de compra de medicamentos serán objeto de publicidad en el Portal de Contratación de Navarra.

No puede dejarse de recalcar que en estos procedimientos existe una real concurrencia, debiendo asumir los aspirantes el precio fijado por la Administración.

La posible discrecionalidad en la aplicación del procedimiento establecido en la disposición adicional vigesimoprimera sería, en cualquier caso, de índole técnica, sin que sea parámetro de constitucionalidad de la norma una previsión de un posible incumplimiento en cada futura aplicación de la norma, que, si se produce, será objeto de la corrección oportuna por las vías que el derecho prevé<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> La práctica de la contratación de medicamentos que en limitado grado puedo conocer pone de relieve la cierta dificultad de prever en un pliego las múltiples variables que se advierten en las diversas presentaciones de un producto como el medicamento, cuando tienen el mismo principio activo, teniendo en cuenta que ese producto se halla sometido a controles externos al del poder que contrata. Los criterios de eficacia estrictamente farmacológica (establecidos externamente) no se pueden tener en cuenta a la hora de adquirir una u otra presentación del medicamento. Pero



<http://gabilex.castillalamancha.es>

Esa previsión legal encaja en (o se aproxima mucho al mismo) el concepto de adquisiciones “open house”, que se empezó a visibilizar con la sentencia Falk Pharma y que tiene mayor relevancia desde la sentencia Tirkkonen, ambas antes invocadas. Las adquisiciones citadas se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, y no son contratos públicos, aunque sí deban respetarse en su adjudicación los principios generales del TFUE.

El procedimiento que establece la LFCP para la tramitación de adquisiciones de medicamentos genéricos, biosimilares y medicamentos originales constituye un conjunto de exigencias de construcción propia del derecho foral (en aplicación de la competencia legislativa exclusiva en materia de contratación pública) que no contraviene principio esencial alguno encarnado en la legislación básica estatal.

Carece de interés examinar el caso de los medicamentos sujetos a patente<sup>26</sup>, en cuanto que ya se hallan dentro

---

pueden existir detalles que vayan surgiendo entre los productos que cumplan con las exigencias normativas que inclinen la decisión técnica en favor de una u otra opción, como que un medicamento presente un color diferente, por ejemplo, para una dosis y otro color para otra dosis, lo que puede facilitar su administración, o que surja un producto que no requiera ser reconstituido por personal de enfermería respecto de otro equiparable, lo que hace más sencillo su suministro.

<sup>26</sup> Que, según estimaciones del personal que tiene encomendada en la Comunidad Foral de Navarra la adquisición



del ámbito aplicativo de la LFCP, tras la modificación efectuada por la Ley Foral 35/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2023<sup>27</sup>. No obstante, se puede tener en consideración que el margen de negociación económica para cualquier ente contratante será prácticamente nulo, una vez finalizado el procedimiento de establecimiento de precios por parte de la Comisión, a que se ha hecho anterior referencia. Sin embargo, conseguir la entrega de los medicamentos con la mayor celeridad posible resulta crítico para aquellos pacientes que los necesitan y cuya vida no puede depender de la tramitación de un procedimiento de contratación pública, sin que de ello resulte una infracción de principio esencial alguno de la disciplina que la regula. Al contrario, esa celeridad permite preservar principios y derechos constitucionales, la esencia misma orientadora de la actuación del propio sistema sanitario y, en última instancia, el requisito nuclear para la contratación pública: ser medio para la satisfacción del interés público. En persecución de ese objetivo, y con la norma ahora vigente, se previene que su procedimiento se limitará a la justificación de la necesidad y de la existencia de crédito, a la aceptación de las condiciones del contrato en documento firmado, una resolución del órgano competente aprobando el gasto y el contrato, siendo objeto de publicidad conforme a lo previsto por el artículo 102.1 LFCP.

---

de estos productos, vienen a representar el 80% del gasto farmacéutico.

<sup>27</sup> Bien es cierto que ese procedimiento negociado sin convocatoria de licitación no es exactamente el establecido en el artículo 75 LFCP, cuestión que puede dar lugar a otras consideraciones que alargarían este análisis.



En los medicamentos exclusivos o con patente, no hay opción de alterar el precio, no ya en el sistema que la disposición foral instauraba en su origen, o en el que ahora prevé, sino en ningún procedimiento de adquisición pública de medicamentos. No concurre competitividad posible en ese punto, por la propia naturaleza de los medicamentos a adquirir. No obstante, el legislador navarro ha optado por no escudarse en estas circunstancias para mantener la anterior exclusión de estos negocios del ámbito aplicativo de la LFCP.

Concluye el régimen que se establece desde la modificación efectuada por Ley Foral de Presupuestos para 2023 que la compra de medicamentos dentro de cada uno de los grupos se llevará a cabo atendiendo exclusivamente, a criterios de eficiencia en la gestión y/o a necesidades terapéuticas por parte de los servicios de farmacia. Sólo será necesaria la previa reserva de crédito.

Y, en cualquiera de los casos, el resultado de la adquisición de medicamentos será objeto de publicidad, al menos con carácter semestral, señalando en cada caso la empresa adjudicataria y el importe adjudicado.

## **VIII. CONCLUSIÓN.**

En esta materia de contratos administrativos en la Comunidad Foral, la competencia de Navarra es exclusiva de carácter histórico, en virtud de su régimen foral, establecida por el artículo 49.1.d) de la LORAFNA, plasmación de uno de los derechos originarios e



históricos de la Comunidad Foral de Navarra (arts. 2, 3 y 39.1.a) LORAFNA), de acuerdo con el efecto institucional y competencial que despliega la disposición adicional primera de la CE.

Así, la competencia foral en esta materia no está limitada por toda la legislación básica del Estado (aun en sentido material o estricto).

La operación de traducir ese techo (que la normativa contractual pública foral no puede romper) respecto de las concretas normas objeto de impugnación constitucional a que este escrito se refiere (a la espera de lo que el TC determine respecto de la pervivencia del objeto del proceso) exige una delicada confrontación de esos preceptos de la LFCP con los principios a que responde la normativa básica estatal, atendiendo también a la normativa de la Unión Europea. El régimen contractual público foral se separa del estatal en cuanto a la disciplina de los negocios de asistencia jurídica y de adquisición pública de medicamentos delineada en la legislación estatal autocalificada como básica. El análisis que antecede permite concluir que no padece el acomodo constitucional de las concretas disposiciones analizadas en estas líneas, pues no violentan el límite a que han de someterse: el respeto (sólo) a los principios esenciales de la legislación básica estatal, que se encuentran expresamente enunciados, y ello en cuanto son caracterizadores de un régimen de contratación pública o del régimen español de contratación pública. Las exclusiones analizadas son respetuosas con la distribución competencial, en cuanto esa concreta regulación foral no ignora los principios de igualdad de



trato, libre concurrencia, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia o buena administración. Las disposiciones analizadas respetan también las Directivas comunitarias que Navarra tiene potestad para transponer, acomodando su normativa a la europea, tal y como ha sido precisada por el TJUE.