

Nº 14
Segundo trimestre 2018

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 14. Junio 2018

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

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

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^a Araceli Muñoz de Pedro

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

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

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. David Larios Risco

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

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.



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 Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

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

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

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

SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción	9
-------------------------------	---

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE.

D. Ángel Cea Ayala	15
--------------------------	----

LA CONSIDERACIÓN DE ASPECTOS AMBIENTALES Y SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. RÉGIMEN DE SU NUEVA REGULACIÓN.

D ^a Purificación López Toledo	47
--	----

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SECCIÓN 6^a, 359/2018 DE 6 DE MARZO (REC. 4726/2016). CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA.

D ^a Antonia Gómez Díaz-Romo	101
--	-----

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JUNIO DE 2018. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA. RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 210/2016.

D ^a Belén López Donaire	125
--	-----



SECCIÓN INTERNACIONAL

LAS UNIONES TEMPORALES DE PROVEEDORES (UTP) Y
LAS DIFICULTADES EXISTENTES EN TORNO A SU
IMPLEMENTACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
CHILENA.

D^a Natalia Francisca Cáceres Luarte 145

BASES DE PUBLICACIÓN183

EDITORIAL

La Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha creó el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno para garantizar los derechos de acceso a la información pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y garantizar y promover la observancia de las disposiciones de buen gobierno en el ámbito de aplicación de aquella.

No obstante, la constitución efectiva del Consejo estaba pendiente del Reglamento que fuera aprobado por las Cortes de Castilla-La Mancha y se preveía que debería contener en todo caso, su estructura, competencias, organización y funcionamiento.

Pues bien, el pasado 29 de junio de 2018 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes de Castilla-La Mancha el mencionado Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno, lo que supone un hito importante en la decidida apuesta de nuestra Comunidad Autónoma por la transparencia y buen gobierno.

Ahora solamente queda desear que el mencionado órgano cuente con los medios personales y materiales para desarrollar sus importantes



funciones, y especialmente que la elección de los miembros de la Comisión Ejecutiva recaiga en personas cualificadas en la materia que permitan impulsar este órgano en sus comienzos.

En efecto, estamos ante la puesta en marcha de un nuevo órgano, sus cimientos, y para ello no cabe duda que la correcta elección de las personas encargadas de ello va a ser esencial para su buen funcionamiento y devenir futuro, confiando plenamente que será así.

Por otro lado, resultará igualmente muy útil la labor que desarrolle la Comisión Consultiva del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno que se constituye como órgano colegiado de participación y consulta en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y como órgano de apoyo y asistencia a la Comisión Ejecutiva del Consejo. En ese sentido, resulta muy positivo y acertado el carácter transversal de los sujetos que pueden formar parte del mismo (Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, entidades representativas de consumidores y usuarios o de los intereses económicos y sociales...). Por ello, esperamos que todas estas instituciones y entidades tengan una participación muy activa lo que redundará, sin duda, en todos los ciudadanos/as castellano manchegos.

En definitiva, deseamos todo lo mejor a las personas que formen parte del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno en esta nueva andadura en defensa de unos de los grandes

principios del siglo XXI, la transparencia y el buen gobierno.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

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

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

“LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE.”

D. Ángel Cea Ayala

Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Resumen: Dentro de las distintas modificaciones establecidas en el marco de la contratación del sector público e incorporadas a nuestro derecho a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, nos encontramos con las reformas operadas en la materia de la resolución de los contratos, alguna de las cuales tiene extraordinaria importancia. Estamos ante una causa de extinción de los contratos como así se señala en el artículo 209 de la Ley que considera como tales, el cumplimiento y la resolución del contrato.

El presente comentario tiene como finalidad fundamental ofrecer una visión general de estas reformas, y la comparación con la situación legal previa a la aparición de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Todo ello con el fin de que el lector se aproxime a los aspectos más interesantes de la nueva regulación legal, que tiene por objeto la transposición de las Directivas Comunitarias al Ordenamiento jurídico español.



Palabras clave: Resolución, Causas, contratos, Ley, Efectos, procedimiento.

Abstract: Within the different modifications established in the scope of the public sector contracting incorporated to our right through the law 9/2017, of November 8, it is important to highlight the reforms carried out in the matter of the resolution of the contracts, some of which has extraordinary importance. We are before a cause of termination of contracts as stated in Article 209 of the new law that considers as such, compliance and termination of the contract. The main purpose of this commentary is to offer an overview of these reforms as well as their comparison with the legal situation prior to the appearance of the new law on public sector contracts. All this in order that the reader approaches the understanding of the most interesting aspects of the new regulation, whose main purpose is the transposition of community directives to the Spanish legal system.

Key Words: resolution. Causes. contracts. law. effects. process.

Sumario:

- 1-Planteamiento previo.**
- 2-Causas de resolución de los contratos.**
- 3-Efectos de las causas de resolución.**
- 4-Procedimiento de ejercicio.**
- 5-Causas de resolución en los distintos tipos de contratos.**
- 6-Otros temas.**
- 7-A modo de conclusión.**

1-PLANTEAMIENTO PREVIO.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión y 2014/24/UE, de contratación pública, de 26 de febrero de 2014.

Como antecedentes a la reforma y desde el plano del derecho positivo, la Ley de Economía Sostenible de 2011 incorporo determinadas modificaciones en el ámbito de la resolución de los contratos, recogidas en la ya derogada Ley de Contratos del sector Público de 2011, Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Así se incorporó al texto de la Ley de Contratos del Sector Público nuevas causas de resolución en el artículo 206 apartado g) referidas a la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos pactados o la de producción de una lesión grave al interés público de proseguirse su ejecución en esos términos cuando no sea posible su modificación.

Entre las prerrogativas de la Administración se encuentra la resolución de los contratos en los casos en que se cumplan los presupuestos establecidos por la Ley.

En la nueva Ley de 2017 la resolución de los contratos como tal queda regulada en el Libro segundo, Capítulo primero, Sección tercera, "de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos" dentro de la Subsección quinta bajo la denominación de suspensión y extinción de los contratos.



La nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, recoge un conjunto de causas de resolución de los contratos, aparte de una serie de causas de resolución que operan para determinados tipos de contratos. Estas causas de resolución quedan recogidas en el artículo 211.

La rescisión de los contratos esta prevista en el artículo 73 de la Directiva 2014/24, de 26 de febrero, de contratación pública, al señalar que los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad de rescindir un contrato público durante su vigencia en tres casos muy concretos:

- *El contrato ha sido objeto de una modificación sustancial, que habría exigido un nuevo procedimiento de contratación.*
- *-En el supuesto en que el contratista hubiera debido ser excluido del procedimiento de adjudicación.*
- *El contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista a la vista de la existencia de un incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en los Tratados y en la Directiva, declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del TFUE.*

A estos efectos señala la Directiva en su número 112 que *"en algunas ocasiones los poderes adjudicadores se ven enfrentados a circunstancias que exigen la rescisión anticipada de contratos públicos a fin de cumplir con las obligaciones que se derivan del derecho de unión en materia de contratación pública. Por consiguiente los Estados miembros deben garantizar*

que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad, en las condiciones determinadas por el derecho internacional, de rescindir un contrato público durante su periodo de vigencia si así lo requiere el derecho de la unión."

El artículo 25 de la Ley referido a los contratos administrativos, después de definir cuáles de ellos tienen esa naturaleza jurídica señala que en cuanto a su extinción se rigen por la Ley de Contratos de Sector Público y las disposiciones de desarrollo, y supletoriamente por las restantes normas de derecho administrativo, y en su defecto, por las normas de derecho privado, si bien los contratos administrativos especiales, les será de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

Hay que tener en cuenta sobre la aplicación de las causas de resolución las disposiciones contenidas para los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, artículo 319 de la Ley.

2-LAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS.

De esta forma la norma, prevé la siguiente relación de causas de resolución de los contratos:

- a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista.

Ha de estarse aquí al contenido del artículo 98 de la propia Ley referido a la sucesión del contratista, que



permite tal sucesión, con los matices que para cada caso se establecen en el precepto legal para los siguientes supuestos; fusión de empresas, escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas. La pregunta que pudiera suscitarse en estos casos va referida a que ocurriría de plantearse en la práctica alguna de estas incidencias.

-Fusión de empresas: siempre que en ella participe la entidad contratista, continúa el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que queda subrogada en todos los derechos y obligaciones.

- Escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas: continua el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que queda subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. En este caso se exige que reúna la nueva entidad las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar y la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones, y en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquellas de la ejecución del contrato.

El problema práctico puede plantearse para el caso en que por no reunirse por la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia, y por ende, no puede operar la subrogación a la que hace referencia la Ley, entraríamos en causa de resolución del contrato, por culpa del adjudicatario.

Cuando se produzca la resolución del contrato por muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual la Administración podrá acordar la

continuación del contrato con sus herederos o sucesores.

- b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

En relación a la declaración de concurso habrá de estarse a lo dispuesto en la vigente Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio.

Una de las novedades de la Ley introducida en el número cinco del artículo 212, se refiere a la aplicación de las causas de resolución en el caso de declaración de concurso, supuesto en el que la Administración potestativamente continuará el contrato, pero supeditada a la existencia de razones de interés público que así lo aconsejen, si bien han de prestarse garantías por el contratista. Es decir, la existencia del concurso no implica de forma automática la resolución del contrato.

Como señala el Consejo de Estado en el informe que emitió en su día sobre el contenido del anteproyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, "*La privación de carácter automático a la extinción contractual en caso de apertura de la fase concursal de liquidación no empece la prerrogativa de la Administración para declarar la resolución; es más, la falta de ejercicio de esta prerrogativa tendrá que estar fundada en razones de interés público y respaldada por garantías suficientes de ejecución. Por lo tanto, el cambio analizado tendrá como virtualidad dotar a la Administración de un margen de discrecionalidad para decidir si opta por la continuidad del contrato en las circunstancias expuestas*".



A la vista del contenido de la Ley, se entiende por garantías suficientes:

1)-Garantía complementaria de al menos el 5% del precio del contrato.

Deberá prestarse en la forma prevista en el artículo 108 de la Ley, es decir, en efectivo o en valores, que en todo caso serán de Deuda Pública, el efectivo y los certificados de inmovilización de los valores anotados se depositarán en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en las Cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes ante las que deban surtir efectos; o mediante aval, prestado en la forma y condiciones establecidas en la Ley, por alguno de los bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito y sociedades de garantía recíproca autorizados para operar en España, o mediante contrato de seguro de caución, celebrado en la forma y condiciones establecida en la Ley; con una entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo.

2)- Depósito de una cantidad en concepto de fianza, con remisión en cuanto su forma a lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley, quedando constituida como cláusula penal para caso de incumplimiento por parte del contratista.

c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.

El mutuo acuerdo, continúa en la nueva Ley como causa de resolución del contrato.

- d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

En todo caso el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas.

El retraso al que hace referencia 211.1 letra d) afecta directamente al contratista, si bien la norma introduce en su texto una novedad no contemplada en la anterior Ley referida al retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato incluidas las posibles prórrogas.

- e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 198.

Así la letra e) del número uno del artículo 211 de la ley, considera como causa de resolución del contrato, la demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 198. Recordando, este precepto, relativo al pago del precio, señala que la demora de la Administración fuese superior a seis meses, el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se originen. Estos preceptos han de ser interpretados teniendo en cuenta la previsión incluida en el apartado 8 en el sentido de que las Comunidades Autónomas pueden reducir ese plazo. Tal precepto está íntimamente ligado con la previsión



contenida en el artículo 29.2 de la ley referido a la prórroga del contrato que no resulta obligatoria para el contratista en el caso que se dé la causa de resolución prevista en el art 198.6.

- f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Se tipifica como causa de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, siempre que se cumplan dos requisitos:

-Que se respeten los límites que el apartado uno del artículo 34 de la Ley establece para la libertad de pactos. El citado artículo señala que en los contratos del sector público pueden incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

-Que figuren enumeradas de forma precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

Tal causa de resolución del contrato guarda relación con la causa prevista en el artículo 215.3 de la Ley referido a la subcontratación, al señalar expresamente que la infracción de las condiciones establecidas para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de

emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, tendrá entre otras, y en función de la repercusión en la ejecución del contrato, cuando así se hubiera previsto en los pliegos, la posible resolución del contrato siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el segundo párrafo de la letra f) del apartado 1 del artículo 211 en el sentido de que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares al efecto de atribuir de características con el carácter de obligación contractual esencial, artículo 122.3.

- g) Está prevista como causas de resolución del contrato aquellas que se señalen específicamente en la Ley para cada categoría de contrato. Además la norma prevé como causa de resolución del contrato el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales
- h) La resolución del contrato en los casos en los que no proceda la modificación contractual.

En la Ley de Contratos del Sector Público encontramos disposiciones que permiten vincular la imposibilidad de modificación del contrato con la resolución del contrato ya en vigor. De esta forma el artículo 203 referido a la potestad de la modificación del contrato fija con claridad que en aquellos supuestos en que fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes.

Además el artículo 206 en relación a la obligatoriedad de las modificaciones y para los supuestos previstos en el artículo 205 de la Ley referido a las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas



particulares; prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales, determina que las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para el contratista cuando impliquen , aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20% del precio inicial del contrato, IVA excluido. A sensu contrario, cuando la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviendo el contrato, en caso contrario , remitiéndose la norma a la letra g) del apartado 1 del artículo 211.

Las modificaciones del contrato en los casos en que no se den las circunstancias establecidas en los artículos 204 y 205, darán siempre lugar a la resolución del contrato.

i) El impago de salarios.

Una de las causas de resolución configuradas en la nueva Ley afecta directamente a las relaciones del contratista con sus trabajadores, lo que sin duda alguna puede tener reflejo en la normal ejecución del contrato, y afectar directamente al interés público. Me refiero al impago de los salarios a los trabajadores.

De esta forma el número primero del artículo 211.1 de la Ley, en su letra i), se refiere al impago por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando durante la ejecución del contrato de los salarios, causa de resolución que también se extiende al incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos aplicables a los trabajadores durante la ejecución. Este precepto guarda relación con el número seis del artículo 130 de la Ley que

contempla la obligación del contratista de responder de los salarios impagados de los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones de Seguridad Social devengadas, aún en el supuesto en que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último.

Resulta importante destacar que los Pliegos de cláusulas administrativas particulares habrán de contener la referencia a las distintas causas de resolución del contrato.

El art 35.1 letra K) establece, en cuanto al contenido mínimo del contrato que este debe incluir necesariamente, salvo que ya se encuentren recogidas en el pliego, los supuestos en que procede su resolución.

3- EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN. ANÁLISIS CONJUNTO CON LA APLICACIÓN DE LAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN.

Conviene iniciar el apartado de los efectos de la resolución tomando en cuenta las distintas causas de resolución desde la perspectiva de los cambios producidos en la nueva ley con respecto a la regulación anterior. A tal efecto, algunas de las consecuencias que derivan de la resolución del contrato han quedado apuntadas con anterioridad.

Procediendo a su análisis, los efectos varían según estemos ante un supuesto de incumplimiento imputable al contratista, o de una actuación imputable a la Administración.



- a) Resolución por mutuo acuerdo de las partes intervinientes.

En este caso los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado entre ellas, no variando la redacción fijada por la anterior norma, que tampoco sufre variaciones en relación a la aplicación, art 212.4, ya que la resolución por mutuo acuerdo solo puede tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

- b) Incumplimiento por la Administración o el contratista de las obligaciones del contrato.

Como determina el número dos del artículo 213, con carácter general y sin perjuicio del análisis que pueda efectuarse en la práctica en relación a cada caso concreto, la Administración queda obligada, por razón de este incumplimiento al pago al contratista de los daños y perjuicios causados. No hay que olvidar que el incumplimiento por parte de la Administración tan solo da lugar a la resolución contractual, en los casos previstos en la Ley.

Diferente es el esquema de obligaciones que se originan para el contratista como consecuencia de su incumplimiento de obligaciones del contrato. Tal supuesto se configura como causa de resolución del contrato en el artículo 211.1 letra f) al establecer como tal causa el incumplimiento de la obligación principal del contrato. Y es que en este tema el contratista tiene una serie de obligaciones que se cubrirán desde el punto de vista económico con la incautación de la garantía y en lo que exceda de esta deberá indemnizar a la Administración con los daños y perjuicios. La

redacción difiere de la prevista en el número tercero del artículo 225 de la anterior Ley si bien persiste la obligación indemnizatoria del contratista.

Conforme al art 192 de la Ley el incumplimiento imputable al contratista, parcialmente en la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato dará lugar a la opción que tiene la Administración, siempre atendidas las circunstancias del caso, de resolver el contrato.

Igual previsión de resolución por parte de la Administración queda contemplada en el artículo 193 para los casos en que el contratista y por causas imputables al mismo hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total. En el caso de que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por cien del precio del contrato IVA excluido, el órgano de contratación queda facultado para optar por la resolución.

c) La imposibilidad de modificar el contrato al no concurrir las causas legalmente habilitantes para llevar a cabo los cambios en el contrato.

El artículo 211.1 letra g) , es muy claro al establecer como causa de resolución la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, siempre que no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205 de la ley. Al mismo tiempo, cuando dándose las circunstancias previstas en el artículo 205, las modificaciones impliquen aislada o conjuntamente, alteraciones en el precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20% del precio inicial del contrato IVA excluido.



En los supuestos en que resulte de aplicación la causa de resolución de la letra g), el contratista tiene derecho a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista, o este rechace la modificación propuesta por la administración al amparo del artículo 205.

Los efectos económicos de la concurrencia de tal causa de resolución darán lugar a la percepción por el contratista de una indemnización del 3% de la prestación dejada de realizar, pero no en todos los casos. Así si la causa es imputable al contratista no tendría derecho a tal indemnización lo que también ocurriría cuando rechace la propuesta de modificación efectuada por la Administración

En el artículo 213 de la Ley, destaca la mención que como efecto de la resolución se recoge en el apartado sexto al prever que hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado.

c) Impago de salarios.

A este respecto el artículo 212 sobre la aplicación de las causas de resolución, señala que esta causa de resolución solo se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista, excepto cuando los trabajadores afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación de conformidad con las previsiones del art 130, y el importe de los salarios adeudados por la empresa

contratista supere el 5% del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso la resolución podrá ser acordada directamente de oficio por el órgano de contratación.

No hay que olvidar a este respecto las previsiones contenidas en el artículo 201 de la Ley sobre las obligaciones en materia laboral, que obliga a los órganos de contratación a tomar las medidas pertinentes para garantizar el cumplimiento de tales obligaciones durante la ejecución del contrato, con especial referencia a los convenios colectivos, y la potestad atribuida a estos órganos de tomar las oportunas medidas para comprobar durante el procedimiento de licitación que los candidatos y licitadores cumplen aquellas obligaciones. Todo ello de la posibilidad legalmente establecida de imposición de penalidades, por los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos siempre que sea grave y dolosa.

Ha de estarse aquí a la mención que efectúa el artículo 122 de la ley en relación al contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares en el sentido de que aquel contendrá la obligación del adjudicatario de cumplir con las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación.

4-PROCEDIMIENTO DE EJERCICIO.

La resolución se acordará de oficio por el órgano de contratación o en aquellos casos en que la ley lo permite, a instancia del propio contratista.

La resolución del contrato fuera de los casos que hemos expuesto con anterioridad, solo puede instarse por



aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que dio lugar a la misma.

El artículo 191 de la Ley se refiere al procedimiento de ejercicio, exigiéndose la correspondiente audiencia al contratista. En la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, y demás integrantes del sector público estatal, los acuerdos siempre requieren el informe del Servicio Jurídico.

Es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas en los supuestos comprendidos en el número tercero del artículo 191 de la Ley de Contratos del Sector Público, apartado a), casos en que se resuelva el contrato cuando se formule oposición por parte del contratista. En igual sentido el artículo 195 de la Ley de Contratos del Sector Público referido a la resolución por demora.

Además los acuerdos que adopte el órgano de contratación ponen fin a la vía administrativa y son inmediatamente ejecutivos.

Importante es la novedad introducida por el legislador en un tema que ha adquirido cierta relevancia práctica desde el momento en que por desaparición del contratista encargado de la ejecución del servicio o de la obra pública, se ocasiona un grave perjuicio al interés público ya que la obra queda paralizada y el servicio no puede ejecutarse. Esta situación que se ha producido con alguna frecuencia en estos años de crisis económica daba lugar a una importante problemática no solo en la actuación y devenir administrativo, sino que trascendía al ámbito judicial a través de los recursos que en vía contencioso administrativa iban

surgiendo. Por ello la norma acierta al establecer con carácter principal la obligación de adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno del servicio público o la ruina de lo construido o fabricado.

La retribución se fija entonces de forma pactada, con acuerdo, pero en el caso de que este no se produjera, la retribución del contratista se fijará a instancia de este por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato, sin perjuicio de que si este no está de acuerdo pueda impugnar la decisión. Esta impugnación se realiza ante el órgano de contratación.

El plazo para resolver la impugnación será el de 15 días, días que serán hábiles por mor de lo dispuesto en el artículo 213 de la Ley. Véase al respecto el contenido de la disposición adicional duodécima referida al cómputo de plazos, que con claridad señala que los plazos establecidos en la Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo indicación expresa de que tan solo se tomen en cuenta para el cómputo los días hábiles.

La resolución que se dicte por parte del órgano de contratación podrá recurrirse ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Lo anterior en los casos en que la actuación del contratista se ajuste al contenido del precepto de la ley. Ahora, que ocurre en aquellos casos en que el contratista no pueda garantizar las medidas a las que hemos hecho referencia.

El legislador trata de resolver aquellos problemas que se han dado en la práctica en estos últimos años,



permitiendo que sea la Administración la que pueda intervenir garantizando la realización de esas medidas con sus propios medios o en su caso, a través de un contrato con un tercero.

Todo ello sin perjuicio de que como establece el primer párrafo del número seis del artículo 213, pueda iniciarse el procedimiento para adjudicar el nuevo contrato, si bien para las causas de resolución de los contratos previstas en las letras b), d) f) y g) del apartado 1 del artículo 211, la adjudicación quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Aquí conviene hacer un inciso en el sentido de que si es el contratista el que acude a la vía contencioso administrativa, a través de las distintas incidencias que hipotéticamente pueden suscitarse en vía contenciosa pueda demorarse la resolución en exceso, y por ende la terminación del expediente de resolución contractual a la que hace referencia el último inciso del primer párrafo del número seis del artículo 213 de la Ley.

Para el supuesto en que no se susciten incidencias entre el órgano de contratación y el contratista, o aun cuando estas se planteen y no se llegue a la vía judicial, o esta finalice con un resultado favorable para la propia Administración, se aplicará el trámite de urgencia en el procedimiento de ejecución.

Consecuencia aplicable a todos los supuestos en que se produzca la resolución del contrato, es la decisión que ha de adoptar el órgano, y que ha de recoger en el acuerdo de resolución del contrato, sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía. La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, de 4 de octubre de 2005, se refiere a la

incautación de la garantía, consecuencia impuesta por la Ley de Contratos, cuando la resolución es imputable al incumplimiento culpable del contratista.

Sobre este particular el vigente art 109 de la Ley para el caso de que se hagan efectivas sobre la garantía definitiva las penalidades o indemnizaciones exigibles al contratista, establece que este debe reponer o ampliar aquella en el plazo de quince días desde la ejecución, incurriendo en caso contrario en causa de resolución. Además el artículo 110 fija la responsabilidad a la que esta afecta la garantía definitiva, de la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, y la devolución o cancelación de la garantía no se llevara a efecto hasta que se declare, en los casos en que así procediere, la resolución del contrato sin culpa del contratista. Sobre la incautación de la garantía el Consejo de Estado en el informe que emitió en su día sobre el texto del Anteproyecto recogía una recomendación en el sentido de incluir en el texto de la ley que *"excepcionalmente, la incautación de la garantía podrá ser modulada por la Administración"*.

La nueva Ley resuelve en el número segundo del artículo 211, uno de los problemas que se planteaban en la práctica cuando concurrían varias causas de resolución de los contratos. De esta forma y cuando concurren diversas causas de resolución con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, ha de acudir al principio temporal, debiendo atenderse a la que hubiera aparecido con prioridad en el tiempo, criterio recogido en el dictamen del Consejo de Estado número 408/2013, de 6 de junio.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre algunos aspectos. Por ejemplo la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª de 10 de



marzo de 2016, recurso nº 317/2015, "que señala que el plazo para declarar la resolución comienza conforme a la normativa del Código Civil, desde que la resolución pudo ejercitarse y no desde la fecha de la resolución, que daría lugar al inicio del plazo de caducidad para su impugnación jurisdiccional, o en otro caso al de la posible prescripción de la ejecución del acto administrativo resolutorio"... y la Administración ha de resolver dentro de los plazos determinados legalmente sin que su incumplimiento pueda ser utilizado en perjuicio de terceros"

5- CAUSAS DE RESOLUCIÓN DE LOS DISTINTOS TIPOS DE CONTRATOS.

La regulación que con carácter general está prevista en la ley para la resolución de los contratos queda completada para cada uno de los tipos contractuales con algunas especialidades que a continuación pasaré a exponer, con especial hincapié en aquellas que he considerado como más relevantes o de especial interés.

1. CONTRATO DE OBRAS.

La anterior regulación sobre las causas de resolución en estos contratos quedaba recogida en los artículos 237, 238 y 239 de la ya derogada Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Conviene destacar el contenido de dos preceptos: Artículo 245 referido a las causas de resolución y el artículo 246 que comprende los efectos de la resolución de estos contratos.

Como causas especiales de resolución de estos contratos la Ley además de las causas generales incluye cuatro más.

-La demora injustificada en la comprobación del replanteo. El contratista tendrá en este caso derecho a una indemnización equivalente al 2 % del precio de adjudicación IVA excluido.

-La suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses.

-La suspensión de las obras por plazo superior a ocho meses por parte de la Administración.

-El desistimiento.

En cuanto a los efectos de la resolución del contrato de obras pueden efectuarse las siguientes matizaciones.

En primer lugar la necesaria comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto. Se habrán de fijar los saldos a favor o en contra del contratista con la necesaria citación al contratista para su asistencia al acto de comprobación y medición.

En los casos de desistimiento antes de la iniciación de las obras o suspensión de la iniciación por parte de la Administración por plazo superior a cuatro meses, el contratista tiene derecho a una indemnización del 3% del precio de adjudicación, IVA excluido.

En los casos de desistimiento una vez iniciada la ejecución de las obras o de suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses, tiene el contratista derecho a una indemnización del 6% del



precio de adjudicación del contrato de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido.

Son obras dejadas de realizar las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas y las que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran ejecutado.

Cabe, y así se incluye en el número cinco del citado artículo 246, la continuación de las obras por parte de otro empresario o por la propia Administración. Tal situación puede adoptarse por el órgano de contratación con carácter de urgencia, por motivos de seguridad o para evitar la ruina de lo construido. El contratista puede impugnar la valoración efectuada y el plazo para la resolución es de 15 días.

2. CONCESIONES DE OBRAS. CONCESIÓN DE SERVICIOS

De forma muy breve, la nueva Ley de Contratos de Contratos del Sector Público al tratar sobre la extinción de las concesiones de obras, en sus artículos 279 y 280, incluye las causas de resolución y los efectos de la resolución del contrato de concesión de servicios.

Ha de partirse del artículo 261 de la Ley referido a las prerrogativas y derechos de la Administración, por el que el órgano de contratación tiene la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos en los casos y condiciones que se establecen en los artículos 279 y 280.

La regulación en esta materia comprende como causa de extinción del contrato la resolución, si bien al mismo tiempo que se remite a las causas generales previstas en el artículo 211 de la Ley incluye otras causas específicas para estos contratos en el artículo 279, los efectos en el artículo 280, así como el nuevo proceso de adjudicación en concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración, y en el artículo 282 regula la determinación del tipo de licitación de la concesión de obras cuando se produce la resolución por causa no imputable a la Administración.

Por lo que respecta a la concesión de servicios la ley actual, artículo 290, regula la modificación del contrato e incluye una previsión de resolución, y más concretamente en los artículos 294 y 295, se contemplan todas las causas de resolución y los efectos de cada una de ellas. Regulación que sigue con un esquema muy parecido al establecido para la resolución de los contratos de concesión de servicios.

3. CONTRATO DE SUMINISTRO.

Merece especial referencia a la regulación que contiene la nueva Ley en relación con la resolución del contrato de suministro y los efectos de la misma, artículos 306 y 307, anteriormente artículos 299 y 300.

Las causas previstas en el artículo 306 incluyen dos más aparte de las causas generales a las que nos hemos referido con anterioridad:



-Desistimiento antes de la iniciación del suministro. -El desistimiento una vez iniciada la ejecución del suministro

-La suspensión de la iniciación del suministro por causa imputable a la Administración por plazo superior a cuatro meses a partir de la fecha señalada en el contrato para la entrega salvo que en el pliego se señale otra menor. En estos casos los efectos de la resolución del contrato serán el de una indemnización del 3% del precio de adjudicación del contrato, IVA excluido.

La suspensión del suministro por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otra menor. Los efectos en este último caso serán el de una indemnización del 6% del precio de adjudicación, de los suministros dejados de realizar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido.

¿Qué se entiende por dejados de realizar? La Ley considera que serán los que resulten de la diferencia entre los reflejados en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas y los que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran realizado.

Los efectos de la resolución del contrato quedan regulados en el artículo 307.1 de la Ley. Estos son, la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados y cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, habrá de abonar está el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad.

4. CONTRATO DE SERVICIOS.

En relación a los contratos de servicios, el artículo 313 de la vigente Ley, anteriormente artículos 308 y 309 de la derogada Ley de Contratos del Sector Público, regula las causas y efectos en relación a estos contratos.

- Desistimiento antes de iniciar la prestación del servicio, o una vez iniciada la prestación del mismo. El derecho a indemnización del contratista varía entre el 3% del precio de adjudicación del contrato IVA excluido, en el primer caso, y el 6% del precio de adjudicación del contrato IVA excluido, de los servicios dejados de prestar, en concepto de beneficio industrial, en el segundo caso.
- La suspensión por causa imputable al órgano de contratación de la iniciación del contrato por plazo superior a cuatro meses a partir de la fecha señalada en el mismo para su comienzo, salvo que en el pliego se señale otro menor. Suspensión del contrato por plazo superior a ocho meses acordada por el órgano de contratación, salvo que en el pliego se señale otro menor. En el primer caso tiene derecho el contratista a percibir una indemnización por todos los conceptos del 3% del precio de adjudicación, IVA excluido, y en el último caso una indemnización del 6% del precio de adjudicación del contrato de los servicios dejados de prestar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido. El problema que se planteaba aquí era el de que debía entenderse por servicios dejados de prestar. Tal concepto ha quedado determinado por la norma al definir estos como los que resulten de la diferencia



entre los reflejados en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas y los que hasta la fecha de notificación de la suspensión se hubieran prestado. La redacción, como vemos es semejante a la establecida en el artículo 307 para los efectos de la resolución del contrato de suministro.

Todo ello teniendo en cuenta que los contratos complementarios quedan resueltos cuando se resuelve el contrato principal, con derecho el contratista a percibir una indemnización por todos los conceptos del 3%.

Como efectos de la resolución de los contratos de servicios, está el derecho del contratista a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado siempre con arreglo al contrato y que hubiese recibido la Administración.

Con respecto al contrato de elaboración de proyectos de obras, art 314.2 es muy claro al señalar que en el caso que no se hubieran corregido por el contratista las deficiencias en plazo, da la opción a la Administración para resolver el contrato, con incautación de garantía y la obligación del contratista de abonar a la Administración con una indemnización igual al precio pactado, art 314.5.

6- OTROS TEMAS

La Ley analiza otros muchos temas que tienen relación directa con el régimen legal de las resoluciones

contractuales. Sin ánimo de exhaustividad pueden señalarse los siguientes:

La Disposición transitoria primera de la Ley claramente distingue los casos en los que resultaría de aplicación la nueva Ley, diferenciándolos de aquellos en los que seguiría aplicándose la anterior norma, sin perjuicio de que puedan plantearse numerosas dudas para la aplicación de esta disposición en relación a cada caso concreto.

La disposición derogatoria, con claridad da por derogado el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan al contenido de la Ley 9/2017.

Novedad importante es la relativa al plazo de duración de los expedientes de resolución que serán de ocho meses, como informo el Consejo de Estado en el informe sobre el Anteproyecto de la norma.

Por último referirme a dos disposiciones de la Ley 9/2017 que también se refieren a la resolución de los contratos; La Disposición Transitoria Primera de la Ley referida a los expedientes iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, al señalar que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley se regirán , en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción , incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas , por la normativa anterior, y los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de la ley se regirán por la normativa anterior. Parece por tanto que dentro de este último



apartado queda incluida la resolución contractual y por tanto su régimen regulador.

A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.

Además la Disposición adicional trigésima de la ley exige la autorización del Consejo de Ministros para la resolución de concesiones de autopistas de competencia estatal, tema este que en la actualidad ha adquirido cierta virtualidad mediática.

7- A MODO DE CONCLUSIÓN.

Como he venido señalando a lo largo de este comentario, la resolución del contrato queda configurada en la norma como una causa de extinción del contrato, en aquellos supuestos en los que concurren circunstancias de especial trascendencia reguladas expresamente en la ley, que impiden su continuidad. Prima por tanto el interés público, que ha de valorarse en cada caso, antes de proceder a llevar a cabo la resolución del contrato.

La nueva regulación de las resoluciones contractuales viene impuesta, como ocurre con los demás preceptos y campos del ámbito de la contratación administrativa, por la necesaria transposición de las Directivas comunitarias. El legislador, a mi juicio ha incluido alguna causa de resolución que se hacía necesaria desde el punto de vista práctico, como es la referida al

impago de salarios, en los términos anteriormente expuestos.

Si bien la reforma llevada a cabo merece una valoración positiva, habrá de estarse al desarrollo y aplicación de la norma en los distintos supuestos que surjan a partir de este momento, con el fin de poder efectuar una valoración más precisa. La jurisprudencia, así como los informes que vayan elaborando las distintas Juntas Consultivas poco a poco resolverán las cuestiones prácticas planteadas.

Para finalizar hay que recordar que dado el régimen transitorio establecido en la norma pueden plantearse en este ámbito problemas referidos a la norma, anterior o vigente, que resulte de aplicación en la resolución del concreto contrato.

**“LA CONSIDERACIÓN DE ASPECTOS
AMBIENTALES Y SOCIALES EN LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA. RÉGIMEN DE
SU NUEVA REGULACIÓN. ¹”**

**“THE CONSIDERATION OF
ENVIRONMENTAL AND SOCIAL
ASPECTS IN PUBLIC PROCUREMENT.
REGIME OF ITS NEW REGULATION.”**

D^a Purificación López Toledo

Magistrada suplente de la Sala de lo Contencioso-
Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de
Castilla-La Mancha.

Doctora en Derecho por la Universidad de Castilla-
La Mancha.

¹ El presente trabajo se corresponde con la ponencia que, bajo la misma titulación, tuve el inmenso honor de impartir el día 19 de abril de 2018 con motivo de la II Jornada de la Revista Gabilex organizada por el Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en Toledo.



RESUMEN:

La normativa de contratación pública ha experimentado una importante evolución hacia la consecución de objetivos transversales y, entre estos objetivos, destacan los relativos a cuestiones ambientales, sociales y laborales que configuran una contratación pública medioambientalmente sostenible y socialmente responsable. En el caso de la UE, la mencionada evolución culminó con la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, y en el caso de la legislación española con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Al hilo de la reciente normativa, en el presente trabajo se abordará un análisis de los aspectos más relevantes que en materia medioambiental y social se extraen a la luz del texto de la nueva Ley en las diferentes fases del procedimiento de contratación administrativa.

PALABRAS CLAVE:

Contratación pública, desarrollo sostenible, protección del medio ambiente, calidad, derechos sociales.

ABSTRACT:

Public procurement regulations have evolved towards cross-cutting objectives such as environmental, social and labor issues of environmentally sustainable and socially responsible public procurement. The UE evolution culminated with the approval of Directive 2014/24/UE, on public procurement, and in Spanish legislation Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts. In this paper we analyze the most

relevant environmental and social aspect of the new Law in the contracting phases.

KEYWORDS:

Public procurement, sustainable development, environmental protection, quality, social rights.

SUMARIO:

I. INICIAL APROXIMACIÓN AL PRECURSOR RECONOCIMIENTO DE ASPECTOS AMBIENTALES Y SOCIALES EN EL DERECHO DE LA UE.

II. LA NUEVA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO: PREVISIONES AMBIENTALES Y SOCIALES EN LAS DISTINTAS FASES DEL CONTRATO.

1. PREPARACIÓN DEL CONTRATO.

2. SELECCIÓN DEL CONTRATISTA.

3. ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

4. EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

III. CUESTIONES DE ÍNDOLE SOCIAL EN LOS CONTRATOS RESERVADOS.

IV. CONCLUSIÓN.

V. BIBLIOGRAFÍA.



I. INICIAL APROXIMACIÓN AL PRECURSOR RECONOCIMIENTO DE ASPECTOS AMBIENTALES Y SOCIALES EN EL DERECHO DE LA UE.

La política de contratación pública es uno de los componentes de la política de mercado interior, de ahí que las Directivas en la materia estén destinadas a garantizar la libre circulación de mercancías y la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en el ámbito de la contratación pública. Sin embargo, la política del mercado interior puede compaginarse con la consecución de otros objetivos fundamentales de la UE y de los Estados miembros, como son los de la política social.

Si bien es cierto que la política de contratación pública está orientada a la consecución de objetivos de eficiencia económica, también lo está a la consecución de objetivos sociales y medioambientales configurados como políticas propias en el Tratado. La Comunidad no sólo debe tender a la búsqueda de la eficacia económica, sino también a un mejor y mayor bienestar social de la población comunitaria².

La política social ha desempeñado un papel fundamental en el desarrollo de la potencia económica de Europa merced a la implantación de un modelo social único en su género. Progreso económico y cohesión social, unidos a un elevado grado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente, son los pilares complementarios del desarrollo sostenible que conforman el núcleo del proceso de integración europea, y ello partiendo de la premisa

² GIMENO FELIÚ, J.M. *“La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española”*, Cívitas, Madrid, 2006, pág. 47.

básica consistente en que el incremento del nivel de vida, la promoción de un elevado nivel de empleo y protección social, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo y el desarrollo de la calidad de vida figuran entre los objetivos de la UE.

Se ha acuñado el concepto de compra pública sostenible para hacer referencia a la integración de aspectos sociales, éticos y ambientales en los procesos y fases de la contratación pública, cuyo contenido engloba diferentes concepciones de la contratación pública responsable como son la compra ética, la compra verde o la compra social, en tanto que recoge sus características, fundamentos y objetivos. La compra social tiene en cuenta aspectos como la calidad en el empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad o la contratación de empresas de inserción y centros especiales de empleo³. La compra verde (también conocida como contratación pública verde, ecológica o sostenible) se refiere a aquel proceso de compra o contratación llevado a cabo por las Administraciones públicas en el que se toman en consideración criterios medioambientales, lo que implica un fuerte potencial para incrementar el mercado de los productos ecológicos o fomentar el desarrollo de servicios ambientales.

La contratación pública ecológica es una importante herramienta para el logro de políticas medioambientales relacionadas con el cambio climático, la utilización de los recursos y la producción y el consumo sostenibles. A los mencionados efectos,

³ MORENO MOLINA, J.A. *“La inclusión de las personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo internacional, europeo, estatal y autonómico”*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016, pág 190.



deviene esencial citar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones⁴ cuyo objetivo es lograr una economía sostenible, hipercarbónica, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que el valor de los productos, los materiales y los recursos se mantengan en la economía durante el mayor tiempo posible y en la que se reduzca al mínimo la generación de residuos. Como señala la precitada Comunicación, la contratación pública, que representa casi un 20% del PIB de la UE, permite a las Administraciones en el desarrollo de su actividad, fomentar y contribuir a los objetivos de sostenibilidad económica y medioambiental.

Hasta la aprobación de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, las Directivas sobre contratos públicos no contemplaban expresamente la posibilidad de que se persigan objetivos de política social con motivo del procedimiento de adjudicación de un contrato público⁵, ni tampoco recogieron referencia explícita alguna a la protección del medio ambiente⁶.

⁴ COM (2015) 614 final, de 2 de diciembre de 2015; "Cerrar el círculo; un plan de acción de la UE para la economía circular".

⁵ GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H. "¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?. Justicia Administrativa, núm. 20, 2003, pág. 30.

⁶ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes; de la posibilidad a la obligación", Actualidad Jurídica Ambiental, núm. 1, 2011, pág. 6. En este contexto, afirma la autora que "hasta la aprobación de las Directivas de 2004, la incorporación de la vertiente ambiental

La Directiva 2004/18/CE sobre contratos del sector público, sí recogió expresamente la posibilidad de utilizar cláusulas sociales y medioambientales en la contratación. En cuanto a los aspectos sociales, reconocía en su Considerando 46 que “a fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva. Si se reúnen estas condiciones, determinados criterios de adjudicación económicos y cualitativos, podrán permitir que el poder adjudicador satisfaga las necesidades del público afectado, tal como se definieron en las especificaciones del contrato. En estas mismas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato”. En cuanto a los aspectos ambientales, resultaba significativo su Considerando 5 cuando establecía que “la presente Directiva clarifica de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible

en los contratos públicos se ha movido básicamente en el campo de las *“posibilidades, invitaciones y recomendaciones”* a las Administraciones públicas. Aunque no puede negarse que éstas, en general, han acogido de buen grado y han ido haciendo uso de estas prerrogativas, no es menos cierto que la consolidación de unos resultados más eficaces pasaría por imponer la integración en la celebración de contratos públicos de este tipo de criterios. Es evidente que una cosa es recomendar a la Administración que *“coloree de verde”* sus contratos y otra muy distinta imponerle que lo haga, de tal forma que si no lo hace pueda decirse que el contrato que celebra es ilegal”.



al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio”.

Sin embargo, en el artículo 53.1 de la Directiva 2004/18/CE se incluyeron como posibles criterios de adjudicación los medioambientales y no los sociales, que quedaban sólo contemplados en el Considerando. De forma acertada, la LCSP de 2007 (artículo 134) y el TRLCSP de 2011 (artículo 150) sí recogieron ambos tipos de criterios, que se mantienen en el artículo 64 de la Directiva 2014/24/UE y en el artículo 145 de la nueva LCSP de 2017.

Ciertamente los poderes adjudicadores cuentan con un amplio margen de maniobra a la hora de elaborar cláusulas contractuales en materia social, pudiéndose imponer al titular del contrato como condiciones particulares adicionales de carácter social, alguna de las que seguidamente se relacionan; la obligación de dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para jóvenes o los desempleados al realizar la prestación; la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, o la diversidad racial o étnica; la obligación de respetar en lo esencial, al realizar la prestación, las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT en el supuesto de que éstas no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional; la obligación de contratar, con vistas a la ejecución del contrato, a un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo. A estos criterios sociales, podrían añadirse otros como las medidas que

fomenten la estabilidad en el empleo y las medidas tendentes a la seguridad y salud en el ámbito laboral.

La Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, ha dado un importante salto cualitativo en la materia al contemplar como uno de sus grandes objetivos permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes⁷ como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles⁸ y, como consecuencia de ello, dado que es la norma que transpone a nuestro Derecho interno, la nueva Ley de Contratos del Sector Público muestra una decidida apuesta para el uso de la contratación pública en apoyo de objetivos sociales o ambientales comunes.

⁷ MORENO MOLINA, J.A. "La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al Derecho español", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 129, Madrid, 2014, pág. 18.

⁸ PERNAS GARCÍA, J.J. "El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales", en *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, Civitas, Cizur Menor, 2012. págs. 299- 323.



II. LA NUEVA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO: PREVISIONES AMBIENTALES Y SOCIALES EN LAS DISTINTAS FASES DEL CONTRATO.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas de 26 de febrero de 2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y 2014/24/UE sobre contratación pública.

La nueva Ley, aplicable desde el día 9 de marzo de 2018, supone un gran avance respecto al derogado TRLCSP de 2011 en relación a la introducción de medidas ambientales y sociales en la contratación pública, resaltando la inclusión en los contratos públicos de consideraciones de tipo social, medioambiental, de innovación y desarrollo, las cuales podrán incluirse en los criterios de adjudicación (como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio) o como condiciones especiales de ejecución, debiendo destacarse que la nueva Ley obliga ahora a los órganos de contratación a establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo social o ambiental de las que, como se expondrá posteriormente, enumera en su artículo 202.

Ya en su artículo 1.3, la norma sienta una verdadera declaración de principios al establecer que: “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales, siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos”.

El nuevo texto normativo fortalece los criterios sociales y ambientales en los contratos del sector público, debiendo subrayarse que los contratos contendrán siempre consideraciones ambientales, sociales o de innovación, y esto es un cambio de enfoque en la contratación pública. A su vez, el texto resalta como marcado objetivo conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar políticas europeas y nacionales en materia medioambiental y social, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES y de defensa de la competencia.

Las consideraciones de tipo social, ambiental de innovación y desarrollo podrán incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, o como condiciones especiales de ejecución, siempre que se relacionen con el objeto del contrato, y este es un punto básico en tanto que las cláusulas sociales y ambientales deben estar relacionadas con el objeto del contrato a celebrar.

1. PREPARACIÓN DEL CONTRATO.

La fase de preparación del contrato ha sido el momento en el que el proceso de contratación ha ofrecido mayores posibilidades de introducir cláusulas sociales y ambientales, siempre y cuando se encuentren vinculadas al objeto del contrato de que se trate.

La nueva LCSP, además de mantener en todo su clausulado una atención especial a los aspectos sociales, mejora lo establecido en la norma que le ha precedido y permite incluir cláusulas sociales y medioambientales en diversos momentos del



procedimiento. Con esta regulación, la norma incluye en el Derecho español lo que ya se regulaba en las Directivas europeas, en concreto, el Considerando 40 de la Directiva 2014/24/UE en el que se indica que: “El control del cumplimiento de dichas disposiciones de derecho medioambiental, social y laboral debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber; cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a las ofertas anormalmente bajas. La necesaria verificación a tal efecto ha de efectuarse con arreglo a las disposiciones pertinentes de la presente Directiva, en particular con arreglo a las aplicables a medios de prueba y declaraciones del interesado”.

Una muestra de ello es el que nos ofrece el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares regulado en su artículo 122 donde se hace referencia a tres momentos de la tramitación de los contratos al disponer que “el pliego debe contener las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución del contrato se establezcan”.

Igualmente, se contemplan condiciones sociales y ambientales en el pliego de prescripciones técnicas particulares, donde se definirán las calidades de la prestación y sus condiciones sociales y ambientales. En este sentido, en su artículo 124 establece la obligación general de las Administraciones contratantes de elaborar, con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato o, de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan

las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus características sociales y ambientales, que solo podrán ser modificadas con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones. La aprobación de estos pliegos de especificaciones técnicas corresponde al órgano de contratación competente.

La LCSP dedica su artículo 125 a definir las prescripciones o especificaciones técnicas, según se trate de contratos de obras, suministros o servicios, con expresa mención a consideraciones de tipo social y ambiental y, a estos efectos, describe el precepto que se entenderá por prescripción o especificación técnica:

a) Cuando se trate de contratos de obras, los procedimientos de aseguramiento de la calidad, el impacto social, laboral, ambiental y climático de los materiales, productos o actividades que se desarrollen durante la elaboración o utilización de los mismos, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad universal y diseño universal o diseño para todas las personas), la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso y los procesos y métodos de producción en cualquier fase del ciclo de vida de las obras: b) Cuando se trate de contratos de suministro o servicios, aquella especificación que figure en un documento en la que se definan las características exigidas de un producto o de un servicio como, por ejemplo, los niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad universal y diseño universal o diseño para todas las personas) y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la utilización del producto, su seguridad, o



sus dimensiones, así como los requisitos aplicables al producto en lo referente a la denominación de venta, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso, los procesos y métodos de producción en cualquier fase del ciclo de vida del suministro o servicio, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad.

En cuanto a las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas, establece con carácter general el apartado 1 del artículo 126 de la nueva Ley, que las prescripciones técnicas proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia. Las prescripciones técnicas podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, según la definición de este novedoso concepto jurídico establecida en su artículo 148, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden relación con el valor y los objetivos de éste.

Añade el citado precepto que para toda contratación pública que esté destinada a ser utilizada por personas físicas, ya sea el público en general o el personal de la Administración contratante, las prescripciones técnicas se redactarán de manera que se tenga en cuenta la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como los criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, tal como son definidos estos

términos en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre⁹. Si el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrado de la Contaminación¹⁰.

⁹ El artículo 2.k del Real Decreto Legislativo 1/2013 define la accesibilidad universal como “la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivo, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de “diseño universal o diseño para todas las personas” y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse”. Por su parte, por diseño universal o diseño para todas las personas entiende la letra l) del citado artículo 2 “la actividad por la que se conciben o proyectan desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El diseño universal o diseño para todas las personas no excluirá los productos de apoyo para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando lo necesiten”.

¹⁰ PERNAS GARCÍA, J.M. “*Contratación pública verde*”, La Ley, Madrid, 2011, pág. 72-73. Refiere el autor que “la Ley no define lo que debe entenderse por criterios de sostenibilidad y protección ambiental. El concepto de sostenibilidad es más amplio que el de medio ambiente, ya



De este modo, la LCSP presenta una gran vocación social y ambiental que proclama ya desde su artículo 1.3, desarrollando mucho más que sus antecesoras las reglas para las especificaciones técnicas, como lo demuestra el contenido del precitado artículo 126 que tiene en consideración la protección de personas con discapacidad y del medio ambiente. En definitiva, se trata de una manifestación más de la vinculación de la contratación pública a las políticas sociales y medioambientales, expresada destacadamente en la Directiva 2014/24/UE y recogida todavía de forma más decidida que la norma comunitaria por la nueva Ley de Contratos de 2017.

Por su parte, y en relación con las especificaciones técnicas, el Derecho de la UE apoya la posibilidad de presentar ofertas que reflejen la diversidad de soluciones técnicas. Para ello, propone que los poderes adjudicadores que deseen introducir necesidades medioambientales en las especificaciones técnicas de un contrato determinado podrán prescribir las características medioambientales, tales como un método de producción dado y/o los efectos

que abarca objetivos no sólo ambientales (el mantenimiento de condiciones físico-químicas que hacen posible la vida) sino también sociales (lucha contra el desempleo, la pobreza y las desigualdades sociales) y económicas (alcanzar mayores niveles de calidad de vida con un uso menos intensivo en recursos). No obstante, la LCSP parece aludir únicamente al factor ambiental de la sostenibilidad. Ello queda evidenciado por el hecho de que el órgano de contratación deberá definir las prescripciones técnicas "aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación".

medioambientales específicos de grupos de productos o servicios. Podrán utilizar, aunque no están obligados a hacerlo, las especificaciones adecuadas definidas por la etiquetas ecológicas, como la etiqueta ecológica europea, la etiqueta ecológica (pluri) nacional o cualquier otra etiqueta ecológica, si las exigencias de la etiqueta se desarrollan y adoptan basándose en una información científica mediante un proceso en el que puedan participar todas las partes implicadas, como son los organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y si la etiqueta es accesible y está a disposición de todas las partes interesadas.

Como es sabido, las etiquetas ecológicas distinguen a los productos que son más respetuosos con el medio ambiente de otros similares del mismo grupo de productos. Se conceden de manera voluntaria a productos que reúnen una serie de condiciones y su primordial finalidad es informar a los consumidores.

La mayor novedad introducida por la Directiva 2014/24/UE para esta fase del contrato es la relativa al uso de ecoetiquetas, aceptando el uso directo (no sólo por referencia, que sigue siendo una opción) permitiendo, de este modo, a las autoridades de contratación requerir una etiqueta determinada como medio de prueba de que las obras, bienes o servicios corresponden con unas determinadas características.

Ahora, los poderes adjudicadores no tendrán que detallar todas y cada una de las especificaciones requeridas en el pliego, sino que si una ecoetiqueta se corresponde con las especificaciones precisadas podrán requerir directamente la etiqueta, lo que conllevará posiblemente ahorros tanto temporales como económicos en la elaboración de los pliegos de



condiciones y un mayor uso de la misma por parte de los poderes adjudicadores debido a la mayor facilidad en su utilización.

Conviene aclarar que el uso de las etiquetas ecológicas no se encuentra limitado a las especificaciones técnicas, sino que la Directiva 2014/24/UE prevé su implementación tanto en la fase de adjudicación como en la de ejecución del contrato.

Podemos definir el etiquetado ecológico comunitario como un distintivo que voluntariamente se incorpora a un producto para informar a los consumidores sobre las repercusiones que el mismo puede tener en el medio ambiente, convirtiéndose el uso de la ecotiqueta europea en un instrumento para fomentar y facilitar la contratación pública ecológica¹¹. La finalidad de esta técnica es influir en la capacidad de elección de los consumidores y usuarios, con el propósito de que éstos se decanten por la adquisición de aquellos productos que acrediten el cumplimiento de determinados criterios ambientales¹².

¹¹ FERNÁNDEZ RAMOS, S. "La ecoetiqueta comunitaria", Noticias de la Unión Europea, núm. 153, 1997, págs. 57-72.

¹² En atención a los objetivos perseguidos, puede consultarse LOZANO CUTANDA, B. "La nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea", Revista interdisciplinar de gestión ambiental, núm. 30, 2001, págs. 25-34. Destaca la autora la doble naturaleza de los objetivos perseguidos por el etiquetado ecológico; de una parte, tratan de incentivar las actividades productivas respetuosas con el medio ambiente, y de otro, ofrece a los consumidores una información exacta y verídica sobre las repercusiones ecológicas de los productos, con lo que ello supone en el momento de orientar sus compras".

Las etiquetas se regulan en el artículo 127 de la nueva LCSP, donde se definen como “cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos”. Cuando los órganos de contratación tengan intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo medioambiental, social u otro, podrán exigir, en las prescripciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato, una etiqueta específica como medio de prueba de que las obras, los servicios o suministros cumplen las características exigidas, etiquetas de tipo social o medioambiental, como aquellas relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas¹³, el comercio justo¹⁴, la igualdad de género o las que garantizan el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

En todo caso, será obligatorio cumplir las condiciones que prescribe el analizado precepto en su apartado segundo, entre las que se encuentran; a) Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta se refieran únicamente a criterios vinculados al objeto del contrato y sean adecuados para definir las

¹³ La etiqueta privada neerlandesa EKO se concede a productos que contengan al menos un 95% de ingredientes procedentes de la agricultura ecológica.

¹⁴ La etiqueta MAX HAVELAAR es también una etiqueta privada que con el fin de favorecer la comercialización de productos procedentes de comercio justo, certifica que los productos a que se concede se compran a organizaciones constituidas por pequeños productores de países en desarrollo a un precio y condiciones justos.



características de las obras, los suministros o los servicios que constituyan su objeto; b) Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta se basen en criterios verificables objetivamente y no resulten discriminatorios; c) Que las etiquetas se adopten con arreglo a un procedimiento abierto y transparente en el que puedan participar todas las partes concernidas, tales como organismos gubernamentales, los consumidores, los interlocutores sociales, los fabricantes, los distribuidores y las organizaciones no gubernamentales; d) Que las etiquetas sean accesibles a todas las partes interesadas; e) Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta hayan sido fijados por un tercero sobre el cual el empresario no pueda ejercer una influencia decisiva; f) Que las referencias a las etiquetas no restrinjan la innovación.

2. SELECCIÓN DEL CONTRATISTA.

En esta fase intermedia entre la preparación y la adjudicación del contrato, los criterios ambientales y sociales pueden ser introducidos a través de dos vías, como son las prohibiciones de contratar (o motivos de exclusión) y la acreditación de la solvencia técnica, esto es, la capacidad o aptitud para ejecutar el contrato.

Cabe recordar que las prohibiciones de contratar afectan a personas físicas o jurídicas que, a pesar de disponer de capacidad económica, financiera y técnica o profesional para ejecutar un determinado contrato, no están facultadas por ley para obtener su adjudicación por haber vulnerado determinadas reglas de la legislación o haber sido condenadas, bien por sentencia judicial firme por la comisión de determinados delitos,

bien por sanción administrativa firme por infracciones de diversa gravedad.

Un sector doctrinal sostiene que las prohibiciones de contratar no responden al ejercicio de una potestad sancionadora¹⁵ ya que no se trata de ninguna función represora o punitiva como han declarado, entre otras, las SSTS de 28 de octubre de 2006 ó la de 31 de mayo de 2007¹⁶. La concurrencia de prohibiciones de

¹⁵ Por todos, ALMENAR BERENGUER, J. "Capacidad y solvencia del empresario en la nueva Ley de contratos del sector público", Actualidad Jurídica Curia & Méndez, núm. 19, 2008, pág. 4. Entiende el autor que los supuestos de prohibición de contratar regulados en la LCSP "responden en todo caso, de otra manera, a la necesidad de satisfacer el interés general, aun cuando en muchos casos no acaba de comprenderse la vinculación entre el motivo de la prohibición y la contratación administrativa, por lo que puede dudarse de su proporcionalidad (piénsese, v.gr. qué tendrá que ver la prohibición de contratar con haber sido sancionado por una infracción tributaria o de medio ambiente)".

¹⁶ Por el contrario, el Consejo Económico y Social, en su Dictamen 4/06, aprobado en su sesión ordinaria de 20 de febrero de 2006, pág. 23, sostuvo que; "las prohibiciones de contratar, teniendo en cuenta la relevancia que tienen para las empresas, deben ser consideradas como derecho sancionador y atenerse a los principios que lo rigen, máxime cuando al órgano de contratación se le permite instar estas prohibiciones incluso por nuevas circunstancias accesorias o puramente formales". En el mismo sentido, RUÍZ OJEDA, D. "*Derecho de la contratación pública y regulada*", Cívitas, Madrid, 2004, págs. 180-181, defiende el carácter genuinamente sancionador de las prohibiciones de contratar reclamando la aplicación supletoria a su tramitación del Real Decreto 1398/1993, particularmente en lo relativo a los criterios de graduación a tener en cuenta a la hora de establecer las prohibiciones.



contratar debe apreciarse al momento de la adjudicación definitiva, si bien el licitador deberá acreditar que no concurre prohibición de contratar en el momento de presentación de la proposición que, necesariamente debe ir acompañada, entre otros documentos, de una declaración responsable de que la empresa no se encuentra incurso en prohibición de contratar, y de perfeccionarse el contrato con licitador incurso en causa de prohibición de contratar se declarará la nulidad radical o de pleno derecho de la adjudicación.

Las prohibiciones de contratar se regulan en el artículo 71 de la nueva Ley de Contratos en donde, desgranando las consideraciones de tipo social y ambiental que se establecen en el precepto, indica que no podrán contratar con las entidades del sector público las personas en quienes concurra, entre otras, estas circunstancias: Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos contra los derechos de los trabajadores y la protección del medio ambiente (artículo 71.1.a); Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad (artículo 71.1.b); Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción muy grave en materia medioambiental, o por infracción muy grave en materia laboral o social (artículo 71.1.b). En caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2% de sus empleados sean trabajadores con discapacidad de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen (previsión la

expuesta ya establecida mediante la modificación del TRLCSP por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) o en caso de empresas de más de 250 trabajadores no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad, conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres (artículo 71.1.d).

Como ya hiciera la citada Ley 40/2015, de RJSP, el artículo 72.2 LCSP establece que los órganos de contratación apreciarán estas causas de prohibición para contratar cuando la sentencia o la "resolución administrativa" se hubiese pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, de modo que se podrá obtener un pronunciamiento no sólo del órgano judicial del que emane la sentencia, sino también administrativo del que proceda la oportuna resolución administrativa.

En cuanto a la solvencia técnica, hay que señalar que si bien la solvencia económica y financiera no admiten por su propia naturaleza tener en cuenta aspectos ambientales, será en los criterios relativos a la solvencia técnica donde puedan introducirse aquéllos con posibilidades más amplias, en la medida en que las características del contrato lo permitan. Entre los medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional, se mantienen en la nueva Ley las medidas de gestión medioambiental, normas de aseguramiento de la calidad y de gestión medioambiental, sin variación sustancial con la antecesora normativa de contratación pública.

En el momento anterior a la adjudicación del contrato es posible introducir cláusulas ambientales a través de la exigencia del respeto a determinados sistemas o



medidas de gestión medioambiental, como medio para acreditar la solvencia técnica. Los sistemas de gestión medioambiental podrán demostrar la capacidad técnica del operador económico para ejecutar un contrato. Las novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE y, con ella, en la LCSP, no se refieren tanto al hecho de poder exigir sistemas o medidas de gestión medioambiental, sino más bien a la forma en la que puede probarse su cumplimiento. De este modo, cuando los poderes adjudicadores exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el operador económico cumple determinados sistemas o normas de gestión medioambiental, hará referencia al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental (EMAS) de la Unión Europea y a otros. Sin embargo, conviene apuntar que se podrán aceptar otras pruebas o medidas de gestión ambiental equivalentes cuando el operador económico pueda demostrar que no tiene acceso a certificados de este tipo, o que no tiene la posibilidad de obtenerlos dentro del plazo fijado por causas que no le sean atribuibles.

El artículo 88 LCSP establece en su apartado 1 letra d) que “en los contratos de obras, la solvencia técnica del empresario deberá ser acreditada por uno o varios de los siguientes medios, a elección del órgano de contratación; d) En los casos adecuados, indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato”. En los contratos de servicios, conforme a su artículo 90, apartado 1, letras c) y f), la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, entre otros, por estos medios; c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para

garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa; f) En los casos adecuados, indicación de medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.

3. ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

Como novedad importante, desde una perspectiva terminológica, hemos de resaltar que, al igual que en la Directiva 2014/24/UE, la nueva LCSP sustituye la denominación "criterios de valoración de las ofertas" por "criterios de adjudicación del contrato" y también sustituye la de "oferta económicamente más ventajosa" por la de "mejor relación calidad-precio".

La LCSP dispone en su artículo 145 que: "La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios en base a la mejor relación calidad-precio. Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida". La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a los criterios económicos y cualitativos, y entre los cualitativos que establezca el órgano de contratación se podrán incluir aspectos medioambientales o sociales vinculados al objeto del contrato en la forma que establece el citado precepto en su apartado 6 y, a estos efectos, se considera que un criterio de adjudicación se encuentra vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, y en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida,



incluidos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, con especial referencia a la forma de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas, o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

El artículo 145 LCSP establece dos grandes clasificaciones de criterios de adjudicación, como son los económicos y cualitativos. Los económicos, o criterios relacionados con los costes, son el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad como, por ejemplo, el coste del ciclo de vida. Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio, podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, que podrán ser; la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones.

Dentro de las características medioambientales ejemplifica el meritado precepto, entre otros, la reducción del nivel de emisiones de gases de efecto invernadero, el empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética, la utilización de energía procedente de fuentes renovables durante la ejecución del contrato, y el mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Por su parte, las características sociales del contrato podrán referirse, entre otras, a las siguientes finalidades; fomento de la integración social de

personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

El citado precepto contempla igualmente en su apartado segundo como criterios cualitativos que podrá establecer el órgano de contratación, los que seguidamente se relacionan; la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución; el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha en que esta última debe producirse, el proceso de entrega, el plazo de entrega o ejecución y los compromisos relativos a recambios y seguridad del suministro.

Cabe resaltar la exigencia de que los criterios cualitativos supongan, al menos, el 51% de la puntuación en los contratos de servicios a que se



refiere el Anexo IV de la nueva LCSP (servicios sociales, sanitarios, administrativos, hostelería, investigación, seguridad, entre otros), así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter individual.

La norma obliga al órgano de contratación al establecimiento de criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades y, especialmente, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los de ingeniería y arquitectura.

Los criterios que deben servir de base para la adjudicación deberán ser establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberán incluirse en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, y deberán estar vinculados al objeto del contrato, ser formulados de manera objetiva con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañadas de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen con los criterios de adjudicación, debiendo en caso de duda comprobarse de manera efectiva la exactitud de dicha información y de las pruebas facilitadas por los licitadores.

En cuanto a las mejoras, se entiende por tales las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas

prestaciones, ni del objeto del contrato. La LCSP limita su uso al establecer que no podrá asignársele una valoración superior al 25%, indicando la norma que cuando éstas se establezcan como criterio de adjudicación deberán estar suficientemente especificadas, es decir, cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción, los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato. Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación.

La LCSP prioriza la utilización de más de un criterio para la adjudicación de los contratos, como se desprende de lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 145 y los apartados 1 y 2 del artículo 146. En todo caso, conforme al artículo 145.3 procederá la aplicación de más de un criterio de adjudicación en los siguientes contratos y, entre ellos, con consideraciones sociales y medioambientales, indica el precepto que el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación en contratos de prestación de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas, promuevan el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la Disposición Adicional cuadragésima octava o de servicios intensivos en mano de obra. Asimismo, procederá la aplicación de más de un criterio de adjudicación en los contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los



procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos, o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos.

En este sentido, en su artículo 146.2 mantiene la separación entre aquellos criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor de aquellos otros evaluables de forma automática mediante fórmulas o porcentajes de forma que, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes, previéndose la participación de un comité de expertos en los casos en que los criterios dependientes de un juicio de valor tengan asignada una ponderación mayor que la atribuida a los criterios de valoración automática. En cualquier caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Sin embargo, cabe cuestionarse si los criterios medioambientales y sociales pueden ser susceptibles de valoración mediante fórmulas o porcentajes, o bien si pueden catalogarse como criterios evaluables mediante juicio de valor y, en este sentido, considero que si por la especificidad del criterio se requiere de algún tipo de análisis valorativo de carácter intelectual habrá de considerarse que se trata de un criterio dependiente de un juicio de valor.

Se ha incluido el coste del ciclo de vida en diversos puntos del clausulado de la nueva LCSP, por un lado, en el establecimiento de las prescripciones técnicas (artículo 125) considerando prescripciones técnicas las instrucciones de uso y los procesos y métodos de

producción en cualquier fase del ciclo de vida, tanto en contratos de obras como de suministros y servicios, como en las reglas para establecerlas (artículo 126), indicando que las prescripciones técnicas podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material del objeto del contrato, siempre que estén vinculados al mismo y guarden proporción con el valor y los objetivos de éste y definiendo la vinculación al objeto del contrato de forma que se considere un criterio de adjudicación vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre prestaciones que deban realizarse, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos; a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización con especial referencia a las formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas; b) en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

Pues bien, esta forma de definir y establecer las prescripciones técnicas permite que se obligue a la empresa adjudicataria a tener en cuenta factores ambientales y sociales que no formando parte específica de la prestación, sí que estén vinculados a su ciclo de vida.¹⁷

¹⁷ Por ejemplo, en el caso de un suministro de mobiliario, además de la madera de bosques sostenibles (demostrable mediante etiquetas) se puede incidir en la forma de transporte tanto en la entrega como en la retirada e incluir el



La introducción del concepto de coste del ciclo de vida por la Directiva 2014/24/UE es la novedad más importante en lo que se refiere a los criterios ambientales, ya que permite a los poderes adjudicadores evaluar la mejor oferta teniendo en cuenta todas las fases del ciclo de vida de la obra, producto o servicio, y determina de manera más clara qué criterios pueden considerarse vinculados al objeto del contrato. Sin embargo, ha de señalarse que la Directiva no obliga a los poderes adjudicadores a la utilización del coste del ciclo de vida como planteamiento, estableciendo únicamente la obligatoriedad de su uso en aquellos casos en los que el precio no sea el único criterio de adjudicación.

El enfoque del ciclo de vida de los productos permite tomar en consideración todos los gastos producidos durante la producción, consumo o utilización y eliminación de un producto o servicio. Ello implica que se tengan en cuenta no sólo el precio de compra, que integra los costes de concepción, materiales, producción y el transporte, sino también los costes sobrevenidos tras la compra del producto que correrán por cuenta del poder adjudicador (mantenimiento, desmantelamiento y eliminación) y afectarán, por tanto, de manera directa a los aspectos económicos del producto.

Conforme al artículo 148 de la LCSP, se entenderán comprendidos dentro del ciclo de vida de un producto,

reciclaje demostrado al final de la vida útil. Otro ejemplo sería una obra de demolición en la que se puede obligar a un determinado tratamiento o reciclado de los escombros, más allá de lo legalmente exigido. Asimismo, si para la fabricación del producto a suministrar se requiere la extracción de materia prima, el tratamiento adecuado de los terrenos o zonas en que se produzca la extracción.

obra o servicio, todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia y, en todo caso, la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de materias primas necesarias y la generación de recursos, todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización.

En definitiva, el coste del ciclo de vida conforma un método de evaluación que permite seleccionar aquellas adquisiciones que resulten más rentables por el menor consumo de recursos a lo largo de su vida útil, por lo que su uso resulta especialmente apropiado para aquellos contratos en los que el mayor porcentaje de consumo de recursos no corresponde al valor de adquisición, sino a las fases de utilización y mantenimiento de los mismos durante los años de su vida útil.

Ciertamente, el coste de ciclo de vida determina claramente una composición mixta económico-ambiental del mismo a efectos de la contratación pública, y así se diseña un cálculo del coste del ciclo de vida inicialmente de carácter preponderante económico, al que se añade la necesaria valoración de elementos de naturaleza ambiental. No obstante esa vinculación meramente económica es sólo parcial, pues la utilización del criterio del coste del ciclo de vida constituye un instrumento vinculante a la contratación verde y, de este modo, el cálculo del coste de ciclo de vida incluye en su estructura de costes el precio de adquisición (por ejemplo, puede incluir gastos de instalación o transporte) pero también los costes relativos a la utilización (consumos de energía o de agua), el mantenimiento (revisiones técnicas, limpieza)



y los llamados costes de final de vida (como la eliminación, la recogida selectiva o el reciclado) y evidentemente un menor coste económico de estos factores implica menores consumos y, con ello, una mejora de la sostenibilidad.

En este contexto, se tiene la impresión de que el desarrollo de métodos comunes de cálculo del coste del ciclo de vida va a ser un factor determinante del éxito o el fracaso de la implantación progresiva de esta herramienta en muchos procedimientos de contratación, para lo que sería necesario la composición de equipos interdisciplinarios y una labor de formación del personal encargado de su aplicación y no parece, de momento, a la vista de los resultados, que las autoridades comunitarias, ni la mayoría de los Estados miembros estén mostrando empeño en dicho desarrollo, a diferencia de otros países en los que el uso del coste del ciclo de vida en la contratación pública está más implantado¹⁸.

Por su parte, y en cuanto a las ofertas anormalmente bajas, cabe recordar que el derogado TRLCSP de 2011 sustituyó el concepto "baja temeraria" por el término utilizado en el Derecho comunitario de "oferta anormal" o desproporcionada, opción que mantiene la nueva LCSP en su artículo 149 al denominarlas "ofertas anormalmente bajas", mismo término utilizado en el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública. La finalidad básica de la normativa comunitaria en la regulación de las ofertas

¹⁸ Por ejemplo, el análisis del coste del ciclo de vida ha sido aplicado a la mayor parte de los procesos de licitación, adjudicación, construcción y gestión de edificios de las distintas Administraciones federales de Estados Unidos, y en las instituciones gubernamentales de Canadá, Australia y Nueva Zelanda.

anormalmente bajas es la de evitar que se puedan rechazar automáticamente dichas ofertas sin verificar previamente una comprobación de las mismas a efectos de determinar su posible cumplimiento.

A estos efectos, el artículo 69 de la Directiva citada señala que los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate, y las explicaciones contempladas podrán versar, en particular, sobre; "a) el ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción; b) las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras; c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador; d) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 18.2 (*obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral*); e) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 71 (*sobre subcontratación*); f) la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador".

Como se ha adelantado en las líneas que preceden, LCSP regula en su artículo 149 las ofertas anormalmente bajas siguiendo el contenido de la Directiva 2014/24/UE. A estos efectos, cuando el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, sólo podrá excluirla previa tramitación del procedimiento previsto en el citado precepto. Para ello, la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las



ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a este fin, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormalmente baja. Cuando la mesas de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, identifique la existencia de una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, requerirá al licitador o licitadores a que presenten la información justificada de su oferta que se considere necesaria, pudiendo pedir justificación de determinadas condiciones concretas. En este sentido, debe resaltarse la novedad que supone para el Derecho español la introducción de normas más estrictas tanto en beneficio de empresas como de sus trabajadores y, en este sentido, se establece que los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque no cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201¹⁹. En todo caso, si la adjudicación recae sobre una oferta que ha estado incursa en presunción de anormalidad, el órgano de contratación establecerá mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del contrato, con el objetivo de garantizar su correcta ejecución sin merma en la

¹⁹ El artículo 201 LCSP obliga a los órganos de contratación a tomar medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V de la propia LCSP.

calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados.

Por su parte, conviene destacar que todos los criterios específicos de desempate que regula la LCSP para el caso de que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación se produzca un empate entre dos o más ofertas, se refieren a consideraciones de tipo social, incluyendo el Comercio Justo (salvo el sorteo, que es la última opción). El artículo 147 de la nueva LCSP aumenta y aclara las posibilidades de criterios de desempate, permitiendo a los órganos de contratación que se incluyan en los pliegos criterios de adjudicación específicos que, estando vinculados con el objeto del contrato, se refieran a;

- a) Propositiones presentadas por empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de las ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa. En este supuesto, si varias empresas licitadoras de las que hubiesen empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al que les imponga la normativa, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla;
- b) Propositiones de empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración;
- c) En la adjudicación de contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos



o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial; d) Las ofertas de entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo para la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo; e) Proposiciones presentadas por empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de las ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

En el caso de que los pliegos no establezcan nada respecto al desempate, el posible empate se resolverá mediante la aplicación por orden de los siguientes criterios sociales; a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla; b) Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas; c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas; d) El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate.

4. EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

Las condiciones de ejecución son independientes de la evaluación de la capacidad de los licitadores, así como de los criterios de adjudicación y, por ello, son condiciones que deben ser cumplidas por el contratista adjudicatario del contrato, pudiendo el órgano de contratación elegir los aspectos sociales y

medioambientales que desee incluir como condiciones especiales de ejecución. Por tanto, en esta fase del procedimiento de contratación los poderes adjudicadores pueden imponer al licitador que resulte seleccionado determinadas obligaciones relacionadas con el logro de diferentes objetivos medioambientales o sociales que no puedan reflejarse en las anteriores fases del procedimiento²⁰.

El TJUE ha determinado que la incorporación a los pliegos de cláusulas administrativas de condiciones de ejecución del contrato de carácter medioambiental o social, no pueden servir de pretexto para huir de los principios comunitarios que deben regir la contratación pública y, muy especialmente, el principio de no discriminación entre licitadores. Es por ello que la referencia a este tipo de consideraciones debe quedar totalmente vinculada al objeto del contrato, de modo que los poderes públicos no gozan de una libertad absoluta para determinar este tipo de condiciones. En cualquier caso, resulta inexcusable a la hora de establecer estas condiciones especiales de ejecución del contrato que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato, deduciéndose la existencia de dos límites en la aplicación de cláusulas contractuales de carácter social, o “condiciones de ejecución del contrato”, en el marco de la libertad de pactos que pueden establecer las partes, por un lado, el principio de igualdad y no discriminación y, por otro, el principio de publicidad.

²⁰ BASTARDO YUSTOS, F.M. “Las condiciones especiales de ejecución en la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 17, 2008, pág. 76.



La nueva LCSP en su artículo 201 obliga a los órganos de contratación a tomar medidas para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado, sin perjuicio de la potestad de dichos órganos de contratación de tomar medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen dichas obligaciones.

En todo caso la previsión del citado artículo 201 LCSP debe conectarse con la del artículo 129 del mismo texto legal, al disponer que el órgano de contratación podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente y a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o en los servicios prestados durante la ejecución del contrato. En estos casos, conforme al apartado 2 del precepto, el órgano de contratación solicitará a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en tales materias.

En particular, en el caso de las condiciones especiales de ejecución, la LCSP impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en su artículo 202, precepto en el que encontramos una relación de consideraciones de tipo medioambiental y social que no presenta carácter taxativo (dado que literalmente prescribe que *“estas condiciones de ejecución podrán referirse”*). En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan; la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica. Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades; hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación



de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

Por tanto, encontramos no sólo la posibilidad de establecer condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental y social, sino también la obligación de establecer una de ellas en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Igualmente, los pliegos podrán establecer penalidades para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles e carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211²¹, y en el caso de que el

²¹ Conforme al artículo 211 LCSP; “Son causas de resolución del contrato; f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato”.

incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71²².

Finalmente, y con el objetivo de garantizar que la prestación contratada se ejecuta en los términos requeridos con independencia de la existencia de subcontratistas, el artículo 202.4 LCSP prescribe que todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen en la ejecución del mismo.

III. CUESTIONES DE ÍNDOLE SOCIAL EN LOS CONTRATOS RESERVADOS.

El empleo y la ocupación son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos y contribuyen a la inserción en la sociedad. En este contexto, los programas de talleres y empleos

²² El artículo 71.2 LCSP dispone que “son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las entidades comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley, en las condiciones establecidas en el artículo 73 las siguientes; c) Haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 202, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios”.



protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral²³.

Ha de tenerse en cuenta que la reserva a favor de los centros especiales de empleo será efectiva siempre que su actividad esté directamente relacionada con el objeto del contrato, y ello por cuanto nos encontramos aun en la fase de admisión, operando esta reserva como tal criterio de admisión, nunca como criterio de adjudicación preferente. En cualquier otro caso, la reserva de parcelas de la contratación pública con la finalidad de promover objetivos sociales requerirá previsión legal expresa, siempre y cuando el interés social que promuevan sea justificado y proporcional a la eventual limitación de la competencia que pueden representar²⁴.

La Directiva 2004/18/CE previó en su artículo 19 la posibilidad de los Estados miembros de reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, por la índole o gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.

²³ MORENO MOLINA, J.A. *“La nueva Ley de Contratos del Sector Público”*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 538.

²⁴ MARTÍNEZ FONS, D. *“Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública”*, Fundación Alternativas, Madrid, 2009, pág. 47.

El artículo 20 de la vigente Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, contempla también la posibilidad para los Estados miembros de reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación, “tanto a talleres protegidos como a operadores económicos cuyo objeto sean la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas, o la ejecución en el marco de programas de empleo protegido, siempre que al menos el 30% de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos”.

La nueva LCSP en su Disposición Adicional cuarta continúa regulando los contratos reservados a centros especiales de empleo y la posibilidad de reservar la ejecución en el marco de programas de empleo protegido, a cuyos efectos indica que mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre²⁵, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre,

²⁵ El artículo 43 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, define los centros especiales de empleo como “aquellos cuyo objeto principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las



para la regulación del régimen de las empresas de inserción²⁶, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos el 30%.

De la literalidad de la transcrita Disposición Adicional cuarta se deduce la obligatoriedad de que las Administraciones públicas fijen porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en las contrataciones a favor de los centros especiales de empleo de iniciativa social y de las empresas de inserción, obligación que se impone a las Administraciones estatal, autonómica y

personas con discapacidad, a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los centros especiales de empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente”.

²⁶ El artículo 4 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, describe las empresas de inserción como “aquella sociedad mercantil o sociedad cooperativa legalmente constituida que, debidamente calificada por los organismos autonómicos competentes en la materia, realice cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario”.

local con absoluta independencia, ya que no se efectúa distinción alguna, de su volumen presupuestario o de su nivel de contratación, lo que puede dificultar su aplicación práctica.

Debe destacarse que la meritada Disposición Adicional cuarta se refiere a los “centros especiales de empleo de iniciativa social” y, en este sentido, la propia LCSP en su Disposición Final decimocuarta introduce un apartado cuarto al artículo 43 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, con la finalidad de definir este tipo de centros especiales de empleo de iniciativa social²⁷.

²⁷ Según el nuevo artículo 43.4; “Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1º y 2º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial



Por su parte, en su Disposición Adicional cuadragésima octava, relativa a la reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones, habilita la posibilidad de que se pueda reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud, enumerados en el Anexo IV bajo determinados códigos CPV, siempre que las organizaciones cumplan las siguientes condiciones; a) Que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de servicios de que se trate; b) Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización, o si se distribuyen beneficios, la distribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación; c) Que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato, se basen en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas; d) Que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los mismos servicios en los tres años precedentes.

IV. CONCLUSIÓN.

El régimen de la contratación pública centra, como uno de sus principales objetivos, alcanzar la óptima integración de la protección del medio ambiente y de consideraciones sociales en los contratos, a lo que contribuiría de forma significativa el papel desempeñado por las Administraciones públicas al

de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social”.

aprovechar su actividad como poder contratante para fomentar la integración de estos criterios en la contratación, al valorar en sus contrataciones otros aspectos que los meramente económicos.

La contratación pública puede y debería ser una técnica que permitiera conseguir aspectos ambientales, sociales o de innovación en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Por tanto, los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado.

La utilización eficiente de los fondos públicos es una de las principales responsabilidades de las Administraciones públicas y, por ello, deben asegurarse al ejecutar obras o adquirir bienes o servicios que se adjudicarán a la mejor oferta, que no debe ser solamente la más ventajosa en términos de la más barata, sino la que proporcione beneficios adicionales, de modo que será más eficiente la contratación con empresas que además de ejecutar una obra lo hagan utilizando materiales ecológicos.

La nueva LCSP merece una valoración positiva en lo que afecta a la consideración de aspectos ambientales y sociales, como cuestión nuclear sobre la que ha girado el presente trabajo, por la relevancia que le otorga a la utilización estratégica de la contratación pública con una decidida apuesta por el uso de la contratación pública en apoyo de objetivos sociales o medioambientales comunes y, en paralelo a estos dos elementos, la innovación. Muchos de los instrumentos de tipo medioambiental y social que recoge el texto



normativo ya están avalados por la Directiva 2014/24/UE y también por la jurisprudencia europea.

Uno de los retos más importantes a los que se enfrenta la contratación estratégica es su implantación en el ámbito local, especialmente en entidades locales que por su menor capacidad económica se muestran más remisas a incluir criterios de esta índole en sus prácticas de contratación. En este sentido, la solución ha de pasar necesariamente por una serie de medidas preparatorias tales como la formación e información y la creación de fórmulas de colaboración entre Administraciones que hagan más idónea su efectiva implantación.

V. BIBLIOGRAFÍA.

ALMENAR BERENGUER, J. "Capacidad y solvencia del empresario en la nueva Ley de contratos del sector público", Actualidad Jurídica Curia & Méndez, núm. 19, 2008.

BASTARDO YUSTOS, F.M. "Las condiciones especiales de ejecución en la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 17, 2008.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. "La ecoetiqueta comunitaria", Noticias de la Unión Europea, núm. 153, 1997.

GIMENO FELIÚ, J.M. *"La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española"*, Cívitas, Madrid, 2006.

GONSÁLVEZ PEQUEÑO, H. *¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?*, Justicia Administrativa, núm. 20, 2003.

LOZANO CUTANDA, B. *“La nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea”*, Revista interdisciplinar de gestión ambiental, núm. 30, 2001.

MARTÍNEZ FONS, D. *“Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública”*, Fundación Alternativas, 2009.

MORENO MOLINA, J.A. *“La nueva Ley de Contratos del Sector Público”*, La Ley, Madrid, 2007.

MORENO MOLINA, J.A. *“La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al Derecho español”*, Contratación Administrativa Práctica, núm. 129, Madrid, 2011.

MORENO MOLINA, J.A. *“La inclusión de personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo internacional, europeo, estatal y autonómico”*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016.

PERNAS GARCÍA, J.J. *“Contratación pública verde”*, La Ley, Madrid, 2011.

PERNAS GARCÍA, J.J. *“El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales”*, en Observatorio de Políticas Ambientales 2012, Cívitas, Cizur Menor, Navarra, 2012.

RUÍZ OJEDA, D. *“Derecho de la contratación pública y regulada”*, Cívitas, Madrid, 2004.



VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación", Actualidad Jurídica Ambiental, núm. 1, 2011.

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

**COMENTARIOS DE
SENTENCIAS**

**“COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA
SALA TERCERA DEL TRIBUNAL
SUPREMO, SECCIÓN 6ª, 359/2018 DE 6
DE MARZO (REC. 4726/2016).
CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD
TÉCNICA”**

Dª Antonia Gómez Díaz-Romo

Letrada de la Junta de Comunidades de Castilla-
La Mancha
Doctora en Derecho

SUMARIO:

- I-ANTECEDENTES**
- II- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA**
- III- CUESTIONES JURÍDICAS**
- IV-CONCLUSIONES**

I. ANTECEDENTES

1º. La recurrente se presentó al concurso-oposición para cubrir cinco plazas del cuerpo de Letrados del



Consejo General del Poder Judicial, convocado mediante acuerdo de la Comisión Permanente de dicho órgano constitucional de 3 de febrero de 2015.

2º. Al último ejercicio, de carácter práctico, llegaron únicamente tres aspirantes, entre los que se hallaba la recurrente. Dicho ejercicio consistió en la resolución de un recurso administrativo y la redacción de un dictamen sobre un proyecto de reglamento.

3º. Con fecha 30 de diciembre de 2015, el Acta nº 14 del Tribunal Calificador fue publicada en la página web del CGPJ. En ella aparecían como aprobados los otros dos aspirantes. La recurrente no aprobó este último ejercicio.

4º. La recurrente solicitó acceso al expediente y a los exámenes de los tres aspirantes finales e interpuso recurso de alzada, que fue desestimado por la Comisión Permanente del CGPJ, que confirmó la decisión del Tribunal Calificador.

5º. Frente a la desestimación del recurso de alzada interpuso el recurso contencioso administrativo 4726/2016 ante el Tribunal Supremo, que fue desestimado por la Sentencia 359/2018 de 6 de marzo, objeto del presente comentario.

La demanda interpuesta se sustentaba en tres motivos: falta de motivación, error manifiesto en la valoración del ejercicio de la recurrente e infracción del principio de igualdad y discriminación por razón de sexo, que supone la inversión de la carga de la prueba reconocida en el art. 60.7 de la LJCA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA

Reproducimos los Fundamentos de Derecho Tercero a Quinto de la Sentencia, que desestiman el recurso:

“TERCERO.- Esta Sala ha examinado el expediente administrativo y, en particular, el Acta nº 14 del Tribunal Calificador. De la lectura de ésta última resulta que las páginas 9 a 14 de dicho documento se dedican exclusivamente a analizar críticamente las dos pruebas del último ejercicio de la recurrente, indicando sus errores y deficiencias. Una vez hecho el análisis, concluye diciendo: «Por todas estas razones, el Tribunal considera por unanimidad que no debe ser aprobada al no alcanzar la puntuación mínima exigida.»

A la vista de ello, no cabe afirmar que la decisión de no aprobar el último ejercicio de la recurrente carezca de motivación. Independientemente de que se esté de acuerdo o no con las valoraciones del Tribunal Calificador, es innegable que éste expresó pormenorizadamente las razones por las que consideró que las pruebas de la recurrente no satisfacían el mínimo exigible. Y al Acta nº 14 tuvo acceso la recurrente, por lo que no puede alegar falta de motivación.

Debe añadirse que la decisión fue adoptada por unanimidad de los miembros del Tribunal Calificador; algo que, en todo caso, indica que no se trató de una valoración dudosa o influida por consideraciones meramente subjetivas.

Y en cuanto a la falta de calificación numérica de su ejercicio, la verdad es que las bases del concurso-



oposición no establecían que tal calificación numérica hubiera de darse a aquellos aspirantes que no superasen el mínimo exigible en cada ejercicio. En efecto, las bases se fijaron en el acuerdo del Pleno del CGPJ de 29 de mayo de 2014, recogido en el expediente administrativo. Al tratar del tercer ejercicio, dispone textualmente: «La puntuación total de este ejercicio será de 40 puntos, y para su superación habrá de obtenerse una puntuación mayor a 20 puntos.» Nada más. De aquí sólo se sigue que para aprobar era necesario obtener más de 20 puntos, no que fuese preceptivo expresar la nota exacta otorgada a los candidatos que no superasen ese listón. No se trata sólo de que ello podría ser innecesariamente desagradable para el aspirante afectado, tal como se observa en el acto impugnado: se trata de que no es preciso dar una calificación numérica cuando las bases no lo exigen expresamente y, además, todos los miembros del Tribunal Calificador están de acuerdo en que el aspirante no satisface el mínimo exigible. La unanimidad misma de la decisión despeja cualquier sombra de duda a este respecto.

La conclusión de todo lo anterior es que el Tribunal Calificador no se desvió de las bases del concurso-oposición y que motivó suficientemente su decisión, por lo que carece de fundamento sostener que se ha vulnerado la doctrina jurisprudencial sobre la discrecionalidad técnica.”

CUARTO.- Una vez sentado lo anterior, es claro que la alegación de error manifiesto no puede prosperar. El análisis comparado de su ejercicio con los de los otros dos aspirantes está fuera de lugar en esta sede, ya que no es función del órgano judicial en vía contencioso-administrativa ocupar el lugar del Tribunal Calificador para valorar los ejercicios de un concurso-oposición.

Ésta es una cuestión que –más allá del respeto a los límites de la discrecionalidad técnica, ya examinados– queda fuera del control jurisdiccional, por corresponder exclusivamente a los especialistas en el correspondiente sector de la ciencia o la técnica sobre el que verse el proceso de selección. Ni siquiera en un caso como éste, en que el concurso-oposición trataba fundamentalmente de conocimientos jurídicos, podría esta Sala sin pecar de extralimitación aventurarse a revisar la valoración de quienes fueron llamados como expertos a valorar los ejercicios de los aspirantes.

QUINTO.- Tampoco es convincente, en fin, la alegación de que la recurrente ha sido víctima de un trato discriminatorio por razón de sexo, ni existe ninguna buena razón para sostener que es aquí aplicable la inversión de la carga de la prueba prevista en el último apartado del art. 60 de la Ley Jurisdiccional. En efecto, del expediente administrativo no resulta indicio alguno de que hubiera intención de favorecer a los varones sobre las mujeres en el concurso-oposición aquí considerado, ni de que la condición femenina de la recurrente tuviera algo que ver en el resultado del tercer ejercicio. Ni siquiera en el escrito de demanda se aporta algún dato que permita llegar a una conclusión de esa índole. Antes al contrario, la afirmación de que ha habido discriminación por razón de sexo es puramente apodíctica, por lo que no puede ser acogida. Y por ello mismo, a falta de algún indicio que objetivamente señale tal posibilidad, no procede aplicar la mencionada inversión de la carga de la prueba."



III. CUESTIONES JURÍDICAS

1. Control de la discrecionalidad

El control de la discrecionalidad técnica, se encuadra, en palabras de García De Enterría, en la “lucha contra las inmunidades del poder”. En el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica se ha producido una importante y constante evolución jurisprudencial¹ destinada a limitar la discrecionalidad al exclusivo núcleo esencial de la decisión, exigiendo la motivación del juicio técnico, para cumplir el mandato de los artículos 24 y 103 CE y 54 ley 30/1992 (actual 35 de la ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las AA.PP.) y permitiendo el control jurisdiccional de las decisiones de los órganos de selección, de conformidad con el art. 106 CE y la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Tal evolución ha sido ampliamente aplaudida por la doctrina especializada.²

¹ Recogida en el *Vademécun de oposiciones y concursos*, CHAVES, JOSE RAMÓN, Ed. Amarante 2017.

²Entre otros muchos, FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”, *Revista de Administración Pública* n° 196 (págs. 211 a 227); FERNÁNDEZ ESPINAR L.C: “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”, *Revista jurídica de Castilla y León* n. ° 26, Valladolid, enero 2012; RIVERO ORTEGA, R: “¿Acaso existe discrecionalidad técnica? En virtud de la STS de 19 de julio de 2010”, en *Administración y Justicia. Liber amicorum FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMÓN* (coord. por GARCÍA DE

La propia Sección 6ª del TS, que ha dictado la sentencia comentada, en la Sentencia de 3-11-2016, nº 2356/2016, rec. 2679/2015, con cita de otras muchas, recoge la evolución jurisprudencial del control de la discrecionalidad técnica en su Fundamento de Derecho Segundo:

"...es preciso recordar la doctrina de esta Sala sobre la discrecionalidad técnica en procesos selectivos, representada, entre otras, por la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, 2407/2014, de 4 de junio (rec. 376/2013), que contiene la evolución jurisprudencial en la materia. Así, señala esta sentencia que la jurisprudencia de la discrecionalidad técnica, procedente del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, está caracterizada por «el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa (artículo 106.1 CE), y sus líneas maestras e hitos evolutivos se pueden resumir en lo que sigue.

1.- La legitimidad de lo que doctrinalmente se conoce como discrecionalidad técnica fue objeto de reconocimiento por la STC 39/1983, de 16 de mayo, que justificó y explicó su alcance respecto al control jurisdiccional (...)

2.- La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control

ENTERRÍA, E y ALONSO GARCÍA, R), vol. I, Thomson-Reuters, Civitas, 2012.



que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. Así lo hizo la STS de 5 de octubre de 1989, que se expresa así:

"Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho, entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE "

3.- La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el "núcleo material de la decisión" y sus "aledaños".

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro,

las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico.

Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

La anterior distinción está presente en la STC 215/1991, de 14 de noviembre, como también en numerosas sentencias de esta Sala (entre otras, en las SSTS de 28 de enero de 1992, recurso 17267/1990; de 11 de diciembre de 1995 recurso 13272/1991; 15 de enero de 1996, recurso 7895/1991; y 1 de julio de 1996, recurso 7904/1990).

4.- Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico.

Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad



de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación.

Así se expresa STS de 10 de mayo de 2007, recurso 545/2002:

"(...) Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate".

5.- La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Son exponentes de este último criterio jurisprudencial los pronunciamientos de este Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (STS de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006), sobre concursos de personal docente universitario (STS de 19 de mayo de 2008, recurso 4049/2004), sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos (STS de 10 de octubre de 2007, recurso 337/2004); o sobre procesos selectivos en las distintas Administraciones Públicas (STS de 18 de diciembre de 2013, casación 3760/2012)".»."

En el presente caso, se citaba en el recurso de alzada y en la demanda la jurisprudencia antecedente, y se alegaba que, del análisis de las Actas y de los ejercicios de los tres aspirantes no era posible conocer cuáles habían sido los criterios cualitativos establecidos o seguidos para valorar el acierto o desacierto de los mismos, y muy especialmente, las exigencias inexcusables para obtener la puntuación mínima necesaria para el aprobado, tanto en lo relativo a cuestiones y datos del expediente sobre los que versaba el tercer ejercicio que deberían ser objeto de obligada mención por el aspirante en su escrito, como en la clase de respuestas que se considerarían aceptables sobre todas esas cuestiones o datos; ni la manera de cuantificar los niveles de acierto o desacierto; ni por qué los ejercicios de cada uno de los aspirantes merecían el concreto nivel que exteriorizó la concreta puntuación aplicada y en la no puntuación de la demandante.

Afirmaba la demandante que, analizadas las Actas del Tribunal Calificador, no constaban los criterios previos de valoración cualitativa que se utilizaron para emitir el juicio técnico; ni se expresaba por qué la aplicación de



esos criterios conducía al resultado individualizado que lleva a otorgar un 35 y un 26 a los aspirantes aprobados y considerar que su ejercicio no llega a la puntuación mínima, dejando tres plazas vacantes. Se otorga una puntuación global a los dos aspirantes aprobados, sin puntuación individualizada de cada miembro del Tribunal, ni de cada uno de los dos dictámenes que componían el tercer ejercicio y al ejercicio de la demandante no se le otorga ninguna puntuación, tan sólo se dice que no alcanza la puntuación mínima; se explican las razones del Tribunal para decidir que no alcanza dicha puntuación, sin que sean criterios previos aplicados por igual a todos los exámenes, sino crítica a sus dictámenes sin ninguna comparación con los de los otros dos aspirantes, en contra de la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que exigía una explicación de la motivación de las calificaciones cuando era requerida por el aspirante. Así, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 7ª, de 26-10-2015, rec. 2934/2014, en la que se afirma: *"El motivo ha de ser igualmente estimado. En efecto, ha de partirse de que en el presente caso, como la parte recurrente afirma, se producen una serie de defectos procedimentales en el proceso selectivo, como la ausencia de notas parciales de los miembros del Tribunal Calificador, solicitadas por la recurrente en su reclamación y recurso, con lo que, incluso en la tesis más favorable a la imposibilidad de controlar la discrecionalidad técnica estaríamos ante los aledaños del núcleo de la misma, la necesidad de motivar las calificaciones, máxime si se ha solicitado expresamente por quien se considera discriminado, produciéndose su indefensión al no poder comparar estas calificaciones con las de otros opositores, que el recurrente concreta nominalmente en los cinco aprobados con su mismo tema de examen. Igualmente la ausencia de criterios objetivos sobre la solución acordada por el Tribunal*

Calificador al caso práctico planteado, que el propio Tribunal dice que aplica según el acto de sesión de fecha 25 de enero de 2010; el modo de calcular la puntuación media; la aplicación concreta de los criterios de corrección a cada examen; o como dice la recurrente unas mínimas justificaciones o razonamientos que permitan conocer los motivos que llevaron a los miembros del Tribunal Calificador a dar las notas del segundo examen del proceso selectivo.”

Frente a tales alegaciones, la sentencia TS 359/2018 ignora la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo en cuanto al control de la discrecionalidad técnica, pero ni la cita, ni afirma que es un cambio de doctrina, ni justifica la razón de no aplicarla.

Así, considera que es suficiente motivación la crítica a un examen sin comparación con los otros, ya que la decisión fue tomada por unanimidad y avala que no sea necesario otorgar nota, ya que las bases del concurso-oposición no establecían que tal calificación numérica hubiera de darse a aquellos aspirantes que no superasen el mínimo exigible en cada ejercicio.

Es sorprendente tal afirmación. La puntuación es la expresión de la valoración de su examen, impidiéndole a la demandante, ante su falta de calificación, conocer dicha valoración y el grado en que no ha cumplido con los requerimientos mínimos de forma que le permita revisarlo y discutirlo en su caso. Es evidente que no otorgar puntuación a la demandante genera indefensión, ya que, aunque acredite que alguno de los motivos citados para suspenderla incurren en evidente error, se le dice que no es suficiente para aprobar.



2. Comparación de los exámenes

El Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia comentada afirma que *El análisis comparado de su ejercicio con los de los otros dos aspirantes está fuera de lugar en esta sede, ya que no es función del órgano judicial en vía contencioso-administrativa ocupar el lugar del Tribunal Calificador para valorar los ejercicios de un concurso-oposición. Ésta es una cuestión que – más allá del respeto a los límites de la discrecionalidad técnica, ya examinados- queda fuera del control jurisdiccional, por corresponder exclusivamente a los especialistas en el correspondiente sector de la ciencia o la técnica sobre el que verse el proceso de selección. Ni siquiera en un caso como éste, en que el concurso-oposición trataba fundamentalmente de conocimientos jurídicos, podría esta Sala sin pecar de extralimitación aventurarse a revisar la valoración de quienes fueron llamados como expertos a valorar los ejercicios de los aspirantes.*"

Es necesario leerlo varias veces para confirmar que, efectivamente, afirma que la Sala Tercera del Tribunal Supremo, máximo órgano judicial del orden contencioso-administrativo, no puede, sin extralimitarse, ni siquiera cuando se trata de conocimientos jurídicos administrativos, revisar la valoración de quienes fueron llamados como expertos a valorar los ejercicios de los aspirantes, por ser una cuestión que queda fuera de control jurisdiccional.

Afirmar en un Estado de Derecho que hay decisiones de órganos administrativos fuera de control jurisdiccional, choca frontalmente con los arts. 9, 24, 103 y 106 de la Constitución. La Ley 29/1998, en su Exposición de motivos afirma que dicha ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al

ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad excluida por se del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho.

La STC 86/2004, de 10 de mayo, ya indicó que: Respecto a la primera de las cuestiones, hemos de subrayar que «ni el art. 24.1 ni el 23.2 CE incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica» (STC 138/2000, de 29 de mayo, F. 4). Y es que «debe recordarse que, frente a la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de ese "prudente y razonable" arbitrio, nunca "excesivo" (STC 48/1998; F. 7.a), "las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una 'presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación'. Una presunción iuris tantum, de ahí que siempre quepa desvirtuarla "si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado', entre otros motivos por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (STC 353/1993)" (STC 34/1995, F. 3)» (STC 73/1998, de 31 de marzo, F. 5).



El Tribunal Supremo, en esta controvertida sentencia, deja fuera de control jurisdiccional las decisiones discrecionales de los órganos de selección, incluso, en materias jurídicas, en una decisión que ha sido calificada de preocupante por José Ramón Chaves en su blog <https://delajusticia.com/> . Preocupante para ciudadanos, preocupante para opositores, preocupante para abogados y preocupante para jueces. La inseguridad jurídica no es buena y los ámbitos inmunes a control, tampoco.³

No existiendo criterios previos de valoración de los exámenes que se aplicaran por igual a todos los aspirantes, la demandante, en el recurso de alzada, y posteriormente en la demanda, realiza una comparación de los exámenes, para acreditar el error manifiesto en la calificación como suspenso de su ejercicio. En cambio, opta el CGPJ por negar la comparativa entre los exámenes aludiendo a que se trata de un criterio no establecido en las bases y no ofrece explicación alguna que justifique la nota asignada a los dos opositores hombres, muy superior a los puntos mínimos exigidos, y que justifique por qué ni tan siquiera se ha puntuado a la demandante, excluyéndola de la lista de aprobados, y dejando tres plazas vacantes. La sentencia comentada confirma la actuación del CGPJ y afirma que *"El análisis comparado de su ejercicio con los de los otros dos aspirantes está fuera de lugar en esta sede, ya que no es función del órgano judicial en vía contencioso-administrativa ocupar el lugar del Tribunal Calificador para valorar los ejercicios de un concurso-oposición."*

³ <https://delajusticia.com/2018/03/14/retroceso-del-supremo-en-el-control-de-la-discrecionalidad-tecnica/>

Esta afirmación es contraria a la jurisprudencia sobre el control de la discrecionalidad antes citada. Así, el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 31 julio 2014, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), que reconoce la facultad revisora de la decisión por el propio órgano judicial cuando se trata de cuestiones jurídicas de las que se conocen en el orden contencioso-administrativo y afirma que *“La jurisprudencia sobre el control de la discrecionalidad técnica, en especial la emanada en supuestos semejantes al presente [sentencias de 27 de enero de 2010 (RJ 2010, 1358) (recurso 34/2007) y de 1 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1955) (recurso 88/2007)], no es contraria a que se revise el proceder de dichos tribunales cuando las circunstancias acreditadas en el proceso pongan de manifiesto que sus decisiones incurren en error o son arbitrarias... Cabe, perfectamente, en aquellos casos en que se alegue error o arbitrariedad, por ejemplo, por no seguir el mismo criterio respecto de todos los aspirantes, lo cual, si se produce, supone, además, apartarse de las bases e introducir un trato desigual a los aspirantes.*

(...) “La comparación entre el ejercicio del actor y los de los aspirantes que éste señaló podía hacerla por sí misma la Sala porque el caso práctico que constituyó el objeto del segundo ejercicio de la fase de oposición versaba sobre una materia jurídica de las que conoce el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y los integrantes de la misma estaban en condiciones de apreciar por sí mismos si existía o no la identidad afirmada por el Sr. Carlos desde el momento en que disponían de todos esos ejercicios.

...Ahora bien, cosa distinta es la existencia de criterios distintos con independencia de que se hayan debido a la diversa formación del tribunal calificador o a otra



razón. Aquí el Sr. Carlos ha sostenido que efectivamente se le trató de modo diferente, estableció el término de comparación --los ejercicios de los otros aspirantes que identificó y respecto de los cuales puso de relieve las coincidencias con el suyo- - y, además, subrayó que la ausencia de todo razonamiento sobre la forma en que el tribunal calificador llegó a los veinticuatro puntos que le asignó, impidió saber dónde radicaban las posibles diferencias que pudieran explicar el distinto trato recibido."

La única forma de cumplir con la exigencia de igualdad derivada de los artículos 14 y 23 CE y de los Tratados internacionales, es comparar los exámenes aplicando los mismos criterios. No hacerlo, deja en la más absoluta indefensión a la recurrente.

3. Inversión de la carga de la prueba (art. 60.7 LJCA).

La demandante alegaba finalmente que se había producido una vulneración del derecho a la igualdad y discriminación por razón de sexo, afirmando que operaba la inversión de la carga de la prueba recogida en el art. 60.7 de la LJCA 29/1998, introducido por la Ley Orgánica 3/2007, que afirma que *"en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad"*

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres transpone a nuestro ordenamiento interno la Directiva en materia de

igualdad de trato 2002/73/CE, hoy absorbida por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006.

De acuerdo con la jurisprudencia europea, la existencia de discriminación requiere un trato menos favorable respecto a otra persona que se halle en situación similar. Se requiere, por tanto, una «referencia comparativa»: es decir, una persona que se halle en circunstancias sustancialmente iguales y cuya principal diferencia respecto a la otra persona sea un «motivo protegido»

La discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable, por lo que la prueba de la discriminación directa suele resultar difícil. En cualquier caso, los autores no siempre declaran que aplican un trato menos favorable a unas personas que otras, ni tampoco los motivos por los que lo hacen. Una mujer puede ser rechazada para un puesto indicando simplemente que está «menos cualificada» que el candidato masculino, en cuyo caso a la víctima le puede resultar difícil probar que ha sido objeto de una discriminación directa por razón de género.

Para compensar la dificultad de acreditar que una diferencia de trato se debe a un motivo protegido, la legislación europea contra la discriminación establece el reparto de la carga de la prueba, de modo que si el reclamante puede acreditar la existencia de unos hechos de los que pueda presumirse la existencia de una discriminación, corresponderá al autor la carga de la prueba de su inexistencia.

Nuestra legislación nacional, garantiza la igualdad en el acceso a la función pública en los arts 14 y 23.2, y conforme a la LO 3/2007 y el art. 60.7 de la LJCA



invierte la carga de la prueba en caso de que se alegue discriminación por razón de sexo.

La sentencia del Tribunal Supremo rechaza la aplicación de la regla procesal de inversión de la carga de la prueba por considerar que la invocación de la de la referida discriminación por sexo es una mera afirmación apodíctica, y que, por tanto, no resulta de aplicación la inversión de la carga de la prueba prevista en el artículo 60.7 de la LJCA.

La Sala parece olvidar que para aplicar el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba sólo se exige la denominada prueba indiciaria o prueba indirecta, puesto que, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencia 74/2008, de 23 de junio), la discriminación, a menudo, es una realidad de prueba extremadamente compleja y porque, precisamente por ello, únicamente con el canon elaborado para ese tipo de supuestos es posible hacer aflorar, para corregirlas, las vulneraciones en su caso existentes.

Parece suficiente indicio de discriminación el hecho de que la única suspensa es mujer, a la que ni siquiera se le otorga puntuación, no habiendo justificado los criterios de valoración, dejando plazas vacantes y negando la comparación de los exámenes, porque, se dice en la resolución desestimatoria del recurso de alzada, que el denominado criterio "por comparación" no está en las bases; sin que esté a mi juicio justificado en la sentencia que deje de aplicar una normativa procesal en vigor y exija una prueba directa de discriminación, como la constancia en el expediente de la preferencia del varón sobre la mujer, ya que eso dejaría sin contenido las normas procesales antes

citadas, dictadas precisamente para tratar de superar la dificultad de prueba en estos casos.

IV. CONCLUSIONES

La sentencia objeto de comentario supone un indudable paso atrás en el control de la discrecionalidad técnica, dejando fuera de control jurisdiccional las decisiones de los órganos de selección de la Administración y atribuyéndoles una presunción de acierto "iuris et de iure" poco compatible, a mi juicio, con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (24CE), y el control judicial de la actividad administrativa (106 CE). Se aparta esta sentencia de una jurisprudencia consolidada, pero no la cita, ni justifica la razón para no aplicarla, ni afirma que se trate de un cambio de criterio e introduce una inquietante inseguridad jurídica en la aplicación de las normas y de la jurisprudencia.

Los letrados de las Administraciones Públicas la citaremos para la mejor defensa de los intereses de la Administración a la que representamos, ya que deja fuera de control jurisdiccional las decisiones de los órganos de selección de la Administración, blindándolas ante cualquier crítica y habrá órganos judiciales que se basen en ella para desestimar los recursos. Ya los hay, entre otras, STSJ Valencia 177/2018, rec 350/2015 que para desestimar afirma: *Lo hasta aquí concluido, es por lo demás, conforme a la más reciente jurisprudencia en la materia en cuanto (..) deja expuesto como "la decisión fue adoptada por unanimidad de los miembros del Tribunal Calificador; algo que, en todo caso, indica que no se trató de una valoración dudosa o influida por consideraciones meramente subjetivas" (..) y que "no es función del órgano judicial en vía contencioso-*



administrativa ocupar el lugar del Tribunal Calificador para valorar los ejercicios de un concurso-oposición" (STS, Sc. Sexta 359/2018, de 6 de marzo - casación 4726/2016, ponente LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ); mientras que otros órganos judiciales seguirán aplicando la jurisprudencia consolidada más garantista a la que hemos hecho referencia en este comentario y seguirán controlando las decisiones discrecionales de los órganos de selección de la Administración, conforme exigen los arts. 24 y 106 CE y la propia Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Afortunadamente, parece que no supone un cambio de criterio del Tribunal Supremo en cuanto al control de la discrecionalidad técnica, ya que sentencias posteriores vuelven a citar la evolución jurisprudencial del control de la discrecionalidad y estiman recursos contencioso-administrativos interpuestos por aspirantes en procesos selectivos, entre otras, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª núm. 412/2018 de 14 de marzo, número del procedimiento 2334/2015 en la que estima el recurso por falta de motivación del órgano de selección o la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª núm. 674/2018, rec. 4987/2016, de 25 de abril, que resuelve el recurso interpuesto en un proceso selectivo para proveer entre el personal laboral del Senado dos plazas de Guía al que concurrieron dos aspirantes (uno suspendió, el otro superó el proceso selectivo) y anula determinadas preguntas del test, alguna sobre cuestiones no jurídicas.

Tal vez sea un cambio de criterio de la Sección 6ª del Tribunal Supremo o, simplemente, una sentencia aislada pero introduce una indudable distorsión en el sistema, que sería conveniente eliminar, bien a través

del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que delimite el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función pública de los opositores, así como el alcance de la inversión de la carga de la prueba en caso de alegación de discriminación por razón de género; bien a través de recursos de casación que se interpongan frente a sentencias de las Salas o Juzgados que sigan el criterio de la sentencia comentada, para que el Tribunal Supremo fije una doctrina clara en la materia.

**“COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JUNIO DE
2018. SALA DE LO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA.
R. CASACION núm.: 210/2016.
DISPOSICIONAL ADICIONAL LEF”**

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta
de Comunidades de Castilla-La Mancha
Doctora en Derecho

SUMARIO:

- 1- ANTECEDENTES**
- 2- CONTENIDO DE LA SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 2016 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA**
- 3- DOCTRINA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LA SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 2018**
- 4- OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS**
- 5- CONCLUSIONES**



1. ANTECEDENTES

La sentencia de instancia trae causa del recurso contencioso-administrativo interpuesto por unos particulares contra la resolución del Jurado Regional de Valoraciones de fecha 16 de enero de 2014 que se tramitó bajo el número de autos 151/2014 ante la Sección segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

El fallo de la sentencia de 29 de julio de 2016 establecía lo siguiente:

"1.º Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto.

2.º Anulamos la resolución del Jurado Regional de Valoraciones recurrida.

3.º Fijamos el justiprecio de la finca expropiada en la suma de 195.485,82 euros más los intereses legales desde el 17-4-2008.

4.º No hacemos pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales causadas en esta alzada".

Frente a dicha sentencia se presentó escrito de preparación de recurso de casación por la parte actora en el cual, tras razonar sobre la presentación del recurso en plazo, su legitimación y la recurribilidad de la resolución, identificó como normas infringidas el artículo 23.1.a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2/2008 y el artículo 17 del Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Valoraciones de la Ley del Suelo, argumentando, en síntesis, que la Sala, incorrectamente, ha rechazado la aplicación de factores de localización, con infracción del artículo 23.1.a) tercer párrafo del TRLS, y que,

conforme al artículo 17 del Reglamento de Valoraciones le correspondería un factor 2, o tras la declaración de inconstitucionalidad de dicho límite por STC 141/2014, 2'48 según justificaba el informe pericial.

Asimismo, contra la referida sentencia, por parte del Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se presentó escrito de preparación de recurso de casación, en el cual, tras razonar sobre la presentación del recurso en plazo, su legitimación y la recurribilidad de la resolución, identificó como normas infringidas la disposición adicional de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, introducida por la disposición final segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, argumentando, en síntesis, que la Sala ha incrementado el justiprecio en un 25% por afección contradiciendo el tenor de la mencionada disposición adicional y que el recurso de casación presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia conforme a los siguientes apartados del artículo 88 de la LJCA:

1º) Artículo 88.2.a) por considerar que la sentencia fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.

2º) Artículo 88.2.c) por considerar que la resolución impugnada afecta a un gran número de situaciones.

3º) Artículo 88.3.a) por considerar que se han aplicado normas en las que se sustenta la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia.



Por auto de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, sección primera, se inadmitió el escrito de preparación presentado por la representación de la parte actora y admitiendo la preparación del recurso por parte de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha precisando que la cuestión tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en la determinación del alcance y requisitos de la Disposición Adicional de la Ley de Expropiación Forzosa en la redacción dada por la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012, para el reconocimiento del derecho del expropiado a ser indemnizado en el caso de nulidad del expediente expropiatorio, Disposición Adicional que constituye la norma que en principio será objeto de interpretación.

2. CONTENIDO DE LA SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 2016 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA

Los recurrentes planteaban en primer lugar la nulidad del expediente expropiatorio por falta de información pública y no haberse notificado de forma individualizada el acuerdo de la necesidad de ocupación lo que es determinante de la creación de una situación de indefensión solicitando se incrementara el justiprecio en un 25%. También aducían que la presunción de acierto que se predica de las resoluciones de los Jurados Provinciales de Expropiación forzosa no era extensible a las de los Jurados Regionales de Valoraciones.

La sentencia de 29 de julio de 2016 dictada por la Sección segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha analiza en el fundamento de

derecho tercero la posible nulidad de pleno derecho de la expropiación forzosa y señala:” *En cuanto a las consecuencias derivadas de la nulidad, en coincidencia con lo solicitado en la demanda, procede incrementar el justiprecio en un 25%, a cargo de la Administración expropiante. En cuanto a las consecuencias derivadas de la nulidad, en coincidencia con lo solicitado en la demanda, procede incrementar el justiprecio en un 25%, a cargo de la Administración expropiante. Sin que puedan encontrar favorable acogimiento las alegaciones del Letrado de la Junta, que considera que resulta de aplicación la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, que vincula el derecho a percibir la indemnización en caso de nulidad del expediente expropiatorio a la acreditación de haber sufrido por esa causa un daño efectivo e indemnizable, pues no nos hallamos aquí en ese supuesto sino ante una compensación a la propiedad por la imposibilidad de restitución in natura de la ilegal ocupación de los terrenos expropiados”.*

La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se opuso a cada uno de los motivos de impugnación, solicitando la desestimación del recurso por ser conforme a derecho la resolución del Jurado Regional de Valoraciones.

Subsidiariamente se alegó que para el caso se considerase por la Sala que estábamos ante una vía de hecho, causante de un vicio de nulidad de pleno derecho, se entendiera, por ser una cuestión pacífica dada la apreciación y aplicación de las normas que disciplinan la vigencia de las normas en el tiempo, de aplicación la **Disposición adicional de la Ley de Expropiación Forzosa**, introducida con efectos de 1 de enero de 2013 y vigencia indefinida, por lo dispuesto



en la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, según la cual:

«En caso de nulidad del expediente expropiatorio, independientemente de la causa última que haya motivado dicha nulidad, el derecho del expropiado a ser indemnizado estará justificado siempre que éste acredite haber sufrido por dicha causa un daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.»

Así las cosas, se trataba de una disposición legal vigente en el momento en que se inicia el expediente expropiatorio cuya nulidad se pretende de contrario. Por consiguiente, el derecho a la indemnización que los actores pretendían necesariamente había de regirse conforme al mandato literal y espíritu de la reforma legislativa previamente referenciada.

Al hilo de lo antedicho, dicho razonamiento se encontraba avalado por pronunciamientos como los hallados en la Sentencia de la **Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, con fecha de 15 de enero de 2015**, y ello cuando nos dice que:

“Distinto es el tratamiento que ha de darse a las consecuencias de la nulidad del expediente expropiatorio.

La Disposición adicional de la Ley de Expropiación Forzosa, introducida, con efectos 1 de enero de 2013 y vigencia indefinida, por el apartado cuatro de la

disposición final segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 EDL 2012/260685 , establece: En caso de nulidad del expediente expropiatorio, independientemente de la causa última que haya motivado dicha nulidad, el derecho del expropiado a ser indemnizado estará justificado siempre que éste acredite haber sufrido por dicha causa un daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271 .

La pretensión consistente en un 25% adicional del valor fijado por el Jurado de Expropiación por la vía de hecho, declarada ya por esta Sala, ante la imposibilidad de la devolución del terreno afectado por la expropiación, ha sido deducida por primera vez en el escrito de demanda, que fue presentado el día 21 de enero de 2013, fecha en la que ya estaba en vigor la mencionada disposición adicional.

A lo anterior, ha de añadirse que los pronunciamientos anteriores de esta Sala sobre el mismo procedimiento de expropiación no suponen un derecho adquirido con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma.

*Ha de concluirse, por lo expuesto hasta ahora y al igual que en anteriores supuestos de los que ha conocido esta Sala, que el demandante ha impugnado el procedimiento expropiatorio por la omisión del trámite antes indicado, por lo que debe anularse el acto administrativo impugnado y reconocerse el derecho del demandante a una indemnización de daños y perjuicios, habida cuenta la imposibilidad material de restituir el terreno a su propietario, **pero, a diferencia de los***



supuestos anteriores de los que ha conocido esta Sala, el derecho a la indemnización debe regirse por lo previsto en la Disposición adicional de la LEF a la que se ha hecho referencia.

No habiendo acreditado el recurrente otro daño efectivo e indemnizable, derivado de la infracción procedimental, que la privación de los bienes expropiados, la indemnización consistirá en el importe del valor fijado por el Jurado de Expropiación Forzosa, así como los intereses legales de tal cantidad desde la fecha de la ocupación hasta su completo y efectivo pago (en cuanto estos intereses constituyen una forma de compensación de los perjuicios ocasionados por la ilegal ocupación de la finca desde su ocupación), debiendo entenderse que la suma total de dinero reconocida lo es como indemnización de daños y perjuicios, no como justiprecio, puesto que este último, no puede reconocerse en un expediente expropiatorio nulo. Así, señala el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de marzo de 2012 que "La nulidad, por lo tanto, de la actuación expropiatoria comporta sin más la nulidad del acuerdo del Jurado Provincial". En sentencia de fecha 12 de junio de 2012, el Tribunal Supremo señala que "si el procedimiento expropiatorio está viciado de nulidad, propiamente no existe justiprecio porque el acuerdo del Jurado sobre la valoración adolece de ese mismo grado de ineficacia".

Y en el supuesto de autos no ha quedado acreditado por parte del recurrente otro daño efectivo e indemnizable, derivado de la infracción procedimental, que la privación de los bienes expropiados y por tanto procede desestimar la pretensión".

En la misma línea, resulta igualmente ilustrativo el razonamiento de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 26 de noviembre de 2013 al decir que: *“Sin embargo, sobre todas esas consideraciones y, **probablemente como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el legislador ha salido al paso para abortar en tales casos la indemnización**, a no ser que la parte expropiada hubiera acreditado haber sufrido un daño efectivo e indemnizable por causa de la nulidad del procedimiento, lo que aquí no es el caso.”* En este sentido, se alegaba que la reforma legal tenía que ser aplicada por los Tribunales para rechazar aquellas pretensiones indemnizatorias que no se correspondieran con la acreditación de la efectividad de un daño responde a la reacción del legislador contra la clásica doctrina jurisprudencial del 25%. Así las cosas, cualquier interpretación ajena a dicho espíritu conllevaría que se vaciase de contenido a la norma para atribuir un sentido contrario a aquello que dispuso el legislador cuando aprobó la Ley de Presupuesto Generales del Estado para el año 2013, en que se incorpora la antedicha DA de la LEF.

Es decir, el derecho a ser indemnizado de los expropiados acaecería si los mismos acreditaban haber sufrido un daño efectivo e indemnizable, derivado de la infracción procedimental. **Es más, a esta misma conclusión llegaba la misma Sala a (véase entre otras su Sentencia de 30 de junio de 2015)**, en donde manifestó que: *“En consecuencia, y dando un paso más en este razonamiento, consideramos que a la vista del actual régimen jurídico de las valoraciones, y más concretamente de las valoraciones en los **supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, que es a donde, en definitiva, han***



de reconducirse los supuestos de nulidad radical,
hemos de superar el anterior criterio sobre....."

Así, también podemos hacernos eco, de pronunciamientos como lo hallados en la **Sentencia de la Sección Cuarta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha de 9 de enero de 2014**, y en cuyo Fundamento Jurídico Tercero, establece que: por la petición de indemnización por ocupación ilegal, la Sala considera necesaria una apreciación de la constancia del daño y no una suerte de indemnización automática que se deriva de exigir una doble información pública, la que procede de la Ley de Carreteras y la que viene de la Ley de Expropiación Forzosa.

En el caso de autos, no se expone razón alguna, o hecho relevante, que puede ser el origen del presunto daño, ajeno o distinto al debidamente ya indemnizado, siendo por ello que no proceda incremento de tipo alguno en la cuantía indemnizatoria.

Por otro lado, en el Fundamento Jurídico Quinto de la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, con fecha de 26 de noviembre de 2013**, se nos dice que: *"Debemos ahora en atención al principio de unidad de doctrina y seguridad jurídicas aludir a la Sentencia 303/2013 de 9 de abril de 2013 dictada por esta misma Sala, que a propósito de la retasación de unos terrenos para la construcción de la Ronda Nord, o sea, un supuesto idéntico al que ahora analizamos, ya no aprecia los efectos que la nulidad del procedimiento expropiatorio declarada y reconocida en Sentencia 674/2009 de esta Sala, comportaba en los casos de impugnación del justiprecio fijados por el*

Jurado para esa obra y que impugnados en su día, se había aplicado y reconocido en otras ocasiones. Dice la Sentencia nº 303/2013 de 9 de abril que la indemnización que supone la nulidad del procedimiento expropiatorio comportaba aumentar el justiprecio en la cuantía del 25%; y ello, naturalmente, en tanto que no se superase el límite que suponía la hoja de aprecio. "Sin embargo, sobre todas esas consideraciones y, probablemente como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el legislador ha salido al paso para abortar en tales casos la indemnización, a no ser que la parte expropiada hubiera acreditado haber sufrido un daño efectivo e indemnizable por causa de la nulidad del procedimiento, lo que aquí no es el caso.

En efecto, desde el 1 de enero de 2013 se encuentra en vigor la Disposición Adicional de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, introducida por la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012, en cuya virtud el derecho del expropiado a ser indemnizado en caso de nulidad del procedimiento expropiatorio se extiende -y limita- a aquel supuesto en el que el expropiado acredite haber sufrido por dicha causa un daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del artículo 137 de la Ley 30/1992.

En idéntico sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con fecha de 20 de mayo de 2015, cuando nos dice en su fundamento jurídico Quinto que: *"Que se insiste en la idea de que el expediente es nulo y, por ello, ha de incrementársele el justiprecio en un 25%, con olvido de la D.A. de CEF de en caso de nulidad del expediente expropiatorio, independientemente de la causa última que haya motivado dicha nulidad, el derecho del expropiado a ser indemnizado estará justificado siempre que éste acredite haber sufrido por dicha causa*



un daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del art. 139 Ley 30/92 , norma vigente desde el 1-1-2013, en los términos que determina la Ley 17/2012, que introdujo la redacción, con efectos desde su publicación (art. 2. C.C); no se ha practicado ninguna prueba ni hecha alegación sobre la viabilidad de tal incremento indemnizatorio, no probándose daño alguno que pueda ser objeto de resarcimiento con cargo al erario público”.

Consecuentemente, eran muchos los pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia que no solo habían dado relevancia a la Disposición Adicional de referencia, sino que además la habían aplicado en los términos transcritos para supuestos similares.

3. DOCTRINA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LA SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 2018

La sentencia en su fundamento de derecho segundo trae a colación el criterio precedente que había mantenido en otras sentencias: *“Es cierto que esta Sala ha venido reconociendo una compensación del 25% resultante de la indemnización por vía de hecho, siendo necesario resaltar, como recordamos en aquella sentencia de 15 de octubre de 2008, que ello ha sido cuando el objeto del recurso estaba referido al acuerdo valorativo del Jurado y siempre que así se hubiera solicitado por la parte que se vio privada ilegalmente de sus bienes, al objeto de evitarle la promoción de un nuevo proceso, sin que en definitiva sea correcto entender que con carácter general la indemnización por la vía de hecho haya de cifrarse en el 25% del justiprecio y ello, entre otras cosas, porque apreciada*

una vía de hecho, no existe tal justiprecio como compensación por la pérdida de la propiedad del bien, al no existir en realidad una auténtica expropiación forzosa. (S. 25-9- 2012, rec. 1229/2009)".

Se desprende de ello que en la determinación de la indemnización sustitutoria cuando no es posible la devolución del bien ocupado se siguen dos criterios:

La fijación de la indemnización al amparo del art. 105.2 de la Ley de la Jurisdicción, que es la que procede en términos estrictamente jurídicos como compensación del derecho del expropiado a obtener la devolución de la finca

A continuación analiza los dos criterios a la hora de determinar la indemnización sustitutoria cuando no es posible la restitución del bien al expropiado.

La fijación de la indemnización al amparo del art. 105.2 de la Ley de la Jurisdicción, que es la que procede en términos estrictamente jurídicos como compensación del derecho del expropiado a obtener la devolución de la finca de que se vio privada ilegalmente, indemnización referida, naturalmente, a la fecha en que dicha imposibilidad se aprecia por el Tribunal y que se concreta en la valoración del bien, atendiendo a la privación definitiva que supone la imposibilidad de devolución, cuya liquidación conjunta con la indemnización de daños y perjuicios causados por la actividad ilegal, justificados en los términos que exige la disposición adicional LEF, supone la reparación íntegra de las consecuencias de la ilegal actividad administrativa, por lo que, como señalan las sentencias de 12 de junio de 2012 (rec. 4179/2009) y 27 de junio de 2012 (rec. 3331/2009), sobre la liquidación así practicada no para el incremento del 25 por ciento.



El segundo criterio consiste en determinar la indemnización compensatoria atendiendo a la valoración asignada por el Jurado cuyo contenido es objeto de cuestionamiento en vía jurisdiccional, incrementada en un 25% , criterio que se aplica a solicitud del interesado y para evitar el planteamiento de otro recurso y que la propia jurisprudencia señala que no es correcto entender que con carácter general la indemnización por la vía de hecho haya de cifrarse en el 25% del justiprecio y ello, entre otras cosas, porque apreciada una vía de hecho, no existe tal justiprecio como compensación por la pérdida de la propiedad del bien, al no existir en realidad una auténtica expropiación forzosa. Con todo, el problema surge porque en la determinación de esa indemnización no solo se atiende al valor del bien, cuya devolución no es posible, sino que el referido incremento del 25% incluye también la indemnización por la vía de hecho, es decir, por los perjuicios derivados de la ilegal actuación, de manera que se produce una valoración global sin precisar el alcance y naturaleza de los daños, lo que ha llevado a que en recientes sentencias, como la de fecha 26 de abril de 2018, dictada en el recurso 2046/16, se declare que dicho incremento del justiprecio por su carácter indemnizatorio y, aun cuando en principio pueda presumirse en atención a las circunstancias del caso que la privación por vía de hecho puede suponer un perjuicio superior al reparado mediante el justiprecio, cuando se pone en cuestión la existencia de ese perjuicio real y efectivo, es necesario acreditar la realidad del mismo para que la indemnización resulte procedente.

En definitiva, la sala acaba acogiendo en su fundamento de derecho tercero la argumentación mantenida por la Junta de Comunidades de Castilla-La

Mancha fijando la interpretación de la Disposición Adicional de la Ley de Expropiación Forzosa en el sentido de que, sin perjuicio de la devolución del bien ocupado o la fijación de la correspondiente indemnización sustitutoria al amparo del art. 105.2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para el reconocimiento del derecho del expropiado a ser indemnizado en el caso de nulidad del expediente expropiatorio de los daños y perjuicios derivados de la actividad anulada, es preciso que se justifique la realidad del daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del art. 139 de la Ley 30/92 (arts. 32 y ss. Ley 40/2015).

4. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS

Relacionado íntimamente con lo anterior existe otro recurso de casación que también ha sido admitido por el Tribunal Supremo y por tanto pendiente de sentencia. Se trata del recurso nº 2356/2017. La sentencia recurrida en casación es la número 39, fecha 20 de febrero de 2017, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha número 404/2015, en el que además del 25% se plantea la concesión discrecional sobre un derecho de opción al recurrente.

Al igual que resultaba contrario a la disposición adicional citada el incremento del 25%, también lo es el ampliar el justiprecio, concediendo una indemnización suplementaria carente de base legal, consistente en la opción del "valor del bien calculado en ejecución de sentencia a la fecha en que no sea devuelto, en este



caso sin aplicación del 25 % ni de intereses y siempre a salvo cantidades ya abonadas”.

Tal previsión resulta contraria a la norma legal, pues reconoce una indemnización, al igual que ocurría con el 25%, en contravención con la previsión de la disposición adicional, que exige que, en los casos de nulidad, se pruebe el perjuicio en el proceso, sin que se pueda establecer de forma automática por el Juzgador.

En definitiva, la opción por la indemnización del bien en ejecución de sentencia (en sustitución del 25%) supone la concesión al demandante de una indemnización no prevista legalmente y sin cumplir los requisitos exigidos (prueba del daño efectivo e indemnizable por título de responsabilidad patrimonial), siendo por ello contraria a derecho la sentencia que se recurre en la presente casación.

Derecho de opción, por otro lado, que ya el Tribunal Supremo consideraba improcedente. En tal sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Sexta, fecha 25 de septiembre de 2012, Rec. 1153/2009, en ella se declara contrario a derecho la opción que se establece entre la indemnización del valor del bien y el justiprecio incrementado en un 25%. En ella se indica “El motivo casacional ha de ser estimado, por cuanto que, efectivamente, ni procede condicionar la indemnización a la imposibilidad de restitución de los bienes a la que se condena a la beneficiaria, dado que las partes están conformes en la imposibilidad de dicha devolución en el proceso de instancia y así resulta de las alegaciones en esta casación formuladas, ni resulta procedente tampoco dejar al arbitrio de la parte la opción por la sustitución de la devolución in natura por una indemnización consistente, bien en el valor de los

bienes en el momento en que se aprecie la imposibilidad de devolución o bien en una indemnización consistente en el valor asignado por el Jurado, más el 25% que deberá correr éste a cargo de la Administración expropiante. Como hemos resuelto ya en sentencias de 12 de junio de 2012, en el recurso de casación 4179/2009 y 27 de junio de 2012 (rec. casación 3331/2009), la citada opción resulta improcedente y, en consecuencia, exclusivamente procedería la concesión de la indemnización por el valor asignado por el acuerdo del Jurado, más el 25%, que deberá correr a cargo de la Administración como el Tribunal de instancia apreció, sin que la responsabilidad de la Administración expropiante declarada por el Tribunal de instancia haya sido cuestionada por su representante procesal.”

En definitiva, el derecho de opción concedido al demandante entendemos se opone frontalmente a la Disposición Adicional de la Ley de Expropiación Forzosa.

5. CONCLUSIONES

Esta importante sentencia supone un cambio con respecto al criterio precedente mantenido por el Tribunal Supremo en otras sentencias, de tal manera que fija doctrina sobre la interpretación de la Disposición Adicional de la Ley de Expropiación Forzosa.

Ya no cabe una indemnización automática del 25% como una suerte de derecho adquirido, sino que será preciso acreditar los daños efectivos y reales derivados de la nulidad de la expropiación por la privación de los bienes.

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

SECCIÓN INTERNACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

**“LAS UNIONES TEMPORALES DE
PROVEEDORES (UTP) Y LAS
DIFICULTADES EXISTENTES EN TORNO
A SU IMPLEMENTACIÓN EN LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA CHILENA.”**

D^a Natalia Francisca Cáceres Luarte

Abogada Universidad de Chile, M.A International
Relations, Middlesex University, London.

Magister en Contratación Pública UCLM.

Asesora Programa Naciones Unidas para el Desarrollo y
World Resorces Institute. (Chile).

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto efectuar un análisis de la figura de la Unión Temporal de Proveedores en la legislación chilena, desde su inclusión a través de la modificación al Reglamento de Compras en 2015. Su escasa regulación sumado a la poca aplicación del mismo han mermado la relevancia de su figura en el ordenamiento jurídico nacional dificultando su aplicación práctica, por lo cual se propone la necesidad de efectuar modificaciones que permitan alcanzar el objetivo buscado por el legislador, promoviendo en definitiva el desarrollo de las micro y



pequeñas empresas en el ámbito de la contratación pública.

ABSTRACT: The present article has as its object to analyse the notion of Temporary Union of Vendors in the Chilean law, since its inclusion in the Procurement Act in 2015. Its scarce regulation, in addition to its limited application have diminished its importance, making its practical application very difficult. That is why reforms seem to be necessary so as to achieve the objective pursued by the legislator, thereby promoting the development of small and medium enterprises within the public procurement regime.

PALABRAS CLAVE: [Contratación Pública, Unión Temporal de Proveedores, Reforma, Modificaciones Legales, Igualdad de oferentes, Dirección de Contratación Pública].

KEY WORDS: [Public procurement, Temporary Union of Vendors, Reform, Legal Amendments, Equality of participants, Public Procurement Office].

SUMARIO:

1. Introducción
 - 1.1. Aspectos Preliminares.
 - 1.2. La Unión Temporal de Proveedores y su reconocimiento normativo.
 - 1.3. Recomendaciones de la Dirección de Contratación Pública.
2. Los problemas en la inclusión de UTP en los procesos de contratación chilena.
 - 2.1 Concentración de mercados y conductas colusorias.
 - 2.2. Igualdad de los oferentes.

- 2.3. Ausencia de regulación en aspectos relevantes del contrato.
3. Existencia de mecanismos similares en el Ordenamiento Jurídico español.
4. Conclusiones y/o recomendaciones.
5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. Aspectos Preliminares

En los procesos de Contratación Pública, y particularmente en aquellos relacionados con las Compras Públicas, la promoción de aspectos como la transparencia, la participación y la economía en los procesos liderados por las administraciones y/o servicios públicos han sido ejes fundamentales para su desarrollo a nivel nacional e internacional. Incentivar la participación de oferentes en los procesos de contratación, no sólo da cuenta de la existencia de un mercado "sano", sino también revela la ausencia de favoritismos y contrataciones basadas en la plutocracia permitiendo la confianza en un mercado de adquisiciones que tanto para quienes participan de él como de quienes lo observan puede ser definido como transparente e inclusivo.

En este sentido, la Dirección de Compras y Contratación Pública chilena, ha abocado sus esfuerzos no sólo en reducir las eventuales barreras de entrada para la participación de las empresas en el mercado de la contratación pública, adoptando, entre otras medidas, la iniciativa de reducir las condiciones de



ingreso necesarias para inscribirse en el portal web como Proveedor del Estado, como asimismo promoviendo modificaciones legales a la Ley N° 19.886, de Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios – en adelante e indistintamente “Ley de Compras”- y su Reglamento, a través de la inclusión de disposiciones que fomentan la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME, MYPES), por medio del fomento e introducción de incentivos a la participación de mujeres y personas con discapacidad, aspectos medioambientales, y también a través de la inclusión de mecanismos de participación de asociaciones de empresas, como lo es el caso de la Unión Temporal de Proveedores.

Cabe destacar también, que si bien a la fecha no existen desarrollos doctrinarios en materia de análisis y/o discusión de la figura de la Unión Temporal de Proveedores, la regulación y/o análisis que se realizan en el presente documento se derivan exclusivamente de las disposiciones normativas que la contienen y regulan, y asimismo la Directiva N°22 de la Dirección de Compras y Contratación Pública que recoge los esfuerzos de delimitar la participación de éstas organizaciones en los procesos de adquisiciones o contrataciones y asimismo establecer definiciones y límites respecto a la participación de las mismas.

Ciertamente, el nivel de desarrollo resulta cuanto menos insuficiente, particularmente si pretendemos utilizar este mecanismo como herramienta para fomentar la participación en los procesos de compra a través de la integración de más actores dentro del sistema, pero cabe reconocer que este desarrollo incipiente provee al menos de aspectos, características

y/o criterios indispensables a ser cumplidos por las UTP, en caso de querer participar en los diversos procesos de contratación pública convocados por la Administración.

1.2. La Unión Temporal de Proveedores y su reconocimiento normativo.

La Unión Temporal de Proveedores –de ahora en adelante e indistintamente UTP, o Unión Temporal-, corresponde a un mecanismo de participación introducido en la Ley N.º 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y del Reglamento de Compras chileno - Decreto N° 250- a través de la modificación legal introducida en el año 2015; definiéndola en el numeral 37, artículo 2 del Reglamento como una: *"asociación de personas naturales y/o jurídicas, para la presentación de una oferta en caso de licitaciones, o para la suscripción de un contrato, en caso de un trato directo"*.

En función de la disposición anterior, aparece de manifiesto la intención del legislador de fomentar la participación de una mayor cantidad de oferentes en los diversos procesos de contratación pública, permitiendo de esta forma que quienes deseen participar de éstos, puedan establecer acuerdos con otras empresas o personas naturales, permitiendo la presentación de una oferta conjunta con la finalidad de dar cumplimiento a los requisitos técnicos, administrativos y económicos exigidos en las correspondientes Bases de Licitación evitando la auto-exclusión por la ausencia de cumplimiento de alguno o algunos de los requisitos establecidos en las respectivas convocatorias o



llamados. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 67 bis, del ya citado Reglamento de Compras, va un paso más allá y nos otorga mayores detalles respecto a las características y obligaciones que deben cumplir estas Uniones Temporales, señalando que:

- "Si dos o más proveedores se unen para el efecto de participar en un proceso de compra, deberán establecer, el documento que formaliza la unión, a lo menos, la solidaridad entre las partes respecto de todas las obligaciones que se generen con la Entidad y el nombramiento de un representante o apoderado común con poderes suficientes. Cuando se trate de adquisiciones inferiores a 1.000 UTM, el representante de la unión temporal de proveedores deberá adjuntar al momento de ofertar, el documento público o privado que da cuenta del acuerdo para participar de esta forma. Para contrataciones iguales o superiores al monto indicado, y sin perjuicio del resto de las disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables, el acuerdo en que conste la unión temporal deberá materializarse por escritura pública, como documento para contratar, sin que sea necesario constituir una sociedad. Si la Entidad exige la inscripción en el Registro de Proveedores para suscribir el contrato, cada proveedor de dicha unión temporal deberá inscribirse.

Al momento de la presentación de las ofertas, los integrantes de la Unión determinarán qué antecedentes presentarán para ser considerados en la

evaluación respectiva, siempre y cuando lo anterior no signifique ocultar información relevante para la ejecución del respectivo contrato que afecte a alguno de los integrantes de la misma.

Las causales de inhabilidad para la presentación de las ofertas, para la formulación de la propuesta o para la suscripción de la convención, establecidas en la legislación vigente, afectarán a cada integrante de la Unión individualmente considerado. En caso de afectar una causal de inhabilidad a algún integrante de la Unión, ésta deberá decidir si continuará con el respectivo procedimiento de contratación con los restantes integrantes no inhábiles de la misma o se desiste de su participación en el respectivo proceso.

La vigencia de esta unión temporal de proveedores no podrá ser inferior a la del contrato adjudicado, incluyendo la renovación que se contemple en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de este Reglamento."

En relación a la disposición anterior, es posible desprender de la misma, los requisitos y/o consideraciones a las cuales deben dar cumplimiento quienes deseen participar de los procesos de contratación pública a través de esta figura. Conforme a ello, los requisitos para la conformación de una Unión Temporal de Proveedores serían los siguientes:



- a) Constar la unión en un documento de carácter formal, el cual en caso de corresponder a procesos o adquisiciones superiores a 1.000 Unidades Tributarias Mensuales (U.T.M), la formalización de dicha unión debe constar en escritura pública.
- b) Independiente del monto de la adquisición, no resulta (o resultaría) necesario constituir una sociedad.
- c) Quienes integran la Unión Temporal, deben decidir que documentos serán presentados en la evaluación, evitando el ocultamiento de información relevante para la ejecución del contrato.
- d) Las causales de inhabilidad que presenten alguno de quienes integren la Unión Temporal, no son traspasables a ésta, pudiendo decidir si se persevera o no en el proceso ya sea como Unión Temporal o bien como proveedor independiente hábil.
- e) La extensión del acuerdo en el que conste la Unión Temporal debe considerar un periodo de tiempo que al menos incluya el periodo de vigencia del contrato adjudicado, más el periodo de renovaciones y/o extensiones contempladas en éste.
- f) Existencia de una responsabilidad de carácter solidario de los miembros integrantes de la Unión Temporal de Proveedores.

No obstante la existencia de este reconocimiento y regulación de carácter normativo, su extensión y detalle es bastante acotado, quedando al arbitrio de las partes involucradas –particularmente en el órgano de la Administración que convoca al proceso- el establecimiento de la forma y mecanismos a través del cual los proponentes interesados podrán participar del proceso, ya sea que la convocatoria corresponda a una licitación pública y/o contratación o trato directo, y si se permite o no la participación de Uniones Temporales. Una vez zanjado esto, emergen las dudas razonables en cuanto al mecanismo bajo el cual se acreditará la experiencia de quienes integran la Unión, cómo o quiénes deberán tomar la boleta de garantía de seriedad de la oferta; quien o quienes serán responsables en caso de incumplimiento, y lo que parece más complejo aún, respecto a la forma de integración de estas Uniones Temporales y si ellas pueden o podrían eventualmente ser integradas por empresas de mayor tamaño o participación en el mercado, o si dicha posibilidad podría o no mermar el acceso de pequeñas y medianas empresas en estos procesos y convocatorias.

1.3. Recomendaciones de la Dirección de Contratación Pública.

Tal como ha ocurrido en situaciones anteriores – y recogiendo a modo de ejemplo lo ocurrido en materia de regulación en materia de contratación pública de aspectos como la participación de personas con discapacidad, políticas de género, criterios



medioambientales, etc.¹- la Dirección de Compras y Contratación Pública, en ejercicio de las atribuciones reconocidas en el artículo 30, letra a) de la Ley de Compras, y en el artículo 104 bis del Reglamento, tiene la facultad de emitir lineamientos y/o recomendaciones de buenas prácticas, con la finalidad de facilitar una mejor gestión en los procesos de compra.

En virtud de ello, la Dirección de Compras, a través de la Directiva N° 22, de 2015², regula aspectos poco claros o no considerados expresamente en la modificación de la Ley y el Reglamento de Compras del año 2015, recogiendo la relevancia del carácter transitorio de la Unión Temporal de Proveedores en cuanto a su existencia -la que se entiende acotada para el proceso al cual postula, y por ende sólo perdura mientras perdure el servicio contratado o adjudicado- y la ausencia de formalidades, lo cual deriva en la mayor facilidad existente para su conformación. El referido documento -la Directiva N°22- , a diferencia de lo que se establece en la normativa legal en materia de Uniones Temporales, hace hincapié en el hecho que esta asociación de proveedores está destinada a

¹ Para mayor información al respecto, remitirse a los artículos en materia de cláusulas medioambientales e igualdad de género, publicados conjuntamente por la autora y el Doctor Jaime Pintos Santiago en la revista Contratación Administrativa Práctica, correspondientes al periodo junio-julio 2017.

²<http://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/directiva-n22.pdf>. [Acceso al 20 de enero de 2018].

promover la participación de pequeñas y medianas empresas (PYMES/MYPES). Del mismo modo, la Directiva considera que a través de la figura de la UTP tanto las PYMES como las MYPES pueden, de forma estratégica:

- Mejorar el equipo de personas que presta el servicio, vale decir los antecedentes profesionales, capacitación y experiencia requerida;
- Aumentar el stock y cubrir la demanda de productos solicitados cuando el volumen sea muy alto para un pequeño proveedor, facilitando de esta manera las economías de escala;
- Aumentar entre todos la cobertura de su oferta, mejorando tiempos de entrega, cantidades y tiempos de respuesta; o,
- Presentar mejor experiencia al ofertar, para efectos de la evaluación de la misma.

Frente a las consideraciones anteriores, las cuales si bien logran esclarecer un poco el panorama asociado a la participación y trascendencia respecto de las UTP, debemos entender el valor legal y/o jurídico que tiene esta Directiva. Y es que no está demás señalar que esta clase de Directivas se tratan meramente de recomendaciones o lineamientos efectuados por la Dirección de Compras, y por ende no tienen carácter de vinculantes u obligatorias para la Administración, generando una suerte de conflicto entre la normativa legal de carácter vinculante y obligatorio para la



Administración, la cual se encuentra integrada por la correspondiente a la Ley de Compras y su Reglamento –la cual regula más bien de forma general la participación de las Uniones Temporales- y aquella normativa generada a través de las Directivas, en función de las facultades conferidas a la Dirección de Compras, de carácter recomendativo y por ende, no vinculante, la que sin lugar a dudas contiene mayores precisiones respecto a la participación de las Uniones Temporales, al efectuar por ejemplo, limitaciones en cuanto a su conformación al señalar que su creación (como figura de UTP) busca incentivar la participación de pequeñas y medianas empresas.

La diferencia entre ambos tipos de normativas genera diferencias no sólo en cuanto al valor jurídico de una y otra, ya que si bien la Directiva sólo tiene el alcance de lineamiento o recomendación, carecería del carácter vinculante necesario para generar los efectos requeridos, generando en consecuencia vacíos o inconsistencias legales que permiten una errónea interpretación no sólo por parte de la Administración - que en muchos casos ha optado por evitar contemplar la posibilidad de participación bajo esta figura- sino también en cuanto a los proponentes, quienes eventualmente podrían vulnerar el espíritu de la participación de este tipo de figura, principalmente por desconocimiento respecto a las limitaciones de la misma, ya que sólo estaría contenida en la Directiva Nº22, de la Dirección de Compras, la cual establece la posibilidad de esta figura como un mecanismo de fomento a la participación de las pequeñas y medianas empresas y la posibilidad de autorregulación o autodeterminación por parte de los propios

proponentes quienes participan bajo la figura de la Unión Temporal, en todas aquellas materias relevantes asociadas a la acreditación y/o certificación en los procesos de compra de aquellos aspectos relacionados con la experiencia, las garantías y el cumplimiento de las obligaciones laborales y/o sociales.

2. LOS PROBLEMAS EN LA INCLUSIÓN DE UTP EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN CHILENA.

En atención a lo señalado anteriormente, y teniendo en miras la escasa –o casi nula- regulación existente en torno a las Uniones Temporales de Proveedores, la cual se encuentra reducida a la escuálida definición contenida en el Reglamento de Compras, y particularmente a un articulado – el 68 bis- del mismo documento en el cual se establecen los requisitos que deben cumplir éstas para participar de los procesos de adquisición o contratación, la aplicación, condiciones y eventual participación de Uniones Temporales de Proveedores en los procesos convocados por la Administración resulta cuanto menos compleja y difícil.

Las falencias derivadas de la situación anterior, no son sino el resultado de la inclusión de conceptos e instituciones foráneas –como lo sería el concepto vinculado a la Unión Temporal de Empresas, en el caso de España, el cual será desarrollado más adelante-, a la normativa chilena, a través de la adopción incluso de un nombre bastante similar, sin haber efectuado un análisis completo y acabado no sólo de estas disposiciones, sino también respecto a la forma y alcance bajo la cual han sido implementadas al interior



del país imitado, o bien con escaso conocimiento de las complejidades que se han desencadenado en su implementación. Todo lo anteriormente expuesto deriva en la adopción de una normativa débil y ajena, la que inevitablemente será objeto de discusión legal y doctrinaria, la cual podría desencadenar la tramitación de modificaciones a la Ley y el Reglamento de Compras, con la finalidad de recoger las reales intenciones del legislador en materia de participación de Uniones Temporales de Proveedores en la contratación pública -como lo sería la limitación recogida en la ya referida Directiva- con la finalidad de hacer de este mecanismo de contratación una herramienta orientada esencial y exclusivamente a incentivar la participación de los sectores económicos más vulnerables como lo serían las pequeñas y medianas empresas.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, quisiera ser enfática en señalar que la creación de figuras como las Uniones Temporales de Proveedores son relevantes en el mercado, y sin lugar a duda beneficiosas, toda vez que además de aportar un mayor dinamismo a éste, pueden promover mejores precios para la Administración, así como también mayor seguridad y certeza en la ejecución de los contratos, a través de la asociación de empresas que oferten mejores productos o servicios con menores costos para la entidad contratante a través de la generación de economías de escala.

Lo que es objeto de crítica en el presente documento no es su implementación en sí misma, sino la escasa regulación existente, la que deriva y ha derivado desgraciadamente en una figura débil, riesgosa en

cuanto a su implementación -por conflictos relacionados a con la libre competencia como se señalará posteriormente- y además de derivar en una compleja comprensión y seguimiento por parte de la Administración, quienes deben establecer con detalle en sus procesos de adquisición y/o licitación las formalidades bajo las cuales se permitirá la participación de las Uniones Temporales.

Por lo anterior, el objeto principal de este artículo es efectuar un análisis de las principales complejidades asociadas a la implementación y participación de las Uniones Temporales en los procesos de contratación pública, los cuales van más allá de la débil regulación, sino que a su vez plantean preocupaciones en torno a aspectos relevantes en los procesos de compra, como lo son la igualdad de los oferentes, y los derechos laborales, entre otros.

2.1 Concentración de mercados y conductas colusorias.

La introducción de la figura de las Uniones Temporales de Proveedores ha levantado alertas en aquello que respecta a la libre competencia en los mercados. La débil legislación respecto a los límites de participación o en cuanto a la claridad respecto a quienes son los que podrían participar bajo la figura de la UTP, ha levantado alertas por parte de la Fiscalía Nacional Económica, quien en reuniones de discusión con la Dirección de Compras durante el proceso previo a la modificación de la Ley y el Reglamento de Compras expuso la posibilidad de que esta figura sea eventualmente utilizada por empresas de mayor tamaño que



concentren o tengan en su poder porcentajes de participación en el mercado que no haga sino reducir o anular la participación de las pequeñas y medianas empresas para quienes ha sido orientada esta figura.

Con anterioridad a la inclusión de esta figura, sólo en contadas oportunidades resultaba factible asociar estas prácticas contrarias a la libre competencia con los procesos de contratación liderados por la Dirección de Compras.

La Dirección ha sido constantemente reconocida como un organismo que ha velado no sólo por la transparencia en los procesos de compra a través de la formación y capacitación a los servicios públicos y a los proveedores del Estado, sino también ha abogado por la integración en la discusión y el debate de propuestas a entidades relevantes en distintas áreas, con la finalidad de recoger apreciaciones y alertar respecto a eventuales complejidades en la aplicación de las modificaciones ya sea a la Ley, el Reglamento, o a las plataformas digitales utilizadas para la contratación por parte de la Administración, permitiendo de esta manera una mayor accesibilidad y consecuentemente una mayor participación.

En este sentido, la Directiva N°22, de 2015, recoge la discusión en torno a la participación de las Uniones Temporales de Proveedores, la cual contó con la participación de la Fiscalía Nacional Económica, agencia nacional encargada de velar por la libre competencia, así como defender y promover la competencia en todos los mercados o sectores productivos de la economía

chilena³; quien alertó de la eventual asociación de empresas de mayor tamaño como oferentes en los procesos de licitación, lo cual no sólo contravendría el espíritu de la inclusión de las Uniones temporales, sino que también podría configurar actos atentatorios contra la libre competencia, las cuales podrían configurar eventuales concentraciones de mercado y conductas colusorias entre ellas, orientadas por ejemplo a subir los precios, monopolizar el mercado o excluir propuestas de empresas competidoras.

Bajo lo anterior, el análisis respecto a la concentración del mercado, para efectos del análisis de la Uniones Temporales de Proveedores que nos convoca en este trabajo, tiene por objeto determinar el grado al cual la producción de una industria está concentrada en manos de un reducido número de grandes empresas⁴; siendo ésta una característica indicativa del número de sus participantes y de la posición en el mercado que logra cada uno de ellos debido a su nivel de participación. Bajo lo anterior, las concentraciones de mercado no son negativas en sí mismas, sino sólo cuando la reducida o limitada participación de una industria es el resultado de conductas atentatorias contra la libre competencia, a

³ www.fne.gob.cl/nosotros/fne/. [Acceso al 20 de enero de 2018].

⁴ SANCHIZ, Amparo y MAÑEZ CASTILLEJO, Juan Antonio; *"Estructura de Mercado y Concentración"*; Licenciatura en Economía, Departamento de Estructura de Mercado y Concentración; Universidad de Valencia, 2001; disponible en <http://www.uv.es/~jamc/eia/econind1>. [Acceso al 20 de diciembre de 2017].



través, por ejemplo de conductas colusorias entre quienes integran un determinado mercado.

Por otro lado, las conductas colusorias, se derivan del término colusión, emanado del latín jurídico "collusio", que significa un acuerdo entre dos personas destinadas a perjudicar a un tercero. En el ámbito de la libre competencia, semejante acuerdo está destinado a conculcar este bien jurídico, por la vía de que se le lesione o bien se le coloque en riesgo y sea que ello entrañe un perjuicio civil concreto o no⁵. De esta forma las prácticas colusorias pueden ser entendidas como aquellas tratativas o intenciones de alcanzar acuerdos entre los participantes de un determinado proceso podrían eventualmente tener por objeto no sólo el lograr la adjudicación de un determinado proceso de adquisición o licitación, sino también repartir el mercado a través de zonas, reduciendo precios de venta que aniquilen económicamente a las empresas competidoras, restringiendo la competencia o ejerciendo abuso de la posición que se detenta en el mercado⁶.

⁵ VALDÉS PRIETO, Domingo; *"Libre Competencia y Monopolio"* Edit. Jurídica, año 2006, p 516.

⁶ Si bien a la fecha no existen denuncias en torno a estas prácticas por parte de las Uniones Temporales de Proveedores, la Fiscalía Nacional Económica ha investigado y ejercido acciones legales en otros procesos de licitación relacionados con entidades públicas, como lo es en el caso denominado "CENABAST" y "Basura", los cuales se encuentran disponibles en el sitio Web http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/instrucciones_generales/Instruccion_General_01_2006.pdf. [Acceso al 20 de febrero de 2018].

En este mismo sentido, el Tribunal de Libre Competencia -en adelante TDLC-, ha entendido el concepto de colusión como aquellos “acuerdos por los que los agentes económicos –normalmente competidores que se encuentran en un mismo eslabón de la cadena de producción y/o comercialización– reducen o eliminan la competencia entre ellos, sustituyendo ésta por una cooperación que les permita evitar los costos y riesgos que conlleva disputarse clientes por la vía de ofrecer condiciones más favorables que las de los rivales. Los principales ejemplos de prácticas colusivas, aunque no los únicos, son los acuerdos de precios, los acuerdos sobre la producción y los repartos de mercado”⁷, la misma sentencia señala que las situaciones señaladas a modo ejemplar en el literal a) del Decreto Ley Nº 211, comprenden los casos de colusión más frecuentes pero que ello no impide o impediría “considerar como atentatorios de la libre competencia los acuerdos entre competidores que versen sobre un elemento de competencia diferente de los precios, cantidades producidas o zonas o cuotas de mercado, señalados en la citada disposición”⁸.

Dicho argumento ha sido a su vez recogido por la Excelentísima Corte Suprema, quien ha señalado: - “Que la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más

⁷ Tribunal de Libre Competencia, considerando 28, Sentencia 57/2007, de 12 de julio de 2007; disponible en http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_57_2007.pdf; [Acceso al 26 de febrero de 2018].

⁸ Ibid.; considerando 28.



reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen las participantes.”⁹

A mayor abundamiento, y tal como ha sido reiterado en numerosas oportunidades en este artículo, el objetivo esencial de la participación de las Uniones Temporales de Proveedores, dice relación con el fomento e impulso a la participación de pequeñas y medianas empresas; sin embargo, esto no ha sido recogido en el artículo 68 bis del Reglamento de Compras, razón por la cual no existiría inconveniente alguno en el hecho que en un determinado proceso dos empresas “grandes”, suscribieran un acuerdo de Unión Temporal de Proveedores para participar de éste, vulnerando lo que hemos denominado el “espíritu y objeto” de la participación de las UTP.

Frente a ello, parece evidente que la asociación entre empresas “grandes”, no sólo genera la concentración del mercado, sino también genera barreras de entrada a las pequeñas y medianas empresas, quienes difícilmente podrán participar del proceso bajo estándares competitivos y precios que permitan una eventual adjudicación. Por lo anterior, la Directiva N°22, dispone que en aquellos casos en los cuales las entidades compradoras adviertan posibles prácticas anticompetitivas, deberán denunciar tal circunstancia a

⁹ Corte Suprema Rol N° 1746-2010, de fecha 29 de diciembre de 2010; considerando 12.

la Fiscalía Nacional Económica, indicando con claridad lo siguiente¹⁰:

- Identificación del denunciante, quien podrá solicitar la reserva de su identidad.
- Identificación del mercado específico donde se desarrollan los hechos.
- Individualización de los agentes económicos involucrados.
- Los hechos que constituirían conductas contrarias a la libre competencia.

Asimismo, la Dirección de Compras y Contratación Pública, a través del Observatorio ChileCompra monitoreará constantemente los procesos de compras en los cuales hayan participado Uniones Temporales de Proveedores, debiendo remitir los antecedentes respectivos a la Fiscalía Nacional Económica, en aquellos casos en los cuales se detecten eventuales alteraciones a la libre competencia.

2.2. Igualdad de los oferentes.

Tal como se ha desarrollado en el presente artículo, y conforme se desprende de la ya mencionada Directiva N°22, la inclusión de la Unión Temporal de Proveedores a través de la modificación introducida en el año 2015,

¹⁰ Se hace presente, que estas denuncias pueden ser realizadas también a través de mecanismos digitales, en el link <https://fne.chilesinpapeleo.cl/tramites/disponibles>.



tuvo como uno de sus objetivos fomentar o al menos propiciar una real igualdad entre los oferentes que participan de un proceso de contratación y/o licitación pública.

La igualdad entre los oferentes se entendía mermada por la escasa participación que tenían las pequeñas y medianas empresas, las que habitualmente se marginaban o eran marginadas por no cumplir con los requisitos mínimos de experiencia, solvencia o de stock de los productos y/o servicios requeridos por la Administración. Es, la propia Directiva N°22, la que señala que: “el principal objetivo de esta nueva asociación de proveedores consiste en impulsar la actividad de las micro y pequeñas empresas (MIPE´s), especialmente de aquellas pertenecientes a las regiones. Mediante las UTP dichas empresas pueden asociarse a través de un mecanismo expedito y simple, **a fin de que puedan competir en igualdad de condiciones con las empresas de mayor tamaño**, especialmente en aquellos procesos de compra de montos más altos”¹¹.

Conforme a lo anterior, la igualdad propiciada es orientada al establecimiento de una igualdad de condiciones entre los distintos actores interesados en el proceso convocado, de manera tal de poder acceder a contratos más rentables, con réditos más altos. No obstante lo anterior, la Directiva es clara en señalar que

¹¹ Dirección ChileCompra; Directiva N°22; disponible en <http://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/directiva-n22.pdf>; P. 5; [Acceso al 26 de febrero de 2018].

esta igualdad entre oferentes sólo es orientada en favor de las micro y pequeñas empresas, dejando de lado las medianas y grandes empresas, entendiéndose que éstas podrían eventualmente configurar alguna de las prácticas atentatorias contra la libre competencia descritas en el numeral 2.1. anterior.

2.3. Ausencia de regulación en aspectos relevantes del contrato.

Tal como ha sido constantemente señalado, la actual regulación existente en materia de Unión Temporal de Proveedores en la legislación chilena radica en la escasa -y a mi juicio carencia- de especificaciones relevantes al momento de presentar ofertas y/o adjudicar a un proveedor que participa bajo esta figura. Si bien el artículo 67 bis establece un marco bastante genérico respecto a los requisitos que deben de cumplirse por estas Uniones Temporales, ciertamente ello ha resultado ineficiente, desencadenando una serie de problemas de índole administrativo a la hora de integrar este tipo de figuras en las convocatorias o llamados a licitación.

Uno de los problemas que se derivan de la escasa regulación respecto a la figura de las UTPs radica en aspectos relevantes en materia de evaluación de los oferentes y las garantías a ser entregadas por el proveedor adjudicado bajo esta figura, como lo es (i) el incumplimiento del proveedor, lo cual presenta la dificultad de determinar a quién y cómo se sanciona. Se debe tener presente que la conformación de la UTP, tal como lo señala el Reglamento de Compras tiene un



carácter esencialmente temporal, el cual se extiende hasta el plazo máximo de un año desde la terminación de la prestación de los servicios contratados; de esta forma, esta asociación de micro y/o pequeñas empresas carece de un RUT nuevo, sino que se desenvuelve bajo un nombre de fantasía y la ratificación múltiple correspondiente a las empresas que la conforman. La situación anterior (de incumplimiento) podría derivar en la aplicación de multas por el retraso, no entrega o negativa de cumplir la obligación contraída, pero, ¿a quién se cursa la infracción y el correspondiente pago del monto establecido como multa?, en caso de ameritar la publicación de la sanción impuesta en el registro de proveedores, ¿qué proveedor es el que deberá cargar con este antecedente de incumplimiento, y eventualmente ser eliminado del registro de proveedores?

La situación anterior, como puede desprenderse de lo que ha sido expuesto anteriormente, tampoco ha sido considerado por el legislador en esta modificación al Reglamento de Compras, por lo cual se plantean dos alternativas factibles, la primera consiste en que el documento que convoca al llamado a licitación pública establezca claramente el mecanismo a ser aplicado por el órgano de la administración convocante, señalando por ejemplo que dentro del término de "solidaridad" que contempla el artículo 67 bis se entiende que la aplicación de multas y el pago correspondiente de éstas deberá ser pagado en partes iguales por quienes integran dicha Unión, o contemplando que la anotación en el registro por causales de incumplimiento o la prestación deficiente de los servicios contratados se

hará efectiva a todos quienes integren la respectiva UTP. La segunda alternativa, y la que suele ser más utilizada recae en aquella posibilidad establecida en el artículo 67 bis letra a), correspondiente al caso de que la conformación de Uniones Temporales se efectúe para procesos de suma igual o superior a 1000 U.T.M., es decir, la suscripción de una escritura pública como requisito esencial, a través de la cual los proponentes que integran la Unión Temporal podrían establecer de forma más clara la forma bajo la cual responderán durante el desarrollo del contrato adjudicado, facilitando de esta forma la fiscalización durante la ejecución del mismo por parte de la Administración.

Misma situación ocurriría en el caso de incumplimiento de obligaciones laborales y/o sociales con los empleadores, hecho que reviste relevancia por los bienes jurídicos involucrados y el marco de protección que ha sido establecido en *materia de contratación pública, donde este tipo de hechos puede dar origen a*

La una terminación anticipada del contrato, o bien la eliminación del registro de proveedores, tal y como ocurrió el año 2016 con la Universidad de Chile al ser sancionada judicialmente por infracción a los derechos fundamentales del trabajador¹².

Otro aspecto relevante resulta ser aquella relativa a (ii) la facturación y forma de pago por los servicios contratados, situación bastante similar a la descrita anteriormente, al carecer de regulación de índole

¹² La sentencia se encuentra disponible en la página www.pjud.cl, bajo el Rol T- 439-2016, en el banner "consulta unificada de causas".



normativa, dejando al arbitrio de la Administración y/o de la UTP oferente dependiendo de cómo se ha decidido salvar estas omisiones existentes en el reglamento – vale decir si se subsanó a través del documento de las Bases de Licitación o a través de una escritura pública presentada junto con la oferta por parte de quienes integran la UTP- el mecanismo a ser utilizado para ello. Durante mi ejercicio profesional, esta dificultad ha sido salvada por los oferentes agrupados bajo la figura de la Unión Temporal a través del pago mensual alternado a uno u otro de quienes integran esta agrupación; del mismo modo, el pago por los servicios contratados por la Administración obedeció al porcentaje de participación en la UTP, de modo tal que no necesariamente sería en iguales partes entre sus integrantes¹³.

Finalmente, otro aspecto problemático radica en la situación que se deriva del (iii) incumplimiento de algunos requisitos mínimos establecidos para quienes integran la Unión Temporal, derivando consecuentemente en que sea “eliminado” de dicha agrupación, efectuándose el encargo/contratación por parte de aquella empresa que sí se encuentra en situación de cumplimiento. De esta forma, el inciso 3 del artículo 67 bis del Reglamento de Compras dispone que: *“(...) En caso de afectar una causal de inhabilidad a algún integrante de la Unión, ésta deberá decidir si continuará con el respectivo procedimiento de*

¹³ Para mayor detalle respecto de uno de los pocos casos de Unión Temporal de Proveedores judicializado ante el Tribunal de Compras y Contratación Pública se sugiere revisar el rol 12-2016, y 13-2016, disponible en www.tribunaldecompras.cl/

contratación con los restantes integrantes no inhábiles de la misma o se desiste de su participación en el respectivo proceso”.

La situación anterior describe un hecho hipotético pero nada señala respecto a aspectos administrativamente relevantes, como lo sería por ejemplo la sustitución de la o las boleta (s) de garantía entregadas por quienes integran dicha Unión, o la eventual sanción que pueda imponerse al proveedor que ha incurrido en inhabilidad, como lo sería por ejemplo en el caso de haber ocultado información relevante.

Ciertamente el acaecimiento de esta inhabilidad genera una serie de repercusiones asociadas no sólo a aquellos aspectos relativos a la ejecución del contrato, sino también podría haber tenido efectos en los hechos tenidos en vista al momento de la evaluación de las ofertas y la posterior adjudicación a la Unión Temporal en la cual uno de los integrantes ha incurrido en causal de inhabilidad. A riesgo de ser majadera, este es un aspecto que tampoco ha sido considerado y/o tenido en miras al momento de la modificación al reglamento, generando una pseudo contradicción entre el ideal manifestado en la Directiva Nº 22 de la Dirección de Compras, en la cual se aboga por la igualdad de los oferentes, y el efecto que puede producirse al declararse la inhabilidad de alguno de las micro o pequeñas empresas que integran la Unión Temporal. Actualmente no existe conocimiento respecto a la ocurrencia de este tipo de situaciones.



3. EXISTENCIA DE MECANISMOS SIMILARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

La figura de la Unión Temporal, tiene larga data en el ordenamiento jurídico español, en el cual opera bajo la denominación de Unión Temporal de Empresas (U.T.E.), desde el año 1982, en el cual se regula a través de la Ley Nº 18/1986 sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional¹⁴.

La U.T.E. es definida en el artículo séptimo como un “sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro”, de lo cual se desprende su carácter temporal, señalando además que la figura no tiene personalidad jurídica propia.

El artículo octavo del mismo cuerpo legal establece los requisitos, estipulando que:

“Para la aplicación del régimen tributario establecido en esta Ley deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Las Empresas miembros podrán ser personas físicas o jurídicas residentes en España o en el extranjero. Los rendimientos empresariales de las personas naturales que formen parte de una Unión serán determinados en régimen de estimación*

¹⁴ Para mayor detalle ver http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/I18-1982.t3.html. [Acceso al 20 de enero de 2018].

directa a efectos de su gravamen en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

b) *El objeto de las Uniones Temporales de Empresas será desarrollar o ejecutar exclusivamente una obra, servicio o suministro concreto, dentro o fuera de España.*

También podrán desarrollar o ejecutar obra y servicios complementarios y accesorios del objeto principal.

c) *Las uniones temporales de empresas tendrán una duración idéntica a la de la obra, servicio o suministro que constituya su objeto. La duración máxima no podrá exceder de veinticinco años, salvo que se trate de contratos que comprendan la ejecución de obras y explotación de servicios públicos, en cuyo caso, la duración máxima será de cincuenta años.*

d) *Existirá un Gerente único de la Unión Temporal, con poderes suficientes de todos y cada año de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes.*

Las actuaciones de la Unión Temporal se realizarán precisamente a través del Gerente, nombrado al efecto, haciéndolo éste constar así en cuantos actos y contratos suscriba en nombre de la Unión.

e) *Las Uniones Temporales de Empresas se formalizarán en escritura pública, que expresará el nombre, apellidos, razón social de los otorgantes, su nacionalidad y su domicilio; la voluntad de los otorgantes de constituir la Unión y los estatutos o pactos que han de regir el funcionamiento de la Unión, en los que se hará constar:*



Uno. *La denominación o razón, que será la de una, varias o todas las Empresas miembros, seguida de la expresión. Unión Temporal de Empresas, Ley .../..., número ...»*

Dos. *El objeto de la Unión, expresado mediante una Memoria o programa, con determinación de las actividades y medios para su realización.*

Tres. *La duración y la fecha en que darán comienzo las operaciones.*

Cuatro. *El domicilio fiscal, situado en territorio nacional, que será el propio de la persona física o jurídica que lleve la gerencia común.*

Cinco. *Las aportaciones, si existiesen, al fondo operativo común que cada Empresa comprometa en su caso, así como los modos de financiar o sufragar las actividades comunes.*

Seis. *El nombre del Gerente y su domicilio.*

Siete. *La proporción o método para determinar la participación de las distintas Empresas miembros en la distribución de los resultados o, en su caso, en los ingresos o gastos de la Unión.*

Ocho. *La responsabilidad frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común, que será en todo caso solidaria e ilimitada para sus miembros.*

Nueve. *El criterio temporal de imputación de resultados o, en su caso, ingresos o gastos.*

Diez. *Los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los otorgantes consideren conveniente establecer."*

Como es posible observar, a diferencia de lo que ocurre en Chile, la constitución exige el ser efectuada a través de escritura pública, hecho que resulta beneficioso además por el hecho de que por medio de este documento es factible regular aspectos relevantes tales

como el domicilio fiscal, la gerencia (o administración) de la misma y la participación de cada una de las empresas que la integran, entre otros aspectos, facilitando la supervisión, seguimiento y aplicación de sanciones por parte de la Administración.

Asimismo, la norma legal española establece especificaciones respecto a su régimen fiscal y beneficios tributarios, lo cual también marca una diferencia respecto al caso chileno que ha emulado su regulación, pero con resultados más discretos, marcando diferencias regulatorias relevantes entre ambos casos.

4. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES.

Si bien a lo largo del presente artículo ha sido plasmada una fuerte crítica a la regulación existente en materia de Unión Temporal de Proveedores, en ningún caso puede desprenderse una suerte de rechazo a la inclusión de esta figura en materia de participación de éstas en los procesos de contratación pública.

De esta forma, me permito hacer hincapié en la relevancia de la promoción y/o protección de aquellos sectores originalmente excluidos o relegados de participación en los procesos de compra liderados por las Administraciones Públicas, tal como lo ha sido el apoyo y promoción de las Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES) o aquellos mecanismos que han permitido una mayor participación de las mujeres en los procesos de compra. Lo que quiero hacer presente es que a diferencia de lo que ha ocurrido con los



ejemplos anteriormente planteados, la inclusión de la figura de la Unión Temporal ha sido vaga.

Esta ausencia de una regulación integral ha permitido que el espíritu considerado al momento de su inclusión (en el año 2015) haya devenido en una escasa aplicación por las complejidades que reviste la inclusión de esta figura por parte de la Administración.

De cierta forma, la UTP ha sido entendida como símil a la figura del consorcio, sobre la cual existían aprehensiones sobre la forma de acreditar aspectos como la experiencia de quienes integran la misma, o las cauciones o garantías a ser entregadas al momento de la participación.

Como puede desprenderse, la figura de la Unión Temporal no está ajena a este tipo de dificultades, y por lo mismo resulta entendible la reticencia inicial a permitir e integrar la posibilidad de participación de esta figura en los procesos y/o convocatorias lideradas por la Administración. En este sentido, las mayores dificultades se asocian a la escasa reglamentación que básicamente sólo define y establece ciertos requisitos mínimos, pero llama la atención que en la norma legal misma (el artículo 68 bis) nada se diga respecto a la limitación a la cual la Directiva N°22 hace referencia: y es que si bien el artículo citado nada dice respecto al poder de mercado que puede o podría detentar las entidades que conforman la UTP, pudiendo perfectamente ser constituidas por medianas y grandes empresas, al no existir prohibición o limitación legal expresa. La ausencia de un aspecto que fue a todas luces relevante -conforme se desprende del documento que contiene la Directiva N° 22- debilita profundamente

la figura a través de la asociación entre empresas que pueden ser a todas luces más grandes, más relevantes en el mercado, y por lo mismo presentar ofertas más convenientes para la Administración con el consecuente efecto contraproducente para las micro y medianas empresas quienes pueden ver aún más disminuido su poder de acción y participación en el mercado de la contratación y las compras públicas.

Otro aspecto que se deriva de esta desafortunada omisión recae en la necesidad de modificar nuevamente el Reglamento de Compras con la finalidad de integrar este aspecto, a modo de evitar eventuales fallas en las convocatorias que promuevan la marginación de las micro y medianas empresas en favor de aquellas empresas grandes y más consolidadas en el mercado, y por ende, con mayores opciones de participación; recogiendo el objetivo que entendemos fue considerado durante la tramitación de la referida modificación.

La formación y capacitación de las entidades administrativas parece necesaria para reducir las aprehensiones en la inclusión de esta figura en los procesos de adquisición. La formación respecto a aspectos tales como la forma de atribuir responsabilidades, la facturación y sanciones a las Uniones Temporales puede abrir el camino a esta figura, permitiendo una mayor competencia en el mercado, pero también fortaleciendo la accesibilidad y consecuentemente la igualdad entre los oferentes permitiendo una competencia más transparente y equitativa.

Finalmente recoger que la opacidad en la reglamentación suele generar esta aversión a la



utilización de nuevas figuras legales o instituciones, toda vez que este tipo de reglamentaciones son percibidas como poco claras por los interesados, y a veces incluso discriminatorias o perjudiciales para el grupo o que inicialmente se pretendía proteger, promover y resguardar.

La regulación trae siempre desafíos, pero para que estos tengan efectos positivos resulta necesaria no sólo la autocrítica, sino también el interés y la proactividad necesarias para mejorar las situaciones originarias y otorgar claridad y transparencia en aquellos procesos que requieren ser modificados, abogando por la promoción de un sistema sano pero que a su vez sea capaz de responder íntegramente a las necesidades de los grupos y/o sectores protegidos como lo es en este caso las micro y pequeñas empresas, emulando lo que ha ocurrido en la práctica con aquellas políticas de género y de promoción a las pequeñas y medianas empresas con resultados exitosos.

5. BIBLIOGRAFÍA.

DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA; Directiva N°22; disponible en <http://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/directiva-n22.pdf>. [Acceso al 20 de enero de 2018].

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, www.fne.cl; [Acceso al 20 de diciembre de 2017].

SANCHIZ, Amparo y MAÑEZ CASTILLEJO, Juan Antonio; *"Estructura de Mercado y Concentración"*; Licenciatura en Economía, Departamento de Estructura de Mercado y Concentración; Universidad de Valencia, 2001; disponible en <http://www.uv.es/~jamc/eia/econind1>. [Acceso al 20 de diciembre de 2017].

VALDÉS PRIETO, Domingo; *"Libre Competencia y Monopolio"* Edit. Jurídica, año 2006, p 516.

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTICULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA Del GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.



Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas. Es importante destacar en este punto que la Revista cuenta con dos secciones, una destinada a Artículos doctrinales NACIONALES y otra destinada a Artículos doctrinales INTERNACIONALES. Esta última corresponde a trabajos de autores de otros países.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

Asimismo, para que el esfuerzo y el mérito tengan el reconocimiento social y profesional que merecen, podrán publicarse Trabajos Final de Grado (TFG) o Final de Máster (TFM) si han obtenido una calificación mínima de sobresaliente, **en cuyo caso la propia publicación pondrá de manifiesto que se trata de un TFG o un TFM.** Todo ello sin perjuicio de la

obligatoriedad de cumplir el resto de requisitos exigidos en estas bases. Esta modesta iniciativa, pretende el reconocimiento al mérito de haber obtenido unas calificaciones que son fruto de un rendimiento académico digno de elogio.

III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección a propuesta del Consejo de Redacción de la Revista.

El **Consejo Evaluador Externo** estará formado por un máximo de seis personas, que podrán ser renovadas por mitades cada dos años a propuesta del Consejo de Redacción.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en



orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.

- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTICULOS como las RESEÑAS deberá remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@jccm.es



La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán

aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra *Verdana*¹⁵. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

¹⁵ Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.



IX. CITA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.
- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y un abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación "*op. cit.*," de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura "pág." el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura "págs." se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.



Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen: (De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.-
A) *Tercer epígrafe.*- a) *Cuarto epígrafe*

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

A) *Tercer nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) *Cuarto nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso