

Nº 28
Cuarto trimestre 2021

Gabilex

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



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

Número 28. Diciembre 2021

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

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 M^a Belén López Donaire

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. Jaime Pintos Santiago

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

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

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

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

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

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

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

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

D. Isaac Martín Delgado

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

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

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

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

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local.



D. Jordi Gimeno Bevia

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

D. Jorge Fondevila Antolín

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

D. David Larios Risco

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

D. José Joaquín Jiménez Vacas

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

D. Javier Mendoza Jiménez

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



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 12

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN NOCIVA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO STRAWBERRY

D^a Ana María Valero Heredia..... 23

LAS CONDUCTAS COLUSORIAS DE LOS LICITADORES Y SU CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

D^a Irene Montagud Grau..... 69

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y SUS PECULIARIDADES EN EL ÁMBITO LOCAL

D. José Manuel Bejarano Lucas.....149

CONSULTAS PRELIMINARES PARA UNA CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA, EFICIENTE Y RESPONSABLE

D^a. Victoria Barbi Martínez 205

**SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO ABOGADO
PÚBLICO DEL SIGLO XXI
D^a Mónica Antinarelli
D. Elcio Nacur Rezende.....327

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

FINALIZACIÓN DE LA EFICACIA DE LA PROHIBICIÓN DE
CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO EN LOS
SUPUESTOS DE REVISIÓN
D. Jaime Pintos Santiago
D. Roberto Carrodegua Méndez.....365

NULIDAD DE CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN DEL
CONTRATO RELATIVA A CRITERIOS LINGÜÍSTICOS
D. Jaime Pintos Santiago
D. Roberto Carrodegua Méndez.....375

BASES DE PUBLICACIÓN.....385



EDITORIAL

IV Jornadas de la Revista Gabilex, Toledo 4 y 5 de noviembre de 2021.

Las jornadas han hecho honor a la vocación de una buena revista jurídica, repasando las principales cuestiones de actualidad en distintos ámbitos del derecho. Son un fiel reflejo del trabajo de los Servicios Jurídicos autonómicos que, muchas veces, tienen que “tocar todos los palos” en su quehacer.

El presente resumen no da cuenta de las aportaciones y explicaciones de los ponentes que pudimos seguir los asistentes a las jornadas, pero sí recoge unos apuntes de lo que se abordó en las respectivas ponencias con enlaces a algunas sentencias citadas, con objeto de poder profundizar en su estudio.

En algún caso se añaden novedades producidas con posterioridad a las ponencias.

4 de noviembre de 2021

Primera ponencia: JURISPRUDENCIA ACTUALIZADA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

Vicente Magro Servet, Magistrado Sala II del T. Supremo.

Hizo un repaso exhaustivo de las últimas sentencias dictadas por el TS en la materia, con la correspondiente explicación del magistrado.

Exigencia de denuncia en delitos contra la intimidad se puede convalidar con la presencia y declaraciones de la

víctima en el proceso. Asunto de La Manada STS 693/2020.

Impago de pensiones como violencia económica. STS 239/2021.

Acoso ilegítimo o Stalking, el TS fija 13 reglas para apreciar su concurrencia. STS 599/2021 (FJ 1 in fine).

Abecedario del maltrato habitual, el TS fija 27 reglas para apreciar la concurrencia del delito. STS 684/2021.

Victim impact statements, o declaración de impacto de la víctima, que puede tener importancia para el cálculo de la responsabilidad civil. STS 695/2020 (FJ 2).

Declaración progresiva de la víctima. La persistencia en la declaración de la víctima permite salvar contradicciones en sus declaraciones. STS 695/2020.

Segunda ponencia: EL CONTRATO DE INTERINIDAD EN EL ÁMBITO PÚBLICO.

Francisco Ramos Moragues, Profesor Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia.

El ponente hizo un repaso a la figura de la interinidad laboral (art. 15.1-c) TRLET y RD.2720/1998). Desde muy pronto se admitió la interinidad no sólo para sustituir a un trabajador con derecho de reserva, sino también para ocupar una vacante mientras dure el proceso de selección o provisión SSTS Contencioso administrativo rec. 140/1995 y rec. 76/1999.

También explicó la diferencia entre las sustituciones directas e indirectas, y que están, igualmente, admitidas por la jurisprudencia.

Dejando aparte el momento de nacimiento de la relación, el ponente explicó que la problemática mayor se produce respecto de la duración del contrato y los efectos de la terminación. Comenzó con un repaso de los vaivenes en



materia de derecho a la indemnización, derivados de las sentencias De Diego Porras I, STJUE de 14.09.2016 (asunto C-596/14) y De Diego Porras II, STJUE de 21.11.2018 (asunto C-619/17).

Trató la pregunta de cuánto duran los procesos de selección o provisión en la Administración. Situación actual derivada de la STJUE IMIDRA de 3.06.21 (asunto C-726/19). Y recepción de esta por el Supremo en la STS 649/2021.

Finalmente, planteó la difícil situación de los trabajadores afectados por un rescate o por una cesión ilegal. En ambos casos hay un personal que tiene que integrarse en la Administración sin que esté claro el régimen en que deba hacerlo. Para el ponente parece claro que debe respetarse la regla de prohibición de modificar in peius la situación del personal, y dijo que está tratado en la STJUE Correira Moreira de 13.06.2019 (asunto C-317/18).

También dio cuenta de que estas cuestiones siguen planteando dudas con la cita de una cuestión prejudicial elevada desde un Juzgado de lo Social de Barcelona de la que da cuenta el prof. Ignasi Beltrán en su blog, en la que se plantea la interesante cuestión de si el indefinido no fijo sigue siendo trabajador de duración determinada según el derecho comunitario (asunto C-464/21).

ÚLTIMA HORA: Al ritmo frenético que va el derecho hoy en día, es necesario dejar constancia de dos sentencias del Tribunal Supremo que afectan al problema de los interinos en el sector público. Una de la Sala de lo contencioso-administrativo relativa al derecho a la indemnización por cese STS de 15 de noviembre de 2021 RCA 6103/2018. Otra de la Sala de lo social en relación a la pretensión de fijeza de aprobados sin plaza STS de

16 de noviembre de 2021, número 1112/2021, CUD 3245/2019.

Tercera ponencia: LOS CANALES DE DENUNCIA A RAIZ DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A LA PROTECCIÓN DELAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN.

José Luis Piñar Mañas, Catedrático de Derecho Administrativo de las Universidades de Castilla-La Mancha y S. Pablo CEU (excedente).

La Directiva se concibe como un instrumento de lucha contra la corrupción (whistleblowers).

Plazo de trasposición, art. 26: 17.12.2021

Hay un borrador entregado al Ministerio que elaboró la Comisión General de codificación. El ponente no pudo dar cuenta del borrador por el deber de confidencialidad.

Tres canales de alerta: interna, externa; pública. Tienen que ser efectivos, confidenciales y seguros (Cdo 3).

Interno: obligación de las AAPP de establecer el canal con los requisitos que marca la Directiva.

Externo: necesidad de una autoridad independiente.

Revelación pública: vía subsidiaria.

Algunas CCAA están adaptando su normativa a la Directiva, en la medida de sus posibilidades. Así se hizo referencia a Baleares, por ejemplo, que tiene una Ley 16/2016 de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, en la que dispone que se aprobará por parte de la Oficina un protocolo de actuación que garantice la



protección y la salvaguarda de los derechos de los denunciantes; y ya lo ha hecho a través de una Resolución de 12 de febrero de 2021 por la que aprueba el protocolo de actuación para la protección y la salvaguarda de los derechos de las personas denunciantes o alertadoras. Se dio cuenta de la tramitación castellano manchega de una adaptación normativa, y recientemente se ha aprobado el Decreto 114/2021, de 16 de noviembre por el que se modifica el Decreto 77/2019, de 16-7-2019, de estructura orgánica y competencias de los órganos integrados en la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, para atribuir competencias en el llamado canal interno.

Necesidad de proteger al delator. Posibles medidas de apoyo o recompensa. Binomio: deber de confidencialidad y exención de responsabilidad.

Problemas limítrofes con derecho penal y con protección de datos (art. 24 LO 3/2018). Necesidad de respetar los derechos del denunciado.

Conceptos muy amplios de infracción y de denunciante. En el turno de preguntas el ponente entendió que la Directiva tendría efecto directo, a pesar de la amplitud de los conceptos que utiliza.

Entrega de premios. El secretario del jurado, D. Leopoldo Gómez Zamora dio lectura al acta en la que se premiaron en categoría, general, a D^a Ana M^a Valero Heredia por su trabajo: "La libertad de expresión nociva en el caso Strawberry". Y, en categoría, Maestros, TFG y similares, a D^a Irene Montagud Grau, por su trabajo: "Las conductas colusorias de los licitadores y su control en la contratación pública".

5 de noviembre de 2021

Primera ponencia: EL URBANISMO JUDICIAL: DE LOS ENSANCHES A LA CIUDAD COMPACTA.

Rafael Fernández Valverde, Magistrado de la Sala III del Supremo.

Partió de la evolución del sistema de ensanches, al de la renovación, la regeneración y la rehabilitación de la ciudad. El TS se va pronunciando sobre este nuevo modelo en el que el urbanismo se juega en la ciudad compacta y en las actuaciones de dotación, y las reformas para mejorar ciudad.

Así, citó la STS 1550/20 en un recurso del CNMC Vs Ayto Bilbao en el que se ponía en tela de juicio la potestad municipal de incidir indirectamente en el mercado (LGUM 20/2013 y LLAAC 17/2009, junto con la Directiva 2006/123/CE). Al no considerar las viviendas de uso turístico (VUT) como un uso urbanístico residencial, limita el libre mercado. El Supremo confirma la sentencia de instancia, y legitima la potestad de ordenación urbanística de los Ayuntamientos en garantía del derecho a la vivienda de los residentes (vecinos) y del derecho al entorno urbano. Se previenen fenómenos como la gentrificación.

En parecidos términos citó el caso de Barcelona STS 75/2021.

También explicó la STJUE Cali contra Ayto de Paris C-727/18, y la incidencia de esta regulación sobre la escasez de vivienda y el encarecimiento de la misma.

Explicó el caso de la STS 1375/2020 de la que es ponente el propio Fernández Valverde. Se trata del asunto del Wanda Metropolitano, la sentencia trata del ius variandi en la ordenación urbanística, de la adaptación del modelo



en ensanche al de renovación de la ciudad, de las actuaciones de dotación y la diferencia entre “hacer ciudad y mejorar ciudad” y del suelo urbano consolidado. También se refirió a la exigencia de reserva de viviendas de protección oficial en la ordenación de las ciudades, con cita de las SSTS 205 y 206/2021. En estas sentencias se impone la reserva prevista en la LRSU como un mínimo de obligado respeto en la ordenación urbanística, con independencia del tipo de suelo o del tipo de planeamiento que son materias propias de la legislación autonómica, pero que deben respetar las previsiones de la Ley estatal.

Finalmente, hizo una referencia a la denostada sanción de nulidad de los PGOU por vicios en el procedimiento de aprobación. Se refirió a la cuestión de su naturaleza reglamentaria, al movimiento doctrinal que propugna un cambio en el régimen de nulidad, a las matizaciones y ponderaciones que va introduciendo el Supremo, dentro de los corsés legales de obligado cumplimiento.

Así, citó las recientes STS 569/20 y la 1084/21 PGOU Chiclana, para terminar reconociendo la dificultad práctica que generan estas sentencias, y los intentos de la curia por limitar los efectos anulatorios, cuando es posible, por la vía de su estimación parcial, o por medio de sentencias abiertas (aquellas que posponen los efectos anulatorios del fallo, condicionándolo a un plazo o al dictado de una nueva regulación, se pueden traer como ejemplos las STS de 22.04.14, y la STJUE asunto Borealis C-191/14 y acumulados).

Segunda ponencia: LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.

Carmen González Carrasco, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha.

La ponente hizo referencia al origen de la reforma en la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España en abril de 2008. Con especial atención a lo dispuesto en el artículo 12 que atribuye a las personas con discapacidad la misma capacidad jurídica que a las personas "capaces" (en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida).

Ese reconocimiento afecta a la distinción clásica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La Ley suprime las tutelas, salvo para los menores no sometidos a patria potestad, y diseña un sistema de apoyos en el que prestar especial atención a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad.

La Ley 8/2021 objeto de estudio modifica el código civil, pero también la Ley del notariado, la Ley hipotecaria, la Ley de enjuiciamiento civil, la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la Ley del Registro civil, la Ley de Jurisdicción voluntaria, y el código de comercio.

Insistió mucho en la paradoja de Lampedusa, de que todo cambie para que todo siga igual, sobre la base de la STS 589/2021 de 8 de septiembre de 2021, en un supuesto de una persona con el síndrome de Diógenes al que se imponen unas medidas de apoyo en su beneficio, y en contra de su voluntad.

ÚLTIMA HORA: Aunque de fecha anterior, no se conocía el día de la jornada la STS 706/2021 (19.10.21) en un procedimiento de fijación judicial de apoyos a personas con discapacidad. En esta sentencia de da total



preferencia a la voluntad expresada por la persona con discapacidad sin que existan motivos para desvincularse de esta elección (vgr. FJ 4).

Tercera ponencia: LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA.

D.Javier Sánchez Caro, Abogado, profesor honorario de la Escuela Nacional de Sanidad y Académico correspondiente de la Academia Nacional de Medicina.

Hizo un repaso a consideraciones ético-filosóficas, expuso los modelos horizontal y vertical, en uno el paciente decide, en otro obedece lo que "manda" el médico. Explicó que la LORE trata de evitar el turismo de eutanasia con los requisitos que impone.

Dijo que ya hay un documento de consenso del CISNS sobre el ejercicio del nuevo derecho, en el que se trata de resolver todos los problemas prácticos.

Planteó que los derechos fundamentales no son absolutos; ni siquiera el derecho a la vida, si se convierte en un deber de estar vivo.

Ejemplificó la situación de encarnizamiento terapéutico, de furor técnico, relacionados con supuestos de alargamiento de la vida con soportes vitales.

Expuso las posiciones de derecho comparado, con particular atención a la situación creada en Alemania con la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVG) de 26.02.2020 2BvR 2347/15 que declara inconstitucional penalizar la asistencia al suicidio, por contradecir el derecho de autodeterminación autónoma.

Y en Italia con la Sentencia de la Corte Constitucional número 242/2019 del caso Fabiano Antoniani (DJ Fabo). De la que criticó la "paradoja de la máquina", ejemplificando con el caso de Ramón Sampedro, ya que la solución italiana hace depender el derecho de la

interposición de máquinas que alarguen la vida, pero descarta casos similares si no media una máquina. Trató brevemente del problema de la objeción de conciencia, y las diferencias con el caso del aborto, y de la negación de asistencia médica. Dijo que la configuración de este derecho sigue pendiente en España, que el Tribunal Constitucional ha tenido una doctrina errática y poco clara, pero que la aplicación de la LORE no está planteando problemas de objeción.

Ignacio Serrano Blanco
Letrado de la Comunidad de La Rioja



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 28

Diciembre 2021

<http://gabilex.castillalamancha.es>

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

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN NOCIVA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO STRAWBERRY

FREEDOM OF EXPRESSION HARMFUL AFTER THE JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN THE STRAWBERRY CASE

D^a. Ana María Valero Heredia¹

Profesora de Derecho Constitucional de la UCLM

Resumen: La Red ha transformado la difusión del pensamiento en algo cuantitativamente ilimitado, global y perdurable. Ante la profusión en su seno de mensajes odiosos, consecuencia del posible carácter anónimo o de la identidad falsa de sus usuarios, los ordenamientos jurídicos occidentales han comenzado a introducir

¹ Ganadora de la II edición de los Premios Gabilex 2021 en la Categoría General.



nuevos tipos penales o a reforzar los ya existentes en orden a atajarla. Tal es el caso del *hate speech* o de los tipos relativos a la propagación o exaltación de las ideas y actos terroristas, como modalidades de éste. Los distintos "delitos de opinión y de peligro abstracto", contemplados por los códigos penales de la mayor parte de las democracias occidentales, se caracterizan por punir la mera acción comunicativa, lo que plantea enormes dudas desde un punto de vista constitucional. El presente estudio pretende analizar, desde una perspectiva jurídico-constitucional comparada, los criterios empleados por las principales Cortes constitucionales y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para delimitar la libertad de expresión, por un lado, e identificar los límites que le son aplicables, por otro, atendiendo concretamente a la glorificación de la violencia terrorista en cualquiera de sus vertientes.

Palabras clave: Enaltecimiento del terrorismo; Libertad de expresión; Material Support; Incitación a la violencia.

Abstract: The Web has transformed the diffusion of thought into something quantitatively unlimited, global and enduring. Faced with the profusion of hateful messages within it, as a consequence of the possible anonymous nature or false identity of its users, the western legal systems have initiated the introduction of new types of penalties or reinforce existing ones in order to stop it. Such is the case of hate speech or of the types related to the spread or exaltation of terrorist ideas and acts, as modalities of this. The different "crimes of opinion and abstract danger" contemplated by the penal codes of most western democracies, are characterized by punishing mere communicative action, which raises questions from a constitutional point of view. The present study tries to analyze, from a comparative legal-

constitutional perspective, the criteria used by the main constitutional courts and by the European Court of Human Rights to define freedom of expression, on the one hand, and identify their limits, on the other, specifically addressing the glorification of terrorist violence in any of its aspects.

Keywords: Exaltation of terrorism; freedom of expression; Material Support; incitement to violence

SUMARIO

I.INTRODUCCIÓN. II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: UN DERECHO FUNDAMENTAL INCÓMODO. III. LA NOCIDIDAD DE LAS IDEAS: ENTRE LA LIBRE CIRCULACIÓN Y LA CENSURA. IV. LA EXALTACIÓN DE LAS IDEAS NOCIDAS: LA CENSURA COMO REGLA GENERAL. 4.1. EL *MATERIAL SUPPORT* EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA NORTEAMERICANA. 4.2. LA INCITACIÓN A LA VIOLENCIA TERRORISTA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 5. CRITERIOS CUYA NECESARIA CONCURRENCIA JUSTIFICA LA LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN NOCIVA. 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

A las dificultades que de por sí genera indagar en los límites de la libertad de expresión, esto es, en el punto de equilibrio necesario entre la protección de la libre manifestación de ideas y opiniones y la tutela de otros bienes constitucionalmente protegidos, se suma, a día de hoy, que los principales conflictos entre una y otros



se producen mayoritariamente en el ámbito inmaterial de Internet. Y ello porque la Red ha transformado la difusión del pensamiento en algo cuantitativamente ilimitado, global y perdurable.

Ante la profusión en su seno de mensajes odiosos, consecuencia del posible carácter anónimo o de la identidad falsa de sus usuarios, los ordenamientos jurídicos occidentales han comenzado a introducir nuevos tipos penales o a reforzar los ya existentes en orden a atajarla. Tal es el caso del *hate speech* o de los tipos relativos a la propagación o exaltación de las ideas y actos terroristas, como modalidades de éste.

Mientras el *hate speech* debe entenderse destinado a la tutela de las minorías históricamente discriminadas en nombre de la dignidad humana, los distintos "delitos de opinión y de peligro abstracto" contemplados por los códigos penales de la mayor parte de las democracias occidentales, se caracterizan por punir la mera acción comunicativa, lo que plantea enormes dudas desde un punto de vista constitucional.

En España, el Tribunal Constitucional acaba de dictar su Sentencia 35/2020, de 25 de febrero, en lo que ya podríamos llamar el Caso *Strawberry*. La importancia de ésta no es menor si tenemos en cuenta la jurisprudencia reciente de los tribunales ordinarios españoles en materia de libertad de expresión. Pues, como indica precisamente el demandante al justificar la especial trascendencia constitucional del recurso, éstos han venido incumpliendo reiteradamente la propia jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la libertad de expresión.

Titiriteros, raperos, tuiteros, actores, activistas sociales, periodistas o artistas en general, han sido

acusados y en ocasiones condenados en los últimos años por quemar la foto de los monarcas, criticar la labor de la policía, realizar comentarios jocosos, ejercer la sátira, provocar a través de obras teatrales o blasfemar en aplicación de delitos como la "ofensa contra los sentimientos religiosos", "las injurias contra la Corona" o el delito de "enaltecimiento del terrorismo". Y la mayor parte de estos casos traen causa de actividades comunicativas desarrolladas en la Red.

En un contexto como el descrito, en el que la libertad de expresión y una de sus manifestaciones más importantes, la libertad artística, se han visto estranguladas a través de interpretaciones expansivas y constitucionalmente inadmisibles del llamado *hate speech*, resulta especialmente intranquilizador el uso desmedido del tipo penal de "enaltecimiento del terrorismo" del artículo 578 del Código Penal², precepto se introdujo por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo³. Llama la atención a este

² Sentencia del TS 706/2017, de 27 de octubre.

³ Artículo 578 CP: 1. "El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de



respecto que, en 2011, año del cese definitivo de la actividad armada de la banda terrorista ETA, hubo un condenado por este delito, desde entonces los casos se han quintuplicado.

La reciente Sentencia 35/2020, resuelve precisamente el recurso de amparo interpuesto por el rapero César Strawberry contra la condena del Tribunal Supremo a un año de prisión por la comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo tipificado en el artículo 578 del Código Penal, por la publicación y retwiteo de imágenes y comentarios a través de Twitter.

El presente estudio pretende analizar, desde una perspectiva jurídico-constitucional comparada, los criterios empleados por las principales Cortes constitucionales y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para delimitar la libertad de expresión, por un lado, e identificar los límites que le son aplicables, por otro, atendiendo principalmente a la glorificación de la violencia terrorista en cualquiera de sus vertientes.

2. La libertad de expresión: un derecho fundamental incómodo

Al menos desde una perspectiva teórica, las democracias occidentales actuales entienden que la virtualidad de un derecho como la libertad de

tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código”.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.

expresión radica principalmente en la protección que otorga a las informaciones o ideas que *chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población*. Si esta libertad se limitara a proteger solo aquellas ideas u opiniones favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, estaríamos ante un derecho estrictamente formal⁴.

En tanto que "precondición del funcionamiento de la democracia"⁵ y "fundamento esencial de las sociedades democráticas"⁶, la libertad de expresión goza de un valor preferente y su objeto de protección solo

⁴ Ésta es la doctrina que, desde el caso *Handyside*, ha mantenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En su Sentencia 20/1990, el Tribunal Constitucional español señala que "la libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político (...), y base ontológica de la libertad de expresión, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquélla y, naturalmente, no sólo en lo coincidente con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte contrapuesto a los valores y bienes que en ellos se consagran" -FJ 5º-. Por lo que se hace evidente que la libertad de expresión ampara, en palabras del Tribunal Constitucional, la crítica, incluso "la crítica molesta, acerba o hiriente".

⁵ Sentencia del TEDH de 6 de mayo de 2003, caso *Appleby y otros c. Reino Unido*. En el mismo sentido véase la Sentencia del TC español 6/1981, de 16 de marzo, caso *Diarios La Voz de España y Unidad*, FJ 3º.

⁶ Sentencia del TEDH de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside c. Reino Unido*.



puede ser restringido cuando exista una “necesidad social imperiosa que lo justifique”⁷ y exista proporcionalidad entre el límite impuesto y el fin que éste persigue. Y ello porque la libertad de expresión es imprescindible para que se pueda hablar, en puridad, de la existencia de una opinión pública libre. Pues sin la libre circulación de la pluralidad de ideas, opiniones o juicios de valor que existen en la sociedad no ha lugar el libre desarrollo del proceso racional que antecede a la libertad ideológica y de conciencia, libre de apriorismos y prejuicios. En este sentido, en Estados Unidos, el juez Holmes acuñó en el año 1919 el concepto de “libre mercado de las ideas”⁸, conforme el cual, la mejor manera de alcanzar la verdad es a través de la libre contraposición de ideas en un mercado en el que todas

⁷ Sentencias del TEDH de 25 de agosto de 1998, en el caso *Hertel c. Suiza*; de 16 de junio de 2015, caso *Delfi AS c. Estonia*; de 2 de febrero de 2016, caso *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete y Index.Hu ZRT c. Hungría*.

⁸ Voto particular del Juez Holmes al que se adhirió el Juez Brandeis, a la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano que resuelve el caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919): “El Congreso no puede prohibir cualquier intento de cambiar la mentalidad de la nación (...) Cuando el hombre se ha percatado de que el tiempo ha alterado muchas creencias enfrentadas (...); de que al ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre mercado de las ideas; de que la mejor prueba de la verdad es la capacidad del pensamiento para hacerse aceptar en un mercado en el que entre en competencia con ideas contrarias; y de que la verdad es el único fundamento sobre el que sus aspiraciones se pueden alcanzar de forma segura. Esta es, en todo caso, la teoría de nuestra Constitución”. La Sentencia completa original, con el voto particular, está disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=250&invol=616>

puedan concurrir libremente. Siendo una sociedad libremente formada e informada la que distinguirá y, por ende, discriminará las ideas y los discursos valiosos de los que no lo son.

Por ello, la libertad de expresión no se limita a ser un derecho de libertad individual que protege una esfera del individuo ajena a las intromisiones provenientes de terceros o de los poderes públicos⁹ sino que, además, es la "garantía institucional de una opinión pública libre" inevitablemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático"¹⁰.

Desde mucho antes de su reconocimiento por las declaraciones de derechos y textos constitucionales, la historia de la libertad de expresión es una historia de represión y censura. La manifestación libre de ideas, pensamientos y creencias siempre ha casado mal con el *status quo* y los poderes establecidos de carácter político o religioso. Silenciar el pluralismo, la disidencia o la crítica ha sido una constante por parte de regímenes

⁹ Desde una dimensión subjetiva, "la libertad de expresión se concreta en la facultad de los individuos de expresar cualquier pensamiento, idea, creencia, juicio de valor u opinión, es decir, cualquier concepción subjetiva de la persona, sea más o menos aceptable y aceptada socialmente, y difundirla a través de cualquier medio, ya sea natural -la palabra, los gestos- ya sea cualquier medio técnico de reproducción -por escrito, a través de las ondas...": Sentencia del Tribunal Constitucional español 12/1982, caso *Antena 3 S. A.*, F J 3^a.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional español 19/1996, caso *Diario El Día 16 de Baleares*, FJ 2^o.



absolutistas, despóticos o totalitarios. Sin embargo, también los regímenes democráticos occidentales actúan con recelo frente a cualquier forma de expresión que no encaja con el convencionalismo o lo "políticamente correcto". Tanto es así que nuestros sistemas jurídicos se están viendo forzados de manera preocupante tanto por el legislador como por los jueces con el objetivo de sancionar, incluso penalmente, mensajes comunicativos de muy diversa índole pero con el denominador común de resultar molestos a sectores poblacionales más o menos amplios.

La libertad de expresión está en la base del surgimiento y consolidación del constitucionalismo liberal del siglo XVIII, como consecuencia del tortuoso camino recorrido por este derecho desde la aparición de la imprenta. La libre prensa o la literatura se convirtieron en instrumentos imprescindibles para la libre transmisión de pensamientos y opiniones, lo que condujo, como reacción, a la instauración de la censura previa en la Inglaterra del siglo XVII. Varios son los autores que se revelaron contra ello, siendo el poeta John Milton uno de los primeros en hacerlo a través de su importante alegato contra la censura recogido en su obra *Aeropagítica* (1999). En ella pueden reconocerse muchos de los rasgos que después serían considerados por los jueces norteamericanos como los propios y definitorios de la libertad de expresión. Así Milton afirma que el libre intercambio de ideas y opiniones es un requisito imprescindible para el progreso del conocimiento y el alcance de la verdad, lo que requiere que dichas ideas puedan fluir libremente y sin rémoras, anticipando con ello el mencionado concepto de "libre mercado de las ideas" del Juez Holmes. Por su parte, Stuart Mill ahonda en esta concepción de la libertad de expresión cuando insiste en la falibilidad de las ideas y en el derecho de la opinión pública a conocer las

opiniones del otro, por inciertas o desacertadas que sean, en orden a contrastar las propias. Vemos como estos autores anticipan conceptos tan importantes para el sistema democrático como el de "libertad de conciencia y pensamiento", "pluralismo" u "opinión pública libre".

Tras las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII -la estadounidense y la francesa- las primeras declaraciones de derechos reconocieron la libertad de expresión en sus textos. Así, el artículo 11 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, dispone que "la libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre. Todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir, imprimir libremente, salvando la responsabilidad por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley". Por su parte, la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, establece que: "el Congreso no podrá hacer ninguna ley [...] que limite la libertad de expresión; ni de prensa".

Textos que se hallan en la génesis de la inclusión de la libertad de expresión de manera generalizada en las Constituciones contemporáneas y en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, como en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual señala que "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas".



3. La nocividad de las ideas: entre la libre circulación y la censura

Tradicionalmente se han venido clasificando los sistemas jurídicos en virtud del tipo de reacción que adoptan frente a discursos revisionistas de la historia, negacionistas o de desprecio o incitación al odio frente a determinados grupos humanos. Mientras que Estados Unidos se ha caracterizado por priorizar la protección otorgada por la Primera Enmienda constitucional a la libertad de expresión, los sistemas jurídicos de tradición europea se han mostrado menos permisivos frente a este tipo de expresiones atentatorias de la dignidad y de la igualdad del ser humano.

Así, el modelo europeo, por motivos históricos vinculados principalmente al horror del Holocausto y por los rasgos definitorios de su concepción de la democracia -entendida como una *democracia militante*-, tiende a ser mucho menos tolerante con los discursos *intolerantes*. En el modelo diseñado por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, late una cierta desconfianza hacia la idea de que la democracia pueda llegar a resistir el envite de determinados discursos frontalmente opuestos a la idea dignidad y de igualdad en derechos de todos los seres humanos, de tal modo que, en su marco jurídico, la libertad de expresión no ampara determinadas formas de propaganda.

De este modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha excluido, de manera reiterada y a diferencia de lo que ha venido haciendo el Tribunal Supremo de Estados Unidos, del ámbito de protección del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos -en adelante CEDH- las expresiones que pretenden justificar

el nazismo¹¹, el revisionismo de verdades históricas sólidamente demostradas como el Holocausto¹² o, por ser atentatorias de los valores del Convenio e incurrir, por ello, en una forma de abuso de derecho proscrita por el artículo 17 CEDH.

Frente a él se halla el modelo estadounidense que, en palabras de Rawls, bien podría definirse a través de la siguiente frase: «[...] suprimir la libertad de expresión, incluida la expresión subversiva, implica siempre una supresión parcial de la democracia» (1996: 103). Anclado en la tradición política, cultural y económica del liberalismo, el sistema jurídico norteamericano opta por el *laissez faire* y la estricta abstención y neutralidad del Estado frente a los discursos presentes en la sociedad, siendo el debate público de las ideas y opiniones más extremistas y odiosas una garantía de la buena salud democrática. En palabras del Tribunal Supremo estadounidense: “(...) si hay un principio fundamental que subyace en la Primera Enmienda, es que el Gobierno no puede prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad considera que la idea en sí misma es ofensiva o desagradable¹³”.

Como es sabido, fue el juez Holmes quien, en el año 1925, a través de su famoso *dissenting* a la

¹¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de septiembre de 1998, caso *Lehideux e Isorni c. Francia*.

¹² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de junio de 2003, caso *Garaudy c. Francia*.

¹³ *Virginia vs. Black*, 538 U.S. 343 (2003).



Sentencia de la Corte Suprema en el Caso *Abrams v. United States* de 1919¹⁴, estableció las bases de la doctrina del *clear and present danger*, vinculando la limitación de las ideas u opiniones expresadas no a una mera hipótesis sino a la probabilidad concreta de realización del evento dañoso. Siendo el análisis del contexto en que aquéllas se manifiestan lo que permite determinar si existe un nexo, empíricamente verificable, con el hecho delictivo. Por lo que corresponde al juez -y no ya al legislador- valorar dicha causalidad en el caso concreto.

Más tarde, sería la importante sentencia *Brandenburg v. Ohio*, de 1969¹⁵, la que estableció la ilegitimidad de todas las intervenciones legislativas que limitasen la libertad de expresión a excepción de aquéllas que representen un peligro "claro e inminente" para otro bien constitucionalmente protegido, en aplicación de las exigencias de la Primera Enmienda constitucional (Carmi, 2008, 70).

Es cierto que, además de la regla general del daño claro e inminente, el Juez de la constitucionalidad estadounidense ha ido configurando una serie de categorías que quedan de por sí exentas de la protección de la Primera enmienda. Tal es el caso de la

¹⁴ 250 U.S. 616 (1919).

¹⁵ 395 U.S. 444 (1969).

“*obscenity*”¹⁶, las “*fighting words*”¹⁷ y los llamados “*true threats*”¹⁸.

Llama la atención que la primera de estas categorías, la obscenidad, todavía, a día de hoy, podría considerarse como el único límite efectivo a la libertad de expresión, hasta el punto de ser considerado un verdadero *non speech*. Algo que solo puede explicarse por las raíces puritanas de la cultura y la sociedad estadounidense. El Tribunal Supremo norteamericano acuñó en el año 42, en el caso *Chaplinski vs. New Hampshire*¹⁹, la doctrina según la cual la obra obscena no se halla protegida por la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana por carecer de valor social. Y ello porque las obras obscenas “suelen excitar pensamientos lujuriosos que no pueden tener al mismo tiempo ningún tipo de valor digno de ser protegido por aquella”²⁰. De modo que su escaso

¹⁶ A este respecto véanse asimismo las sentencias *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973) y *Hamling v. United States*, 418 U.S. 87 (1974).

¹⁷ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

¹⁸ *United States v. Watts*, 394 U.S. 705 (1969), en la que la Corte sugiere el análisis de cuatro factores para determinar si la expresión puede ser considerada como *true threats*: 1) que se trate o no de una hipérbole política; 2) el contexto en el que el discurso se ha pronunciado; 3) la reacción de los oyentes; 4) si la declaración está condicionada al realizarse por un acontecimiento que habría podido probablemente suceder.

¹⁹ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

²⁰ *Roth v. Estados Unidos*, 354 U.S. 476 (1957).



valor social y comunicativo, al trasladar un mensaje no racional a sus destinatarios, se ve claramente superado por el *compelling interest* de proteger el orden y la moralidad. Pero es en el Caso *Miller vs. California*²¹, de 1973, cuando la Corte establece la doctrina todavía vigente en materia de obscenidad, acuñando lo que se conoce como el *Miller Test*, según el cual, la creación humana es obscena: "a) si una persona promedio, aplicando los estándares comunitarios contemporáneos, puede considerar que la obra en su conjunto atrae el interés lascivo; b) si la obra representa o describe, de manera patentemente ofensiva, una conducta explícitamente sexual; y, c) si la obra en su conjunto carece de un valor literario, artístico, político o científico serio".

Las *fighting words* fueron definidas por primera vez por el Tribunal Supremo en el mismo caso *Chaplinsky vs. New Hampshire* como palabras que "por su propia expresión, infligen daño o tienden a incitar una violación inmediata de la paz social". Se considera que tales expresiones no son parte esencial de ninguna exposición de ideas y tienen un valor social muy leve, en consecuencia, son una categoría de discurso que no está protegida por la Primera Enmienda. Se trata de un criterio que, sin embargo, el Tribunal Supremo ha ido matizando para aplicarlo de forma cada vez más restrictiva²². Y la tercera de las mencionadas categorías, las llamadas *true threats*, son aquellas en que "el autor del mensaje dirige una amenaza a una persona o grupo

²¹ *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

²² Véanse las Sentencias pronunciadas en *Cohen v. California*, 403 U.S. (1971) y *Lewis v. New Orleans*, 415 U.S. (1974). También pueden verse *Gregory v. Chicago*, 394 U.S. (1969); *Garner v. Louisiana*, 368 U.S. (1961); y *Terminello v. Chicago*, 337 U.S. (1949).

de personas con la intención de poner a la víctima bajo un temor de daño corporal o muerte²³.

A diferencia del modelo europeo, en el estadounidense no se excluyen del ámbito de protección de la libertad de expresión los discursos racistas, aunque sean destinados a la instigación de la violencia y el odio, cuando no produzcan un peligro de inmediata ejecución. Dicha concepción amplia de la protección de la Primera Enmienda constitucional se ha hecho extensiva incluso al ámbito de los menores cuya tradicional tutela reforzada se ha visto relativizada en la sentencia *Brown vs. Entertainment Merchants Association*, del año 2011²⁴. El caso cuestionaba la constitucionalidad de una ley de California que prohibía la venta y el alquiler de videojuegos violentos a menores de dieciocho años a excepción de aquellos videos en los que, a pesar de las imágenes agresivas, se podía reconocer un cierto valor literario, artístico, político o científico. La ley californiana fue declarada inconstitucional porque el límite que imponía a la libertad de expresión no se hallaba justificado ni siquiera en el *compelling interest* del Estado de proteger a los menores de las ideas violentas, ya que las imágenes e historias de brutalidad siempre han estado presentes en la literatura infantil y en obras literarias de fama mundial.

En el caso concreto de España, se tardó en tener algo parecido a una declaración de derechos y en gran

²³ *Virginia v. Black et al.*, 538 U.S. (2003). Previamente puede verse *Watts. v. United States*, 394 U.S. (1969), 750.

²⁴ 564 U.S. 786 (2011).



parte del siglo XIX las Constituciones sólo se refirieron a la libertad de imprenta. Sucede en la Constitución de Bayona de 1808, en la de 1837 y en la de 1845. En la de Cádiz de 1812 se habla de "libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas". Sólo en 1869 ya se pasa a hablar del "derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones", locución que se mantiene en las dos constituciones que le siguieron (Urías, 2200, 48). Y es el artículo 20.1.a) de la Constitución española actual el que establece el derecho de "expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones".

Sin embargo, España no se adhiere al modelo establecido en las primeras Constituciones de postguerra, como la alemana o la francesa que son prototípicas del modelo europeo anteriormente descrito. La Constitución española del 78 opta por un modelo de democracia no militante al **no exigir la adhesión ideológica a sus principios fundamentales. En este sentido**, como ha reiterado el Tribunal Constitucional español, **el deber de lealtad constitucional sólo puede ser entendido desde una perspectiva procedimental**, esto es, en el deber de acatamiento de los procedimientos previstos por la Constitución para defender cualesquiera ideas, opiniones o fines políticos, incluso aquellos que contradigan el propio modelo constitucional democrático, siempre que se haga respetando los procedimientos previstos para ello y sin emplear la violencia (Revenga Sánchez, 2015, 27).

A pesar de ello España no ha quedado exenta de un fenómeno de creciente expansión que, como se indicaba *supra*, ha dejado fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión conductas expresivas de mera provocación a las instituciones del Estado o a una parte de la sociedad; la exteriorización de alegría por los males ajenos o la descalificación de personas o colectivos,

entre otras, produciendo lo que Presno Linera tan bien ha descrito como la “conversión del *odio — hostilidad/aversión— como discurso en odio como delito*” (2020, 378). Algo que queda perfectamente ilustrado en la Sentencia del Tribunal Constitucional español 177/2015, que avaló la condena a dos manifestantes que quemaron la foto de los monarcas, considerando que además de un delito de injurias a la Corona, dicha conducta era constitutiva del discurso del odio. Sentencia que fue motivo de una condena a España por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia en el caso *Stern Taulats y Roura Capellera vs. España*, de 13 de marzo de 2018, en la que quedó meridianamente claro que la quema de una foto es un acto expresivo de rechazo y protesta contra las estructuras constitucionales del Estado, concretamente contra la institución monárquica²⁵.

Parece, sin embargo, que la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional con la que se iniciaba este estudio, la 35/2020, de 25 de febrero, en el caso *Strawberry* representa un cambio de doctrina necesario y esperanzador, tal y como se verá en las próximas páginas.

4. La exaltación de las ideas nocivas: la censura como regla general

César Augusto Montaña, conocido por su nombre artístico como *Strawberry*, fue condenado por el Tribunal

²⁵ Véase en el mismo sentido la Sentencia del TEDH de 6 de noviembre de 2018, en el caso *Otegi Mondragón c. España*, párrafo 56.



Supremo como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 del Código Penal español. Los hechos constitutivos del delito son una serie de tuits en los que se contenían frases como: "El fascismo sin complejos de Esperanza Aguirre me hace añorar hasta a los GRAPO"; "Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... si no le das lo de Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre a su lado"; "cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco". En respuesta a una pregunta sobre qué le regalaría al Rey decía que "un roscón bomba"; "A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora" y "Street Fighter edición post-ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina"; o "¿Se puede llevar una camiseta con un estampado de Miguel Ángel Blanco? Lo pregunto desde el respeto y el verano".

La sentencia ordinaria condenatoria se articuló sobre la premisa que la intención del autor de estos mensajes -que no era la de elogiar los actos terroristas o a sus autores o despreciar u ofender a sus víctimas- no era relevante a efectos de considerar la concurrencia del tipo. Pues aun cuando éstos habían sido expresados con sátira, tales afirmaciones "alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano".

Es indiscutible que la seguridad nacional o global es un bien jurídico ponderable con la libertad de expresión, cuya protección puede limitar legítimamente el ejercicio de ésta²⁶. El problema surge, sin embargo,

²⁶ Ya el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 20, establecía que la propaganda en favor de la guerra y la "apología del odio nacional, racial o religioso

cuando las respuestas jurídicas, principalmente penales, adoptadas para dicho fin consideran a la libertad de expresión y, por ende, a la libertad ideológica, como un instrumento más de la propia actividad terrorista.

4.1. El *material support* en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana

Si volvemos a Estados Unidos recordaremos que, a diferencia del modelo europeo, la protección preferente del discurso político, también el “odioso”, encuentra su fundamento en la aportación que puede hacer al *marketplace of ideas*, es decir, a la arena pública donde todos los ciudadanos pueden, a través del *public discourse*, expresión de la *self governance*, plasmar la imagen de la sociedad y del Estado (Post, 1990, 601). Sin embargo, en este país, después de los atentados terroristas del 11 de septiembre, la “lucha contra el terror” ha creado nuevas presiones sobre la Primera Enmienda que, quizás, ni el propio “test de Brandenburg” parece ser capaz de soportar, inclinando la balanza hacia el lado de la seguridad.

Especialmente importante es a este respecto la sentencia *Holder v. Humanitarian Law Project*, del año 2010²⁷, en la que la Corte Suprema ha evaluado por

que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por ley”.

²⁷ 561 U.S. 1 (2010). En él se enjuiciaba la actuación de una asociación que había aportado consejos jurídicos a dos grupos considerados legalmente como terroristas –el Partido de los



primera vez la compatibilidad con la Primera Enmienda constitucional del U.S. Code 23339A-23339B, que sanciona el apoyo material *-material support-* a determinadas organizaciones en condiciones de amenazar la seguridad de los Estados Unidos, incluidas en una lista elaborada por el Departamento de Estado, esto es, el poder ejecutivo estadounidense. La citada normativa prevé la integración del delito de *material support* en la *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* de 1996, modificada en múltiples ocasiones en estos años.

La primera disposición, la 23339A, es de carácter más general, y sanciona a cualquiera que “otorgue apoyo material o medios u oculte o disfrace la naturaleza, la ubicación, la fuente o la propiedad del soporte material o los recursos, sabiendo que van a ser empleados en la preparación de o para llevar a cabo actos terroristas”. Así, define el soporte material como “cualquier propiedad, tangible o intangible, o servicio, incluyendo dinero en metálico, instrumentos monetarios o valores financieros, servicios financieros, alojamiento, capacitación, asesoramiento o asistencia de expertos, casas de seguridad, documentación o identificación falsa, equipo de comunicaciones, instalaciones, armas, sustancias letales, explosivos, personal (una o más personas) y transporte, a excepción de medicinas o materiales religiosos”.

A los fines de la comisión del delito el término “capacitación” *-training-* se entiende como “compartir o enseñar específicas habilidades”, mientras que la

Trabajadores de Kurdistán y los Tigres Tameses-. Se trataba de un tipo de asesoramiento que tenía como fin la búsqueda de una salida pacífica a los conflictos kurdo y tamul, y llevar las causas de ambos pueblos ante las Naciones Unidas.

expresión “asesoramiento o asistencia de expertos” - *expert advice or assistance*- significa “dar consejos o asistencia a través del uso de la técnica, de la ciencia u otros conocimientos especializados”.

La segunda disposición -23339B-, incorporada tras los ataques del 11 de septiembre de 2001, castiga a “quien con conocimiento otorgue apoyo material o recursos para una organización terrorista extranjera, o intente o conspire para hacerlo”.

La validez de la *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* se justifica por la Corte para dar tutela a la seguridad nacional como bien constitucionalmente protegido, considerando que algunas formas de *material support* pueden realizarse incluso con el uso de un discurso pacífico -por hipotético o indirecto que sea- en la medida en que puede alimentar e implementar el programa terrorista.

Otra muestra de este cambio lo encontramos en el caso *Tarek Mehanna*. El 6 de octubre de 2014, la Corte Suprema norteamericana denegó el *writ of certiorari* a Tarek Mehanna, ciudadano americano condenado en base a lo dispuesto en el U.S. Code 23339A-23339B, por haber proporcionado *political advocacy* al movimiento terrorista *Al-Qaeda*. En el caso concreto, el señor Mehanna estaba acusado de traducir al inglés material propagandístico de *Al-Qaeda*, incitador a participar en la *yihad*, y de el envío de aquél a la web *at-Tibyan*. Y aunque no había quedado probada la existencia de un vínculo real entre la web a la que el demandante envió sus traducciones y la organización terrorista, la Corte Suprema consideró sustancial el elemento subjetivo



tanto en el conocimiento de la naturaleza terrorista de Al Qaeda como en el contacto, si bien no directo pero mediato, entre el autor de la difusión del contenido en Internet y la organización terrorista.

Se observa cómo el delito del *material support*, y su aplicación por la Corte Suprema, se aleja de la tradición norteamericana acuñada por la Sentencia *Brandenburg v. Ohio*, que garantizaba la difusión de todos los *political speech*, entre los que, sin duda, debería incluirse el *advocacy* a favor de una organización terrorista, con el sólo límite del "peligro concreto". Además, la imprecisión del tipo punitivo deja unos márgenes de interpretación tan laxos a los jueces que se corre el riesgo que se produzca la punibilidad de la crítica no deseada y la introducción de formas veladas de control al disenso político.

4.2. La incitación a la violencia terrorista en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el ámbito europeo la respuesta adoptada tanto a nivel normativo como jurisprudencial, prescinde de que los discursos nocivos contengan o no un llamamiento directo a la realización de actos terroristas o de que exista un riesgo real de que estos se produzcan, para sancionarlos penalmente. Tanto es así que, en el ámbito del Consejo de Europa, se ha incluido la "incitación indirecta" a la comisión de actos terroristas como causa de restricción de la libertad de expresión. Así, el "Convenio número 196 del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo", de 2005, en su artículo 5, bajo el título "*provocación pública para cometer delitos terroristas*", establece:

“1. A los efectos del presente Convenio, se entenderá por «provocación pública para cometer delitos terroristas» la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice *directamente o no* la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se *puedan* cometer uno o varios delitos”.

Además, el artículo 8 del mismo Convenio dispone que no es necesario que el acto terrorista llegue a cometerse para que el discurso enjuiciado pueda ser considerado delictivo.

Una definición similar se encuentra en la legislación de la Unión Europea desde que en 2008 se aprobó la “Decisión Marco del Consejo de la Unión, que modificaba la de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo”²⁸. Así, su artículo 1.1, relativo al “*delito de provocación pública para cometer un delito de terrorismo*”, señalaba:

“La distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos

²⁸ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2002-81127>



de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos”.

Pues bien, este carácter abierto y poco acotado se mantiene en la recientemente aprobada “Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo” en los mismos términos.

De dicha normativa, que define lo que podría considerarse el modelo europeo en la materia, se derivan dos aspectos problemáticos en relación con la libertad de expresión. Por un lado, la cuestión de la “incitación indirecta” y, por otro, el alcance del término “peligro” de comisión de delitos de terrorismo, pues ambos son conceptos imprecisos y no aparecen expresamente descritos en ninguna de las dos normas vigentes.

De conformidad con esta normativa, el Tribunal de Estrasburgo admite que puede haber incitación al terrorismo en casos en que los discursos, expresiones o mensajes divulgados no contengan una apelación directa a la perpetración de actos terroristas, a la resistencia armada o a la insurrección. Y atiende a una serie de criterios para determinar si existe tal incitación, tales como: el contexto político/social en que se produzca la difusión del mensaje; el medio empleado para su difusión; el impacto social del mensaje; la intención del emisor y su estatus; o la idoneidad de la expresión para incitar a la violencia. Veamos diversos casos que lo ejemplifican.

El primero de ellos es el caso *Zana c. Turquía*, de 25 de noviembre de 1997, en el que el Tribunal Europeo estimó conforme al artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos la detención de un antiguo alcalde que, en el transcurso de una entrevista, manifestó su

adhesión al movimiento de liberación nacional del PKK y a sus actuaciones, a pesar de reconocer que éste había cometido matanzas de mujeres y niños por error.

El TEDH realizó la correspondiente ponderación a través del llamado "*test de Estrasburgo*" atendiendo al contexto de extrema tensión existente en el sudeste de Turquía en ese momento; al hecho de que se tratase de un cargo político de la mayor ciudad en esa zona; y a que la entrevista había sido publicada en un diario de gran difusión, para llegar a la conclusión de que se trataba de un mensaje lo suficientemente peligroso como para exacerbar el clima ya explosivo de la región, en la que existía una realidad de violencia terrorista. En palabras del Tribunal:

"La declaración no puede, (...), considerarse aisladamente. Dadas *las circunstancias del caso* tuvieron una gran repercusión que el demandante no podía ignorar. (...) La entrevista coincidió con atentados mortales perpetrados por el PKK contra civiles en el sudeste de Turquía, lugar donde reinaba, en el momento de los hechos, una *tensión extrema*. En estas circunstancias, el apoyo al PKK, calificado de "movimiento de liberación nacional", por parte del *antiguo alcalde de Diyarbakir, la ciudad más importante del sudeste de Turquía*, en una entrevista publicada en un *gran periódico nacional*, podría agravar una situación ya de por sí explosiva en esa región".

En el caso *Sürek c. Turquía*, de 8 de julio de 1999, se abordaba la compatibilidad con el artículo 10 del Convenio de la condena penal impuesta al director de



una revista por publicar dos cartas al director en las que se criticaban duramente las operaciones militares turcas en el sudeste del país. Las cartas acusaban a Turquía de conspirar para la detención, la tortura y el asesinato de los luchadores por la liberación del pueblo kurdo, y afirmaban que cabía tomar por la fuerza los derechos que les son propios. Pues bien, la Corte de Estrasburgo consideró que:

Por un lado, existía una clara intención de estigmatizar a la otra parte en el conflicto por el uso de términos tales como "ejército fascista turco", "la banda de los asesinos turcos" y "asesinos a sueldo de imperialismo"; y, por otro, que las cartas equivalían a una llamada a una venganza sangrienta porque despertaban instintos primarios y reforzaban prejuicios ya arraigados que se habían ido expresando a través de la violencia mortal.

Además, atendió al contexto político-social de la zona, el estado de emergencia, para llegar a la conclusión de que: "(...) el lector tiene la impresión de que *el uso de la violencia es una medida necesaria y justificada de autodefensa contra el agresor*".

En el caso *Arslan c. Turquía*, de 8 de julio 1999, se dirimía el secuestro de un libro en aplicación de la legislación antiterrorista que, bajo el género de narrativa histórica literaria, presentaba a los turcos como invasores crueles. Y afirmaba que el pueblo kurdo, a través de su resistencia, había anunciado *la feliz noticia del día en que destruirán la fortaleza de violencia del chovinismo turco*".

En relación con el contexto social y político de la región, el Tribunal señaló nuevamente la sensible situación de inseguridad en el sudeste de Turquía. Por lo que atañe a la intención del autor, afirmó que estaba claro que la contenida en el libro no era una descripción "neutral" de hechos históricos ya que, a través de su

libro, el autor pretendía criticar la acción de las autoridades turcas en el sureste del país y alentar a la población interesada a oponerse.

Sin embargo, el Tribunal mantuvo que el demandante era un mero particular que difundió sus tesis por medio de una obra literaria y no a través de los medios de comunicación, por lo que su impacto potencial en la "seguridad nacional", el orden" o "integridad territorial" del Estado turco era limitado. Y llegó a la conclusión que, si bien había en el libro algunos pasajes especialmente duros, que describían un retrato negativo de la población de origen turco, estos no alentaban el uso de violencia, la resistencia armada o el levantamiento.

En el caso *Karatas c. Turquía*, de 8 de julio 1999, se dirimía la condena del autor de un libro de poemas que, en palabras de la Corte, contenía pasajes muy agresivos con respecto al poder turco. Sin embargo, estimó que la incidencia de una expresión poética -que se dirige, por definición, a un grupo reducido de personas- en la seguridad nacional, en el orden público y en la integridad territorial del Estado era muy limitada. Y es precisamente el argumento de la escasa divulgación y la naturaliza artística del texto lo que determinó, para el Tribunal, su carácter no apologético.

El problema kurdo está también presente en el origen del caso *Erdogdu contra Turquía*, de 19 de junio de 2000, en el que se dirimía la compatibilidad con el artículo 10 del Convenio de la condena al redactor jefe de un periódico que publicó un artículo escrito por uno de los lectores en el que llamaba a los turcos "fascistas" y "fundamentalistas".

La Corte afirmó que la publicación cuestionada se produjo en el contexto de la situación en el sudeste de



Anatolia y del problema kurdo que había sido objeto de considerable controversia durante años. Por lo tanto, admitió que el artículo no era un mero estudio “neutral” de este problema y afirmó que, a través de él, el autor, aunque fuera indirectamente, estigmatizó tanto la ideología política dominante del Estado como la conducta de las autoridades turcas en esta área.

Sin embargo, la Corte consideró que, si bien algunos términos empleados conferían una cierta virulencia a la crítica política del autor, el artículo en sí no podía ser considerado como “una llamada a la venganza sangrienta” ni podía llevar al lector a pensar que el uso de la violencia es una medida necesaria y justificada de autodefensa contra el Estado turco.

El caso *Ceylan contra Turquía*, de 11 de octubre de 2005, es similar al anterior pues el Tribunal Europeo de Derechos Humanos trataba de la condena de un sindicalista que publicó un artículo en el que acusaba al Estado turco de adoptar medidas represoras contra la clase trabajadora en su conjunto. Y ello en el marco de la legislación antiterrorista prevista para dar respuesta al asunto kurdo, llamado a la movilización de todos los demócratas contra el estado opresor.

El Tribunal de Estrasburgo tuvo en cuenta las circunstancias que rodeaban el caso y, en particular, las dificultades ligadas a la lucha contra el terrorismo, sin embargo, llegó a la conclusión de que, si bien que determinados pasajes del artículo litigioso ofrecían una imagen muy negativa del Estado turco y le otorgaban un carácter hostil, sin embargo, no exhortaban al uso de la violencia, ni a la resistencia armada, ni a la sublevación.

Un caso especialmente relevante, por no versar sobre la cuestión kurdo-turca y por mostrar muy claramente la doctrina de la Corte de Estrasburgo, es *Leroy c. Francia*, de 6 de abril de 2009. En él se conocía de la condena impuesta por apología del terrorismo al dibujante del semanario vasco-francés “Ekaitza” que

publicó, dos días después del ataque a las Torres Gemelas de Nueva York en 2001, un dibujo que representaba dicho ataque acompañado de un texto imitativo del slogan publicitario de la marca Sony: “Todos lo soñábamos... *Hamas* lo hizo”, con la intención, en sus palabras, de representar la destrucción del imperio estadounidense el día del ataque en Nueva York.

En la correspondiente ponderación, la Corte de Estrasburgo prestó especial atención a los términos utilizados para ilustrar el dibujo: que se trataba de una caricatura que puede ser una forma de expresión artística por definición provocativa, por un lado, y que ésta se publicó en un contexto político de lucha contra el terrorismo, por otro. Sin embargo, señaló que concurrían unas circunstancias particulares que el autor no debía haber ignorado: el hecho de que la caricatura y el texto que la acompañaba se hubieran publicado el 13 de septiembre, solo dos días después de los atentados, momento en que todo el mundo se hallaba conmocionado por los hechos, sin tomar ninguna precaución lingüísticas por su parte. Según el Tribunal, esta dimensión temporal era de tal entidad que aumentaba la responsabilidad del dibujante, por lo que su caricatura debía interpretarse como de apoyo a un hecho trágico, tanto desde un punto de vista artístico como periodístico. Además, continuaba la Corte señalando que el impacto de tal mensaje en una región políticamente sensible como la vasca, no debía haberse descuidado.

Por otro lado, y en relación con el criterio de la audiencia, señaló que la solidaridad mostrada por los trabajadores de la revista con su compañero y los emails y cartas de los lectores en su apoyo –publicados en el



número siguiente de la Revista-, evidenciaban que la caricatura generó reacciones que podían incitar a la violencia, a pesar de la escasa difusión del medio. En consecuencia, el Tribunal de Estrasburgo estimó que la obra no criticaba al imperialismo estadounidense, como defendía su autor, sino que apoyaba y glorificaba su destrucción mediante la violencia.

En la misma línea, en el caso *Yavuz y Yaylali c. Turquía*, de 17 de diciembre de 2013, la Corte de Estrasburgo fue muy explícita al incluir en la incitación a la violencia discursos que no constituyen una apelación directa a la misma. El caso trataba de unos manifestantes condenados por hacer propaganda a favor de una organización terrorista –el llamado Ejército Popular de Liberación-. Estos habían participado en una manifestación en protesta por la muerte de diecisiete personas en un enfrentamiento con las autoridades turcas. En el evento se leyó un comunicado de prensa en el que los manifestantes acusaron a los funcionarios involucrados en el enfrentamiento de matar a estas personas en violación de la ley y de la mutilación de los cadáveres. Afirmando que el Estado no respetaba el Estado de Derecho y que estaba lejos de ser un estado democrático. Asimismo, se corearon consignas como: *"Estado asesino tendrá que rendir cuentas"*, *"los mártires de la revolución son inmortales"*, *"Viva la solidaridad revolucionaria en vivo"* o *"nosotros hemos pagado el precio, nosotros lo vamos a hacer pagar"*.

La doctrina de la Corte en este caso es especialmente importante, porque afirmó expresamente que ciertas formas de identificación con una organización terrorista y especialmente su glorificación, podían considerarse en sí mismas como un apoyo al terrorismo y la incitación a la violencia y al odio. Y sostuvo que la difusión de mensajes de elogio hacia el autor de un atentado, la denigración de las víctimas, o la llamada a

financiar organizaciones terroristas podían constituir actos de incitación a violencia terrorista.

Pero, en relación con el presente caso, el Tribunal afirmó que la reacción de las demandantes a las muertes mencionadas supuso una crítica de los actos cometidos por las autoridades oficiales, pero no incitó al uso de la violencia, a la resistencia armada o al levantamiento. A la luz del contenido de las consignas críticas enjuiciadas, la Corte llegó a la conclusión de que no constituían propaganda a favor de una organización terrorista, afirmando que las autoridades de un Estado democrático deben tolerar las críticas vertidas sobre los actos cometidos por sus autoridades.

No podemos cerrar este estudio jurisprudencial sin hacer referencia a **una recientísima e importantísima sentencia de 28 de agosto de 2018, en el caso *Savva Terentyev contra Rusia***. Importante porque, por primera vez, la Corte de Estrasburgo empleó expresamente el criterio del riesgo “real e inminente” de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana.

El demandante, un joven bloguero, fue condenado a un año de cárcel por haber incitado al odio a través de comentarios insultantes sobre la actuación de agentes de policía durante un proceso electoral en la provincia de Komi (Rusia), que fueron publicados en un blog. Entre sus comentarios era especialmente hostil el que afirmaba que: “Sería genial si en el centro de cada ciudad rusa, en la plaza principal ... *hubiera un horno, como en Auschwitz, en el que ceremonialmente todos los días, y mejor aún, dos veces al día policías infieles fueran quemados*. La gente los estaría quemando. Este sería el



primer paso para limpiar a la sociedad de esta inmundicia policial”.

En relación con el contexto, es especialmente relevante el siguiente párrafo de la Sentencia en el que, por primera vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos apeló al criterio del riesgo real e inminente de que se produzca un acto constitutivo de delito o de violencia que, como se ha señalado, es la piedra angular la doctrina de la Corte Suprema norteamericana sobre la libertad de expresión desde el año 69, el llamado “estándar Brandenburg”:

“En el presente caso no hay ninguna indicación en las decisiones de los tribunales nacionales o en las presentaciones del Gobierno de que el comentario del solicitante se haya publicado en un contexto social o político delicado, o que la situación general de seguridad en esa región sea tensa, o que hubo enfrentamientos, disturbios o disturbios contra la policía, o que existía una atmósfera de hostilidad y odio hacia la policía, o cualquier otra circunstancia particular en la que las declaraciones impugnadas podían dar lugar a *acciones ilegales inminentes* con respecto a la policía y exponerlos a una *amenaza real* de violencia física”.

En relación con las circunstancias concretas del presente caso, la Corte señaló que el pasaje que hablaba sobre la “incineración” de “policías infieles” en hornos como los de Auschwitz era particularmente agresivo y hostil en su tono. Sin embargo, no consideró que pudiera interpretarse en realidad como una llamada para que la gente común “extermine físicamente a los agentes de policía”, sino que más bien fue utilizado como una metáfora provocativa, por lo que no podía considerarse una incitación a cualquier acción ilegal, incluida la violencia.

Y sostuvo que, aunque la redacción de las declaraciones impugnadas era, de hecho, ofensiva, insultante y virulenta, no podían verse como elementos que despertasen emociones de base o prejuicios incrustados en un intento de incitar al odio o la violencia contra los oficiales de policía rusos; sino que se trataba más bien la reacción emocional del demandante a lo que vio como una conducta abusiva del personal de la policía.

La Corte afirmó que solo en los casos en los que existiese un contexto muy sensible de tensión, conflicto armado y lucha contra el terrorismo o disturbios letales cabría estimar que las declaraciones relevantes podían alentar a una violencia capaz de poner a los miembros de las fuerzas de seguridad en riesgo, y que sólo en tales casos cabía aceptar la interferencia en la libertad de expresión, algo que no se daba en el presente caso.

Otro elemento importante para la Corte de Estrasburgo es el impacto potencial que tiene el mensaje controvertido en la sociedad. Y en relación con el caso concreto señaló que, en el momento de los hechos, el solicitante no era un blogger conocido o un usuario popular de las redes sociales y mucho menos una figura pública o influyente. En tales circunstancias, el Tribunal consideró que el potencial del comentario del solicitante para llegar al público y así influir en su opinión era muy limitado.

5. Criterios cuya necesaria concurrencia justifica la limitación de la libertad de expresión nociva

En la Sentencia 35/2020, de 25 de febrero, en el Caso *Strawberry*, el Tribunal Constitucional sostiene que se hace necesario atender a los criterios de “contenido”, “emisión” y “efectos” de los mensajes para determinar si



los tuits publicados por el recurrente forman parte del ámbito de protección de su libertad de expresión, antes de analizar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo previsto por el artículo 578 CP. Con esta afirmación el Juez de la constitucionalidad español no hace sino aplicar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cual ha establecido, como se ha indicado *supra*, que para la limitación de un derecho fundamental tan imprescindible para el sistema democrático es necesario atender a: el contexto político/social en que se produzca la difusión del mensaje; el medio empleado para su difusión; el impacto social del mensaje; la intención del emisor y su estatus; y la idoneidad de la expresión para incitar a la violencia. Algo que, sin duda, y en palabras del Tribunal Constitucional, no hace la resolución impugnada en amparo, pues “rechaza expresamente la valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos que presidieron la emisión de los mensajes objeto de la acusación”.

En relación con el “contexto” en que es emitido el mensaje, el Tribunal de Estrasburgo ha reiterado en los casos que ha resuelto, que en su mayoría versan sobre el problema kurdo, la importancia de tener en cuenta el clima de tensión en que se encuentra el sudeste de Turquía y la lucha contra el terrorismo (Casos *Zana, Sürek, Arslan* y *Ceylan*). Criterio, el de la lucha contra el terrorismo, que también aparece en el caso *Leroy* dado que, como se ha expuesto *supra*, la publicación se llevó a cabo en un diario vasco-francés con la violencia terrorista de ETA de fondo. A este respecto, es importante destacar, asimismo, que a pesar de que el criterio del contexto es importante, el Tribunal no aprecia incitación a la violencia terrorista si no concurre,

además, algún otro de los criterios que se exponen a continuación (Casos *Ergogdu* y *Ceylan*).

Otro de los criterios empleados por la Corte europea para dirimir si ha habido o no incitación es el relativo al “impacto del mensaje” en la ciudadanía u opinión pública, para lo cual tiene en cuenta el formato o medio a través del que se le da difusión. A este respecto el Tribunal de Estrasburgo distingue entre formatos periodísticos -artículos, cartas del lector o entrevistas- (Casos *Zana*, *Zürek* o *Leroy*) de gran difusión; y obras literarias que, a su entender, se dirigen a un público más reducido, estimando que en estos casos el impacto del mensaje es mucho menor (Casos *Arslan* y *Karatas*).

Sin embargo, el criterio del impacto del mensaje no siempre es empleado con coherencia. Por ejemplo, en el caso *Leroy*, el Tribunal estima suficientes los emails recibidos por los lectores de la Revista en que se publicó el mensaje, para determinar *la capacidad de influencia y la idoneidad de la caricatura publicada para incitar a la violencia*, a pesar de reconocer expresamente que se trata de un medio de escasa difusión.

Ligado al anterior se encuentra el criterio del “status” del autor del mensaje. A este respecto, por regla general, la Corte de Estrasburgo estima una mayor capacidad de influencia del mensaje cuando éste es emitido por una personalidad política reconocida (Caso *Zana*).

Otro de los criterios relevantes para la Corte es el de la “intención del autor” del discurso o mensaje, el cual aparece normalmente ligado a otro de los criterios empleados. Así, en el caso *Arslan*, Estrasburgo liga dicha intención al contexto político-social del lugar en que es



emitido el mensaje para determinar que no es neutral. Y, en el caso *Leroy*, es la dimensión temporal –esto es, el momento en que es publicado el discurso- lo que determina la responsabilidad del autor, entendida por la Corte como de indudable apoyo a la actuación terrorista.

En los casos *Zürek* y *Ergogdu*, la Corte atiende al criterio de la estigmatización de “la otra parte en el conflicto” o de la “conducta de las autoridades estatales”. Sin embargo, llama la atención que le atribuya relevancia aunque dicha estigmatización se produzca indirectamente y no a través del tenor literal de los términos empleados en el mensaje o discurso. Pues, sostiene Estrasburgo, que la intención de estigmatizar puede llevar a considerar que hay incitación a la violencia aunque se trate de comentarios sobre hechos históricos, sociales o políticos.

El último y quizás decisivo criterio empleado por la Corte, es la valoración de si el discurso o mensaje es “idóneo para incitar a la violencia”, esto es, si éste traslada a la opinión pública que el recurso a la violencia es una medida necesaria y justificada. Y a este respecto, es importante tener presente que, según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, basta con que el mensaje “glorifique la violencia” para que esto se produzca pues con ello se “suscitan emociones primarias y/o refuerzan prejuicios ya arraigados que se han manifestado en violencia letal” (Casos *Leroy* y *Yavuz y Yaylali*).

Sin embargo, el recientísimo caso *Savva*, muestra un claro y auspicioso cambio doctrinal en la Corte de Estrasburgo, pues apela por primera vez a la necesaria existencia de un riesgo “real e inminente” de violencia consecuencia del mensaje difundido para considerar que existe incitación, acercando claramente el modelo europeo al norteamericano.

En ausencia del examen de todos estos criterios por parte de la jurisdicción ordinaria, la Sentencia 35/2020 del Tribunal Constitucional español se pronuncia, sin embargo, sobre el criterio de la "intención del autor" de los tuits, por tratarse de "uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión" -FJ5º-. Y afirma que, a pesar de "los aspectos reprobables de los tuits formulados por el recurrente en relación con la referencia al terrorismo como forma de acción política, el imperativo constitucional de respeto a la libertad de expresión impide categóricamente extraer conclusiones penales de estos elementos sin ponderar también el hecho de que los expresados tuits son susceptibles de ser interpretados como producto de la intencionalidad crítica en el terreno político y social a personas que ostentaban la condición de personajes públicos en el momento en que los actos comunicativos tuvieron lugar; y que, en uno de los casos, había tomado posición en favor de un determinado partido político".

De este modo, rechaza abiertamente la afirmación de la sentencia ordinaria recurrida según la cual resultaba irrelevante ponderar cuál era la intención – irónica, provocadora o sarcástica– del recurrente al emitir sus mensajes, en relación con su trayectoria profesional como artista y personaje influyente, con el contexto en que se emitían los mensajes y con el mantenimiento de una línea de coherencia personal de condena de la violencia como medio de solución de conflictos.



Pero quizás la afirmación más importante del Tribunal Constitucional en esta Sentencia es aquella en la que sostiene que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de los actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una "situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades" como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática" -FJ 4º-

Con ello, y a pesar de estar desacertado al calificar la apología o glorificación del terrorismo como discurso del odio -algo que reitera el Voto Particular²⁹-, pues éste sólo lo es cuando se dirige contra colectivos minoritarios tradicionalmente discriminados, el Tribunal Constitucional parece estar dando en la línea de flotación del propio delito de enaltecimiento del terrorismo que, tal y como está redactado, permite su aplicación aun cuando la intención del autor de los mensajes no sea la de glorificar, exaltar o enaltecer el terrorismo o a sus autores o menospreciar o humillar a sus víctimas. Pues el Tribunal parece referir que sólo incitarán a la violencia terrorista, aquellos mensajes de exaltación o justificación que provoquen un riesgo real **para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.**

A la vista de los últimos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español, cabe concluir que la libertad de expresión no protege aquellos discursos, mensajes o expresiones que, atendiendo a los criterios descritos *supra*, generen una alta y pronta probabilidad (que no

²⁹ Apartado 2 (iii)

mera posibilidad) de riesgo de incitación a la violencia terrorista. Un delito como el establecido por artículo 578 del Código Penal español no cumple tales requisitos y, en consecuencia, las conductas que tipifica son manifestaciones de la libertad de expresión “nociva” de sus autores, protegidas por el artículo 20 de la Norma Fundamental. Se trata, por tanto, de un delito ideológico o de opinión de difícil encaje constitucional.

No procede cerrar el presente estudio sin hacer referencia al Voto Particular del magistrado don Alfredo Montoya Melgar que, por un lado, aboga por una utilización preventiva del Derecho penal para restringir la libertad de expresión³⁰; y, por otro, considera que las opiniones o los mensajes que humillen a las víctimas del terrorismo deben ser excluidos del ámbito de protección de la libertad de expresión por no contribuir a la formación de una opinión pública libre³¹. Sirva todo lo expuesto para evidenciar nuestro claro desacuerdo con su contenido.

6. Conclusiones

La aparición y consolidación de Internet como canal de comunicación global, junto con el afianzamiento del terrorismo islamista durante la última década, han sido los dos factores detonantes de una actuación cada vez más represiva por parte de las democracias occidentales hacia determinados discursos o mensajes nocivos. La

³⁰ Apartado 3 (iii)

³¹ Apartado 2 (v)



capacidad de emitir y recibir opiniones, ideas e informaciones, más o menos veraces en el caso de estas últimas, más o menos adecuadas en el caso de las dos primeras, se ha convertido en un hecho al alcance de todos, siendo la posibilidad de su expansión y divulgación prácticamente incontrolable a nivel práctico. Sin embargo, las democracias de corte liberal republicano como la nuestra están tratando de poner vallas al campo con medidas no siempre respetuosas con la libertad de expresión e información, dos de los derechos tradicionalmente definitorios de su propia identidad.

Así, a la reactivación de delitos en desuso o de escasa aplicación práctica, como el de ofensas a los sentimientos religiosos, y a la aparición de nuevos, como los delitos de enaltecimiento y de odio, se le adiciona una mayor represión cuando se llevan a cabo en el marco de Internet. El riesgo de que la divulgación de determinadas ideas "socialmente peligrosas" se potencie masivamente a través de espacios como las redes sociales (principalmente Facebook y Twitter) ha conducido a una inercia represiva en la que no sólo se encuentran los países europeos, sino también Estados Unidos, país que tradicionalmente ha abanderado la libertad de expresión como uno de los derechos de excepcional limitación, aun cuando aquella resulte nociva para la sociedad.

De tal modo que, la mera expresión de un deseo genérico y abstracto de que alguien, algunos o muchos padezcan atentados o acciones terroristas, expresado a través de una cuenta de twitter, ha conllevado en España el procesamiento y, en ocasiones, la condena penal de los autores de mensajes que, no por ofensivos, dejan de ser irónicos o satíricos. Y ello como consecuencia, tanto de la existencia de lo que podríamos considerar "delitos de opinión" en nuestro Código Penal; como de una aplicación judicial de estos que obvia la concurrencia o no de los factores que tradicionalmente han determinado

la existencia de un riesgo real de materialización de determinadas conductas delictivas.

El llamado "derecho penal del enemigo" parece, pues, el término más adecuado para calificar las distintas técnicas jurídicas adoptadas a uno y otro lado del Atlántico para perseguir determinados discursos como constitutivos de la propia actividad terrorista (Vives Antón, 2001).

Como ha tratado de exponerse en el presente estudio, la nocividad de una idea y su expresión no la desapodera de su condición de mensaje constitucionalmente protegido, pues es solo la concurrencia de una serie de factores como el contexto político/social en que se produzca la difusión del mensaje; el medio empleado para su difusión; el impacto social del mensaje; la intención del emisor y su estatus; y la idoneidad de la expresión para incitar a la violencia, lo que puede justificar su represión.

Perseguir en abstracto ideas que resultan incómodas, nocivas, peligrosas o incluso dañinas para la sociedad, identificándolas con la propia actividad terrorista a través del Código Penal no parece, pues, asumible por ordenamientos jurídicos que otorgan al valor pluralista un carácter primordial. Atrevernos a barrer del debate público lo disidente, en su acepción más amplia, implica asumir un riesgo demasiado grande y real: la desaparición de una opinión pública libre imprescindible para toda sociedad democrática.



Bibliografía

Carmi, G. E. (2008). *Dignity Versus Liberty: The Two Western Culture of Free Speech*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1246700>

Carrillo, M. (2011). *Estudio Preliminar a Areopagítica (edición bilingüe) de John Milton*. Madrid: Clásicos del pensamiento. Tecnos.

Dworkin, R. (1986). *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press.

Gascón Cuenca, A. (2013). La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América y la protección del discurso racista. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, 163-182.

Mill, J. S. (2013). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.

Milton. J. (1999). *Aeropagítica*. Madrid: Torre de Goyanes.

Presno Linera, M. (2019). La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español. *Cuadernos digitales de formación del Consejo General del Poder Judicial –Delitos de expresión en una sociedad democrática-*, 1-26. Disponible en: <https://presnolinera.files.wordpress.com/2019/12/la-libertad-de-expresic3b3n-en-la-jurisprudencia-del->

[tribunal-europeo-de-derechos-humanos-y-del-tribunal-constitucional-segunda-parte.pdf](#)

Post, R.C. (1990). The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*, *Harvard Law Review*, 103, 601-686.

Rawls, J. (1996). *Sobre las libertades*. Barcelona: Paidós.

Revenga Sánchez, M. (2015). Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante? En M. Revenga (dir.). *Libertad de expresión y discursos del odio* (pp. 15-32). Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá.

Teruel Lozano, G. (2014). Libertad de expresión y censura en Internet. *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*. 62, 2. 41-72.

Urías, J. (2020). De qué diantres hablamos cuando hablamos de libertad de expresión". En I. Spingo, J.A. Estrada Marún y W. Balderas Cardona (coords.). *Los derechos fundamentales en el siglo XXI, Vol. XIV: La libertad de expresión en el siglo XXI. Cuestiones actuales y problemáticas* (pp. 47-66). Colombia: Academia Interamericana de Derechos Humanos.

Vives Antón, T. S. (2001). Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión. En López Guerra



(coord.). *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo* (pp. 279-294). Valencia: Tirant lo Blanch.

Waldron, J. (2012). *The harm of hate speech*. Massachusetts: Harvard University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.4159/harvard.978067406508>.

LAS CONDUCTAS COLUSORIAS DE LOS LICITADORES Y SU CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

D^a. Irene Montagud Grau¹

Letrada Universitat Politècnica de València

Resumen: Este trabajo tiene como objetivo el análisis de las conductas colusorias que pueden producirse en el ámbito de la contratación pública, por parte de los licitadores. El estudio se divide en tres partes, la primera de ellas hace referencia a la defensa de la competencia en el ámbito de la contratación pública, la influencia que el derecho europeo ha tenido en esta materia, los principios aplicables y la importancia de la defensa de la competencia. A continuación, se realiza un resumen de las distintas conductas colusorias tanto directas como indirectas que pueden llevar a cabo los licitadores en el ámbito de la contratación pública, habiendo excluido las de corrupción. En tercer y último lugar, se analiza el posible control de estas distintas conductas y la posible mejora del sistema actual, así como se efectúa una

¹Ganadora de la II edición de los Premios Gabilex 2021. Categoría, Masteres, TFG y similares



crítica a la transposición de la Directiva 2014/24/CE en el derecho español y una propuesta de mejora de redacción del artículo 150 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

Palabras clave: Competencia, conductas colusorias, contratación pública, control, CNMC.

Abstract: The aim of this Project is to study the anticompetitive behaviour in the public procedure by the tenders. It is divided in three parts. The first of them is focused on the competitive rules in the public contracts procedure, the influence of the UE law and its main principles. The second part analyses the different anticompetitive behaviours of the bidders related with this field of law, it does not include corruption and another behaviours related to the civil servants implication. The last part of this Project is referred to the control of those behaviours, the incorporation into national law of the Directive 2014/24/CE and its effects in the national regulation of the anticompetitive control in the bidding procedures. Furthermore, this Project includes some proposals to improve the legislation and the conclusions about the three parts summed up above.

key words: Public contracts, anticompetitive behaviour, control, CNMC

SUMARIO:

1. Introducción
 - 1.1. Justificación del tema elegido
 - 1.2. Problema y finalidad del trabajo
 - 1.3. Objetivos

Capítulo I: Competencia y contratación pública

- 2.1. Las Directivas Europeas en materia de contratación pública
- 2.2. Importancia de la competencia en la contratación pública
- 2.3. Derecho español: principios reguladores de la competencia en la contratación pública
 - 2.3.1. El principio de igualdad de trato y no discriminación
 - 2.3.2. El principio de reconocimiento mutuo
 - 2.3.3. El principio de proporcionalidad
 - 2.3.4. El principio de transparencia
 - 2.3.5. El principio de proposición única
 - 2.3.6. El secreto de las proposiciones

Capítulo II: Conductas colusorias de los licitadores que afectan a la competencia en la contratación pública

- 3.1. Prácticas colusorias directas: bid rigging
 - 3.1.1. La problemática del bid rigging en los grupos de empresas
 - 3.1.2. Fijación de precios (price fixing)
 - 3.1.2.1. Descuentos
 - 3.1.2.2. Precios mínimos
 - 3.1.2.3. Empleo de la misma fórmula para el cálculo del precio
 - 3.1.2.4. Ofertas anormalmente bajas
 - 3.1.2.5. Posturas encubiertas
 - 3.1.3. Retirada de ofertas de un procedimiento en marcha (bid suppression)
 - 3.1.4. Rotación de ofertas (bid rotation)
 - 3.1.5. Reparto de mercado (market sharing)
- 3.2. Prácticas colusorias indirectas
 - 3.1.1. La colusión en los mercados conexos
 - 3.1.2. Cártel susceptible de ser activado en la licitación



3.1.3. Cártel de empresas cuya actividad se integra en el ámbito de competencia del órgano de contratación

Capítulo III: Mecanismos de control de las conductas colusorias de los licitadores en la contratación pública

4.1. CNMC y órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas

4.1.1. La labor de control de la CNMC

4.1.2. La labor de control de los órganos de las Comunidades Autónomas

4.1.3. El procedimiento del artículo 150 de la Ley 9/2017

4.2. Medidas self-cleaning

4.2.1. Concepto y naturaleza jurídica

4.2.2. Crítica a la transposición del artículo apartado 6 de la Directiva 2014/24/CE

4.3. Sugerencias de mejora del sistema

CONCLUSIONES

Referencias bibliográficas

Listado de abreviaturas

1. Introducción

El presente Trabajo de Final de Máster se centra en el estudio de las conductas colusorias de los licitadores en la contratación pública, los mecanismos de control de éstas por los órganos competentes y la normativa nacional aplicable. Debe advertirse que, este estudio aborda exclusivamente el caso español y la transposición de las Directivas europeas en esta materia, en tanto que se ha apreciado un vacío doctrinal desde este punto de vista.

1.1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA ELEGIDO

La contratación pública presenta una gran importancia en el conjunto de gastos que llevan a cabo las Administraciones Públicas en su actuación diaria, siendo necesaria que la misma quede supeditada al principio de legalidad, y de los particulares principios que rigen las licitaciones públicas. Esta circunstancia tiene como efecto directo la necesidad de aplicar, junto con la normativa de la contratación pública, aquellas normas que rigen la defensa de la competencia. Esta dualidad normativa plantea, como se analizará, dificultades e incluso algunas contradicciones en el momento de su aplicación conjunta.

De un lado, la defensa de la competencia y su protección constituyen uno de los pilares de la Unión Europea, ex artículo 101 del TFUE, lo que ha derivado en un gran desarrollo normativo y jurisprudencial en esta materia. Ello, unido a la necesidad de reducir las prácticas colusorias en el mercado, y en concreto, en la contratación pública, ha derivado en la aprobación de una pluralidad de Directivas que en especial la regulan. La trasposición de estas Directivas al Derecho español, desde el año 2014, ha supuesto un gran avance en la defensa de la competencia en la contratación pública, sin embargo, se aprecian vacíos legales e imprecisiones terminológicas en esta labor, que exigen una revisión normativa, a fin de que se produzca un efectivo control y vigilancia de ella. De este modo, lo que se pretende es que los ciudadanos –los beneficiarios, en última instancia, de la actuación de las Administraciones Públicas – obtengan bienes y servicios de mejor calidad a menor precio.



De otro lado, la existencia de esta normativa no impide que los licitadores no solo acudan a las tradicionales prácticas colusorias de fijación de precios y reparto de mercado, sino también a efectuar combinaciones de unas y otras que dificulten su control, y consecuentemente su sanción. Por lo que se hace necesario conocer cada una de estas prácticas y los mecanismos de control aplicables para poder detectarlas antes de que perjudiquen al mercado.

1.2. PROBLEMA Y FINALIDAD DEL TRABAJO

Aunque la competencia y su protección sea un elemento vertebrador del sistema de economía de mercado, siguen existiendo actuaciones que la perturban. Con este trabajo se pretende realizar una “fotografía” de la normativa aplicable y las distintas prácticas colusorias que pueden llevar a cabo los licitadores en la contratación pública exclusivamente desde el punto de vista de la normativa nacional, en tanto que es mucho más frecuente encontrar literatura relativa a la corrupción de las instituciones públicas y de la regulación europea o americana de las conductas colusorias de los licitadores. Ello unido al hecho de que apenas existan publicaciones relativas al derecho español reciente – sobre todo tras la transposición de las Directivas europeas del año 2014 – ni sobre el papel de los órganos de control, hace necesaria una revisión de esta materia.

El problema en el que se pretende incidir es en la dificultad de control que actualmente existe sobre esas prácticas, en tanto que la falta de desarrollo reglamentario del artículo 150 de la Ley 9/2017, carente de vigencia actual, no facilita el planteamiento de recursos ante la CNMC u órgano equivalente de las distintas Comunidades Autónomas, con los consecuentes

problemas que para la economía en su conjunto, puede llegar a producir.

Adicionalmente se pretende poner en evidencia algunas de las imprecisiones en que se ha incurrido a la hora de transponer la Directiva 2014/24/CE a la Ley 9/2017, y en especial, en relación con las medidas self-cleaning.

1.3. OBJETIVOS

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, puede hacerse referencia a un objetivo general y otros más específicos. El objetivo general consiste en conseguir comprender la trascendencia que la competencia tiene en la contratación pública. De este objetivo general se pueden desglosar los siguientes más específicos:

- Analizar y entender la importancia de la competencia en la contratación pública y cuál ha sido la influencia de la Unión Europea en este ámbito.
- Conocer las conductas colusorias de los licitadores, así como el modo y los motivos por los que se aplicará una u otra actuación.
- Conocer la regulación de los sistemas de control de las conductas colusorias en el ámbito de la contratación pública.
- Estudiar la problemática de la ausencia de desarrollo normativo del artículo 150 de la Ley 9/2017, y la existencia de otras posibilidades de control de la competencia.



- El estudio de la transposición al derecho español de la Directiva 2014/24/CE y la presentación de alternativas de mejora a su desarrollo normativo.

Capítulo I: Competencia y contratación pública

La contratación pública en el Derecho español se ha visto fuertemente afectada por la normativa europea, en tanto que esta última siempre ha tenido como criterio vertebrador la maximización de la libre competencia y la minimización de las restricciones en el mercado.

2.1. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La integración del Estado español, en 1986 en la Unión Europea trajo consigo, en prácticamente todos los ámbitos, la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a las exigencias europeas, sobre todo en relación con las normas vinculadas al sector económico. No puede olvidarse que precisamente la Unión Europea tiene como objetivo crear un mercado único y libre en el que se evite, entre otras, el falseamiento de la competencia².

En este sentido la doctrina aprecia actualmente una gran evolución en la materia, fundamentalmente, a partir del año 2014, gracias a la aprobación de un conjunto de Directivas denominadas de "cuarta generación", cuyo objetivo es lograr una visión más estratégica en el ámbito contractual del sector público, frente al carácter

² Exposición de Motivos del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957 y más concretamente su artículo 3 letra f), y que actualmente recogen los artículos 101 y 102 del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

meramente “armonizador” de las anteriores (GIMENO FELIU 2017). En concreto, las principales Directivas en esta materia son la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, modificada en el año 2020; Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014; Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014; Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 y la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014.

Este conjunto normativo supone un nuevo impulso a la competencia y a la transparencia en el ámbito de la contratación pública, fundamentalmente por la inclusión de los criterios de las sentencias del TJUE dictadas sobre ellas (GIMENO FELIU 2017). Estos criterios, unidos a la consideración de la contratación pública, no solo como una mera actividad de adquisición de bienes y servicios, sino también como una herramienta para el efectivo cumplimiento de los fines de los poderes públicos (PERNAS GARCÍA 2013), han conseguido una mejora sustancial en el binomio competencia-contratación pública, y sobre todo en la determinación de pautas para su posible control. Cuestión distinta es, como más adelante se analizará, si efectivamente este control acaba siendo o no real.

Ha de ponerse el acento en el hecho de que este conjunto de Directivas se traspuso completamente con el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea



en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales. Nuevamente y como viene siendo habitual en los últimos años, mediante una técnica legislativa cuestionable desde el punto de vista constitucional – ex artículo 86 apartado 2 de la Constitución española – en tanto que los Reales Decretos tan solo deben ser empleados en los casos de urgente y extraordinaria necesidad, circunstancia que con poco acierto queda justificada en la Exposición de Motivos de la citada norma, al expresar en pocas palabras que de no hacerlo a través de este mecanismo “llegaba tarde” a las exigencias europeas, olvidando el principio de planificación normativa que debe regir en el ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, se hace imprescindible destacar que en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, y en concreto en el de las Directivas anteriormente mencionadas, el mantenimiento de la competencia en el marco de la contratación pública es absolutamente necesario para cumplir con los principios intrínsecos a la Unión Europea, y en concreto los relativos a la libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, configurados en el artículo 26 del TFUE (FERNÁNDEZ ASTUDILLO 2014). Estos principios también han trascendido a la normativa española, como más adelante se analizará, siendo imprescindible previamente hacer una referencia, siquiera sucinta, de la importancia de la competencia en el ámbito de la contratación pública en un sentido más genérico.

2.2. IMPORTANCIA DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La CNMC en su documento titulado "*La planificación como herramienta para impulsar la competencia y la eficiencia en el aprovisionamiento público*", sometido a información pública en el año 2019 señalaba que la contratación pública supone entre el 10% y el 20% del PIB español, de lo que se deduce la importancia de esta actividad en el global de nuestra economía. Pero es más, la contratación pública, en tanto que es uno de los mecanismos en los que se manifiesta la inversión pública, debe desarrollarse bajo condiciones de eficacia, eficiencia y economía, circunstancias que solo pueden concurrir en un mercado competitivo. En un contexto de estas características, como indican las "*Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza*" publicadas por la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía en Diciembre de 2010, se incitará a las empresas a innovar, ajustar el precio a las ofertas y a optimizar sus procesos de producción, lo que desde luego favorecerá que se logre un gasto público eficiente conforme a las exigencias del artículo 31 de la Constitución Española y del Derecho de la Unión Europea.

En este sentido la CNC (actual CNMC) en su "*Guía sobre contratación pública y competencia*" del año 2010, establecía que en el ámbito internacional se estimaba que los precios podrían incrementarse hasta un 20% en aquellas licitaciones en las que se había falseado la competencia, lo que desde luego perjudicará el doble objetivo perseguido en el ámbito público de prestar servicios y facilitar productos, al mismo tiempo que se produce un gasto público eficiente.



Por otro lado, debe destacarse la disyuntiva de corte doctrinal relativa a la pregunta de si la defensa de la competencia en la contratación pública debe tener una regulación separada de la defensa de competencia en el sector privado o no. Así, aunque existen autores que sostienen que esta regulación debe desgajarse por entero atendiendo a si las conductas colusorias se producen en uno u otro ámbito, otros establecen una interpretación simbiótica de ambas normativas, entendiendo que “la legalidad administrativa y su aplicación consigue la realización misma de la regla de la concurrencia” (GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ 2010, p. 53).

Desde mi punto de vista, la legislación de defensa de la competencia debe ser aplicable sin distinción del carácter público o privado del mercado. Si bien, en el mercado público deben tenerse en cuenta otros principios, por lo que la norma reguladora de la defensa de la competencia deberá adaptarse a esta circunstancia. De este modo, será necesario incluir en la Ley 15/2007, un capítulo específico que regule las conductas consideradas anticompetitivas en la contratación pública y las consecuencias de su ejecución.

En último lugar, cabe indicar que esta competencia, en el marco de la contratación pública puede verse vulnerada por dos vías, ya sea por la actuación de los poderes públicos, por lo que comúnmente se conoce como corrupción entre los funcionarios públicos y las empresas privadas; bien por las actuaciones colusorias de los licitadores que tratan de acceder a la contratación pública.

En el presente trabajo se abordarán estas últimas, así como aquellas medidas de control que pueden adoptarse

para su evitación o para su sanción por los órganos correspondientes.

2.3. DERECHO ESPAÑOL: PRINCIPIOS REGULADORES DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La contratación pública en el Derecho español se inspira en los principios del Derecho europeo de libre circulación de mercancías, establecimiento y prestación de servicios. La necesidad de dotar de un sentido específico a estos principios en relación con la contratación pública y la necesaria salvaguarda de la competencia en ella, ha originado el desarrollo de los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia, proposición única y el secreto de las proposiciones, tal y como expresamente recoge el primer considerando de la Directiva 2014/24/UE. (FERNÁNDEZ ASTUDILLO 2014). A continuación se abordará el análisis sucinto de cada uno de estos principios:

2.3.1.El principio de igualdad de trato y no discriminación

Estos principios son inspiradores de todo el sistema normativo español en aplicación del artículo 14 de la Constitución española, sin embargo, encuentran especial relevancia en el ámbito de la contratación pública, puesto que no puede concebirse una libre concurrencia real sin que se garantice tanto el principio de igualdad de trato como el de no discriminación entre los distintos candidatos (MARTÍN BAUTISTA 2016, P. 7). Estos principios son esenciales para garantizar el libre acceso



de los licitadores, de modo que no solo deberán fijarse condiciones no discriminatorias de acceso, sino también será necesario el establecimiento, por parte de las Administraciones, de unas medidas adecuadas para el ejercicio de la actividad, tal y como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras, la Sentencia de 26 de septiembre de 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, apartado 39) y se indicaba en el Acuerdo 2/2011, de 6 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

2.3.2.El principio de reconocimiento mutuo

Este principio, íntimamente arraigado en el ámbito de la contratación pública, ha sido definido por PINTOS en «Compliance: Principios aplicables en la contratación pública» como la obligación de reconocer y aceptar la participación de todos los licitadores que cumplan con los requisitos exigibles legalmente, y que por tanto, no puedan las Administraciones Públicas establecer restricciones en el acceso a la contratación pública, como por ejemplo, la exigencia de una forma social concreta que deba asumir el licitador para acceder a un determinado contrato, entre otras. Es por tanto un principio que ante todo debe ser respetado por los órganos de contratación en el momento de fijar los requisitos en los pliegos, así como en el momento de aceptar las solicitudes presentadas.

2.3.3.El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad encuentra su aplicación muy especialmente en el control del cumplimiento de las normas de defensa de la competencia en la contratación pública. En concreto, tendrá trascendencia para poder adoptar las decisiones adecuadas en torno a las medidas sancionadoras pertinentes, en tanto que las medidas a

adoptar deberán mantener el criterio de proporcionalidad tanto con la cuantía del contrato como con la conducta que es objeto de sanción. En este sentido se pronuncia la Sentencia de 8 de febrero de 2018, C-144/17, EU:C:2018:78, apartado 38 en el que se hace hincapié en la necesidad de que el poder adjudicador examine y atienda cada uno de los hechos concurrentes en la infracción, de modo que se pueda ponderar si la relación entre los licitadores ha afectado a las ofertas presentadas en la misma licitación.

En consecuencia, no por cualquier motivo se podrá excluir a un licitador de un procedimiento de contratación pública, sino que el órgano de contratación habrá de ceñirse al principio de proporcionalidad. Este principio exige, siguiendo los criterios del TJUE, una necesaria especificación legislativa – no sin cierta casuística –, pues de lo contrario, cada órgano de contratación podrá resolver casos idénticos con criterios dispares.

2.3.4.El principio de transparencia

El principio de transparencia es un principio vertebrador en el Derecho administrativo español, por aplicación del artículo 105.b) de la Constitución española, el cual ha sido desarrollado – siguiendo los precedentes legislativos anteriores – en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Este principio, sin embargo, se intensifica en el ámbito de la contratación pública, en el que será imprescindible que, conforme se vayan desarrollando las distintas fases contractuales, se haga pública la información facilitada por los licitadores, sin que en



ningún caso pueda desvelarse esta información a priori, pues de lo contrario, y como señala el *Acuerdo revisado sobre contratación pública y textos legales adicionales de la Organización Mundial del Comercio, de 30 de marzo de 2012*, en su artículo 10.10.b), esto supondría una ventaja para el competidor.

Llama la atención, sin embargo, la discrepancia de criterios de las distintas guías de contratación publicadas en relación con el criterio de dotar de máxima difusión a la información relativa a los contratos celebrados. Así, la *Guía sobre Contratación pública y competencia publicada por la Comisión Nacional de la Competencia* (actual CNMC) en el año 2010, en sus páginas 32 y 33 recomienda como método para evitar la colusión, o al menos dificultarla, la adopción de aquellas medidas que incrementen la incertidumbre en relación con el número y la identidad de los competidores que concurren en las licitaciones. Sin embargo, la propia OCDE en su *Recomendación del Consejo para combatir la colusión en la contratación pública del año 2012*, establece en el apartado A punto 4, que respetar la transparencia en los procedimientos de contratación pública es indispensable para paliar la corrupción. Pero al mismo tiempo, advierte – en cierta sintonía con lo recomendado por la CNMC – que este principio deberá respetarse “de manera equilibrada, para no facilitar la colusión al difundir información más allá de los requisitos legales”.

Este principio por tanto debe ser cumplido en los términos más amplios posibles, siempre y cuando la información facilitada no pueda beneficiar la celebración de acuerdos colusorios entre los interesados. Es por este motivo que el artículo 133.1 de la Ley 9/2017, recoge como excepción, la no publicación de los secretos técnicos o comerciales o cualquier otro dato que pueda falsear la competencia tanto en la licitación concurrente

como en otras futuras. Nuevamente, y de forma evidente, el texto legal dota de la máxima transcendencia a la protección de la concurrencia competitiva.

2.3.5.El principio de proposición única

El principio de proposición única se consagra en el artículo 139.3 de la Ley 9/2017, en el que se prohíbe que el mismo licitador pueda presentar más de una proposición en la misma licitación, sin perjuicio de la posible presentación de variantes o nuevos precios o valores en una subasta electrónica, en los términos de los artículos 142 y 143 del citado texto legal. Adicionalmente, este principio impide que una empresa que se haya presentado individualmente o a través de una Unión Temporal de Empresas pueda presentarse junto a otra.

Este principio está íntimamente ligado a la necesidad de mantener y proteger la libre competencia bajo el criterio de la igualdad de trato entre los distintos licitadores (FERNÁNDEZ ASTUDILLO 2014). La vulneración de este principio produciría un desequilibrio entre las posiciones de los distintos licitadores puesto que, aquel que presentó varias proposiciones, se encontraría en una posición de ventaja respecto de los demás, ya no solo por razones probabilísticas de acceso a la licitación, sino también porque serían conocedores de las condiciones presentadas por varias ofertas previamente a la apertura de los sobres, lo que les permitiría variar alguno de los aspectos tenidos en cuenta por el órgano de contratación.



Adicionalmente, este principio de proposición única facilita el cumplimiento del objetivo de adjudicación del contrato a la proposición económicamente más ventajosa, siendo que, en la práctica no es posible que un mismo licitador presente dos o más proposiciones que cumplan estos requisitos (FERNÁNFEZ ASTUDILLO 2014). De este modo y como será objeto de estudio más adelante, la vulneración de este principio lleva a los licitadores a mantener conductas anticompetitivas en el mercado que deberán ser objeto de control y en su caso, sanción.

2.3.6.El secreto de las proposiciones

El principio del secreto de las proposiciones supone *per se* una garantía del mantenimiento de la competencia en el ámbito de la contratación pública, en tanto que con ello no solo se evitarán conductas corruptas por parte de las Administraciones públicas, sino también privilegios de carácter informativo entre las empresas licitadoras.

Éste es un principio tan trascendente que su vulneración puede conllevar la nulidad del procedimiento de contratación pública. En este sentido cabe citar la Resolución 1077/2015, de 20 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que se acuerda la nulidad del procedimiento como consecuencia de la apertura de los sobres de las empresas licitadoras antes del tiempo legalmente establecido, lo que supuso la vulneración del principio del secreto de las proposiciones.

No obstante, presentan inicialmente mayores problemas aquellos casos en los que por error se introduce determinada información en un sobre siendo que debía conocerse en una fase posterior del procedimiento (como aquellos casos en que en el sobre 2, relativo a cuestiones

técnicas, se incluyen presupuestos, elementos que deberían quedar integrados en el sobre 3).

En este sentido existen tesis contradictorias de la propia Junta Consultiva de Contratación del Estado: por un lado el Informe 20/07, de 16 de marzo – el cual se remite al Informe 43/02, de 17 de diciembre – establece que la inclusión de información técnica en el sobre de documentación personal implica necesariamente la imposibilidad de abrir el sobre de la oferta económica por incumplimiento del artículo 80 apartado 2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por el contrario, la propia Junta Consultiva de Contratación del Estado, en su Informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, entiende que en estos casos, en tanto que el error es subsanable, no puede suponer la automática exclusión del concurso. Esta última línea es la seguida, si bien tímidamente, por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 6 de noviembre de 2012³, en la que reconocía que el principio del secreto de las proposiciones no implica que su incumplimiento lleve aparejado *ipso facto* la exclusión del licitador. De hecho indica que esa interpretación tan formalista puede llegar a ser contraria al principio de libre competencia, ya que atendiendo precisamente al principio de proporcionalidad, debe ponderarse si esta vulneración ha podido influir en la valoración de los elementos cuantificables.

A mi modo de entender, una interpretación excesivamente rigurosa de este principio puede acarrear

³ Sentencia de 6 de noviembre de 2012, de la Audiencia Nacional, ES:AN:2012:5035, fundamento quinto



una limitación de la competencia que en muchos casos puede llegar a ser insostenible, y en consecuencia devenir en un fracaso absoluto del procedimiento contractual. Entiendo adecuada la ponderación que efectúa esta última sentencia, puesto que el hecho de introducir por error algún documento en un sobre equivocado tan solo debiera suponer la exclusión si ha supuesto una perturbación en el propio procedimiento, en tanto que este principio tiene como objetivo último el de asegurar que las ofertas no se desvirtúan – y con ellas la competencia – por la información conocida de antemano. Teniendo en cuenta lo anterior considero que este principio debe ponerse en relación con el de proporcionalidad, para facilitar la ponderación de la trascendencia real de la información anticipada. En sentido análogo, y en el caso de prácticas colusorias, se ha pronunciado el TJUE como más adelante se analizará.

Capítulo II: Conductas colusorias de los licitadores que afectan a la competencia en la contratación pública

Las prácticas anticompetitivas, entre ellas la colusión, que pueden llevar a cabo los licitadores en el ámbito de la contratación pública, afectarán no solo a los precios, sino también a la calidad de los bienes y servicios contratados, poniendo en jaque al mercado y sus reglas de interacción, tal y como recoge las *Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza* de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía titulada, publicadas en Diciembre de 2010.

Las conductas de los licitadores que pueden afectar a la competencia en este ámbito son tanto las restrictivas –

las más perjudiciales en este ámbito – como las abusivas – menos perjudiciales, pero más abundantes (MIÑO LÓPEZ 2019). A continuación se expondrán tanto las prácticas colusorias directas como las indirectas, ambas integradas entre las denominadas prácticas restrictivas.

3.1. PRÁCTICAS COLUSORIAS DIRECTAS: BID RIGGING

Se definen como prácticas colusorias directas (MIÑO LÓPEZ, 2019) aquellos pactos concertados entre los licitadores, en contraposición a las indirectas. En tanto que este apartado se ciñe a la colusión directa, es necesario advertir que estas prácticas restrictivas se encuentran reguladas en el artículo 101 del TFUE y en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

El “Bid rigging” o colusión directa es definida generalmente como aquél acuerdo suscitado entre varios operadores económicos interesados en un procedimiento de licitación para, en vez de competir para ofrecer las mejores condiciones económicas o de calidad, cooperar o colaborar para obtener el mayor lucro posible, aumentando precios, reduciendo calidades o mediante el reparto del mercado, en definitiva, para realizar cualquiera de las conductas indicadas en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

No obstante, como quiera que estas estrategias son de fácil detección, los operadores económicos han empezado a dotarlas de una mayor complejidad, de modo que en la actualidad, el uso de un determinado



esquema no implica la exclusión de los demás, como acertadamente indica la guía de *Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza*, elaborada por la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, publicada en Diciembre de 2010.

Previamente a analizar las principales estrategias colusorias directas de carácter restrictivo – fijación de precios, reparto de mercado, retirada de ofertas o boicot y rotación de ofertas (OCDE 2009) – es imprescindible efectuar un análisis de los pactos colusorios en el ámbito de los grupos de empresas, en tanto que pese a que la normativa trata de fomentar la contratación con PYMES, lo cierto es que la gran parte de contratos públicos se conciertan con grupos de empresas.

3.1.1. La problemática del bid rigging en los grupos de empresas

Una cuestión trascendente, en torno a estos pactos colusorios, es la relativa a los grupos de empresas y la aplicación de las normas relativas a estos pactos cuando varias empresas del mismo grupo presentan ofertas a la misma licitación. Sobre esta cuestión MIÑO LÓPEZ (2019, p. 83 y siguientes), distingue entre sociedades de un mismo grupo que gozan de autonomía y aquellos casos en que dependen de la matriz en sus decisiones. Este autor resuelve que tan solo se aplicará esta normativa en el primer caso, esto es, cuando las sociedades son autónomas en la toma de decisiones. A esta solución llega también la Resolución de 3 de octubre de 2017, del Consejo Vasco de la Competencia en el caso *Auzo Lagun*, que asume como normal que las empresas de un mismo grupo presenten distintas ofertas en una

misma licitación sin que se realice el mismo esfuerzo por todas, siendo agresivas tan solo en aquellos casos en los que puedan ser más competitivas.

Por tanto, en los casos en que existe un grupo de sociedades deben distinguirse dos situaciones, siendo que en cada una ellas se plantean cuestiones discutidas por la doctrina:

- De un lado, los grupos de sociedades en los que las empresas gozan de autonomía entre sí y a los que, como se ha indicado, les será de aplicación las prohibiciones de pactos colusorios. En relación con estos casos, la jurisprudencia europea – por todas la Sentencia de 19 de mayo de 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, apartado 28– indica que la exclusión automática de estas empresas por el simple hecho de formar parte de un grupo empresarial es contrario al Derecho de la Unión Europea, en tanto que este actuar produciría una reducción considerable de la competencia, y añade – Sentencia de 17 de mayo de 2018, Siauliu, C-531/16, EU:C:2018:324, apartado 22 a 26– que ni siquiera existe obligación por parte de estas empresas de comunicar al poder adjudicador sus vínculos como grupo.

En estos casos considero que, si bien es acertado el criterio por el cual el hecho de formar parte de un grupo de empresas no es una causa de exclusión automática, no es admisible que no tenga carácter obligatorio el facilitar al poder adjudicador la información de sus vínculos



empresariales. Esta crítica la sostengo sobre la base de que son empresas a las que sí que les serán de aplicación las prohibiciones de pactos colusorios y que por tanto, el propio TJUE les reconoce capacidad para perturbar la competencia en el mercado, siendo que, en tanto que son empresas que forman parte de un grupo, tendrán no solo menores reparos a la hora de compartir información y crear estrategias afines, sino también mayores incentivos en hacerlo de este modo. Por tanto, el hecho de que no se les imponga la obligación de compartir este tipo de información supone crear un coladero de prácticas colusorias que, como anticipábamos, no solo perjudica a la propia licitación concreta, sino al mercado, y con ello a los ciudadanos y a todo el sector público en su conjunto. El hecho de facilitar esta información permitiría efectuar un control a priori, o al menos permitir al poder adjudicador tener ciertos datos que le pondría en preaviso para tener en cuenta especialmente las normas de defensa de la competencia.

- De otro lado, existen grupos de sociedades en los que las mismas dependen entre sí, y que por tanto, siguiendo la tesis de MIÑO LÓPEZ, no les será de aplicación las prohibiciones de pactos colusorios. Esta tesis la sostiene también la jurisprudencia europea, entre otras, la Sentencia de 25 de noviembre de 1971, Béguelin Import/G.L. Import Export, C-22/71, EU:C:1971:113 en sus apartados 7 y 8.

En estos casos, y desde mi punto de vista, la inaplicación de este conjunto normativo es tanto como omitir la realidad en el ámbito empresarial del mercado de la contratación pública, en el que

el riesgo empresarial es muy inferior al existente en otros mercados, circunstancia que incentiva la participación en los contratos públicos por sus particulares características. En este ámbito, se incrementan, por tanto, las ventajas para las empresas para querer participar en una licitación y resultar adjudicatarias, siendo que es posible plantearse que emplearán cualquier estrategia para ello, más aún si no les resulta de aplicación la normativa de defensa de la competencia. En estos casos, el hecho de que exista un grupo en el que se mantenga la dependencia entre sociedades, supondrá un "atajo" con el que no solo evitarán la aplicación de las normas de la competencia, sino también las más restrictivas de contratación pública por los siguientes motivos:

- De un lado establecerán un pacto interno por el que acordarán cuáles serán los precios o las condiciones por las que deberá presentar la oferta cada una de ellas, sin que la normativa de defensa de la competencia, por tanto, les sea de aplicación, viéndose perjudicada la competencia.
- De otro lado, atendiendo al artículo 65 en relación con el artículo 139 apartado 3 de la Ley 9/2017, cada una de las sociedades del grupo ostenta una personalidad jurídica independiente, por lo que teóricamente se cumplirá con el principio de proposición única, siguiendo una interpretación literal del precepto y omitiendo cualquier



interpretación teleológica o finalista del texto legal. Pero lo cierto es que, de facto, en tanto que ha existido un previo acuerdo *inter partes* de varias empresas que ostentan intereses alineados – y que forman parte de un mismo grupo, circunstancia que no debe olvidarse al albur del artículo 42 del Código de Comercio –, se estarán presentando varias proposiciones a la misma licitación, y con ello vulnerando el citado principio, sin que pueda ser sancionada esta conducta al no serles de aplicación las normas anteriormente citadas.

Una vez analizadas estas circunstancias, esenciales para entender la mecánica del control de la competencia en la contratación pública, cuando son grupos de sociedades los que en ella intervienen, procede analizar las conductas colusorias que, de un modo directo, perjudican a la competencia en este ámbito.

3.1.2. Fijación de precios (price fixing)

La fijación de precios es una de las técnicas que pueden ser empleadas por los licitadores para desvirtuar la competencia, y en concreto, como señala MIÑO LÓPEZ (2019, p. 87) esta fijación puede ser realizada a través de alguna de las siguientes metodologías: descuentos, precios mínimos, empleo de la misma fórmula para el cálculo del precio, presentación de ofertas anormalmente bajas, o planteamiento de posturas encubiertas (MIÑO LOPEZ 2019). Por ello, será imprescindible exponer brevemente cada una de ellas:

3.1.2.1. Descuentos

La práctica colusoria de fijación de precios por acuerdo de descuentos ofertados es aquella por la que los distintos licitadores integrantes del cártel acuerdan o pactan la baja o descuento que ofertarán cada uno de ellos en la licitación convocada. Con esta forma de proceder lo que se pretende es asegurar que el contrato público sea adjudicado a la sociedad acordada por el conjunto de licitadores implicados en el cártel, por lo que no solo se reduce, sino que se excluye la competencia.

En este sentido puede citarse la Resolución de la CNMC de 4 de diciembre de 2014, SDC/0453/12, *Asunto Rodamientos ferroviarios*, en la que se sanciona el cártel constituido por las empresas SCHAEFFLER IBERIA, S.L., SKF ESPAÑOLA S.A., y NSK SPAIN, S.A., NSK Europe Ltd., SCHAEFFLER AG y AB SKF en relación con las licitaciones de RENFE y RENFE-Operadora. En este asunto se sancionaron las conductas de fijación de precios por descuento, en las licitaciones de los años 2007 y 2011. Previamente a ambas, estas sociedades ya habían alcanzado un pacto colusorio para la licitación del año 2004, en la que se habían fijado precios mínimos.

Así, en la licitación de 2007, se acordó –y quedó probado – un incremento de los precios de entre el 14 y el 16% (por lo que el descuento ofrecido era pactado también), habiendo obtenido, el conjunto de los licitadores integrantes del cártel, 19 de las 26 matrículas que se licitaban. Esta práctica volvió a repetirse en el año 2011, en el que nuevamente se acordó un incremento de entre el 25 y el 30% en los precios. No obstante, en esta segunda ocasión, esta práctica fue menos efectiva para el cártel puesto que uno de los competidores que no integraban este pacto colusorio, ofreció un precio muy



inferior y obtuvo algunas de las licitaciones que históricamente habían sido adjudicadas a alguno de los cartelistas.

En este caso, llama la atención el hecho de que, al existir varios grupos de empresas (SCHAEFFLER IBERIA S.L. y SCHAEFFLER AG; SKF ESPAÑOLA S.A., y AB SK; NSK SPAIN, S.A. Y NSK Europe Ltd), la CNMC aplica la doctrina jurisprudencial europea por la que es necesario probar por parte de la matriz que ostenta el 100% del capital de la filial, que ejerce una influencia decisiva sobre ella, puesto que como anteriormente avanzábamos, de acreditarse la existencia de autonomía entre ellas, serán de aplicación las normas de competencia.

3.1.2.2. Precios mínimos

La fijación de precios en una licitación pública a través de la técnica de precios mínimos viene a significar que el conjunto de licitadores integrantes del cártel acuerdan los precios mínimos por los que se presentarán las ofertas.

Uno de los casos que ejemplifica esta técnica restrictiva de la competencia, la encontramos en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, en el Expediente 364/95, Ortopédicos Castilla-León. En este caso se castigaron varias conductas restrictivas de la competencia.

La primera de ellas es la recomendación de la FEDOP (Federación Española de Ortesistas y Protésistas) de los precios que debían regir en las licitaciones públicas durante los años 1989, 1990 y 1991. Esta conducta, en tanto que es una recomendación que afecta a la competencia – tal y como menciona el artículo 1.1 de la

Ley 15/2007– es sancionada, aun cuando en este caso, el propio Tribunal admite que no se siguieron estos precios y tuvieron carácter orientativo, bastando por tanto la existencia de una recomendación para imponer una sanción.

Existieron otras dos prácticas sancionadas, en concreto las llevadas a cabo por la Asociación de Ortopédicos de Castilla y León y por un conjunto de empresas, respectivamente. En ambos casos se acredita la existencia de un acuerdo para presentarse conjuntamente y al mismo precio a la licitación para la elaboración de corsés ortopédicos. En el caso de la Asociación, esta técnica se aplicó no solo para falsear los precios sino también para llevar a cabo un reparto posterior del mercado. Esta forma de proceder pone de manifiesto lo anteriormente indicado, esto es, que estas técnicas restrictivas de la competencia no son excluyentes, sino que pueden acumularse.

3.1.2.3. Empleo de la misma fórmula para el cálculo del precio

En este caso, MIÑO LÓPEZ (2019), entiende que esta técnica consistirá en que varios licitadores presenten el mismo precio o bien precios entre los que apenas existan diferencias. Además, son varias las características de esas ofertas coincidentes que pueden ser tenidas en cuenta para iniciar un procedimiento de investigación, en concreto:

- El hecho de que los precios sean idénticos o muy similares. Esta circunstancia es contraria a la existencia de un mercado competitivo, en



el que lo esencial es incrementar la cuota de mercado, bien a través de la diferenciación bien por la de la especialización, y siendo que en el caso del “mercado” de las licitaciones públicas lo predominante será el criterio calidad-precio – ex artículo 131 en relación con el 142 de la Ley 9/2017– será en este binomio en el que las empresas focalizarán sus esfuerzos.

- El principio de secreto de las proposiciones supone que dichas proposiciones y sus características no sean conocidas ni por el órgano de contratación ni por sus competidores sino hasta el momento de la apertura de los respectivos sobres. Por tanto, la coincidencia en precios y características, siendo múltiples los proveedores y las clases de servicios y productos que se pueden servir, sin omitir los diferentes márgenes que por cada uno de ellos pueden obtener las empresas, no deben sino suponer una alerta para el órgano de contratación acerca de la existencia de conductas colusorias.

Todo lo anterior, abocará a considerar las conductas de los licitadores cuyos precios son coincidentes o muy similares como actuaciones paralelas, que en aplicación del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, son sancionables desde el punto de vista de la competencia. No obstante, como acertadamente recuerda MIÑO LÓPEZ (2019), para que estas prácticas puedan ser sancionables desde el punto de vista del derecho europeo, será imprescindible acreditar que existe un concurso de voluntades, puesto que el artículo 101.1 del TFUE se refiere a las “prácticas concertadas”, omitiendo el carácter de “conscientemente paralelas” de nuestro articulado.

A la vista de todo ello se puede colegir que en el ámbito estatal será prácticamente imposible sancionar “prácticas conscientemente paralelas” en la contratación pública, en tanto que por virtud del principio de secreto de las proposiciones, los licitadores no pueden tener acceso a las ofertas presentadas por las demás empresas, al menos teóricamente. Por tanto, en el momento en que existe una similitud o equivalencia en los precios o en las condiciones, necesariamente deberá haber existido un previo pacto que dé lugar a una “práctica concertada”.

A título de ejemplo se puede citar, en este sentido, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2000, en el Expediente 476/99, el asunto *Agencias de Viajes*, que es objeto de análisis con mayor profundidad en el apartado relativo al reparto de mercado, y en cuanto a lo que interesa en este apartado, se refiere precisamente a la necesaria existencia de un pacto previo entre los licitadores integrantes del cártel por puro “sentido común, jurídico y económico”, puesto que siendo las ofertas tan amplias como eran, sin embargo ostentaban una gran similitud entre ellas. En dicha resolución se llama la atención no solo a la similitud en los precios sino también en la práctica totalidad de las condiciones técnicas y de servicios, cuya identidad o similitud necesariamente exige un previo pacto.

3.1.2.4. Ofertas anormalmente bajas

Las ofertas anormalmente bajas son aquellas presentadas por los licitadores consistentes en presentar un precio inferior a los costes de prestación del servicio



o del producto. No obstante, esta técnica suele aplicarse junto con la “cobertura de precios” que se expondrá a continuación. La mecánica de esta técnica consiste en que varios licitadores se conciertan para pactar un precio superior al normal del mercado, logrando doblemente restringir la competencia. De un lado, en tanto que supone excluir de la licitación a aquellos que hayan presentado precios más bajos; de otro, porque logran un incremento de los precios de modo artificial, beneficiando doblemente a los integrantes del pacto colusorio. En este sentido lo definió la Resolución de la CNMC, de 30 de abril de 2013, en el Expediente S/0385/11, CAMPEZO CONSTRUCCIONES. En este asunto las 11 licitadoras que se presentaron al contrato público mantuvieron reuniones en las que, una vez conocidas las ofertas de cada una de las empresas, resultaba ganadora en condiciones competitivas CONSTRUCCIÓN INTEGRAL DE FIRMES CPA S.A. Manteniendo a esta sociedad como adjudicataria, se establecieron pactos por los que ésta presentaría una baja del 8,15% y las restantes sociedades presentarían una baja inferior. Adicionalmente, la diferencia entre el presupuesto inicialmente establecido por la adjudicataria y el que finalmente se pactó, sería repartido entre los cartelistas.

3.1.2.5. Posturas encubiertas

Siguiendo a MIÑO LÓPEZ (2019) las posturas encubiertas son aquellas ofertas presentadas para lograr que uno de los integrantes del pacto colusorio sea el que presente la oferta más competitiva, bajo la apariencia de una efectiva competencia en la licitación.

En estos casos se entiende que la restricción es doble, pues, de un lado, todos los participantes del cártel supeditan su oferta al precio de aquél de ellos que han

designado como el licitador que va a ser adjudicatario. De otra, porque el que va a resultar adjudicatario establece su oferta con información privilegiada, en tanto que sabe que las ofertas de los demás licitadores serán superiores a la suya.

Esta técnica es empleada en la mayor parte de prácticas colusorias, y suele estar muy vinculada al reparto de mercado. A título de ejemplo se puede citar la Resolución de la CNMC de 8 de enero de 2015, Expediente S/0429/2012, *Asunto Residuos*, p. 88. En ella se pone de manifiesto que en los contratos celebrados en la licitación del Ecoparque La Rioja, se concertaron precios entre Álvarez Torres, Saica Natur y Recirsa. En este caso la sociedad que debía resultar adjudicataria era Saica Natur, que por capacidad económica era la única que podía predeterminar las ofertas que podían presentar las demás. En este caso se observa una postura encubierta, en la que se acuerda cuál de las sociedades será la adjudicataria del contrato, siendo que además en el caso citado se establecía un reparto de mercado entre ellas, pues las demás debían resultar adjudicatarias en otras licitaciones.

3.1.3. Retirada de ofertas de un procedimiento en marcha (bid suppression)

La OCDE en su guía titulada *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement. Helping governments to obtain best value for money* (2009) define el bid-suppression como aquella técnica por la cual los licitadores integrantes de un cártel alcanzan el acuerdo de que para lograr que se adjudique la licitación al ganador previamente designado, los demás cartelistas



deban retirar su oferta o directamente se abstengan de pujar. En palabras de MIÑO LÓPEZ (2019, p. 173), esta práctica también puede recibir el nombre de "boicot".

En relación a esta forma de proceder, si bien el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, no recoge expresamente el boicot como conducta colusoria, son varios los pronunciamientos de la CNMC que han considerado esta práctica como sancionable.

A estos efectos cabe citar la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, del Expediente 429/1998, en el Asunto Espectáculos taurinos, de 12 de marzo de 1999, que si bien no se refiere a una licitación pública, sí que alude a las relaciones entre ciertas asociaciones taurinas y la Administración Pública. En este caso la conducta analizada como boicot, fue la realizada por un conjunto de asociaciones – CAPT, UCTL, ANOET, AMTRA y UPBE – quienes acordaron el cese de actividad en los festejos taurinos que debían de celebrarse en todo el territorio nacional (con excepción de País Vasco) desde el 2 de marzo de 1997. No obstante, en ese caso no se consideró como una conducta anticompetitiva porque si bien afectó al mercado la ausencia de celebración de los festejos, en modo alguno tenía como objeto – ni de facto produjo – un perjuicio para la competencia, dado que se trató de una medida adoptada como protesta por la regulación establecida por la Administración Pública en relación con las astas de toro, y por tanto no concurrían los requisitos legales para poder referirse a la misma como una conducta anticompetitiva.

Por otro lado, y desde un punto de vista exclusivamente administrativista, esta práctica supondría la privación de la garantía provisional que se hubiera facilitado, así como podría llegar a suponer la prohibición para contratar en el sector público durante 2 años, ex artículos 106.1 y

71.2.a) de la Ley 9/2017. El hecho de que esta conducta pueda ser sancionada tanto por aplicación de la Ley 15/2007 – a pesar de no estar expresamente recogido en la ley – como por la de la Ley 9/2017, plantea dudas en relación con la prohibición del non bis in ídem, sin embargo, en tanto que ambas normas protegen bienes jurídicos distintos, este principio no se vería perjudicado.

3.1.4. Rotación de ofertas (bid rotation)

La rotación de ofertas es aquella técnica mediante la cual los distintos integrantes de un pacto colusorio acuerdan presentar ofertas a distintas licitaciones, adoptando el acuerdo de que por turnos presentará cada uno de ellos la oferta más interesante, de modo que sea ésta la que venza en la adjudicación previamente acordada por ellos. Es una técnica que suele aplicarse en conjunción con la técnica de “posturas encubiertas” anteriormente analizada.

Para que pueda tener lugar esta rotación de ofertas es necesario que los cartelistas estén en disposición de presentarse a varias licitaciones y acepten llevar a cabo actividades coordinadas, de modo que todos perciban que obtienen ventajas de esta forma de proceder. Por ello, y como consecuencia de la complejidad de esta técnica, no podrá ser considerada como conducta anticompetitiva de forma aislada en una única licitación, sino que será necesaria una importante labor de investigación por parte de los órganos de control.

Un claro ejemplo de esta conducta colusoria la encontramos en el *Asunto Rodamientos Ferroviarios*



anteriormente analizado, en el que solo se apreció la existencia de una conducta anticompetitiva una vez transcurridas las licitaciones de 2004, 2007 y 2011. En ellas las empresas implicadas acordaron los precios que ofertaría cada una de ellas y así facilitarían la rotación de ofertas.

3.1.5.Reparto de mercado (market sharing)

El reparto del mercado es otra de las técnicas por las que se pueden configurar los pactos colusorios, siendo que como señala MIÑO LOPEZ (2019) estos pactos a su vez pueden formularse como una distribución directa de mercados geográficos, clientes, licitaciones o lotes; como una UTE; o como subcontratación. Si bien, estas dos últimas técnicas más que técnicas de reparto de mercado se consideran por la doctrina como mecanismos con los que llevar a la práctica esta distribución de mercados, razón por la cual nos centraremos exclusivamente en la técnica de la distribución directa de mercados geográficos, clientes, licitaciones o lotes.

Normalmente esta técnica de restricción de la competencia suele ir vinculada a la fijación de precios o condiciones. Con ella lo que se garantizará es que todas las sociedades integrantes del cártel sean adjudicatarias en algún momento, lugar geográfico o lote dentro de la misma o distinta licitación. Con ello realmente lo que se impondrán son barreras de entrada a otras sociedades ajenas a estos pactos, restringiendo la competencia y vulnerando con ello la normativa.

Uno de los casos más trascendentes en el derecho español y con mayor importancia fue el de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2000, en el Expediente 476/99, el asunto *Agencias de Viajes*. En este asunto las 4 empresas más

importantes del sector pactaron la distribución del mercado de los Programas de vacaciones para personas de la tercera edad gestionadas por el IMSERSO. Este acuerdo incluía también la presentación de ofertas idénticas – supone por tanto la aplicación de técnicas de fijación de precios analizadas anteriormente – con lo que se aseguraban la obtención de estos contratos. Estas conductas fueron sancionadas puesto que en cuanto se adoptaron estos acuerdos, siendo las sociedades más importantes del sector, la licitación dejó de tener eficacia y en la práctica quedó desprovista de virtualidad fáctica, en tanto que la competencia fue totalmente suprimida.

Este asunto fue recurrido por las implicadas ante la Audiencia Nacional (Sentencia de 12 de febrero de 2003, fundamento 3º) y el Tribunal Supremo (Sentencia de 14 de febrero de 2006, fundamento 2º) , que acabaron confirmando el criterio seguido por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

En último lugar no puede omitirse que, como señala MIÑO LÓPEZ (2019), la entrada y salida de un cártel en el caso de la contratación pública es habitual cuando se produce el reparto de mercado, precisamente porque no todos los operadores implicados tendrán ni los mismos intereses ni las mismas capacidades concurrenciales para todos los procedimientos. Razón por la cual son estas características las que deben ser tenidas en cuenta para determinar si efectivamente la conducta investigada tiene el carácter de conducta colusoria de reparto de mercado o no.



3.2. PRÁCTICAS COLUSORIAS INDIRECTAS

Entre las prácticas restrictivas pueden distinguirse las prácticas colusorias directas y las indirectas, siendo que éstas últimas se definen como aquellas que se producen fuera del propio procedimiento de contratación pública (MIÑO LÓPEZ 2019), esto es, serán acuerdos colusorios que si bien han tenido su origen al margen del procedimiento de contratación, los interesados aprovechan las sinergias creadas previamente, para traerlas a estos procedimientos administrativos, con el correspondiente perjuicio que supone para la contratación pública.

El citado autor distingue tres formas de prácticas colusorias indirectas: colusión en los mercados conexos, cártel ordinario susceptible de ser activado en la licitación y cártel de empresas cuya actividad se integra en el ámbito de competencia del órgano de contratación.

3.1.1. La colusión en los mercados conexos

La colusión en los mercados conexos es una práctica por la cual se mediatiza el resultado de la licitación como consecuencia de los acuerdos colusorios entre los proveedores o los subcontratistas afectos al producto o servicio licitado. Esto es, los pactos que cualquiera de estos dos grupos lleven a cabo, afectará sustancialmente al precio y/o a las condiciones por las que finalmente será adjudicado el contrato público, en tanto que condicionan las ofertas de los licitadores.

El efecto sobre la contratación pública que esta forma de proceder tiene dependerá fundamentalmente de si estas prácticas afectaron a la totalidad de los licitadores o solo a una fracción de los mismos. Siendo, como es lógico, el primer caso más perjudicial, en tanto que este pacto

colusorio inicialmente ajeno a la contratación determinará finalmente que no se cumpla el fin último de la contratación pública, esto es, la adjudicación a la mejor oferta.

En cuanto al control de estas actuaciones, si bien no presenta mayor complejidad que la de cualquier otro tipo de acuerdo colusorio, se advierte, a la vista de distintas Resoluciones de la CNMC, que en ellas no se hace alusión al perjuicio que este tipo de prácticas produce en el ámbito de la contratación pública.

En efecto, en estos casos, el efecto en la contratación pública es más que evidente, prueba de ello, y a mero título de ejemplo, debe hacerse referencia a la Resolución de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia del Expediente S/DC/0562/15, en el *Asunto Cables BT/MT*, de fecha 21 de noviembre de 2017, en la que expresamente se hace referencia a la influencia que este tipo de prácticas tiene en la adjudicación de contratos públicos. En ella se sancionó a un conjunto de fabricantes y distribuidoras de cables por haber acordado precios y haberse repartido el mercado. En este caso se apreció que el producto “cables” sobre el que se habían acordado los precios era un suministro frecuentemente utilizado para obras o servicios públicos. En este sentido lo recoge expresamente la citada Resolución, cuando indica que: “Así, del conjunto de los citados 332 proyectos, al menos, repartidos por el cártel de fabricantes, prácticamente la mitad se refieren a infraestructuras públicas o instalaciones de comunicación y transporte”.



Este caso es peculiar porque los clientes podían acudir tanto al fabricante como al distribuidor para obtener los cables BT/MT, de manera indistinta, por lo que no se trataría tanto de una relación vertical entre ellos sino de efectiva competencia al mismo nivel, sin perjuicio de que los acuerdos alcanzados entre fabricantes afectaran necesariamente a las licitaciones en las que intervinieron las distribuidoras.

Otra cuestión relevante es lo que la doctrina denomina como *hub&spoke*, es decir aquellos acuerdos colusorios en los que no solo intervienen los proveedores o subcontratistas, sino también los propios licitadores y potenciales adjudicatarios de la licitación. En estos casos, se produce un acuerdo vertical entre aquellos que ostentan una posición dominante en el mercado con sus proveedores o sus clientes, y generalmente éste viene referido al intercambio de información en el ámbito de la contratación pública. En estos casos, como señala MIÑO LÓPEZ (2019) existen dos relaciones diferenciadas. De un lado, la relación horizontal entre las empresas que aspiran a ser adjudicatarias, y de otro, una relación vertical con un tercero, el cuál canalizará la información entre los distintos licitadores. Este tercero será o bien un cliente o bien un proveedor de los licitadores.

Un ejemplo de estas prácticas colusorias, aunque ajena a la contratación pública pero vinculada a un producto ampliamente controlado por la Administración, lo encontramos en la Resolución de la CNMC, S/DC/607/2017, en el *Asunto Tabacos*, de fecha 10 de abril de 2019. En ella se impusieron sanciones a un conjunto de empresas fabricantes de tabaco por haber pactado con la mayor distribuidora nacional (LOGISTA) el intercambio de información. Dicho intercambio se producía de un modo indirecto entre los distintos fabricantes, siendo que estos eran los que facilitaban la

información de ventas diarias a LOGISTA, quien subía un archivo a su plataforma con esta información, siendo que cada uno de los fabricantes debía acceder a dicha plataforma para conocer los datos de las demás empresas implicadas. Es evidente por tanto la existencia de esta relación triangular entre las empresas interesadas por conocer los datos de la competencia y la distribuidora principal, siendo incluso que en el momento en que una de las sociedades decidió poner fin a su participación en el pacto, otra de las empresas exigió el cumplimiento de la cláusula de reciprocidad, para que aquella no volviera a recibir información de las demás. Esta conducta fue sancionada por aplicación del artículo 1 de la Ley 15/2007.

En el ámbito de la contratación pública podría entenderse que esta práctica se producirá en aquellos casos en los que uno de los proveedores de suministros facilita información a los distintos licitadores sobre las condiciones de los demás interesados en el procedimiento contractual, en relación con los costes de estos productos, por ejemplo, a fin de poder afectar a las condiciones o precios ofertados al órgano de contratación.

3.1.2. Cártel susceptible de ser activado en la licitación

Esta forma de proceder se refiere a aquellos casos en los que preexistiendo un pacto colusorio, los integrantes del mismo aprovechan la publicación de una licitación pública para aplicar su estrategia colusoria en el mercado de los contratos públicos. Con esta práctica lo que se pretenderá es, ante todo, obtener un beneficio adicional



al cártel, en tanto que éste, originariamente no se constituyó para intervenir en una licitación pública.

Esta clase de prácticas necesariamente se deben producir en aquellos contratos públicos celebrados en mercados donde el producto o servicio licitado también es prestado por entidades privadas, puesto que es requisito imprescindible que el cártel se haya celebrado con anterioridad y sin relación, al menos inicial, con la contratación pública.

Este tipo de mercado se caracteriza por su grado de "organización, estabilidad interna, flexibilidad y adaptación al entorno jurídico y económico" (MIÑO LÓPEZ 2019, p. 268). Todo ello sobre la base siempre de la estabilidad de la permanencia del cártel, puesto que su pervivencia facilitará la creación de sinergias y ventajas para todos los integrantes del mismo.

Un ejemplo que pudo dar origen a esta práctica, por el mercado sobre el cual se establecieron comportamientos colusorios, es la sanción impuesta por la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (actual CNMC), en el Expediente 648/08, *Asunto Hormigones*, de fecha 22 de julio de 2009, en la que se sancionó a un conjunto de 8 empresas de producción de hormigón premezclado en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en tanto que las mismas pactaron el reparto del mercado del hormigón en dicho territorio. De este modo, el pacto colusorio establecido con carácter previo a cualquier licitación pública, pudo ser empleado por estas empresas en el caso de que la Administración Pública hubiera iniciado una licitación en la que hubiera sido necesario este material. Es más, incluso se podrían haber concertado para realizar una suerte de *hub&spoke*, del cual se ha hecho sucinta referencia anteriormente, a través del intercambio de información del precio de los

materiales con los constructores-licitadores de un contrato público.

3.1.3. Cártel de empresas cuya actividad se integra en el ámbito de competencia del órgano de contratación

Este es un caso muy particular, en el que incide el estudio efectuado por MIÑO LÓPEZ (2019). En concreto esta práctica consiste en que, como consecuencia del pacto colusorio de empresas cuya actividad se realiza en un ámbito de control y competencia del órgano de contratación – generalmente de servicio público o dentro del dominio público – se verá minorada la competencia en todas las licitaciones convocadas por dicha entidad. Esta reducción de la competencia se producirá como consecuencia de que las sociedades que potencialmente pudieran estar interesadas en los contratos en dicho ámbito, conocen de la existencia de un pacto colusorio que de un modo u otro, restringe o impide el acceso de estas empresas en el mercado.

A título de ejemplo cabe citar la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, en el Expediente S/060/08, en el *Asunto Sintrabi*, de 26 de octubre de 2011, en la que se sancionó al Sindicato de Transportistas autónomos de Bizkaia (Sintrabi) y a un conjunto de empresas, por constituir un cártel en los servicios de transporte de mercancías en el Puerto de Bizkaia. El acuerdo adoptado por estas entidades consistía en imponer barreras de entrada a la posible competencia, tales como impedir el acceso a las instalaciones del puerto, imponer tarifas y el reparto del mercado entre los cartelistas. La característica



diferenciadora de este tipo de conducta colusoria es que se circunscribe al ámbito de un lugar de dominio público, en el que la Administración tiene un control esencial. Por ello, el hecho de que se realicen prácticas colusorias en su ámbito perjudicará gravemente a la competencia, y de un modo en el que, de celebrarse un contrato público, no exista una competencia real, puesto que las conductas colusorias preexistentes impedirán que cualquier empresa ajena al cártel tenga interés en la licitación. Consecuencia de todo ello será que la adjudicación no será eficiente, y que, desde luego, no se llegue a adjudicar a la más competitiva, viéndose perjudicados los objetivos fundamentales de la contratación pública, esto es, la mayor eficiencia en el gasto público y la prestación de productos y servicios a los ciudadanos con una calidad-precio óptima.

Capítulo III: Mecanismos de control de las conductas colusorias de los licitadores en la contratación pública

Una vez analizadas las conductas colusorias que pueden ser llevadas a cabo en el ámbito de la contratación pública es imprescindible estudiar los distintos mecanismos que pueden ser empleados para el control de las mismas. Para ello debe indicarse, en primer lugar, que en tanto que las conductas colusorias analizadas lo han sido siempre desde el punto de vista del derecho nacional, se omitirá toda referencia al control de estas conductas desde el punto de vista del derecho europeo. Por tanto se hará referencia tanto a los organismos de control a posteriori como a las propias medidas a implementar por los licitadores para evitar las conductas colusorias, sin olvidar las dificultades que entraña el control de estas conductas desde el punto de vista de la normativa aplicable.

4.1. CNMC Y ÓRGANOS EQUIVALENTES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Actualmente, el control de la competencia dentro del Estado español se distribuye entre la CNMC y los órganos equivalentes de las respectivas Comunidades Autónomas. El ámbito de actuación de cada uno vendrá determinado por el ámbito territorial de afectación de la conducta que se trata de investigar. Esta diferenciación normativa encuentra su base constitucional en el artículo 149.1.13ª de la Constitución Española, en tanto que en él se reconoce como competencia exclusiva del Estado la regulación de las “bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica”.

De este modo, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ya en su artículo 1 apartado 2 establece como objetivo fundamental “garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”. Además, esta labor de garantía, preservación y promoción de la libre competencia se deberá llevar a cabo en todos los mercados, y en todo el territorio nacional, tal y como apostilla el apartado 2 del citado precepto.

Por otro lado, en relación a la competencia de las Comunidades Autónomas, por aplicación del artículo 149.1.13ª de la Constitución quedan habilitadas para ejecutar la legislación en materia de defensa de la competencia, y por ello constituir sus propios órganos de control, siempre que sus Estatutos de Autonomía así lo



recojan. En este sentido lo entendió el Tribunal Constitucional en su Sentencia 208/1999, de 11 de noviembre⁴, en la que indicaba que la competencia de la ejecución de la defensa de la competencia a las Comunidades Autónomas viene determinada por su vinculación al comercio interior.

4.1.1. La labor de control de la CNMC

La CNMC, como se indicaba anteriormente, tiene como misión fundamental la garantía, promoción y preservación la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de la competencia en el mercado. Este objetivo se ve concretado por el artículo 5 de la Ley 3/2013, en el que se le atribuyen tanto funciones consultivas como instructoras y resolutorias.

En el ámbito de la contratación pública, si bien la CNMC podrá intervenir también mediante la emisión de informes o propuestas normativas, este trabajo centra su estudio en su labor de instructor y de órgano de resolución de cuestiones vinculadas a la defensa de la competencia, por lo que se omitirá toda referencia a las demás funciones que tiene asignadas.

En cuanto al procedimiento sancionador, éste se instruye, conforme los artículo 49 y 50 de la Ley 15/2007, por la Dirección de Investigación de la CNMC, de oficio o a instancia del Consejo de la CNMC o por denuncia, siendo que esta última modalidad es conflictiva, como se abordará más adelante. La Dirección de Investigación incoará expediente siempre que se aprecien indicios razonables de la existencia de conductas prohibidas, y potestativamente podrá iniciar

⁴ Sentencia de 11 de noviembre de 1999, del Tribunal Constitucional, ES:TC:1999:208, fundamento sexto

un trámite de información reservada, con visita a los domicilios de las empresas si fuera necesario. Una vez realizadas estas actuaciones los hechos que potencialmente puedan ser constitutivos de infracción se plasmarán en el pliego de concreción de hechos, el cual se trasladará a los interesados para que el plazo de 15 días, remitan la prueba que estimen conveniente.

Una vez realizadas estas actuaciones, la Dirección de Investigación formula una propuesta de resolución, la cual notificará a los interesados para que, en un plazo de 15 días presenten alegaciones. Concluido este trámite, se dará traslado de toda esta documentación al Consejo de la CNMC, iniciándose con ello la fase resolutoria, y en su caso, sancionadora.

4.1.2. La labor de control de los órganos de las Comunidades Autónomas

El sistema de control de la competencia en el ámbito de las Comunidades Autónomas no es uniforme y depende del desarrollo normativo que en cada una de ellas se haya producido. Así, atendiendo al *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, de la OIRescon de Diciembre 2019, se pueden distinguir tres categorías de Comunidades Autónomas atendiendo al control de la defensa de la competencia:

1. Comunidades Autónomas con órgano de instrucción y resolución: bloque integrado por Galicia, País Vasco, Aragón, Cataluña, Comunidad Valenciana, Castilla y León, Extremadura y Andalucía. Dentro de este grupo cabe distinguir dos bloques, según tengan un único órgano que



realice las funciones de instrucción y resolución o se hayan establecido dos órganos:

- Con un único órgano: Galicia, País Vasco, Cataluña y Andalucía.
 - Con dos órganos: Aragón, Comunidad Valenciana, Castilla y León y Extremadura.
2. Comunidades Autónomas que solo tengan órganos de instrucción: bloque integrado por Navarra, Murcia, Canarias y Madrid.
 3. Comunidades Autónomas sin órgano de control de la competencia: bloque integrado por Asturias, Cantabria, La Rioja, Castilla La Mancha e Islas Baleares.

En el caso de las Comunidades Autónomas que tan solo tengan órgano de instrucción, la resolución de los asuntos corresponderá a la CNMC, mientras que en aquellas otras en las que no exista órgano de instrucción ni de resolución, toda la tramitación, desde la instrucción a la resolución, le corresponderá a la CNMC.

En relación con estas funciones atribuidas a las Comunidades Autónomas, del artículo 4 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, se deduce que la coordinación de los mecanismos de control para garantizar la unidad del mercado le corresponde al Estado. Por tanto el citado precepto establece la posibilidad de adoptar acuerdos de colaboración del Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia para que las Comunidades Autónomas puedan instruir y resolver los procedimientos de defensa de la competencia. Este carácter meramente potestativo, permite que las Comunidades Autónomas puedan establecer órganos con ambas funciones, una única de ellas – la de instrucción – o ninguna.

En cuanto a la efectividad en el control de la competencia por los órganos de las Comunidades Autónomas, y siguiendo el *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, de la OIREscon, publicada en Diciembre 2019, la labor de investigación de prácticas colusorias o anticompetitivas en el ámbito de la contratación pública fue muy limitada, al menos en comparación con las llevadas a cabo por la CNMC. Atendiendo a estos datos se aprecia que mientras que ésta última instruyó un total de 32 asuntos en el conjunto de órganos autonómicos esta cifra fue de tan solo 8 expedientes.

De estos datos puede desprenderse el restringido uso que los órganos de contratación realizan del procedimiento de puesta en conocimiento de los órganos de control de la competencia de potenciales maniobras anticompetitivas, más aún cuando se trata de procedimientos vinculados a la defensa de competencia en el ámbito autonómico. Esta circunstancia será objeto de estudio en profundidad en el siguiente apartado

4.1.3.El procedimiento del artículo 150 de la Ley 9/2017

El artículo 150 apartado 1 de la Ley 9/2017, es el procedimiento pensado por el legislador para servir de bisagra entre la defensa de la competencia y la contratación pública. De este modo, este precepto determina que, en aquellos casos en que la mesa o el órgano de contratación tengan sospechas o indicios de prácticas colusorias en una licitación pública, deben ponerlo en conocimiento de la CNMC (u órgano



equivalente de la Comunidad Autónoma) antes de que se produzca la adjudicación de los contratos, para que, estos órganos, por medio de un procedimiento sumarísimo se pronuncien al respecto.

En aquellos casos en que se evidencie la existencia de prácticas colusorias, serán sancionables, y en el caso de la contratación pública estas conllevarán la exclusión o incluso la prohibición de contratar – ex artículo 70 y 71 de la Ley 9/2017 – lo que podrá ser salvado, como más adelante se analizará, a través de las medidas self-cleaning.

Por tanto, del literal del artículo 150 apartado 1 de la Ley 9/2017 se desprende que en el ámbito de la contratación pública, será también la CNMC (u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma) la que deba pronunciarse en materia de defensa de la competencia, manteniéndose con ello la competencia en esta materia unificada. Sin embargo, en este precepto se hace referencia a un procedimiento sumarísimo que debía ser desarrollado reglamentariamente para llevar a cabo este control, de lo que a su vez se desprende que las particularidades del mercado de los contratos públicos exigen un procedimiento particular e independiente del regulado propiamente en la normativa de defensa de la competencia hasta ahora analizada.

La complejidad de esta materia se ha visto notablemente incrementada por la ausencia total de desarrollo reglamentario, que ha dado lugar a un sinnúmero de resoluciones contradictorias en relación con la competencia para resolver sobre la existencia de posibles prácticas colusorias en la contratación pública y muy especialmente, en lo relativo a la suspensión del procedimiento de contratación. La ausencia de desarrollo reglamentario no es banal ni puede superarse

fácilmente, como ya puso de manifiesto el propio Consejo de Estado en el Dictamen de 10 de marzo de 2016, relativo al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en el que ya señaló en relación con el artículo 148 (actual artículo 150 en la Ley 9/2017), que podrían plantearse problemas prácticos en la aplicación de este procedimiento sumarisimo por los órganos de control de la competencia. La preocupación del Consejo de Estado fue tal en esta cuestión que incluso animó al legislador – aunque sin éxito – a establecer un régimen transitorio para la aplicación de este procedimiento, en tanto que se desarrollara reglamentariamente.

En este sentido, el Informe 1/2019, de 6 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, recuerda que este precepto sigue sin haber entrado en vigor, en tanto que la Disposición Final 16ª de la Ley 9/2017, así lo contempla. Si bien, llama la atención que este Informe tan solo menciona como carente de vigencia la suspensión del procedimiento de contratación, sin que la obligación de remisión de la información de prácticas potencialmente colusorias quede fuera de aplicación. Esta circunstancia puede producirse como consecuencia de que el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, anteriormente vigente, recogía la posibilidad de incoar este procedimiento, con la única salvedad de no pronunciarse acerca de la suspensión del procedimiento de contratación, como consecuencia de remitir la información a los órganos de control de la competencia. Además de que el artículo 132 de la actual Ley 9/2017



recoge la obligación de dar conocimiento de esta información a los órganos de control de la competencia.

Tal y como se avanzaba anteriormente, la ausencia de desarrollo normativo ha dado lugar a criterios contradictorios en la interpretación de este precepto. De un lado, como señala ROBLES CALVO (2019) existen multitud de resoluciones que mantienen el criterio literal del artículo 150 apartado 1 de la Ley 9/2017, según el cual, el descubrimiento de prácticas que potencialmente pueden ser anticompetitivas, deben ser puestas en conocimiento de la CNMC. Tal es el caso de la Resolución 1108/2017, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 24 de noviembre de 2017, que a su vez se remite a la Resolución 252/2013, del mismo Tribunal, de 4 de julio, en las que de un modo tajante se indica que los órganos de contratación solo tienen competencia para comprobar que los pliegos, y la aplicación que de ellos se haga, no beneficien a ninguno de los licitadores, y que en modo alguno esto supondrá la vigilancia de la competencia en éste ámbito. De estas resoluciones, por tanto, se desprende la necesaria resolución del órgano de control de la competencia, para que se pueda resolver el recurso especial de contratación acerca de estas conductas, lo que de un modo tácito implica la suspensión de este último procedimiento.

En sentido contrario, sin embargo, se pronuncia la Resolución 74/2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, reiterada por la Resolución 28/2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia. En ambos casos, se llega a la conclusión de que estos Tribunales, con independencia de haber remitido la información a la CNMC (u órgano autonómico equivalente), pueden resolver los recursos especiales de contratación sin obligación de suspender el procedimiento hasta que la

CNMC (u órgano equivalente) resuelva sobre la posible existencia de prácticas colusorias, si bien, en ambos casos la normativa aplicable era el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en cuya Disposición Adicional Vigésimo tercera se hacía referencia al contenido actual del artículo 150 apartado 1 de la Ley 9/2017, con la única salvedad de que no contenía la obligada suspensión del procedimiento en estos casos, circunstancia que, sin embargo, el artículo 150 sí que contempla.

En conclusión, la falta de desarrollo reglamentario del artículo 150 apartado 1 de la Ley 9/2017 supone un grave riesgo para la defensa de la competencia en la contratación pública, produciéndose un perjuicio a dos bienes jurídicos protegidos: de un lado, en el ámbito de la contratación pública se pone en peligro la eficiencia en el gasto público; y de otro, en el ámbito de la defensa de la competencia, es el propio equilibrio del mercado y la competencia los que se verán puestos en entredicho.

Este procedimiento sumarísimo es fundamental, no solo en sentido genérico para garantizar la defensa de la competencia en todos los procedimientos de contratación pública, sino muy especialmente en aquellos en los que intervienen UTE's, ex artículo 69 apartado 2 de la Ley 9/2017, puesto que en estos casos, también procederá acudir al citado procedimiento. En este sentido debe recordarse que, en tanto que en la economía española el mayor número de empresas se integran en las tradicionalmente denominadas PYMES, el uso – y en ocasiones abuso – de las UTE's para cumplir con los requisitos de solvencia técnica y financiera que



exigen los contratos públicos pueden ser un campo de cultivo de prácticas colusorias. El hecho de que este procedimiento sumarísimo no haya sido desarrollado y por tanto existan dudas doctrinales acerca de la obligatoriedad de la suspensión del procedimiento de contratación hasta la resolución a adoptar por la CNMC (u órgano autonómico equivalente), supone que pueda resolverse el recurso especial de contratación en sentido favorable a la adjudicación y que, posteriormente, en la resolución de la CNMC - órgano encargado del control de la competencia - se demuestre la existencia de prácticas colusorias. De este modo, se producirán perjuicios ya no solo por una perversión jurídica por la que el infractor se beneficie de la adjudicación, sino porque probablemente se vea suspendido o paralizado el servicio o producto prestado, y que muy previsiblemente todo ello dé pie a reclamaciones de responsabilidad patrimonial por parte del infractor-adjudicatario cuyas inversiones no se verán compensadas con los beneficios que el contrato adjudicado debía reportarle.

4.2. MEDIDAS SELF-CLEANING

4.2.1. Concepto y naturaleza jurídica

Las medidas de self-cleaning, son aquél conjunto de medidas que tienen como finalidad la acreditación de la fiabilidad del licitador ante el órgano de contratación para lograr ser exceptuado de la prohibición de contratar por hechos anteriormente ejecutados. Estas medidas se introdujeron por primera vez en el ordenamiento europeo con la Directiva 2014/24/CE, y, tal y como señala un sector de la doctrina, entre ellos AYMERICH CANO (2019), recuerdan a los programas de clemencia en el ámbito de la defensa de la competencia, en tanto que en ambos casos lo que se pretende es lograr que los operadores económicos rediman sus actuaciones

infractoras. Sin embargo, como más adelante se analizará, sus diferencias son más que evidentes.

En concreto es en el artículo 57 apartado 6 de la antedicha Directiva 2014/24/CE en el que se recogen estas medidas de self-cleaning, por medio de las cuales el operador económico tiene atribuida la capacidad de demostrar su fiabilidad en el caso de que haya incurrido en conductas que supongan el falseamiento de la competencia en el ámbito de la contratación pública (artículo 57 apartado 4 letra d)), para de esta manera evitar su exclusión del procedimiento de contratación. En este sentido, la fiabilidad se demostrará presentando pruebas por las que:

- Se acredite que los daños causados por la infracción cometida han sido abonados o se haya comprometido a ello;
- Conste que ha cooperado activamente con las autoridades para que los hechos y circunstancias de su conducta queden suficientemente aclarados;
- Se acredite que ha adoptado las medidas técnicas, organizativas y de personal adecuadas para evitar la reincidencia en la infracción.

La doctrina, y en concreto AYMERICH CANO (2019) y SCHOENMAEKERS (2018), ponen de manifiesto que las medidas de self-cleaning y los programas de clemencia ostentan ciertas similitudes pero también algunas diferencias. En primer lugar, en cuanto a las circunstancias que las asemejan, señalan las siguientes:



- De una parte, ambas son potestativas, en tanto que los licitadores no están obligados ni a iniciar programas de clemencia ni a presentar pruebas que acrediten su fiabilidad en el ámbito de la contratación pública, sin perjuicio de que si no se adoptan se mantendrán o impondrán la sanción correspondiente.
- Por otro lado, la adopción de las medidas de self-cleaning y el acogimiento de un programa de clemencia, llevará consigo ciertos beneficios para los licitadores. En el caso de las medidas self-cleaning, la adopción de las medidas señaladas en la Directiva 2014/24/CE llevará consigo que el licitador no quede excluido del contrato; mientras que en el caso de acogimiento de un programa de clemencia, conllevará la reducción o supresión de las multas derivadas de las infracciones anticompetitivas.

No obstante, desde el punto de vista del derecho español, la similitud de estos efectos se convierte en identidad, en tanto que el artículo 72 apartado 5 de la Ley 9/2017 – a diferencia de lo que dispone la Directiva 2014/24/CE – reconoce entre las medidas self-cleaning los programas de clemencia. La consecuencia directa será que, en caso de que se adopte uno de estos programas, no solo se evitará la multa que le correspondería en el ámbito de la defensa de la competencia, sino también en el levantamiento de la prohibición de contratar en el de la contratación pública.

En cuanto a las características que diferencian las medidas self-cleaning de los programas de clemencia, son las siguientes:

- En primer lugar, por las finalidades perseguidas por ambas medidas, así como por el momento de su adopción. En este sentido, mientras que los programas de clemencia se basan en la dificultad de descubrir los pactos anticompetitivos y en la necesidad de incentivar la cooperación con los órganos de investigación antes de que estos mismos tengan conocimiento de las conductas infractoras; las medidas self-cleaning, se adoptan una vez iniciada la labor investigadora, y no antes del inicio del procedimiento de exclusión, siendo su objetivo principal evitar la reincidencia en este tipo de conductas.
- En segundo lugar, SCHOENMAEKERS (2018) se refiere a los distintos órganos que conocerán de unas y otras. Por un lado, sobre la correcta adopción de las medidas self-cleaning se pronunciará el Ministro de Hacienda, ex artículo 18 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; mientras que, en relación con los programas de clemencia, deberá pronunciarse el órgano de competencia, esto es, la CNMC u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma, ex artículo 46 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.
- En tercer lugar, debe recordarse que las medidas self-cleaning tienen una naturaleza perdurable en el tiempo e intrínseca a la propia cultura empresarial, mientras que en el caso de los programas de clemencia tienen un carácter coyuntural y que, en ningún caso puede ser



entendido como una medida preventiva, sino más bien redimitoria de las conductas antijurídicas realizadas.

- En último lugar, también destaca SCHOENMAEKERS (2018) una diferencia fundamental en cuanto a sus respectivos efectos. Así, mientras que en los programas de clemencia sus efectos son inmediatos, bastando para ello ser el primer cartelista en poner en conocimiento de la autoridad competente las pruebas que acrediten la existencia de una práctica colusoria, no sucede lo mismo en el caso de las medidas de self-cleaning. Estas últimas precisan de una intervención activa del licitador, en la que deberá demostrar haber efectuado los pagos de las indemnizaciones y haber colaborado con la labor investigadora, así como haber adoptado medidas concretas para prevenir nuevamente estas conductas anticompetitivas, siendo que los efectos de esta conducta quedarán a la decisión discrecional del órgano encargado.

En conclusión, aun cuando las medidas self-cleaning presentan ciertas semejanzas con los programas de clemencia, éstas no son suficientes para identificar ambos tipos de medidas, en tanto que ni el modo en el que operan ni sus finalidades son las mismas, razón por la que se hace imprescindible efectuar una crítica a la transposición de la normativa europea a la legislación española en este sentido.

4.2.2. Crítica a la transposición del artículo 57 apartado 6 de la Directiva 2014/24/CE

Partiendo de la diferencia anteriormente apuntada, ha de iniciarse la crítica a la transposición de la Directiva 2014/24/CE al derecho español, en concreto al artículo

72 apartado 5 de la Ley 9 /2017. En esta crítica no puede olvidarse hacer una referencia a la omisión, en el derecho nacional, de la referencia a la actividad colaborativa con el órgano de investigación por parte del infractor en el ámbito de la contratación pública que si que recoge la citada Directiva.

Desde mi punto de vista, la inclusión en la normativa española de los programas de clemencia entre las medidas de self-cleaning, y en concreto, entre las medidas técnicas, organizativas y de personal cuyo objetivo es evitar que se cometan en el futuro estas infracciones, supone un grave error de concepto del legislador tal y como se ha tenido oportunidad de apuntar con carácter previo.

Los programas de clemencia son definidos por la propia CNMC en su *Comunicación sobre el programa de clemencia* (2013) como aquellos que tienen por objeto detectar cárteles o bien ser más eficientes en la investigación de los que ya hayan sido detectados. De este modo, lo que se pretende es apoyar la labor investigadora de la CNMC “y su capacidad para acreditar, de acuerdo con el nivel de prueba requerido legalmente, los hechos y conductas investigadas”. Por tanto, siendo el objeto de las medidas self-cleaning garantizar la fiabilidad del licitador y evitar la reiteración de las conductas anticompetitivas, los objetivos de los programas de clemencia no son plenamente coincidentes con el objetivo de estas medidas.

Es más, la definición de medidas de autocorrección o de self-cleaning se asemeja más a la acepción de los programas de cumplimiento o compliance que a la de los



programas de clemencia. En este sentido se desprende de la *Propuesta de guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia* (2020) de la CNMC, sometido a consulta pública, en la que señala que los programas de cumplimiento (compliance) “deberían constituirse en una manifestación de la cultura de trabajo respetuosa con la normativa de la persona jurídica, traducida en forma de protocolos, procedimientos internos, códigos éticos, sistemas de denuncia interna y externa, etc...que, en su conjunto, reflejen el propósito firme de cumplimiento en la forma de trabajar del conjunto organizativo”. Esta definición se asemeja en lo sustantivo a la de las medidas self-cleaning en tanto que tienen vocación de permanencia y su destino prioritario es mantener y respetar las normas de la competencia.

En el citado documento expresamente se indica que se reforzará la colaboración entre los licitadores y la CNMC en el marco de los programas de clemencia gracias a los programas de cumplimiento, lo que desde luego evidencia los objetivos dispares de estos programas.

De todo ello se desprende, a mi juicio, que los programas de clemencia y los programas de cumplimiento o compliance – integrados en las medidas self-cleaning – no son lo mismo, ni por tanto uno no puede sustituir a otro, sin perjuicio de que puedan coexistir.

En este sentido, el legislador español ha transpuesto la Directiva 2014/24/CE con un cierto desajuste en su literalidad y con un claro error de concepto, en tanto que de las expresiones utilizadas en el artículo 72 apartado 5 de la Ley 9/2017, pudiera parecer que bastan como medida preventiva – y por tanto como condición suficiente para evitar la prohibición de contratar – que se haya acogido el infractor a un programa de clemencia,

cuando lo cierto, como acaba de indicarse, es que la naturaleza de estas instituciones difiere en lo sustancial e imposibilita que sean medidas alternativas de los programas de cumplimiento o compliance.

En consecuencia, la única interpretación ajustada a la Directiva 2014/24/CE del artículo 72 apartado 5 de la Ley 9/2017 para no confundir la naturaleza de las figuras antes analizadas, debe pasar por entender que el programa de clemencia se considera como una medida de self-cleaning, en la medida en que se pone de manifiesto la voluntad de colaboración por parte del licitador infractor con las autoridades – en el sentido que recoge la Directiva 2014/24/CE –, y que además de ello, será necesario que el licitador haya adoptado otras medidas preventivas, tales como los programas de cumplimiento.

En todo caso, lo más adecuado será introducir una modificación en el literal del precepto, como más adelante se analizará.

4.2.3. La eficacia de las medidas self-cleaning para reducir las conductas anticompetitivas

Partiendo de la cuestionable transposición de la Directiva 2014/24/CE en este punto y el difícil encaje que los programas de clemencia tienen como medidas self-cleaning, es fundamental, como indica RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ (2017), que las medidas implementadas cuenten con una programación solvente que acredite que las causas que dieron origen al ilícito han desaparecido y que asegure que no volverán a ocurrir.



Como acierta a indicar el citado autor, y siguiendo las ideas de PEREIRA y WALLABACH-SCHWIND, estas medidas de self-cleaning tienen como objetivo fundamental lograr que no se produzca la exclusión de las empresas de las licitaciones, para permitir un incremento de la competencia en el mercado y en consecuencia el cumplimiento de los principios inspiradores de este ámbito normativo.

No obstante, la aplicación de las medidas de self-cleaning como causa exonerante de exclusión debe atender siempre al principio de proporcionalidad, por lo que será necesaria una resolución discrecional pero motivada, en la que se determine si las medidas adoptadas son suficiente para evitar que se pueda reiterar la conducta ilícita que determina la prohibición de contratar, tal y como señala RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ (2017). En este sentido, indica SCHOENMAEKERS (2018), las medidas de self-cleaning a adoptar – al margen del pago de la indemnización que en su caso correspondiera – son tan amplias que puede producirse la circunstancia de que no siempre las implementadas se consideren suficientes para prevenir la reincidencia en las conductas infractoras. En este sentido, la citada autora gradúa las medidas suficientes atendiendo a la gravedad de la infracción. De este modo cuando:

- Las infracciones sean leves, se sugiere el establecimiento de sistemas de compliance mejorados, canales de denuncia internos, o la formación de los empleados.
- Las infracciones sean más graves y por las que se hayan obtenido beneficios para la sociedad, aconseja que la medida más adecuada sea la de auditar la actividad de la sociedad.

- Las infracciones sean muy graves, la medida sugerida será la de reemplazar la totalidad de la dirección de la sociedad.

Sin embargo, como se puede apreciar, y señala la citada autora, es imposible determinar a priori, por parte de la sociedad que va a implementarlas, la efectividad de las medidas self-cleaning. De este modo no podrá saberse si estas medidas se considerarán suficientes por el órgano encargado de eximir al licitador de la prohibición, o por el contrario, si se considerarán inadecuadas, caso en el que habrán supuesto un esfuerzo económico y temporal infructuoso. Esta circunstancia se verá agravada en aquellos casos en los que el órgano que primigeniamente impone la sanción no identifique la infracción como leve, grave o muy grave, y ni tan siquiera identifique las medidas correctoras que asegurarían al interesado la efectividad de las medidas self-cleaning.

Es más, RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ (2017) siguiendo a BERNAL BLAY, indica que, mientras que la Directiva 2014/24/CE se refiere a la adopción de “medidas apropiadas” para evitar la reincidencia en las infracciones, omite toda referencia a la efectividad de éstas; en el ámbito penal (artículo 31 bis apartado 5 del Código Penal) – el precursor en este ámbito del compliance en derecho español –sí que se refiere a esta efectividad, por lo que en el ámbito de la contratación pública, se valoran más las declaraciones de intenciones, que la efectividad que a ellas se pueda dar, todo en aras de la defensa de la competencia.



En este sentido, y ahondando más en la duda de si estas medidas cumplirán con el objetivo perseguido, que no es otro que el de servir de freno en la reiteración de conductas anticompetitivas, es lógico pensar que con ellas las empresas no encontrarán ningún incentivo en evitar la reiteración de este tipo de conductas por dos motivos fundamentalmente:

- De un lado, porque como acaba de indicarse, la normativa no exige la efectividad de las medidas adoptadas sino tan solo que sean apropiadas para el fin perseguido, siendo éste un concepto indeterminado. El hecho de ser apropiadas no siempre significará que se han implementado para que sean dotadas de efectividad y se cumpla con el fin perseguido, que no es otro que el de reducir las conductas anticompetitivas al mismo tiempo que se incrementa la competencia al aplicar la excepción de la prohibición de contratar.
- De otro, porque la adopción de estas medidas no supondrá automáticamente que les sea de aplicación la excepción de la prohibición de contratar, ni tan siquiera les asegura que el sentido de la resolución del órgano resolutorio sea favorable, en tanto que las medidas a adoptar no han sido identificadas ni concretadas por la normativa aplicable.

Desde mi punto de vista, y a la vista de lo anterior, esta excepción a la prohibición de contratar mediante la adopción de medidas de self-cleaning, no impedirá que los licitadores puedan reincidir en sus comportamientos, puesto que, al margen de las indemnizaciones a que estén obligados a pagar por una resolución anterior, no tendrán otra obligación más que establecer medidas que sean apropiadas pero no necesariamente que sean conducentes a evitar la reiteración de estas conductas.

Por ello, si bien si que tendrán un gran incentivo para adoptar este tipo de medidas para evitar la exclusión durante el periodo establecido, sin embargo, no los tendrá para no reincidir en esas conductas anticompetitivas, más aún cuando la norma tan solo supedita la excepción a la regla general por la adopción de estas medidas, sin que se establezcan salvedades por la reiteración en ellas. Es más, podría incluso llegar a entenderse que el establecimiento de estas medidas puede ser un caldo de cultivo de conductas colusorias, en tanto que su adopción puede interpretarse por las empresas como una carta blanca a este tipo de comportamientos que, desde este punto de vista, quedarían impunes en la contratación pública.

4.3. SUGERENCIAS DE MEJORA DEL SISTEMA

Las sugerencias de mejora del sistema pasan necesariamente por dos medidas consistentes en el desarrollo reglamentario del artículo 150 apartado 1 de la Ley 9/2017, así como por la reforma del artículo 72 apartado 5 del citado texto legal, en relación a las medidas self-cleaning.

4.3.1. Sugerencias para el desarrollo reglamentario del artículo 150 apartado 1 de la Ley 9/2017

La falta de desarrollo normativo del artículo 150 apartado 1 de la Ley 9/2017 dificulta enormemente el respeto y control de los principios de libre competencia y de eficiencia en el gasto público, por ello se hace imprescindible abordar sucintamente aquellos extremos que se consideran fundamentales para que este precepto alcance su plena vigencia. Para ello, se parte de la base



del Informe 085/2018 sobre el artículo 150 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE aprobado por la CNMC.

En primer lugar, y como acertadamente plantea este Informe, será necesario que los plazos de resolución del procedimiento sumarisimo deban ser breves, puesto que no puede olvidarse que el procedimiento de contratación, entre tanto quedará en suspenso, con el correspondiente perjuicio para la prestación de servicios o entrega de bienes.

En segundo lugar, este Informe incluye la posibilidad de incluir un sistema ágil de comunicación entre la CNMC y las mesas y órganos de contratación, precisamente para agilizar este procedimiento y evitar dilaciones innecesarias e infructuosas por la remisión de la información a los órganos de control de la competencia. Considero acertada esta medida, si bien, plantea el riesgo de que de este modo se esté "prejujgando" el resultado de las consultas sin todas las garantías – de transparencia y de prueba – que exige nuestro ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, es imprescindible que la normativa reguladora imponga la suspensión del procedimiento de contratación en tanto que los órganos de control de la competencia son la CNMC u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma y por tanto serán estos los que deban resolver sobre la cuestión formulada por las mesas u órganos de contratación. La no suspensión automática del procedimiento de contratación conllevará que el traslado de la información a la CNMC (u órgano equivalente) carezca de eficacia dentro del procedimiento de contratación, puesto que podrán darse

casos, como el de la Resolución 28/2018, del Tribunal Administrativo de Contratación de Galicia, en los que este órgano decisor no espere a la respuesta de la CNMC y resuelva antes de obtener sus consideraciones.

En cuarto lugar, entiendo fundamental incluir entre los sujetos intervinientes en este procedimiento sumarísimo, a otros operadores económicos que se hayan presentado a la licitación pública en la que presumiblemente existe una conducta colusoria, en tanto que en muchas ocasiones son los propios competidores los que conocen a las empresas del sector, y en muchas ocasiones son los que mejor conocen el mercado y las disrupciones que en él se producen. Esta medida no ha sido contemplada en el referido Informe, si bien considero que la inclusión de esta posibilidad deberá realizarse con todas las cautelas, para evitar que sea una fuente de retrasos y dilaciones en el procedimiento de contratación, derivados del uso torticero de esta opción. De este modo, quizá se podría abrir este trámite a los demás licitadores para que remitieran sus sospechas a la CNMC u órgano autonómico equivalente, siendo estos últimos los que a la vista de estas denuncias, requirieran a la mesa u órgano de contratación para que se iniciara este procedimiento sumarísimo. Todo ello porque en muchas ocasiones a la mesa y al órgano de contratación no les interesa, por cuestiones temporales o económicas, paralizar un procedimiento de contratación ante la existencia de meras sospechas o indicios de conductas anticompetitivas, en tanto que son los primeros interesados en que el contrato se resuelva con agilidad. De este modo se lograría una doble vigilancia de la



competencia, obteniéndose beneficios para todas las partes implicadas.

4.3.2. Sugerencias para la reforma del artículo 72 apartado 5 de la Ley 9/2017

Como ya se tuvo ocasión de indicar, la transposición de la Directiva 2014/24/CE no ha sido del todo acertada en lo referente al artículo 72 apartado 5 de la Ley 9/2017, y en concreto en lo relativo a las medidas self-cleaning, por dos motivos fundamentalmente.

De un lado, porque entre estas medidas, y a diferencia de lo que literalmente dispone la Directiva 2014/24/CE, no se incluye la colaboración con el órgano investigador. Así, si el sentido de estas medidas self-cleaning es precisamente evitar la reiteración de esta conducta y la acreditación de la fiabilidad del licitador, debería ser valorable por el órgano competente, la existencia de esta predisposición por parte del infractor, puesto que, de esta forma se establecería una cierta equivalencia con las normativa de la defensa de la competencia, en la que, la colaboración con el órgano de control es premiada con la reducción o incluso la exclusión de la sanción que de otro modo, se le impondría.

De otro lado, es imprescindible que se rectifique la literalidad del precepto en relación a los programas de clemencia, puesto que aunque pueda ser acertada la inclusión de estos programas entre las medidas self-cleaning, la referencia a ellos entre las medidas técnicas, organizativas y de personal, no es coincidente con la naturaleza jurídica de estos programas. Como se tuvo ocasión de analizar en el epígrafe correspondiente, las medidas técnicas, organizativas y de personal tienen como objetivo fundamental evitar que en el futuro se

repita la infracción administrativa sancionada, siendo que éste no es el objetivo perseguido por los programas de clemencia, sino en todo caso en los programas de compliance. Por ello, es imprescindible o bien la introducción de la expresión de los “programas de compliance” donde pone “programas de clemencia”, o esta medida unida a la introducción de los programas de clemencia justo antes de la referencia que se hace a las medidas técnicas, organizativas y de personal. Siendo por tanto que el párrafo segundo, apartado 5, artículo 72 de la Ley 9/2017, debiera quedar desarrollado del siguiente modo:

“No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y el acogimiento de programas de clemencia en materia de falseamiento de la competencia, la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de compliance. Este párrafo no resultará de aplicación cuando resulte aplicable la causa de prohibición de contratar a que se refiere el artículo 71.1, letra a)”.

Desde mi punto de vista, la inclusión en la normativa española de los programas de clemencia entre las medidas de self-cleaning, y en concreto, entre las



medidas técnicas, organizativas y de personal cuyo objetivo es evitar que se cometan en el futuro estas infracciones, supone un grave error de concepto del legislador tal y como se ha tenido oportunidad de indicar con carácter previo y debe ser subsanado en el sentido referido.

5. CONCLUSIONES

Primera. La defensa de la competencia en la contratación pública está fuertemente afectada por el Derecho de la Unión Europea y en especial por el conjunto de Directivas denominadas “de cuarta generación”, cuyo objetivo principal es lograr una visión más estratégica de la contratación pública.

Segunda. La regulación de la defensa de la competencia en la contratación pública no cuenta actualmente con ninguna norma específica. Si bien, una parte de la doctrina reclama una regulación diferenciada cuando las conductas colusorias se producen en el ámbito de las licitaciones públicas. Desde mi punto de vista, es más adecuada la introducción de reglas especiales en la normativa vigente atendiendo a los principios especiales que rigen el mercado de la contratación pública.

Tercera. La contratación pública queda especialmente salvaguardada por el principio de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia, proposición única y secreto de las proposiciones. Siendo todos ellos importantes, tienen una especial transcendencia para la defensa de la competencia el de proporcionalidad, proposición única y secreto de las proposiciones, todos ellos sobre la base de la igualdad.

Cuarta. El principio de transparencia implica facilitar toda la información relativa al contrato administrativo, sin embargo, este principio no es absoluto y se verá mediatizado por el principio del secreto de las proposiciones, para de esta manera evitar los pactos colusorios.

Quinta. El principio de secreto de las proposiciones y los efectos de su vulneración ha llevado a resoluciones contradictorias, siendo que algunas entienden que necesariamente conllevará la exclusión del licitador, en tanto que otras sostienen que deberá atenderse al principio de proporcionalidad. Desde mi punto de vista entiendo más adecuada esta última postura en tanto que permitirá una mejor ponderación atendiendo a las circunstancias del caso.

Sexta. Las prácticas colusorias de los licitadores en la contratación pública pueden ser directas o indirectas. Las primeras, también denominadas bid-rigging, presentan una especial complejidad en el caso de los grupos de empresas. Esto se debe a que la jurisprudencia del TJUE ha determinado que las normas de defensa de la competencia solo serán aplicables a aquellos grupos en los que las empresas sean autónomas entre sí.

Si bien considero adecuada esta conclusión, no comparto que estas empresas no estén obligadas a indicar al poder adjudicador su condición de grupo, puesto que el hecho de compartir esta información, facilitaría el control del respeto de la competencia.

Por otro lado, discrepo con esta doctrina en relación con los grupos de sociedades en los que las empresas no son



autónomas entre sí, en tanto que la ausencia de sumisión a las normas de defensa de la competencia pervierte el propio sistema de la contratación pública. En estos grupos de empresas, cada una de ellas mantendrá una personalidad jurídica independiente, siendo que les estará permitido pactar los precios o las condiciones de las ofertas que presenten, y con ello, se verá vulnerado tanto el principio de proposición única como el del secreto de las proposiciones.

Séptima. Las conductas colusorias directas se podrán llevar a cabo a través de la fijación de precios. Dentro de ésta, a su vez, han sido sancionadas en nuestro derecho los descuentos, los precios mínimos, empleo de la misma fórmula para el cálculo del precio, la presentación de ofertas anormalmente bajas o las posturas encubiertas. Además de las anteriormente mencionadas son sancionables el bid-supression, la rotación de ofertas y el reparto del mercado.

Octava. Las conductas colusorias indirectas que pueden llevarse a la práctica son la colusión a través de los mercados conexos, los cárteles susceptibles de ser activados en la licitación y aquellos que se producen entre empresas cuya actividad se integra en el ámbito de contratación de un órgano de contratación.

Novena. El control de la competencia en el Estado español se realizará por la CNMC o los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, atendiendo a criterios geográficos. Sin embargo, existen Comunidades Autónomas que carecen de estos órganos o que, aun teniéndolos, no asumen la competencia de resolución, por lo que en estos casos la competencia también recaerá en la CNMC. En relación con ello, y atendiendo a los datos estudiados, la labor que los órganos autonómicos de control realizan es muy limitada

en comparación con la que es llevada a cabo por la CNMC.

Décima. En cuanto al procedimiento de control en el ámbito de la contratación pública, la falta de desarrollo reglamentario del artículo 150 apartado 1 de la Ley 9/2017 ha dado lugar a una pluralidad de resoluciones contradictorias, sobre todo en lo relativo a la suspensión del procedimiento de contratación pública y su obligatoriedad en tanto que no se haya resuelto la consulta a los órganos de control de la competencia.

Por ello, este desarrollo reglamentario debería realizarse cuanto antes e incluir los siguientes elementos: establecimiento de plazos breves de tramitación; establecer un sistema de comunicación ágil entre la CNMC y las mesas y órganos de contratación consultantes; imprescindible suspensión del procedimiento de contratación hasta que no sea resuelta la consulta relativa a la defensa de la competencia; e incluir como sujetos denunciadores a otros licitadores intervinientes en la licitación.

Décimo primera. Las medidas self-cleaning, de reciente inclusión en nuestro derecho por la transposición de la Directiva 2014/24/CE, facilitan la exclusión de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia. Entre ellas se encuentra el establecimiento de medidas técnicas, económicas u organizativas para evitar la reiteración de estas conductas, y mencionan erróneamente los programas de clemencia. Como consecuencia de la disparidad de objetivos, tiempo de adopción y efectos temporales debería ser reformado este precepto y sustituir esta



expresión por la de “programas de cumplimiento o compliance”, sin perjuicio de que se mantenga como medida self-cleaning los programas de clemencia, pero al margen de las de carácter técnico, económico y organizativo.

Décimo segunda. La eficiencia de las medidas self-cleaning para reducir las prácticas colusorias se ve limitada como consecuencia de la incertidumbre sobre su suficiencia ante los órganos decisorios. A ello se añade que el único requisito exigido sea el de que sean apropiadas sin que se les exija eficiencia alguna, por lo que, aunque se adopten no serán medidas que en la práctica desincentiven la reiteración en las conductas anticompetitivas.

Bibliografía básica

- MIÑO LÓPEZ, A, *La defensa de la competencia en la contratación del sector público* 1ª ed.1ª Pamplona. Thomson Reuters Aranzadi, 2019. [consulta: en marzo-abril 2020].
- SCHOENMAEKERS,S. «Self-Cleaning and Leniency: comparable objectives but different levels of success?». *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*; Berlin Tomo 13, N.º 1, 2018: 3-17 DOI:10.21552/epppl/2018/1/4 [consulta: en mayo 2020].
- GIMENO FELIU, J.M., «La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades». *DA Nueva Época*. Enero-Diciembre 2017, pp. 7-30. ISSN: 1989-8983. [consulta: en febrero 2020].

- AYMERICH CANO, C. «*Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017*». *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Nº 53, 2019. ISSN: 1133-4797, págs. 306-343 [consulta: en mayo 2020].
- MARTÍN BAUTISTA, M.T. «*El principio de libre competencia en la contratación pública: influencias, restricciones y defensas (I)(1)*». *Práctica Contratación Administrativa*, Editorial Wolters Kluwer. Marzo-Abril 2016, nº 142 [consulta: en febrero 2020].
- FERNANDEZ ASTUDILLO, J.M., «*El principio de proposición única, la presentación de proposiciones por empresas vinculadas y los acuerdos colusorios*», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, 2014, pp. 13 – 21. ISSN 1579-3036, Nº. 132, [consulta: en marzo 2020].
- GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S. «*La normativa europea procesal de contratación pública y el sistema actual de recursos contractuales*». *DA Revista Documentación Administrativa*. Septiembre-Diciembre 2010, nº 288. Septiembre-Diciembre 2010, pp. 43-63. ISSN: 0012-4494. [consulta: en febrero 2020].
- PINTOS, J. «Compliance: Principios aplicables en la contratación pública». *Jaime Pintos, consultoría en contratación pública*, 30 de marzo de 2020, 21:01. Disponible en: [https://www.jaimepintos.com/compliance-principios-aplicables-en-la-contratacion-publica/#Principio de reconocimiento mutuo](https://www.jaimepintos.com/compliance-principios-aplicables-en-la-contratacion-publica/#Principio_de_reconocimiento_mutuo) [consulta: en marzo 2020].
- *La planificación como herramienta para impulsar la competencia y la eficiencia en el*



aprovisionamiento público (G-2019-02). Documento preliminar de trabajo, CNMC, 2019, p.1 [consulta: en marzo 2020].

- *Acuerdo revisado sobre contratación pública y textos legales adicionales de la OMC. Organización Mundial del Comercio. 30 de marzo de 2012. [consulta: en marzo 2020].*
- *Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Comisión Nacional de la Competencia, 2010. [consulta: en febrero 2020].*

Bibliografía complementaria

- ROBLES CLAVO. A. «*Las ofertas anormalmente bajas. El procedimiento de justificación y ejemplos*». *Contratación Administrativa Práctica, Editorial Wolters Kluwer. Septiembre-octubre 2019, Nº 163 [consulta: en mayo 2020].*
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J, «*Compliance y self-cleaning en la contratación pública europea*», *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Vol. 21 (2017), pp. 277-299, ISSN: 1138-039X [consulta: en mayo 2020].*
- *Propuesta de guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia, CNMC, 2020, https://www.cnmc.es/sites/default/tmp/202002_Guia_Compliance_Final_2.pdf [consulta: en mayo 2020].*
- *Dictamen del Consejo de Estado, Expediente 1106/2015, de 10 de marzo, relativo al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público [consulta: en abril 2020].*
- *Comunicación sobre el programa de clemencia, CNMC, 2013 <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/programa-de-clemencia> [consulta: en mayo 2020].*

- *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement. Helping governments to obtain best value for money*, OCDE, 2009, p.2. [consulta: en abril 2020].
- *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, OIRescon, Diciembre 2019 [consulta: en mayo 2020].
- Informe 1/2019, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 6 de marzo de 2019 [consulta: en mayo 2020].
- INF/CNMC/085/2018 sobre el artículo 150 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE [consulta: en mayo 2020].
- *Informe 47/09, «Competencia de la Junta Consultiva. Régimen de la subsanación de defectos u omisiones en el examen de la documentación acreditativa de las empresas candidatas a la adjudicación de un contrato»*, Junta Consultiva de Contratación del Estado, 1 de febrero de 2010. [consulta: en febrero 2020].
- *Informe 20/07, «Inclusión en el sobre de la documentación administrativa de aspectos que corresponden a la proposición del licitador. Defectos insubsanables»*, Junta Consultiva de Contratación del Estado, 26 de marzo de 2007. [consulta: en febrero 2020].
- *Informe 43/02, «Posibilidad de admisión de una proposición en la que los aspectos técnicos se han incluido en el sobre que contiene la documentación general a que se refiere el artículo*



79.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», Junta Consultiva de Contratación del Estado, 17 de diciembre de 2002. [consulta: en febrero 2020].

- Acuerdo 2/2011, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 6 de abril de 2011. [consulta: en febrero 2020].
- Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, Expediente S/DC/607/2017, *Asunto Tabacos*, de fecha 10 de abril de 2019 [consulta: en abril 2020].
- Resolución de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia, Expediente S/DC/0562/15, *Asunto Cables BT/MT*, de fecha 21 de noviembre de 2017 [consulta: en abril 2020].
- Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia, Expediente S/0429/2012, *Asunto Residuos*, de 8 de enero de 2015 [consulta: en abril 2020].
- Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, Expediente SDC/0453/12, *Asunto Rodamientos ferroviarios*, de 4 de diciembre de 2014 [consulta: en abril 2020].

Listado de abreviaturas

- **TJUE**: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- **CNMC**: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- **OCDE**: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.
- **IMSERSO**: Instituto de Mayores y Servicios Sociales.
- **OIREscon**: Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación
- **TFUE**: Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones

consolidadas. Protocolos. Anexos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007, *Diario Oficial de la Unión Europea*, , de 7 de junio de 2016, núm. 202, p. 1 a 388.

- **Directiva 2014/25/CE:** Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE Texto pertinente a efectos del EEE, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 28 de marzo de 2014, núm. 94, pp. 243 a 374.
- **Directiva 2014/24/CE:** Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 28 de marzo de 2014, núm. 94, pp. 65 a 242.
- **Directiva 2014/23/CE:** Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión Texto pertinente a efectos del EEE; *Diario Oficial de la Unión Europea*, 28 de marzo de 2014, núm. 94, pp. 1-64.
- **Ley 9/2017:** Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de



2014, *Boletín Oficial del Estado*, 9 de noviembre de 2017, núm. 272.

- **Ley 3/2013**: Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Boletín Oficial del Estado*, de 5 de junio de 2013, núm. 134
- **Ley 15/2007**: Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, *Boletín Oficial del Estado*, 4 de julio de 2007, núm. 159.

**EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO
DE ACCESO A LA INFORMACIÓN
PÚBLICA Y SUS PECULIARIDADES EN
EL ÁMBITO LOCAL**

**THE LEGAL REGIME OF THE RIGHT OF
ACCESS TO PUBLIC INFORMATION AND
ITS PECULIARITIES AT THE LOCAL
LEVEL**

D. José Manuel Bejarano Lucas

Funcionario de Administración Local con Habilitación de
Carácter Nacional (Secretaría -categoría de entrada- y
Secretaría - Intervención)

Técnico de Administración General (en excedencia).

Resumen: A través del presente trabajo se pretende abordar un análisis de las principales especialidades en relación al régimen jurídico del derecho de acceso a la información pública en el ámbito local, conforme a las previsiones básicas de la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, a través de un recorrido y estudio, principalmente de los pronunciamientos del Consejo



estatal de Transparencia y Buen Gobierno, así como de la doctrina jurisprudencial que de forma más reciente en relación a los diferentes aspectos que son objeto de abordaje, se viene fijando por los Juzgados y Tribunales integrantes de la jurisdicción contencioso – administrativa, en aras de ofrecer un instrumento de apoyo en el día a día de los operadores locales en ciertas materias que con cierta recurrencia se plantean en relación con esta vertiente de la transparencia administrativa.

Palabras clave: Gobiernos locales; ámbito subjetivo ley de transparencia; derecho de acceso a la información pública; garantías transparencia pública local; aplicación práctica de límites de acceso a la información en la administración local.

Abstract: Through this work it is intended to address an analysis of the main specialties in relation to the legal regime of the right of access to public information at the local level, in accordance with the basis provisions of Law 19/2013, of december 9, of transparency, access to public information and good governance, through a tour and study, mainly of the pronouncements of the State Council of Transparency and Good Governance, as well as the jurisprudential doctrine that more recently in relation to the different aspects that are subject to approach, it has been set by the Courts and Tribunals that are members of the contentious-administrativa jurisdiction, in order to offer a support instrument in the day-to-day of local operators in certain matters that with certain recurrence arise in relation to this aspect of administrative transparency.

Keywords: Local governments; subjective scope transparency law; right of Access to public information; guarantees local public transparency; practical

application of access limits to information in local administration.

SUMARIO:

I.-INTRODUCCIÓN: APROXIMACIÓN A LA TRANSPARENCIA EN EL ÁMBITO LOCAL

II.- EL ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO LOCAL

III.- EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO DE LAS ENTIDADES LOCALES

1.-El objeto del derecho de acceso: la información pública

2.-Procedimiento

IV.- REGÍMENES ESPECÍFICOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1.-Procedimientos en "curso" o régimen acceso interesados

2.- Régimen de acceso a la información pública por los miembros de la Corporación

V.- CONTROLES Y GARANTÍAS EN EL ÁMBITO DE LA TRANSPARENCIA PÚBLICA LOCAL

VI.- LOS LÍMITES EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA, Y SU APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

VII.- CONCLUSIONES

VIII.- BIBLIOGRAFÍA



I.- INTRODUCCION: APROXIMACIÓN A LA TRANSPARENCIA EN EL ÁMBITO LOCAL

A modo de introducción, hemos de comenzar señalando que la transparencia administrativa ha pasado a convertirse a día de hoy en uno de los pilares básicos de las sociedades democráticas modernas y avanzadas, que cada vez en mayor medida demandan un régimen aperturista de la información pública, a fin de conocer la motivación de las decisiones públicas que afectan a la ciudadanía, facilitando a su vez la toma de decisiones, la participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos, así como el escrutinio por parte de la ciudadanía de la labor de nuestros gobernantes.

Sin perjuicio de algunos precedentes en la legislación preconstitucional, la aprobación de la Constitución Española de 1978 marcaría un "antes y un después", en materia de derechos y libertades públicas, mediante la instauración de un régimen democrático que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo, y que se hacen efectivos a través de un catálogo de derechos de diverso rango que se enuncian a lo largo de nuestra Carta Magna.

Especialmente destacan todos aquellos que de una u otra manera se encuentran relacionados con la publicidad, en tanto principio vector de cualquier régimen que se califique como democrático, de forma que a través de la misma se dota de efectividad a prácticamente todo el conjunto de principios y derechos que la Constitución garantiza, y que se erige no solo en un instrumento esencial para facilitar el derecho al conocimiento y a la información de la ciudadanía, sino en una obligación para los poderes públicos, dirigida a posibilitar que todos los ciudadanos pueden participar real y efectivamente en la vida política, económica, social y cultural, tal y como proclama expresamente el art. 9.2 CE.

Tarea en la que el principio de transparencia como corolario del de publicidad, está llamado a desempeñar un papel crucial a fin de posibilitar el control democrático de las instituciones y actividades públicas, si bien es cierto que nuestro texto constitucional no contiene una referencia explícita al mismo, lo que no supone que el mismo no se encuentre implícito o subyacente en diversos pasajes de nuestra norma suprema, pudiendo destacarse entre otros los siguientes: el artículo 9 en el que se garantizan entre otros principios, el de publicidad de las normas, el artículo 18 sobre reconocimiento del derecho al honor y a la intimidad en sus diferentes vertientes, el artículo 20 que proclama el derecho de libertad de información, o el principio de publicidad de las actuaciones de los principales órganos o poderes de gran relevancia constitucional como las Cortes Generales (artículo 80), o el Poder judicial (artículo 120).

No obstante, entre todos ellos destaca el artículo 105.b) CE siendo dicho precepto en el que el principio de transparencia administrativa encuentra anclaje constitucional, encomendando al legislador la tarea de proceder a regular:

“El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

De dicha regulación constitucional merece destacarse que una de las críticas más exacerbadas por parte de la doctrina, ha sido la decisión adoptada por el constituyente de no reconocer el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental, lo que podría encontrar apoyo en el art. 20.1.d) CE, en consonancia con la jurisprudencia internacional, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así



como de los artículos 11 y 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, teniendo en cuenta que nuestro país forma parte de esta última desde el año 1986, y que el art. 10 CE en su apartado 2 proclama que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Críticas a las que se añaden, el hecho de que el legislador español haya tardado más de 30 años en proceder a regular la transparencia administrativa de modo transversal, lo que ha situado a España en uno de los últimos países en el ámbito de la Unión Europea, en dotarse de una legislación específica en esta materia, y que ha tenido lugar con la promulgación de la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTAIPBG).

Aspecto que se corrobora en su propia exposición de motivos cuando subraya que:

“Desde la perspectiva del Derecho comparado, tanto la Unión Europea como la mayoría de sus Estados miembros cuentan ya en sus ordenamientos jurídicos con una legislación específica que regula la transparencia y el derecho de acceso a la información pública. España no podía permanecer por más tiempo al margen y, tomando como ejemplo los modelos que nos proporcionan los países de nuestro entorno, adopta esta nueva regulación”.

Lo cual hemos de añadir, no supone que se trate de una materia que haya estado exenta de regulación en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, si bien la misma se ha caracterizado hasta la promulgación de la LTAIPBG por su dispersión y por la regulación de aspectos parciales de la misma a través de la legislación

sectorial, tal y como corrobora nuevamente su exposición de motivos, indicando que:

“No parte de la nada ni colma un vacío absoluto, sino que ahonda en lo ya conseguido, supliendo sus carencias, subsanando sus deficiencias y creando un marco jurídico acorde con los tiempos y los intereses ciudadanos.”

Particularmente en el ámbito local, la ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante LBRL) desde su redacción inicial, y a través de las sucesivas reformas que han ido enriqueciendo su texto en esta materia, así como a través de la normativa dictada en desarrollo de la misma, ha venido recogiendo una serie de preceptos que de forma más o menos intensa guardan relación con la transparencia administrativa, en sus distintas vertientes, pudiendo citarse aquí y entre otras:

- El derecho de los vecinos a ser informados y a dirigir solicitudes en relación a todos los expedientes y documentación municipal (art. 18.1.e) LBRL), así como a la obtención de copias y certificaciones, o consulta de archivos y registros (art. 70.3 LBRL).
- El deber de facilitar a otras Administraciones la información sobre la propia gestión que sea relevante para el adecuado desarrollo por éstas de sus cometidos (art. 55.c) LBRL).
- El deber de remisión de las Entidades locales, a la Administración del Estado y de las CCAA, de copia o extracto comprensivo de los actos y acuerdos de las mismas.
- Obligación de facilitar la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local (art. 69.1 LBRL).
- Carácter público de las sesiones plenarias, sin perjuicio de determinadas excepciones cuando pudieran afectar al



derecho fundamental de los ciudadanos del art. 18.1 CE (art. 70.1 LBRL).

- Obligación de establecer y regular procedimientos y órganos para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local (art. 70 bis.1) LBRL), e impulso de las tecnologías de la información para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos (art. 70.3 bis LBRL).

- Obligación de tener a disposición de los ciudadanos o ciudadanas que lo soliciten, copias completas de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística vigentes en su ámbito territorial, de los documentos de gestión y de los convenios urbanísticos (art. 70 ter LBRL).

- Todos los miembros de las Corporaciones locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función.

La solicitud de ejercicio del derecho recogido en el párrafo anterior habrá de ser resuelta motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquél en que se hubiese presentado (art. 77 LBRL).

Por otro lado, tal como recuerda de forma magistral **SUBIRANA DE LA CRUZ¹**, los antecedentes normativos europeos, y particularmente la normativa reguladora del derecho de acceso a la información constituye un elemento crucial para una adecuada comprensión del nuevo marco normativo regulador de la transparencia implementado a través de la LTAIPBG, y desarrollada por el derecho autonómico siendo especialmente

¹ **SUBIRANA DE LA CRUZ, Silvia.** "Transparencia y buen gobierno en la administración local". Boletín Rocajunyent.

significativa la dictada en el seno del Consejo de Europa y de las Instituciones de la Unión Europea, pudiendo destacarse los siguientes textos legislativos:

- **El Convenio Europeo de Derechos Humanos**, que, si bien no reconoce expresamente el derecho de acceso a la información pública, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido considerando que dicho derecho debe incluirse en el ámbito del derecho de acceso a la información pública previsto en su artículo 10.

- **El Tratado de Ámsterdam firmado en 1997**, que vino a consagrar el derecho de todo ciudadano o residente en la Unión Europea a acceder a los documentos del Parlamento, del Consejo y de la Comisión, de acuerdo con los principios y límites que debía fijar el Consejo en el plazo de 2 años desde su entrada en vigor.

- **La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en el año 2000**, consagrando el derecho de acceso a los documentos como un derecho fundamental, al reconocer que *"todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión"*.

- En desarrollo de tal derecho fundamental comunitario, el Parlamento europeo y el Consejo aprobarían el **Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso al público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión**, el cual según dispone su artículo 1 tiene por objeto *"establecer normas que garanticen el ejercicio más fácil posible de este derecho, y promover*



buenas prácticas administrativas para el acceso a los documentos”.

- De especial relevancia resulta **el Convenio 205, del Consejo de Europa, sobre acceso a los documentos públicos**, al constituir uno de los principales referentes en el proceso de promulgación de la LTAIPBG, razón por la cual resulta sumamente llamativo que a día de hoy no haya sido objeto de ratificación por nuestro país, sin perjuicio de la pendencia de su entrada en vigor hasta que resulte firmado y ratificado al menos por 10 Estados².

De manera, que como colofón a lo expuesto hasta ahora, como afirma la **Sentencia nº 46/2017, de 22 de junio, del Juzgado Central de lo Contencioso – Administrativo nº 2:**

“El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental reconocido a nivel internacional y como tal, debido a la naturaleza representativa de los gobiernos democráticos; es un derecho esencial para promover la transparencia de las decisiones. Además, las Administraciones Públicas se financian con fondos procedentes de los contribuyentes y su misión principal consiste en servir a los ciudadanos por lo que toda la información que generan y poseen pertenece a la ciudadanía (...)

Las diferentes y numerosas menciones a este derecho coinciden en resaltar la creciente importancia que está cobrando, ya que el mismo supone una herramienta indispensable para adquirir aquellos conocimientos que permiten controlar la actuación de los

² **GUICHOT REINA, Emilio.** *“Informe sobre los requisitos de identificación de los solicitantes de acceso a la información pública”, realizado por encargo del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (enero 2017).*

gobiernos y prevenir y luchar contra la corrupción, así como contrarrestar la violación de derechos. De estos preceptos se desprende que el derecho de acceso a la información debe ser destacado como un valor intrínseco al concepto de democracia”.

Lo que nos lleva a concluir el presente apartado, señalando que la LTAIPBG “no parte de la nada” sino que encuentra numerosos antecedentes tanto en el ámbito del Derecho comunitario como en el Derecho interno, siendo su principal objetivo elevar los “estándares” de transparencia administrativa, a fin de homologar a España con las democracias más avanzadas que ya cuentan con un marco regulador transversal en este ámbito, fijando un “mínimo común denominador normativo” en cuyo desarrollo y aplicación están llamados a desempeñar un relevante papel, los Gobiernos locales.

II. EL ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO LOCAL

Como ya hemos puesto de manifiesto, con la promulgación de la LTAIPBG se viene a cubrir un vacío normativo importante en el ordenamiento jurídico español, de forma que, tras su plena entrada en vigor, se abre un nuevo escenario para el conjunto de las Administraciones Públicas españolas en tanto destinatarias de sus previsiones, entre las que están llamadas a tomar protagonismo el conjunto de entidades que conforman la Administración Local como máximas representantes del principio de subsidiariedad y cercanía al ciudadano.

Como se justifica en su propia exposición, la LTAIPBG se dicta con la finalidad de incidir en una triple vertiente:



(i) Incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública – que se articula a través de las obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas-

(ii) Reconocer y garantizar el acceso a la información –regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo-, y

(iii) Establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento –lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública-.

En cuanto al alcance de tales previsiones para el conjunto de los Gobiernos Locales, centraremos nuestra atención en la vertiente del derecho de acceso a la información pública, así como en el conjunto de previsiones contempladas a nivel básico, destinadas a articular y garantizar dicho derecho, como uno de los pilares sobre los que pivota la LTAIPBG.

De forma que, en lo referente al alcance de sus previsiones, en lo que concierne a los Gobiernos Locales, hemos de partir de lo dispuesto en su Disposición Adicional Octava conforme a la cual la LTAIPBG:

"Se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.1ª, 149.1.13ª y 149.1.18ª de la Constitución. Se exceptúa lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 6, el artículo 9, los apartados 1 y 2 del artículo 10, el artículo 11, el apartado 2 del artículo 21, el apartado 1 del artículo 25, el Título III y la disposición adicional segunda".

A tal efecto, conviene subrayar que si bien la aspiración de la LTAIPBG es la de constituirse en el marco normativo básico y mínimo en materia de transparencia pública en todo el territorio español, la redacción de dicha DA 8ª relativa al título competencial al amparo del cual se promulga la LTAIPBG, resulta un

tanto desafortunada tal y como pone de manifiesto **SANMARTÍN MORA**³:

"La LTBG viene a crear en materia de transparencia un marco jurídico común y mínimo, al que se reconoce carácter de normativa básica, a pesar de que la LTBG no determina cuáles de sus preceptos tiene ese carácter contraviniendo la jurisprudencia constitucional.

La DF 8º LTBG, se limita a decir que la Ley se dicta al amparo de los arts. 149.1.1ª, 141.1.13 y 149.1.18ª CE, a excepción de algunos preceptos que enumera a continuación. Implícitamente el resto de preceptos tendrían carácter básico, al no haber sido mencionados expresamente por la DF 8ª."

Si bien seguidamente la referida autora viene a matizar que:

"...la jurisprudencia constitucional entiende que pueden considerarse básicos aquellos preceptos de los que pueda inferirse tal carácter sin que medie especial dificultad interpretativa..."

De acuerdo con ello, puede señalarse por tanto que en virtud de los títulos competenciales que se enuncian, así como de las habilitaciones que en favor de las CCAA efectúa la LTAIPBG en algunos de sus preceptos, corresponde al Estado en lo que aquí nos interesa fijar los contornos básicos del derecho de acceso a la información, incluido el procedimiento administrativo para dotarlo de efectividad, junto al conjunto de garantías encaminadas a su protección o restauración en caso de quiebra o vulneración.

³ **SANMARTÍN MORA, María Asunción.** "El marco normativo de la transparencia para las entidades locales aragonesas. Las obligaciones de publicidad activa". Anuario aragonés del Gobierno Local 2015.



Por tanto, a partir de la regulación básica contenida en la LTAIPBG, las CCAA disponen de un margen regulatorio para incrementar la esfera de derechos de los particulares en el acceso a la información o conformar su propia organización en esta materia, incluyendo un sistema de garantías propio; habilitación que igualmente se proyecta sobre el conjunto de las EELL de su ámbito territorial, como de hecho se constata en la práctica totalidad de las leyes de transparencia autonómicas vigentes a día de hoy.

Por otro lado, situándonos de nuevo en el ámbito de la LTAIPBG a fin de encuadrar los entes integrantes de la Administración Local que resultan destinatarios de sus previsiones, su ámbito subjetivo se caracteriza por su notable "amplitud", pudiendo destacarse sin ánimo de exhaustividad que se encuadran dentro de su órbita en consonancia, con el art. 2 LTAIPBG: Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales, Comarcas, Cabildos y Consejos Insulares, Mancomunidades, Entidades de ámbito territorial inferior al municipio, Organismos autónomos locales, Agencias locales, Entidades Públicas Empresariales Locales, Sociedades mercantiles de capital íntegro o mayoritariamente local (+50%) o Fundaciones Públicas Locales.

No obstante, tal y como ya previene el propio apartado 2 de dicho precepto legal, a los efectos del Título I LTAIPG tan sólo tienen la consideración de Administraciones Públicas, las entidades y organismos que se rigen por el Derecho Administrativo en su plenitud (en virtud a la referencia de los entes y organismos enunciados en las letras a) a d), lo que no ocurre mayoritariamente con los llamados "entes instrumentales de derecho privado", en nuestro caso integrantes del concepto más amplio de "sector público local", cuya redacción podría sugerir un diferente "grado de aplicabilidad" de las obligaciones contempladas en el

Título I de la LTAIPBG, especialmente en aquellos aspectos en que únicamente vienen referidas a las Administraciones Públicas.

Sin embargo, en lo que respecta al derecho de acceso a la información pública, debe atenderse al hecho de que el art. 2.1 LTAIPBG, refiere que al elenco que se relaciona en dicho precepto legal, le resultan de aplicación las obligaciones contenidas en su Título I, siendo así que dentro del mismo se incardina en su Capítulo III la regulación básica del "derecho de acceso a la información pública", lo que supone la aplicación de todas sus previsiones, incluido el régimen específico de garantías a todas aquellas entidades integrantes del conglomerado del concepto más amplio del "sector público local", obviamente siempre y cuando resulten encuadrables dentro de alguno de los apartados, del amplio elenco subjetivo que se relaciona en el precepto.

En tal sentido, puede referenciarse que se ha reconocido la aplicabilidad del régimen de acceso a la información pública contemplado con carácter básico en la LTAIPBG, a las empresas públicas de capital mayoritariamente o íntegramente municipal o fundaciones públicas locales.

En lo que respecta al conglomerado de entes que operan en el ámbito urbanístico local, apunta la Resolución nº 174/2020CTBG estatal, en relación al ejercicio del derecho de acceso a la información frente a las Entidades Urbanísticas de Conservación, que:

"...dado que esta entidad tiene naturaleza pública (jurídico administrativa) y depende de un órgano municipal y/o autonómico, no hay duda de que les resulta de aplicación la LTAIBG. Así, en el artículo 2 de esta norma, letra d), incluye entre los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información a "las entidades de Derecho Público con



personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades Públicas”.

Y también lo hace en favor de las Juntas de Compensación en la Resolución nº 190/2018 CTBG estatal, si bien con matices y bajo un apartado diferente de la LTPAIPBG, al apuntar que:

“Por lo que respecta a la inclusión de una Junta de Compensación en el ámbito subjetivo de aplicación de la LTAIBG, hay que advertir que dependerá de su naturaleza jurídica (...) en el caso de la Comunidad de Madrid las Juntas de Compensación se configuran como entes corporativos de Derecho Público, de modo que se incluyen en el supuesto de hecho previsto en el artículo 2.1.e) de la LTAIBG (...) si bien matizando que “sólo quedarán sujetos a Derecho Administrativo, y en consecuencia vinculados a la LTAIBG, los actos que sean expresión de la atribución a los propios particulares interesados de la gestión de la función pública de la ejecución del planeamiento”.

Más dubitativa parecer ser la posición del meritado órgano estatal de garantías en materia de transparencia, en lo que respecta al acceso a la información pública en relación a fundaciones privadas en las que participa un Ayuntamiento, puesto que en ocasiones ha reconocido la aplicación de las previsiones de la LTAIPBG por considerar una íntima relación con la entidad local y disponer la misma de la documentación solicitada⁴, en tanto que en otras deniega tal aplicación, al señalar que no se dan las condiciones para considerar que se trata de una fundación perteneciente al sector público del

⁴**Resolución nº 81/2018**, del CTBG estatal.

Ayuntamiento, con independencia de que el Alcalde del mismo, forme parte de su patronato⁵.

Por último, haremos referencia a los denominados grupos de Acción Local o Grupos de Desarrollo Rural, con amplia implantación en diversas parte del territorio nacional, a los que se niega la sujeción a las previsiones de la LTAIPBG, pues como refiere la **Resolución RT 272/2016** del CTBG estatal: *"...puede considerarse que se trata de una entidad privada, que actúa como órgano intermedio en la gestión de los Fondos FEADER, y, en consecuencia, como tal entidad privada queda fuera del ámbito subjetivo de aplicación de la LTAIBG en sus vertientes del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y del ejercicio del derecho de acceso a la información"*.

III.- EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO DE LAS ENTIDADES LOCALES

La otra "cara de la moneda" de la transparencia administrativa viene constituida por el derecho de "acceso a la información pública", el cual podríamos definir como el derecho de todos los ciudadanos a solicitar información pública que obre en poder de los entes integrantes del sector público, en nuestro caso "local", así como a una resolución motivada en relación a la posibilidad de acceso o su denegación, en consonancia con la **SJCCA nº de Madrid, nº 46/2017, de 22 de junio**, cuando refiere que *"se distinguen dos aspectos en cuanto a este derecho: transparencia proactiva y transparencia reactiva, siendo ésta*

⁵**Resolución nº 17/2020**, del CTBG estatal.



última el derecho de los ciudadanos a solicitar a los funcionarios públicos cualquier tipo de información y el derecho a recibir una respuesta documentada y satisfactoria”.

A su regulación se dedica el capítulo III del Título I de la LTAIPBG, configurando de forma amplia dicho derecho a la información pública, del que son titulares todas las personas, y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud, de manera que sólo se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario para la propia naturaleza de la información – derivado de lo dispuesto en la Constitución española- o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos.

Y cuya sistemática con carácter general seguiremos aquí, dado lo limitado de los títulos competenciales autonómicos para incidir en esta materia, que se remite en gran medida a lo establecido en la legislación básica.

1. El objeto del derecho de acceso: la información pública

A la hora de analizar el régimen jurídico del derecho de acceso a la información pública en la LTAIPBG, hemos de partir del **concepto de “información pública”**, más amplio que el de “archivos y registros” que se regulaba en el art. 37 de la ley 30/1992, el cual se define en el art. 13 LTAIPBG como *“los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”.*

Así dentro de dicho concepto de información pública quedan englobadas a modo de ejemplo, en lo que resulta de interés al ámbito local, las actas de las

sesiones plenarias⁶, las actas de la Junta de Gobierno Local⁷, informes jurídicos obrantes en expedientes urbanísticos⁸, o información derivada de una manifestación pública realizada por el Alcalde en una sesión plenaria⁹.

De manera que como señala la **STS Sala 3^a, de 3 de marzo de 2020** (Rec. 600/2018), poniendo fin a una estéril polémica suscitada en relación al ámbito temporal de aplicabilidad de las previsiones de la LTAIPBG: *"El derecho de acceso puede extenderse tanto a la información pública elaborada o adquirida antes o después de la entrada en vigor de la Ley"*.

A lo que hemos de añadir, tal y como refiere el **Criterio interpretativo 4/2017**, de 20 de noviembre, de la Dirección General de Transparencia y Atención a la Ciudadanía del Ayuntamiento de Madrid, que el **soporte de la información pública**:

"Lo integran no solo documentos, sino contenidos, en versión papel, electrónica, grabaciones sonoras, visuales o audiovisuales, cualquiera que sea su soporte siempre que se refiera o afecte a políticas, decisiones o acciones públicas que dependan del ámbito material de actuación de la institución, en este caso de Ayuntamiento de Madrid.

El formato o soporte no será determinante para su calificación como información pública; véase como ejemplo el artículo 3 a) del Reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001".

⁶Resolución nº 432/2019, o Resolución nº 10/2021, del CTBG estatal.

⁷Resolución nº 97/2016, del CTBG estatal.

⁸Resolución nº 698/2020, del CTBG estatal.

⁹Resolución nº 48/2020, del CTGB estatal.



A sensu contrario, se ha considerado que no se integran dentro del concepto de información pública, la solicitud de emisión de un certificado de acto presunto¹⁰, la realización de actuaciones materiales por parte del Ayuntamiento tales como la emisión de un informe¹¹ o la denuncia de la inactividad de la Administración sin venir referida a una información concreta¹², a lo que puede añadirse que tampoco puede dar cobertura a peticiones que persiguen una valoración subjetiva, un posicionamiento o pronunciamiento institucional de la Administración sobre una concreta cuestión¹³.

En lo que respecta a la **titularidad** del derecho de acceso a la información el art. 12 LTAIPBG lo refiere a "todas las personas", lo que supone siguiendo a **MESEGUER YEBRA** y **MELUS GIL**¹⁴, que el mismo se reconoce a toda persona con capacidad de obrar en consonancia con las previsiones de la LPACA, con independencia de condiciones como la nacionalidad, situación o condición social, en favor tanto de personas físicas como jurídicas, tenga naturaleza jurídico privada o pública, si bien en este último caso siempre y cuando actúen en posición similar a la de un particular, dado que en el caso de ejercicio de potestades públicas, la misma habría de vehicularse a través de los principios que presiden las relaciones interadministrativas, por lo que

¹⁰ **Resolución nº 401/2015**, del CTBG estatal.

¹¹ **Resolución nº 301/2017** o **Resolución nº 330/2019**, del CTBG estatal.

¹² **Resolución nº 487/2020**, del CTBG estatal.

¹³ **Resolución nº 132/2016**, del CTBG estatal.

¹⁴ **MESEGUER YEBRA, Joaquín/MELÚS GIL, Isabel**. "111 Preguntas y Respuestas prácticas sobre acceso a información pública". CEMCI (2018).

en suma, como refiere **FERNÁNDEZ RAMOS**¹⁵ *“puede afirmarse (...) que este derecho informativo es de titularidad universal”*.

2. Procedimiento

En cuanto al **procedimiento** para el ejercicio del derecho de acceso, el mismo se **iniciará** con la presentación de la correspondiente solicitud a instancia de persona interesada, a través de la correspondiente solicitud por parte de cualquier persona, ya sea persona física o jurídica, español o extranjero, dado que la ley no establece restricción alguna tal y como se colige del art. 12 LTAIPBG, y como con anterioridad hemos tenido ocasión de expresar, solicitud que por tanto habrá de dirigirse al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información.

En el caso de que se trate de información en posesión de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos (p.ej. concesionarios de servicios) o ejerzan potestades administrativas, la solicitud se dirigirá a la Administración, organismo o entidad a la que se encuentren vinculadas.

En cuanto a la forma y lugar de presentación de la solicitud podrá efectuarse por cualquier medio que permita tener constancia de:

- a) La identidad del solicitante
- b) La información que se solicita
- c) Una dirección de contacto, preferentemente electrónica, a efectos de comunicaciones

¹⁵**FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano**. Obra colectiva *“Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”*. Thomson Reuters (2017).



d) En su caso, la modalidad que se prefiere para acceder a la información solicitada.

A ello se añade que el solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información. Sin embargo, podrá exponer los motivos por lo que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. Si bien, la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud, debe tenerse en cuenta que la misma puede constituir un elemento coadyuvante, especialmente en el caso de solicitudes de información pública de mayor complejidad, por la posible concurrencia de posibles límites o causas de inadmisión, pues como reitera la **Sentencia nº 34/2019, de la Audiencia Nacional, de 10 de diciembre de 2019:**

"...si bien la Ley no exige que el solicitante de información, razone el porqué de la solicitud, los motivos por los que la solicita podrán ser tenidos en cuenta al momento de dictarse la resolución..."

Otro de los aspectos que mayor controversia ha generado ha sido la obligación de identificación del solicitante, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho europeo comparado, lo que ha sido considerado un elemento obstaculizador, dando cuenta de ello **MARTÍNEZ HERRÁN¹⁶:**

"Desde la puesta en marcha del Portal de Transparencia del Gobierno de España y el inicio, por parte de los ciudadanos, del ejercicio de este derecho mediante la presentación de solicitudes de información pública, uno de los temas más cuestionables y que más críticas ha suscitado ha sido la elección del sistema

¹⁶**MARTÍNEZ HERRÁN, Gloria.** Obra colectiva "Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y buen gobierno". Thomson - Reuters (2017).

Cl@ve, por primera vez en el ámbito de las Administraciones Públicas, para acreditar la identidad de los solicitantes en los procedimientos iniciados por vía electrónica.

En este sentido, se ha criticado, por parte de ciertas asociaciones y por muchos ciudadanos, la complejidad que supone la utilización de este sistema, la exigencia de formalidades innecesarias, a su juicio y, en definitiva, que esta complejidad puede suponer para mucha gente un elemento disuasorio para ejercitar el derecho de acceso a la información.

Así, se reclama un acceso electrónico fácil, rápido, efectivo y práctico a la información pública, exigiendo constancia de los datos identificativos de los ciudadanos con los mismos requisitos, pero no más, que en el acceso no telemático, sin controles, ni comprobaciones añadidos e, incluso, la utilización del correo electrónico como medio de inicio del procedimiento...”

La controversia ha sido tal que motivó en su momento, el encargo por parte del CTBG estatal, de un informe¹⁷ a efectos de valorar las posibles alternativas, así como los “pros y contras” de una futura reforma de la LTAIPBG en tal sentido, sin que a día de hoy se haya materializado alguna de las alternativas objeto de estudio en el meritado informe.

Con respecto a las **causas de inadmisión** (art. 18 LTAIPBG), conviene a priori esbozar su distinción de la aplicación de límites al derecho de acceso, pues como

¹⁷“Informe sobre los requisitos de identificación de los solicitantes de acceso a la información pública”, emitido por D. Emilio Guichot Reina por encargo del CTBG estatal (enero 2017).



señalan **FERNÁNDEZ SALMERÓN** y **SIERRA RODRÍGUEZ**¹⁸, *“el efecto de la inadmisión resulta en la práctica limitador del derecho de acceso por cuanto lo excluye, es decir, limita el derecho, pero no porque las causas de inadmisión tengan esa naturaleza, sino porque sus efectos la producen, de ahí que haya que tener presente que cada una de las causas de inadmisión es un -criterio delimitador del objeto del derecho de acceso- pero no un límite en sí mismo”.*

Lo que supone, como ha tenido ocasión de perfilar el Tribunal Supremo en su doctrina jurisprudencial, entre otras en la **STS de 25 de marzo de 2021** (Rec. 2578/2020), en la que viene a advertir que *“cualquier pronunciamiento sobre las causas de inadmisión, y en particular sobre la que ahora nos ocupa, debe poner en relación con el concepto amplio del derecho a la información regulado por la Ley 19/2013, que impone una interpretación estricta, cuando no restrictiva de las causas de inadmisión a trámite de las solicitudes de información...”*

Causas de inadmisión que se indican en el art. 18 LTAIPBG, respecto de los cuales el CTBG ha tenido ocasión de señalar una serie de criterios interpretativos para algunos de ellos, a fin de facilitar su adecuada aplicación, que incluso están siendo objeto de traslación en dicha aplicación por parte de la doctrina jurisprudencial, de forma que serán objeto de inadmisión a trámite mediante resolución motivada, las solicitudes:

¹⁸ Siguiendo a su vez a MORETÓN TOQUERO / **FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel** y **SIERRA RODRÍGUEZ, Javier**. *“Inadmisión y necesidad de reelaboración ante el derecho de acceso a la información pública”*. REALA Nueva época – nº 11. Abril – septiembre 2019.

a) Que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general¹⁹.

b) Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas²⁰.

c) Relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración²¹.

d) Dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente.

En este caso el órgano que acuerde la inadmisión deberá indicar en la resolución el órgano que acuerde la inadmisión deberá indicar en la resolución el órgano que, a su juicio, es competente para conocer de la solicitud.

e) Que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley²².

A lo que hemos de añadir conforme apunta la **Resolución nº 622/2020**²³ del CTBG estatal que:

¹⁹ En lo que respecta a las situaciones que comprende puede estarse a lo señalado en la **Resolución nº 369/2018**, del CTGB estatal.

²⁰**Criterio 6/2015:** Causas de inadmisión de solicitudes de información en relación a información auxiliar o apoyo.

²¹**Criterio 7/2015:** Causas de inadmisión de solicitudes de información que requieran para su divulgación una reelaboración.

²²**Criterio 3/2016:** Causas de inadmisión de solicitudes por tratarse de información repetitiva o abusiva.

²³ En igual sentido, sentencia 60/2016, de 18 de mayo, del Juzgado Central de lo Contencioso – administrativo núm.6,



"Las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso, por su encaje procedimental y por constituir una restricción a su tramitación, deben ser invocadas por la Administración en el momento de contestar a la solicitud, no pudiendo serlo en vía de reclamación sin que previamente hayan sido alegadas en la contestación del solicitante".

En cuanto a su **tramitación** el art. 19 LTAIPBG establece las siguientes previsiones:

- Si la solicitud se refiere a información que no obre en poder del sujeto al que se dirige, éste la remitirá al competente, si lo conociera, e informará de esta circunstancia al solicitante.

- Cuando la solicitud no identifique de forma suficiente la información, se pedirá al solicitante que la concrete en un plazo de diez días, con indicación de que, en caso de no hacerlo, se le tendrá por desistido, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución.

- Si la información solicitada pudiera afectar a derechos e intereses de terceros, debidamente identificados, se les concederá un plazo de 15 días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas.

El solicitante deberá ser informado de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación.

- Cuando la información objeto de la solicitud, aun obrando en poder del sujeto al que se dirige, haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro, se le remitirá la solicitud a éste para que decida sobre el acceso.

confirmada en apelación por la Audiencia nacional en sentencia nº 432/2016, de 7 de noviembre.

En cuanto a la **resolución**, sus peculiaridades se plasman en el art. 20 LTAIPBG siendo las siguientes:

- La resolución en la que se conceda o deniegue el acceso, deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado, en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver

Este plazo podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad²⁴ de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante.

Serán motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero. En este último caso, se indicará expresamente el interesado que el acceso sólo tendrá lugar cuando haya transcurrido el plazo establecido en el art. 22.2 LTAIPBG.

Cuando la mera indicación de la existencia o no de la información supusiera la vulneración de alguno de los límites al acceso se indicará esta circunstancia al desestimarse la solicitud.

Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que solicitud ha sido desestimada²⁵, regla que

²⁴ A los efectos de concretar cómo ha de actuarse frente a dicho tipo de solicitudes, puede verse el **Criterio interpretativo 5/2015**: Actuación ante solicitudes de información compleja o voluminosa.

²⁵ En tal sentido, resulta interesante el **Criterio interpretativo 1/2016**: Reclamación ante el Consejo frente



en lo referente al sentido del silencio no puede verse alterada por las legislaciones autonómicas en materia de transparencia²⁶.

En lo que **respecta al órgano competente** en el ámbito local para conocer y resolver las solicitudes de acceso a la información pública, frente a su indeterminación en la legislación básica, hay que residenciarla en el Alcalde o Presidente en virtud de la denominada competencia residual²⁷, sin perjuicio de que se trataría de una competencia delegable.

Por último, el acceso material a la información pública en caso de ser estimada la solicitud se lleva a cabo en un momento posterior, que es la fase de **formalización del acceso** regulada en el art. 22 LTAIPBG en los siguientes términos:

- El acceso a la información se realizará preferentemente por vía electrónica, salvo cuando no sea posible o el solicitante haya señalado expresamente otro medio. Cuando no pueda darse el acceso en el momento de la notificación de la resolución deberá otorgarse, en cualquier caso, en un plazo no superior a diez días.

a la desestimación de una solicitud de acceso a la información por silencio.

²⁶ Como ha concluido el TC en su **Sentencia nº 104/2018, de 4 de octubre**, "...el art. 20.4 de la LTAIBG, al establecer el silencio negativo como respuesta a la pasividad de la Administración, ha sido dictado legítimamente al amparo de los principios o normas que se insertan en la competencia exclusiva del estado relativa al establecimiento del - procedimiento administrativo común".

²⁷ Art. 21.1.s) LBRL (régimen común); Art. 34.1.o) LBRL (Diputaciones) o art. 124.4.ñ) LBRL (municipio de gran población).

- Si ha existido oposición de tercero, el acceso sólo tendrá lugar cuando habiéndose concedido dicho acceso, haya transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso administrativo sin que se haya formalizado o haya sido resuelto confirmando el derecho a recibir la información.

- Si la información ya ha sido publicada, la resolución podrá limitarse a indicar al solicitante como acceder a ella²⁸.

- El acceso a la información será gratuito. No obstante, la expedición de copias o la trasposición de la información a un formato diferente al original podrá dar lugar a la exigencia de exacciones en los términos previstos en la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, o, en su caso, conforme a la normativa autonómica o local que resulte aplicable.

IV.- REGÍMENES ESPECÍFICOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

En cuanto a los regímenes específicos en el acceso a la información pública, haremos una breve referencia a los que mayor importancia tienen para el ámbito local, siendo la Disposición Adicional Primera de la LTAIPBG la que tiene por objeto regular cual es el impacto de la legislación de transparencia sobre determinados ámbitos sectoriales cuyo marco regulatorio contempla un régimen específico de acceso a la información pública,

²⁸ Sobre cómo proceder en tales situaciones, puede verse **Criterio interpretativo 9/2015**: actuación del órgano o unidad cuando se solicite información ya objeto de publicidad activa.



siendo la opción de la LTAIPBG respetar tales regulaciones especiales del derecho de acceso llevadas a cabo en normas distintas a ellas, pronunciándose la referida disposición adicional primera en los siguientes términos:

"1. La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.

2. Se regirán por su normativa específica, y por esta ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen específico de acceso a la información.

3. En este sentido, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización."

Con carácter previo a señalar los principales regímenes específicos de acceso que afectan al mundo local, puede señalarse siguiendo a **MIR BAGÓ**²⁹ dos puntualizaciones:

"Conviene recordar que la LT no sólo regula un régimen general de acceso a la información pública, sino que, además, es de suponer que el nuevo paradigma que representa requiere que sus estándares mínimos de transparencia y acceso a la información impregnen también los regímenes específicos que estén en vigor. Cabe entender, por tanto, que la aplicación preferente de las regulaciones específicas de acceso a la información pública es sin perjuicio de la necesidad de aplicarlas teniendo en cuenta que las garantías de acceso

²⁹**MIR BAGO, Josep.** "Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y buen gobierno". Thomson - Reuters (2017).

en sus ámbitos respectivos no pueden ser inferiores, en principio y salvo justificación suficiente, a las previstas con carácter general con la LT (...)

En segundo lugar, el respeto manifestado a favor de los regímenes especiales de acceso está formulado en términos muy generales, de modo que beneficia tanto a los que estuvieren vigentes a la entrada en vigor de la LT, con el riesgo de la consiguiente "validación" de regulaciones con estándares de accesibilidad inferiores a los de la legislación de transparencia, como a los que puedan establecer normas posteriores, con el riesgo consiguiente de dar cobertura legal a eventuales futuras normativas que, amparadas en la etiqueta de su especificidad, puedan reducir en ámbitos determinados el alcance del derecho de acceso consagrado por la LT..."

Igualmente resulta sumamente ilustrador el **Criterio Interpretativo nº 8/2015, del Consejo Estatal de Transparencia y Buen Gobierno** relativo a las regulaciones especiales del derecho a la información pública, donde además de ofrecer unos criterios para su delimitación, identifica algunos de los regímenes especiales existentes en nuestro ordenamiento jurídico como el régimen específico de acceso a la información medioambiental contemplado en la ley 27/2006, de 18 de julio, el previsto en la ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, junto al contenido en los arts. 23 a 32 del Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, que establece el sistema de archivos de la Administración General del Estado o bien aquellos otros en que exista reserva en el acceso cuando se den ciertos condicionantes (secretos oficiales o secreto estadístico).

No obstante, la doctrina se decanta por un elenco más amplio identificando como regímenes especiales de acceso los relativos a información tributaria, urbanismo,



información sanitaria, derecho de la competencia, registro mercantil, registro de penados, o incluso el acceso a los concejales a la información de la respectiva Corporación local de la que formen parte.

A los efectos de identificar un régimen específico de acceso a la información pública, resulta de interés la **Resolución nº 609/2020** del CTBG estatal, cuando viene a establecer que:

"...como hemos señalado en múltiples procedimientos, un procedimiento de acceso a la información que permita desplazar las disposiciones contenidas en la LTAIBG y, por lo tanto, hacer de aplicación lo dispuesto en la disposición adicional señalada, debe contener los elementos suficientes que permiten fácilmente identificarlo, como puedan ser los sujetos que detentan ese derecho, el objeto del derecho, la forma de ejercitarlo, los plazos para atenderlo y las causas de no hacerlo, los recursos aplicables y cualquier otro que permita su utilización por los interesados, ya sean solicitantes o sujetos obligados".

De manera que como concluye la reciente **STS de 29 de noviembre de 2020** (Rec. 4614/2019):

"...el desplazamiento de las previsiones contenidas en la Ley 19/2013 y, por lo tanto, del régimen jurídico general previsto en dicha norma, en todo lo relativo al acceso a la información pública, sus límites y el procedimiento que ha de seguirse, exige que otra norma de rango legal incluya un régimen propio y específico que permita entender que nos encontramos ante una regulación alternativa por las especialidades existentes en un ámbito o materia determinada, creando así una regulación autónoma en relación con los sujetos legitimados y/o el contenido y límites de la información que puede proporcionarse".

Seguidamente apuntaremos algunas notas de los regímenes especiales de mayor incidencia en el ámbito

local, como son el relativo a los “procedimientos en curso”, o bien el relativo al “acceso a la información por los miembros de la Corporación”.

1. Procedimientos en “curso” o régimen acceso interesados

Como refiere la disposición adicional primera en su apartado primero, en los supuestos que se trata de procedimientos administrativos en “curso”, la normativa aplicable para el acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo, será la reguladora del correspondiente procedimiento administrativo.

Ello supone que la configura de un régimen específico de acceso que con carácter general para los procedimientos en “curso” se regirá por las previsiones de la ley 39/2015, de 1 de octubre, atendiendo tanto al concepto de “interesado” (artículo 4), como al elenco de derechos que se le reconocen en el art. 53 LPACA, entre los que destacan el de:

*“Conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. **Asimismo, tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos.**”*

A su vez se complementa con lo previsto en el art. 82.1 LPACA que en relación al “trámite de audiencia” señala que *“instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de*



resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, para lo que se tendrán en cuenta las limitaciones previstas en su caso en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre”.

De manera que como de forma reiterada viene señalando el CTBG estatal³⁰, en los supuestos en que el procedimiento se encuentre en “curso” o “tramitación”, no procede la aplicación de la LTAIPBG, sino la propia del procedimiento, de forma que en definitiva el cauce para solicitar su acceso no es la LTAIPBG, y por ende no cabe utilizar la vía de reclamación ante el Consejo de Transparencia, o en su caso, homólogo autonómico.

A lo que cabe añadir que un procedimiento está “en curso” cuanto existe un recurso administrativo pendiente de resolver contra la resolución administrativa del expediente a que se refiere la solicitud de acceso a la información pública o mientras está abierto el plazo para impugnar la decisión en sede administrativa previa a la vía judicial³¹.

2. Régimen de acceso a la información pública por los miembros de la Corporación

La principal cuestión que se viene suscitando respecto de dicho régimen específico de acceso a la información pública por parte de los miembros de las Corporaciones locales, viene constituida acerca de si existe la posibilidad de solicitar información conforme a

³⁰**Resolución nº 13/2021**, del CTBG estatal, y en igual sentido, **Resoluciones nº 398/2017, nº 448/2017, nº 496/2017, nº 68/2018, o nº 143/2018**, todas ellas igualmente del CTBG estatal.

³¹**Resolución nº 406/2016, nº 114/2017, nº 167/2017 o nº 134/2018** del CTBG estatal, o en similar sentido **Dictamen nº 1/2016**, de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña.

las previsiones de la LTAIPBG, y en su caso, la forma en que ha de solicitarse, atendiendo que los mismos cuentan con una vía específica de acceso a la información pública en su condición de miembros electos, cuyo núcleo básico se plasma en el art. 77 LBRL.

En relación a dicho aspecto encontramos al respecto 2 posiciones en la doctrina de los Consejos de Transparencia (estatal y/o autonómicos), por un lado, la del CTBG estatal³² que considera que si bien los concejales tienen a su disposición sendas vías para solicitar información, en caso de optar por una vía (bien la del art. 77 LBRL, bien la de la LTAIPBG) para el acceso a la misma, ello supone que ha de sujetarse al correspondiente régimen jurídico que le resulta aplicable, incluido su concreto régimen de garantías, de modo que lo no cabe es la utilización de la *"técnica del espiguelo- consistente en seleccionar las normas más favorables de distintos cuerpos normativos, para dotarse, así, de un régimen jurídico ad hoc, y*

³² También se alinea con dicha posición el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, pues como proclama entre otras en su **Resolución nº 18/2017**:

"...una vez que el cargo representativo local ha optado por uno de los referidos bloques normativos que permiten su acceso a la información obrante en su Corporación, esta elección vincula tanto al órgano de gobierno como al propio concejal, debiendo en lo sucesivo aplicarse en su integridad dicho grupo normativo, sin que en ningún caso quede a disposición de las partes recurrir a las causas de inadmisión, al sistema de límites o al régimen de recursos propios del bloque normativo que el solicitante declinó seguir inicialmente..."



*desvinculado de los cauces legalmente establecidos para la creación de un derecho*³³.

En sentido diferente se pronuncia el Consejo de Transparencia de Aragón³⁴ cuando tras recoger la posición tanto del CTBG como del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, viene a apuntar que su posición *"en relación a las reclamaciones presentadas por cargos públicos representativos es su admisión, sin que ésta pueda quedar condicionada por una cuestión formal relativa a la normativa en la que se basó la solicitud inicial, en aras de garantizar el principio de seguridad jurídica"*.

En tanto que por una vía intermedia, parece optar la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña, cuya posición al respecto también sintetiza el Consejo de Transparencia Aragonés indicando que *"la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública (GAIP) considera que la normativa en materia de transparencia tendría carácter supletorio en aquellos casos en que exista un régimen específico de acceso a la información, cuya virtualidad residiría precisamente en ofrecer un marco normativo de mayor garantía"*.

No obstante, dicha cuestión se encuentra pendiente de fijación de doctrina de interés casacional objetivo admitida en virtud de **ATS nº 8438/2021, de 23 de febrero**, en virtud de la cual se considera que la cuestión que plantea dicho interés, a fin de fijar doctrina jurisprudencial en relación a la misma es la siguiente:

"Interpretar la Disposición adicional primera.2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en

³³ Entre otras, **Resolución nº 192/2017**, del CTBG estatal.

³⁴ Entre otras, **Resolución nº 36/2017**.

relación con los artículos 77 de la Ley 77/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y 14 a 16 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, a fin de determinar si los citados preceptos constituyen, o no, un régimen jurídico específico de acceso a la información que excluya la aplicación de la Ley de Transparencia”.

V.- CONTROLES Y GARANTÍAS EN EL ÁMBITO DE LA TRANSPARENCIA PÚBLICA LOCAL

En cuanto al sistema de garantías. el mismo “descansa” en buena medida en la regulación de una reclamación “específica”, bien frente al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal, bien frente a sus homólogos autonómicos cuando se hayan constituido como tales, o bien mediante la asignación de su conocimiento a otras autoridades.

El mismo se encuentra regulado en el ámbito de la LTAIPBG en sus arts. 23 y 24 en los términos que seguidamente veremos.

En cuanto a la naturaleza de la reclamación en materia de transparencia además de su “carácter potestativo”, tiene la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad con el art. 112.2 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, de manera que cuando proceda la misma, no procederá la interposición de los recursos administrativos “ordinarios”, sin perjuicio de su reconducción en caso de error en su interposición en virtud del principio “pro actione”, plasmado a día de hoy en el art. 115.2 LPACA conforme al cual “*el error o la*



ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.”

De forma que la existencia de tal reclamación, no obsta a que las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública sean recurribles directamente ante la Jurisdicción Contencioso – administrativa, tal como señala el art. 20.5 LTAIPBG.

En cuanto a su tramitación señala el **art. 24 LTAIPBG** las siguientes previsiones:

- Frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso podrá interponerse una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa.

- La reclamación se interpondrá en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado o desde el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo.

- La tramitación de la reclamación se ajustará a lo dispuesto en materia de recursos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (remisión que ha de entenderse efectuada a la ley 39/2015, de 1 de octubre).

Cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de derechos o intereses de terceros se otorgará, previamente a la resolución de la reclamación, trámite de audiencia a las personas que pudieran resultar afectadas para que aleguen lo que a su derecho convenga.

- El plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de tres meses, transcurrido el cual, la reclamación se entenderá desestimada.

- Las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se publicarán, previa disociación de los

datos de carácter personal que contuvieran, por medios electrónicos y en los términos en que se establezca reglamentariamente, una vez se hayan notificado a los interesados.

El Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno comunicará al Defensor del Pueblo las resoluciones que dicte en aplicación de este artículo.

- La competencia para conocer de dichas reclamaciones corresponderá al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, salvo en aquellos supuestos en que las Comunidades Autónomas atribuyan dicha competencia a un órgano específico, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional cuarta de esta Ley.

Para un estudio en profundidad del régimen jurídico de las reclamaciones en materia de transparencia nos remitimos al magistral trabajo del profesor **FERNÁNDEZ RAMOS**, relativo a "la reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública"³⁵.

Por último al respecto podemos destacar 2 garantías más de carácter orgánico en "pro" de la efectividad de la transparencia administrativa, como son las asignadas, de un lado al Tribunal de Cuentas y sus homólogos autonómicos, debiendo observarse que la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas fue objeto de modificación por la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico – financiera de los Partidos Políticos, ampliando el conjunto de principios a los que extiende su labor fiscalizadora,

³⁵<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=150752>
4



añadiendo el de "transparencia", cuya fiscalización está comenzando a ejercitarse como puede verse en el Plan de Actuaciones del Tribunal de Cuentas para el año 2016, o en el informe de fiscalización del cumplimiento del principio de transparencia de determinados municipios de 20.000 a 50.000 habitantes emitido por la Cámara de Cuentas a fecha de noviembre de 2017³⁶.

En tanto que por otro, es merecedora de destacarse la encomiable labor en defensa del derecho de acceso a la información llevada a cabo tanto por el Defensor del Pueblo como por sus "réplicas" en el ámbito autonómico, incluso con anterioridad a la promulgación de la LTAIPBG, siendo numerosos los pronunciamientos dictados y los requerimientos efectuados a las autoridades públicas, a fin de facilitar el derecho de la ciudadanía a la información en los términos previstos en cada caso en la normativa que resulta de aplicación.

VI.- LOS LÍMITES EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA, Y SU APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

En este último apartado, nos referiremos a los límites existentes en materia de acceso a la información pública, los cuales se aglutinan en los **artículos 14 y 15 LTAIPBG**, y se extienden a ambas vertientes de la transparencia, siendo de aplicación tanto en relación al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, como a la hora de cumplimentar las obligaciones de publicidad activa (art. 5.3. LTAIPBG).

Efectuada dicha precisión pasaremos a analizar los límites que se contemplan en el art. 14 LTAIPBG, de

³⁶ Puede verse en: [file:///C:/Users/Casa/Downloads/fiscalizacion-del-cumplimiento-del-principio-de-transparencia-en-municipios-de-20000-a-50000-habi%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Casa/Downloads/fiscalizacion-del-cumplimiento-del-principio-de-transparencia-en-municipios-de-20000-a-50000-habi%20(1).pdf)

conformidad con el cual el derecho de acceso podrá ser limitado cuando el acceso a la información suponga un perjuicio para: a) La seguridad nacional, b) La defensa, c) Las relaciones exteriores, d) La seguridad pública, e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, h) Los intereses económicos y comerciales, i) La política económica y monetaria, j) El secreto profesional y la propiedad intelectual o industrial, k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión o l) la protección del medio ambiente.

El hecho de que dicha enumeración siga esencialmente la relación de límites establecidos en el artículo 3 del Convenio del Consejo de Europa de Acceso a los Documentos Públicos de 2009, texto internacional en el que encuentran buena parte de su fundamento, no ha impedido que haya sido objeto de fuerte crítica (aunque también de alabanzas) la generalidad con que se establecen buena parte de los mismos, así como la enumeración del listado definitivamente establecido, dando buena cuenta de ello **MESEGUER YEBRA**³⁷.

Sin perjuicio de tales críticas, a la hora de considerar la aplicación de alguno de tales límites, hemos de señalar que ello no puede hacerse de manera mecánica o automática, sino que ha atenderse a lo

³⁷ **MESEGUER YEBRA, Joaquín.** "Comentario a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Análisis de la tramitación e informes sobre la publicidad activa y acceso a la información pública". CEMCI (2014).



preceptuado en el apartado 2 del art. 14 LTAIPBG cuando establece que:

"La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso".

Ello quiere decir que los límites en el acceso a la información pública se aplicarán atendiendo a lo que se conoce como "test del daño", debiendo efectuarse una ponderación entre el interés que pretende salvaguardarse con la aplicación del límite versus el interés público en la divulgación de la información que se solicita (o que se pretende difundir), o lo que es lo mismo que en el caso concreto no deba prevalecer el interés público a la hora de divulgar la información.

E insistimos que tal y como señala el **apartado 2 del art. 14 LTAIPB** dicho juicio de ponderación ha de efectuarse "caso por caso", de forma proporcionada y "atendiendo a las circunstancias del caso concreto", lo que exige una adecuada motivación a través de la emisión del correspondiente/s informes, exteriorizando cuales son las razones que llevan a conceder el acceso a la información o bien en su caso, a denegarla.

A tal efecto juegan un papel decisivo 2 importantes prescripciones:

De un lado, la posibilidad para el solicitante de *"exponer los motivos por los que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la solicitud"* (art. 17.3 LTAIPBG), pese a que la misma no resulte obligada, pero que sin duda coadyuva a llevar a cabo dicho juicio de ponderación o "test del daño".

De otro, el mecanismo del "acceso parcial" cuando de dicho juicio de ponderación resulte que el límite/s correspondiente/s no afecte a la totalidad de la información tal y como previene el **art. 16 LTAIPBG**, señalando que:

"En los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante que parte de la información ha sido omitida".

También en esta materia, ha tenido ocasión de intervenir el Consejo estatal de Transparencia y Buen Gobierno, facilitando unos criterios en base a los cuales ha de efectuarse el referido "test del daño", plasmados en su **Criterio interpretativo 2/2015, relativo a aplicación de los límites al derecho de acceso a la información**, que en lo relativo a la aplicación de los límites del art. 14 LTAIPBG, se pronuncia en los siguientes términos:

"Los límites a que se refiere el artículo 14 de la LTAIPBG, a diferencia de los relativos a la protección de los datos de carácter personal, no se aplican directamente, sino que de acuerdo con la literalidad del texto del número 1 del mismo, "podrán" ser aplicados.

De esta manera, los límites no operan ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación a los contenidos.

La invocación de motivos de interés público para limitar el acceso a la información deberá estar ligada con la protección concreta de un interés racional y legítimo.

En este sentido su aplicación no será en ningún caso automática: antes, al contrario, deberá analizarse si la estimación de la petición de información supone un perjuicio (test del daño) concreto, definido y evaluable.

Este, además no podrá afectar para un determinado ámbito material, porque de lo contrario se estaría excluyendo un bloque completo de información.



Del mismo modo, es necesaria una aplicación justificada y proporcional atendiendo a la circunstancia del caso concreto y siempre que no exista un interés que justifique la publicidad o el acceso (test del interés público)."

De forma que, en la aplicación de los límites oponibles al derecho de acceso, habrá de seguirse una interpretación restrictiva, pues como refiere la **STS de 25 de marzo de 2021** (Rec. 2578/2020):

"...el criterio seguido por esta Sala en la aplicación de los límites oponibles al derecho de acceso del artículo 14 LTAIBG es el de su interpretación restrictiva, a fin de no menoscabar el derecho de acceso regulado de forma amplia en la citada norma, como hemos señalado en la sentencia ya citada de 16 de octubre de 2017 (recurso 75/2017) y reiterado posteriormente en las sentencias de 10 de marzo de 2020 (recurso 8193/2018), 11 de junio de 2020 (recurso 577/2019), 19 de noviembre de 2020 (recurso 4614/2019) y 29 de diciembre de 2020 (recurso 7045/2019)."

Finalmente haremos una breve alusión a aquellos límites que pueden tener una mayor aplicación en el mundo local, dado que algunos de los que se enuncian en el art. 14 LTAIPBG, exceden en buena medida del conjunto de competencias que tienen atribuidas los entes locales, y cuya invocación prácticamente en principio deviene en inaplicable (p. ej: la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores o la política económica o monetarias), o bien porque su análisis trasciende ampliamente del alcance del presente trabajo, como es la protección de datos de carácter personal como límite en el ejercicio del derecho de acceso que se contempla en el art. 15 LTAIPBG, y que por las razones expuestas aquí no analizaremos.

Así de entre los límites que se enuncian en el art. 14 LTAIPBG, **de especial relevancia resulta ser el**

relativo a la "propiedad intelectual o industrial", dado que con relativa frecuencia suele ser "esgrimido" en el ámbito local, para impedir o denegar el acceso a los proyectos de obras, actividades, etc., que han de aportarse a lo largo de la tramitación de la correspondiente licencia o título habilitante.

En tal sentido, podemos manifestar lo inadecuado de la aplicación de dicho límite (por tanto, no ajustado a derecho) en los supuestos señalados, dado que como señala el art. 31 bis del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia:

"No será necesaria autorización del autor cuando una obra se reproduzca, distribuya o comunique públicamente con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios".

Sobre ello incluso con anterioridad a la promulgación de la LTAIPBG ha tenido ocasión de pronunciarse el propio Defensor del Pueblo en diversos de sus informes anuales (2006 o 2009) considerando que no resulta posible denegar a los ciudadanos el acceso a la documentación obrante en los expedientes relativos a materia urbanística, bajo la presunta posible vulneración del derecho de propiedad intelectual, de lo que da buena cuenta **CUGAT PEPINYA**³⁸concluyendo con base en tales informes que:

³⁸**CUGAT PEPINYA, Anna María.** *"El derecho de acceso al expediente administrativo. Consideraciones sobre el acceso y obtención de fotocopias de proyectos de obras desde la perspectiva de la legislación relativa a la protección de los*



"...No son válidas para denegar copias de proyectos de edificación razones aducidas por los ayuntamientos tales como el derecho a la intimidad o del derecho a la propiedad intelectual (...) y segundo, no es válido denegar la copia de un proyecto técnico –si obra en un procedimiento administrativo- por razones de propiedad intelectual; al contrario la Ley de propiedad intelectual (artículo 31 bis) dice expresamente que no es necesaria la autorización del autor para reproducir una obra en orden al correcto desarrollo de un procedimiento administrativo."

E igualmente se refiere la citada autora a que ese constituye igualmente criterio jurisprudencial, como puede verse en la **STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo nº 202/2005**, en línea con la posición del Defensor del Pueblo anteriormente aludida:

"...no toda comunicación pública de obras protegidas necesita la previa autorización del titular de la obra o de quienes tienen encomendada la gestión de sus derechos. Con aquella comunicación, lo normal es que se esté persiguiendo un beneficio o lucro ilícito a costa del autor, connotación que en el caso del Consistorio en ningún caso concurrirá, puesto que el proyecto se encuentra en un expediente de carácter urbanístico y que a él tengan acceso aquellos que sean interesados no supone que estos persigan obtener ni obtienen, al afectado nada se alegó, beneficios económicos derivados de su visualización..."

También la **STSJ nº 279/2005, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Galicia**, frente a la petición de obtener copia certificada de un proyecto de obras, concluye que:

datos de carácter personal". Cuadernos de Derecho Local (octubre 2011).

"El artículo 14 de la Ley de Propiedad intelectual dispone, al indicar el contenido y características del derecho de autor, que corresponde a este, como derecho irrenunciable e inalienable, decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.

Quien acepta la redacción de un proyecto técnico para la obtención de una licencia de obra o actividad sabe que ese proyecto se va a incorporar a un expediente administrativo y que, sobre él, como parte del expediente, podrán obtener información los que tengan interés en relación con el otorgamiento de esa licencia en los términos que establece la legislación del procedimiento administrativo, que incluyen la obtención de copias..."

E igualmente una vez que ha sido objeto de promulgación la LTAIPBG, y en interpretación de uno de los regímenes específicos de derecho de acceso (información medioambiental conforme a la ley 27/2006 o información urbanística RDL 7/2015), **se pronuncia nuevamente al respecto el Defensor del Pueblo en su informe de 18 de marzo de 2015**, concluyendo que:

"Tampoco cabe sostener que el acceso a un proyecto técnico divulgado que sirvió de soporte para otorgar una licencia vulnere los derechos de autor. Ni siquiera la obtención de copias es considerada por la ley una forma de explotación por terceros de la obra protegida. Así lo determina expresamente el art. 31 bis de la Ley de Propiedad Intelectual, que exceptúa ("no será necesaria autorización del autor") el caso de la obra que se reproduce para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, y ello en el caso de que haya reproducción (...)

Si ese Ayuntamiento estima que ciertos datos que integran el proyecto son confidenciales entonces de ser



posible los separará de la información ambiental y urbanística solicitada y pondrá, está parcialmente a disposición del solicitante (artículo 14 de la Ley 27/2006). Por tanto, las administraciones públicas deben facilitar la información urbanística y ambiental que sea posible separar de la afectada por una causa de denegación tasada por la Ley. En consecuencia, si el proyecto que pretende el interesado consultar contiene datos personales cuya confidencialidad deba ser garantizada por la Administración, basta con facilitar únicamente copia en la que se hayan desagregado los datos personales referidos tachándolos (...)

Por tanto, carece de respaldo normativo excluir del concepto de información ambiental la de carácter técnico o gráfico, o la de los proyectos de obras o las licencias otorgadas."

A ello cabe añadir otros interesantes pronunciamientos del **Consejo de Transparencia de Aragón**, en su **Informe 5/2020, de 19 de octubre**, en el que se fijan determinadas pautas interpretativas en lo que respecta al acceso de expedientes de carácter urbanístico, que con cierta recurrencia se suscitan en el ámbito de actuación de los entes locales, y en particular de los municipios, pudiendo destacarse entre otras las siguientes conclusiones, alcanzadas por dicho órgano de garantías en materia de transparencia administrativa:

"Los documentos que integran los expedientes en los procedimientos urbanísticos tienen el carácter de información pública a los efectos de las Leyes de Transparencia (...)

El acceso a la información pública contenida en procedimientos sancionadores urbanísticos, en cuanto incluyen datos personales, solo podrá autorizarse en tres supuestos: cuando dichos procedimientos conlleven amonestación pública al infractor, cuando lo permita una norma con rango de ley y cuando exista consentimiento expreso de los afectados. No obstante, si la información

solicitada puede ser proporcionada de forma dissociada (eliminando la identidad y las posibles referencias que permiten deducirla), el acceso debe ser reconocido sin necesidad de consentimiento alguno (...)

El acceso a la información pública contenida en los demás expedientes de los procedimientos urbanísticos (procedimientos no sancionadores, incluidos los de protección de la legalidad urbanística) se encuentra amparado en una norma con rango de ley (la que reconoce la acción pública en el ámbito urbanístico), por lo que no precisa el consentimiento expreso del afectado”.

Desde otra perspectiva, y en cuanto al límite relativo a la **“seguridad pública”** se hace necesario como punto de partida proceder a conceptualarla, para lo cual hemos de acudir a lo dispuesto en el art. 1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que recoge como una competencia exclusiva del Estado la “seguridad pública”, si bien añade su apartado 3 que las Corporaciones locales participarán en el mantenimiento de la seguridad pública en los términos establecidos en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, y en el marco de esta Ley, que recoge entre otras como una competencia propia de los municipios la relativa a “policía local o protección civil”.

Descendiendo un poco más en la conceptualización del término “seguridad pública”, señala la exposición de motivos de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana que:

“La Constitución española de 1978 asumió el concepto de seguridad ciudadana (artículo 104.1), así como el de seguridad pública (artículo 149.1. 29ª). Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han



venido interpretando, con matices, estos dos conceptos como sinónimos, entendiendo por tales la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana.”

A lo que añade **MANCILLA I MUNTADA**³⁹en consonancia con la jurisprudencia constitucional que:

“El Tribunal Constitucional (STC 133/1982, de 8 de junio) ha distinguido el concepto de seguridad pública del concepto de orden público, siendo el primero un concepto más estricto y restringido que el segundo.

Así, el Tribunal Constitucional engloba en el concepto de seguridad pública “un conjunto plural y diversificado de actuaciones, dentro del cual se incluyen los servicios policiales, esto es, los que corresponden a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, y otras funciones o actividades, no atribuidas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pero que también forman parte del ámbito material de la seguridad pública”, toda vez que se considera incluido el ámbito materia de la protección civil.”

Extrapoladas tales previsiones al mundo local, la restricción al acceso a la información pública puede quedar legitimada cuando la seguridad pública pueda quedar comprometida, como puede ser en el caso de acceso a documentación a determinadas instalaciones estratégicas relacionadas con ella, como es el caso de la información pública relacionada con las instalaciones de la Policía Local (p.ej.: proyecto constructivo), protocolos de actuación en caso de emergencia o catástrofe, o incluso al acceso a información relacionada con la seguridad (sistemas, medidas de seguridad, etc., para la prevención de ataques informáticos) desde el ámbito de

³⁹**MANCILLA I MUNTADA, Francesc.** *“La seguridad pública”*. Obra colectiva *“Los límites al derecho de acceso a la información pública”*. Instituto Nacional de Administración Pública (2017).

la Administración Digital, tal y como se colige del Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica, con cuya difusión podría quedar seriamente comprometida la seguridad pública para la organización local correspondiente.

Si bien conviene matizar, que lo anterior no exime de la correspondiente evaluación del "test del daño", a fin de inclinar la balanza bien en favor de la confidencialidad (excepción), bien en la difusión de la información solicitada (regla general), que requerirá de un análisis motivado "caso a caso".

En relación a otros límites y su traslación al ámbito local, puede hacerse referencia igualmente a algunos pronunciamientos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía relativos a la aplicación de los límites de **"prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios"** o de **"secreto requerido en procesos de toma de decisión"**.

Así la **Resolución 89/2016, de 14 de septiembre**, frente a una pretensión de acceso a una documentación aportada al Ministerio Fiscal por parte del Ayuntamiento, en el marco de unas Diligencias Previas seguidas ante el Juzgado de Instrucción concluye que:

"La principal razón esgrimida al respecto por el Ayuntamiento es que la documentación solicitada fue aportada al Ministerio Fiscal en el marco de las Diligencias Previas 3651/2009 del Juzgado de Instrucción número 2 de Almería; Diligencias Previas que –siempre siguiendo lo informado por la entidad municipal– el órgano judicial decidió continuar por los trámites del Procedimiento Abreviado mediante Auto de 20 de junio de 2016 (...)



Resulta evidente que en el presente caso nos hallamos ante el supuesto de hecho contemplado en el art. 14.1.e) LTAIBG, en virtud del cual el derecho de acceso puede ser limitado cuando acceder a la información pueda suponer un perjuicio para "la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios".

Por lo demás, tampoco cabe albergar ninguna duda acerca de que la aplicación del límite por parte del órgano reclamado se efectuó de forma proporcionada, tal y como exige el art. 14.2 LTAIBG.

En efecto, con su decisión, procuró salvaguardar en la medida de lo posible el derecho a la información del solicitante, al decantarse por la alternativa menos gravosa o restrictiva pero indispensable para asegurar los intereses perseguidos por el legislador con la instauración del referido límite, como lo acredita la circunstancia de que, si bien el Ayuntamiento denegó la entrega del documento en formato digital o papel, permitiese el examen del mismo en las dependencias municipales."

Por su parte la **Resolución 112/2017, de 7 de agosto**, aduce frente a la pretensión de acceder a la grabación de audio y/o video de una determinada reunión del Consejo de Administración de una sociedad de capital mayoritariamente municipal (más del 51%) que:

"Por lo que hace al concreto supuesto que nos ocupa, este Consejo considera admisible la denegación de la entrega de la grabación sobre la base de que la finalidad exclusiva de la misma era servir como actuación preparatoria o auxiliar para la redacción de un documento que necesariamente ha de elaborarse, a saber, el Acta de la correspondiente sesión del Consejo de Administración; documento donde queda reflejado el resultado del proceso de toma de decisiones adoptadas

por dicho Consejo y que, además -según afirma la entidad reclamada-, fue publicado en la sede electrónica del Ayuntamiento.

A este mismo resultado conduce, por lo demás, una interpretación sistemática de la legislación en materia de transparencia, que brinda cierto grado de protección a las deliberaciones en el seno de las instituciones, como lo pone de manifiesto que se contemple expresamente como límite al derecho de acceso "la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión" [art. 14.1 k)] LTAIBG].

Por lo tanto, al abordarse el examen de la aplicabilidad del art. 18.1 b) LTAIBG al presente caso, no puede soslayarse que ha sido un objetivo del legislador básico preservar el normal desenvolvimiento del proceso de toma de decisiones, permitiendo al efecto un cierto libre "espacio para pensar" [para decirlo con los términos utilizados por la Memoria Explicativa (§ 34) en relación con el límite del art. 3.1 k) del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos".

Por último para concluir, merece hacer alusión a la falta de introducción de un criterio de "temporalidad" en la LTAIPBG, en la aplicación de tales límites tal y como apunta **ARAGUAS GALCERA**⁴⁰:

⁴⁰**ARAGUAS GALCERA, Irene.** "Límites al acceso a la información en el ordenamiento jurídico español. Su tratamiento en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno". Instituto Nacional de Administración Pública (2017).



"La legislación estatal no tiene en cuenta, no obstante, tal como sería deseable, el criterio de la temporalidad, que justificaría que, transcurrido cierto periodo de tiempo desde la producción de la información administrativa, la causa que impida su divulgación deje de aplicarse."

Aspecto indicado por la referida autora, al que sí se atiende (con acierto), en la legislación autonómica de transparencia administrativa, como es el caso de la ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, al señalar en su art. 25.2 que *"las limitaciones al derecho de acceso sólo serán de aplicación durante el período de tiempo determinado por las leyes o en tanto se mantenga la razón que las justifique"*.

VII.- CONCLUSIONES

Como hemos tenido ocasión de esbozar en las líneas precedentes, el régimen jurídico del derecho de acceso a la información pública en su traslación a la órbita de los gobiernos locales, no presenta especialidades regulatorias relevantes en lo referente a los aspectos nucleares que conforman la arquitectura normativa de dicho derecho y su ejercicio en el nivel territorial de Administración Local, que habrá de adecuarse a las prescripciones básicas que a día de hoy se recogen en la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Lo que no es óbice como hemos tenido ocasión de poner de manifiesto, para dibujar y glosar los aspectos que en mayor medida suscitan dudas e interrogantes en la aplicación del bloque normativo básico regulador de la transparencia administrativa, en el "día a día" de quienes operan, actúan e interactúan en el nivel de mayor proximidad al ciudadano, esto es, en el conjunto de los

entes, entidades y organismos que conforman la Administración Local a nivel de conjunto, tratando de ofrecer algunas respuestas o soluciones bajo la luz de los criterios más recientes fijados tanto por los órganos de garantía en materia de transparencia, como por los juzgados y tribunales integrantes del orden jurisdiccional contencioso – administrativo.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA

ARAGUAS GALCERA, Irene. *"Límites al acceso a la información en el ordenamiento jurídico español. Su tratamiento en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno"*. Instituto Nacional de Administración Pública (2017).

CUGAT PERPINYA, Anna Maria. *"El derecho de acceso al expediente administrativo. Consideraciones sobre el acceso y obtención de fotocopias de proyectos de obras desde la perspectiva de la legislación relativa a la protección de los datos de carácter personal"*. Cuadernos de Derecho Local (octubre 2011).

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Obra colectiva *"Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno"*. Thomson Reuters (2017).

FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel y SIERRA RODRÍGUEZ, Javier. *"Inadmisión y necesidad de reelaboración ante el derecho de acceso a la información pública"*. REALA Nueva época – nº 11. Abril – septiembre 2019.

GUICHOT REINA, Emilio. *"Informe sobre los requisitos de identificación de los solicitantes de acceso a la información pública"*, realizado por encargo del



Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. (enero 2017).

MANCILLA I MUNTADA, Francesc. *"La seguridad pública".* Obra colectiva *"Los límites al derecho de acceso a la información pública"*. Instituto Nacional de Administración Pública (2017).

MARTÍNEZ HERRÁN, Gloria. Obra colectiva *"Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y buen gobierno"*. Thomson - Reuters (2017).

MESEGUER YEBRA, Joaquín/MELÚS GIL, Isabel. *"111 Preguntas y Respuestas prácticas sobre acceso a información pública"*. CEMCI (2018).

MESEGUER YEBRA, Joaquín. *"Comentario a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Análisis de la tramitación e informes sobre la publicidad activa y acceso a la información pública"*. CEMCI (2014).

MIR BAGO, Josep. *"Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y buen gobierno"*. Thomsons - Reuters (2017).

SANMARTÍN MORA, María Asunción. *"El marco normativo de la transparencia para las entidades locales aragonesas. Las obligaciones de publicidad activa"*. Anuario aragonés del Gobierno Local 2015.

SUBIRANA DE LA CRUZ, Silvia. *"Transparencia y buen gobierno en la Administración Local"*. Boletín Rocajunyent.

CONSULTAS PRELIMINARES PARA UNA CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA, EFICIENTE Y RESPONSABLE

D^a Victoria Barbi Martínez

Secretaria General Interventora del Consorcio de
Aguas y Residuos de La Rioja

Resumen: El concepto consultas preliminares del mercado o al mercado "Meet the market", al objeto de entablar unas relaciones regulares y transparentes con proveedores y agentes involucrados para obtener los mejores resultados pretendidos por la contratación pública y alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020, se introduce expresamente en la Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014. Pero la experiencia en estas prácticas ha sido, aunque velada, una constante en el funcionamiento operativo de las organizaciones públicas en España, al igual que en otros países europeos y americanos. La práctica era una realidad y la normalización a través de la regulación una necesidad. Los riesgos que entrañan de captura del órgano contratante y la contravención de los principios fundamentales del derecho originario de la UE son



elevados. No obstante, eficiencia en el gasto público, facilitar la participación de los operadores económicos, especialmente las pequeñas y medianas empresas, dotar al sistema de mayor seguridad jurídica, y permitir a los poderes adjudicadores elegir la opción más innovadora, social o ecológica, son en último término las posibilidades que el uso de este método posibilita.

Abstract: The concept of preliminary consultations of the market or the "Meet the market" market, in order to establish regular and transparent relations with suppliers and agents involved to obtain the best results sought by public procurement and achieve the objectives of the Europe 2020 Strategy, expressly introduced in Directives 2014/23 / EU and 2014/24 / EU of February 26, 2014. But the experience in these practices has been, although veiled, a constant in the operational functioning of public organizations in Spain, as well than in other European and American countries. The practice was a reality and the normalization through regulation a necessity. The risks involved in capturing the contracting authority and the violation of the fundamental principles of the law originating in the EU are high. However, efficiency in public spending, facilitating the participation of economic operators, especially small and medium-sized enterprises, providing the system with greater legal certainty, and allowing contracting authorities to choose the most innovative, social or ecological option, are in Finally, the possibilities that the use of this method makes possible.

Palabras clave: contratación pública, consultas preliminares, mercado, asesoramiento, colusión, integridad, transparencia, concurrencia, competencia, innovación, responsable, coste eficacia.

Key words: public procurement, preliminary consultations, market, advice, collusion, integrity, transparency, concurrency, competition, innovation, responsibility, cost effectiveness.

SUMARIO:

1.INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES PREVIAS.

2. RÉGIMEN JURÍDICO.

2.1. Marco normativo europeo origen de las denominadas Consultas Preliminares al mercado.

2.1.1. Directivas europeas anteriores a las actualmente vigentes.

2.1.2 Criterios interpretativos que emanan de las Directivas anteriores a las vigentes, y continúan activos y plenamente aplicables.

2.1.3. Consultas preliminares en las actuales Directivas y sus efectos en el ámbito de la contratación pública. Principios inspiradores. Documentos europeos de interés.

2.2. Regulación de las consultas preliminares en la legislación española. Doctrina administrativa emitida en la materia.

2.2.1. La nueva Ley de Contratos del Sector Público.

2.2.2. Doctrina administrativista emitida en la materia.

2.3 Consultas preliminares y otras formas de participación en fases preparatorias del contrato en la legislación autonómica.



2.4. Experiencias del exterior.

2.5. Guías metodológicas. Análisis de sus aspectos claves a implementar en los diferentes contratos administrativos. Normalización metodológica. Publicidad de las mismas.

3. ANÁLISIS DE PROCEDIMIENTOS QUE LAS DETERMINAN. ASPECTOS A TENER EN CUENTA.

3.1 Principios en juego. Aceptación expresa de los mismos por los participantes en las Consultas Preliminares. Publicidad en el Perfil del Contratante.

3.2 Ámbito objetivo. Delimitación del objeto del contrato para adecuarlo a la oferta existente o potencialmente posible.

3.3 Ámbito subjetivo. Agentes involucrados. Terceros potencialmente participantes.

3.4 Medios a utilizar: encuestas, análisis de mercado, consultas, foros y asesoramiento.

3.5 Definición de las especificaciones técnicas versus colusión.

3.6 Cláusulas de confidencialidad.

3.7 Procedimiento de las Consultas.

3.9 Análisis de riesgos y medidas a adoptar en las consultas preliminares del mercado

4. ANÁLISIS SISTEMÁTICO SOBRE LA CASUÍSTICA DE LAS CONSULTAS REALIZADAS. CATÁLOGO PRÁCTICO.

4.1. Innovación

4.2. Ámbito sanitario y tecnológico.

4.3. Otros contratos complejos. Ciclo integral del agua, gestión de residuos sólidos, transporte

público de viajeros, mercados, instalaciones deportivas...

4.4. Coste de los servicios, coste del ciclo de vida, presupuesto Base de licitación

4.5. Contratos de exclusividad técnica

4.6. Otros contratos con falta de licitadores

4.7. Mercadillo de consultas preliminares en diversos contratos

5. CONSIDERACIONES FINALES, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

BIBLIOGRAFÍA

1 INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Conceptuamos las consultas preliminares del mercado, como herramientas, técnicas o instrumentos que conforman un "*conjunto de las políticas y procedimientos que se prescriben*"¹ para testar el mercado buscando la solución más eficiente. Estas consultas del mercado o al mercado se han producido tradicionalmente dentro de las relaciones informales que se mantenían con determinados agentes económicos, muchas veces cercanos al órgano de contratación, por lo que su plasmación en el articulado de nuestra vigente ley de contratos, derivado directamente de la aplicación de las Directivas comunitarias, supone un paso adelante en cuanto a la necesaria normalización de su uso para el

¹ Vid. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES. Recursos nº 989/2017 C.A. Principado de Asturias nº55 Resolución nº 1093/2017.



beneficio y con la necesaria cooperación de todos los agentes participantes.

La casuística o tipos contractuales que han llevado a plantear las consultas son variados, si bien se puede agrupar en bloques homogéneos cuya problemática es similar. Pero no se puede perder de vista el problema que quiere resolverse con las mismas, evitar los desperdicios típicos de la preparación de contratos que quedan desiertos, con pocos licitadores, propensos a los modificados, conflictos en la ejecución, obtención de obras, suministros y servicios inservibles, etc., y por supuesto, los conflictos de interés o la posición privilegiada de un contratista que impone su aparente exclusividad ante la pasividad o falta de conocimiento de las unidades proponentes.

Las oportunidades y fortalezas de estas herramientas son claras por las ventajas que se deducen frente a los métodos tradicionales, ya que posibilitan confeccionar la contratación pública para que los poderes adjudicadores elijan la opción más innovadora, social o ecológica, dentro de una estrategia más amplia, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), garantizando un uso más eficiente de los fondos públicos.

En definitiva, y sin perjuicio de los aspectos positivos que conlleva un mayor conocimiento del mercado, que en algunos sectores resulta obligado, las consultas acarrear ciertos riesgos, derivados, entre otros, de la posible captura del órgano contratante y de la vulneración de los principios clásicos y fundamentales de la contratación pública europea, igualdad de acceso a licitaciones, no discriminación y falseamiento de la competencia, entre otros. Por último, no podemos olvidar la diversidad de entes que conforman el sector público en España, y la realidad de los mismos, siendo común la falta de

personal y escasa cualificación en áreas técnicas del personal al servicio de los órganos de contratación, que hace que su aplicación se prevea desigual, aunque la problemática que subyace sea la misma para todos ellos. Para clarificar las posibilidades de uso de estas herramientas, es necesario en primer lugar abordar el régimen jurídico de las consultas preliminares y su aplicación práctica durante este año de vigencia de la ley, e incidir en el estudio de los considerandos y artículos de las directivas comunitarias, tanto de la actual como de la anterior ya derogada de la que trae causa, sin olvidar sus precedentes, que permiten conocer el itinerario y voluntad del legislador europeo hasta su plasmación por el legislador nacional en nuestra Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en adelante LCSP.

El análisis de la Ley vigente y la normativa autonómica que se ha dictado sobre la materia, así como experiencias del exterior, son necesarios también para conocer los objetivos, y esencia de esta realidad que pretende mejorar la eficacia y transparencia en la contratación pública. No hay que dejar de nombrar a las instrucciones internas, guías, recomendaciones y otros documentos que se han elaborado para intentar sistematizar su uso, en garantía y defensa de los principios básicos de la contratación pública, entre otros, integridad, transparencia e igualdad de trato.

Tras el análisis del régimen jurídico abordaré aquellos aspectos que se deben tener en cuenta a la hora de diseñar y elaborar una en particular, ámbito objetivo, subjetivo, aceptación de los principios en juego, medios



a utilizar, cláusulas de confidencialidad, entre otras cuestiones. En definitiva, aspectos claves que determinarán el éxito de su diseño e implementación con el fin último de evitar los riesgos que entrañan su uso. El estudio sistemático sobre la casuística de las que se están llevando a cabo, a modo de catálogo práctico, nos permitirá conocer las experiencias que se han venido realizando por diferentes administraciones, unidas en un principio a compra pública innovadora, y aquellos sectores donde se está produciendo la normalización de su uso. La dificultad de definición en la mayoría de contratos de conceptos que la LCSP acuña, y que deben ser incorporados a los pliegos que las rigen, así como la propia voluntad del órgano de contratación de tender hacia una administración social y medioambientalmente responsable potencian su uso.

2 RÉGIMEN JURÍDICO.

2.1 Marco normativo europeo origen de las denominadas Consultas Preliminares al mercado

2.1.1 Directivas europeas anteriores a las actualmente vigentes

El 26 de febrero de 2014 se aprobaron las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, (en adelante Directiva 2014/24/UE), y 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (en adelante 2014/25/UE), configurando un nuevo marco normativo que pretende incrementar la eficiencia del gasto público,

y que introduce una serie de medidas para facilitar la participación de los operadores económicos, especialmente las pequeñas y medianas empresas (PYME), en todas las fases de la contratación pública, a la vez que dotan al sistema de mayor seguridad jurídica fruto de una consolidada jurisprudencia europea previa. La normativa anterior recogía la necesidad de garantizar un proceso de licitación competitivo que se celebre de forma objetiva, transparente y abierta con el fin de lograr una relación contractual con un grado óptimo de coste- calidad. Este objetivo derivaba de los propios principios del Tratado de la UE, principios fundamentales que se deben observar para licitar un contrato público: no discriminación, igualdad de trato, transparencia, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, libre prestación de servicios y establecimiento libre de licitadores.

Así ya las **Directivas 97/52/CE²**, y **98/4/CE³**, después de las modificaciones producidas tras la celebración, por la Comunidad Europea, del Acuerdo sobre contratación pública en el marco de la Organización Mundial del Comercio⁴ recogen la

² Directiva 97/52/CE, por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los contratos públicos de suministros y de los contratos públicos de obras, respectivamente.

³ Directiva 98/4/CE, por la que se modifica la Directiva 93/38/CEE del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

⁴ Anejo a la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su



obligación de no recabar ni aceptar de una empresa con interés comercial en el contrato, asesoramiento susceptible de ser utilizado en la preparación de especificaciones del mismo, si así se excluye la competencia⁵.

Estas Directivas abrieron a la competencia la adjudicación de los contratos públicos en la Comunidad, coordinando a la vez sus procedimientos de adjudicación. Los objetivos principales de estas Directivas son, entre otros, asegurar que la adjudicación de los contratos públicos, tanto en general como en sectores específicos, se desarrolle, por una parte, de forma transparente y, por otra, respetando la libre competencia.

En iguales términos, el artículo VI, apartado 4, del Acuerdo sobre contratación pública⁶, relativo a las especificidades técnicas dispone que las entidades no recabarán ni aceptarán de una empresa que pueda tener un interés comercial en el contrato, asesoramiento susceptible de ser utilizado en la preparación de especificaciones respecto de un contrato determinado, de forma tal que su efecto sea excluir la competencia.

competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) (DO L 336, p. 1);

⁵ Artículo VI, apartado 4 Directiva 98/4/CE.

⁶ Acuerdo sobre contratación pública BOE núm. 20 de 24 de enero de 1995 | texto de este Acuerdo ha sido publicado en el "Instrumento de Ratificación del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y del Acuerdo sobre Contratación Pública". Marrakech 15 de abril de 1994.

Tanto la **Directiva 92/50⁷**, como la **93/36⁸** y **93/37⁹** introducen artículos específicos en los que se insta a las entidades y poderes adjudicadores a velar por que no se cometa ninguna discriminación entre los diferentes prestadores de servicios, proveedores o contratistas – en la diferente denominación aportada por cada una de ellas-, límites que deben respetar las consultas y asesoramiento realizado en fases previas a la celebración del contrato.

Más significativo y clarificador si cabe, en cuanto a la materia que nos toca, asesoramiento y consulta a los operadores económicos en fases de preparación del contrato, es lo señalado en el décimo Considerando de la Directiva 97/52, cuya redacción reproduce en términos sustancialmente idénticos el decimotercer Considerando de la Directiva 98/4, y que precisa:

«[...] los poderes adjudicadores podrán solicitar o aceptar asesoramiento que pueda ser utilizado para el establecimiento de las especificaciones correspondientes a un contrato determinado, siempre que dicho asesoramiento no impida la competencia».

Acercándonos a la normativa vigente, también el considerando 8 de la derogada **Directiva 2004/18/CE**

⁷ Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en particular su artículo 3, apartado 2

⁸ Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, en su versión modificada por la Directiva 97/52, en particular su artículo 5, apartado 7,

⁹ Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en su versión modificada por la Directiva 97/52, en particular su artículo 6, apartado 6



del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, hacía referencia a esta posibilidad destacando que se podía acudir a la figura del "diálogo técnico" antes de iniciar un procedimiento de adjudicación de un contrato, solicitando o aceptando asesoramiento sobre el mismo, el cual se podrá utilizar para la elaboración del pliego de condiciones que han de regir la licitación siempre que se garantice que el principio de competencia no se viese perjudicado¹⁰.

Por su parte también se regula la posibilidad de consulta con los operadores económicos, aunque en referencia a un procedimiento diferente, en el artículo. 1. 11.c) al referirse a la figura del "diálogo competitivo"¹¹ y en su apartado d) al definir los procedimientos negociados como aquellos en los que se posibilitaba la consulta de los poderes adjudicadores con los operadores económicos de su elección, uno o varios de ellos, para negociar las condiciones del contrato.

La transposición de la directiva reseñada de 2004 no incorporó el denominado "diálogo técnico", sí en cambio transpuso el "diálogo competitivo"¹², el cual ha tenido

¹⁰ Considerando 8 de la derogada Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004

¹¹ Artículo 1.11. c) Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 "El "diálogo competitivo" es un procedimiento en el que todo operador económico puede solicitar su participación y en el que el poder adjudicador dirige un diálogo con los candidatos admitidos a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades, soluciones que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta."

¹² MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO Y PLEITE GUADAMILLAS, FRANCISCO (2011): "La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático", Editorial La Ley. Madrid, página 41. "Desarrollado en el art. 29, e

escaso éxito en su aplicación práctica. Figuras sustancialmente diferentes, aunque ambas tienen su origen en el mismo considerando número 8 de la Directiva transcrita.

Todos estos procedimientos amparan en cierta forma y diferente medida, la participación, asesoramiento y consulta de los diferentes operadores económicos en la preparación adecuada en los contratos pretendidos por los diferentes órganos de contratación, reconociendo la necesidad, en ciertos supuestos de dicha participación para lograr lo que por otros medios no sería posible.

La pretensión de incorporación de estos mecanismos ya apuntados en el 2004, ha sido un deseo de numerosos profesionales en la materia, eso sí para determinados contratos de prestaciones complejas y de difícil definición, que podrían delimitarse y planificarse adecuadamente consultando previamente a los posibles operadores interesados bajo unas normas establecidas. El respeto a los principios comunitarios que culminase en la garantía de la posterior concurrencia pública de cualquier interesado, y el desiderátum de optimizar los recursos públicos, tienen que ser las máximas que deben presidir estas actuaciones de relación entre los operadores privados y públicos. Precisamente ese deseo es el que se ha plasmado en el considerando número 40 y 41 de la Directiva 2014, y así se ha recogido en el articulado de la vigente ley de contratos artículo 115 con otras particularidades.

Aún diferente, todas estas fórmulas de participación en la planificación del contrato deben ir acompañados de procedimientos de transparencia, normalización y fiscalización posterior. La participación de las empresas

incorporados de forma mimética por los arts. 163 a 167, respectivamente, de la LCSP.”



que aporten asesoramiento previo, o hayan participado en cualquiera de las modalidades del procedimiento de la consulta, no debe comportar ningún privilegio respecto de cualquier otra empresa interesada, ni partir con ventaja, en aras a un respeto de los principios de eficacia, efectividad, igualdad, concurrencia y competitividad, contribuyendo a resolver el problema que se quiere acometer con la incorporación en las Directivas y en la Ley de contratos actual, de dichas cláusulas.

2.1.2 Criterios interpretativos que emanan de las Directivas anteriores a las vigentes, continúan activos y plenamente aplicables

No se planten dudas en torno a la posibilidad de participación en la planificación de la contratación pública de operadores externos y que estos accedan en igualdad de términos a los procedimientos de licitación convocados. Es conveniente recordar las conclusiones de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 3 de marzo de 2005 en los procedimientos entre FABRICOM SA Y ÉTAT BELGE, «Contratos públicos – Obras, suministros y servicios – Sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones – Prohibición de participar en un procedimiento o de presentar una oferta para cualquier persona que haya contribuido al desarrollo de las obras, del suministro o de los servicios de que se trata» en los asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03. Reconoce el Tribunal europeo, que las Directivas, 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, y la Directiva 93/38/CEE¹³ se oponen a una

¹³Directiva 93/38/CEE sobre coordinación de los procedimientos de los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, en su versión modificada por la Directiva 98/4/CE

norma conforme a la cual se prohíbe presentar una solicitud de participación o formular una oferta para un contrato público de cualquier modalidad a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a la misma la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia. Asimismo, también la Directiva 89/665/CEE¹⁴, y la Directiva 92/13/CEE¹⁵ se oponen a que la entidad adjudicadora pueda, hasta el final del procedimiento de examen de las ofertas, denegar a la empresa vinculada a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de obras, suministros o servicios la participación en el procedimiento o la presentación de una oferta cuando, al ser preguntada al respecto por la entidad adjudicadora, dicha empresa afirma que no dispone por ello de una ventaja injustificada que pueda falsear las condiciones normales de la competencia. De las conclusiones expuestas se puede observar que, sin duda, es una cuestión que, aunque lejos en el tiempo ha preocupado y sigue preocupando al legislador y jurisprudencia comunitaria. El fundamento 26 de la

¹⁴ Directiva 89/665/CEE relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras.

¹⁵ Directiva 92/13/CEE relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones



citada Sentencia afirma que, la esencia de las Directivas sobre contratos públicos es fundamentalmente el respeto al principio de igualdad de trato, y que, por tanto, su objeto es favorecer el desarrollo de una competencia efectiva y real en los sectores que están dentro de su ámbito de acción. Los criterios de adjudicación del contrato tienen que garantizar dicha competencia (sentencia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p.I-7213, apartado 81 y la jurisprudencia que allí se cita).

Sus fundamentos siguientes recogen jurisprudencia constante sobre el citado principio que exige *“que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente (sentencias de 14 de diciembre de 2004, Arnold André, C-434/02, Rec. p. I-0000, apartado 68 y la jurisprudencia que allí se cita, y Swedish Match, C-210/03, Rec. p. I-0000, apartado 70 y la jurisprudencia que allí se cita).”*

Centrándome en el análisis de la participación de personas en trabajos preparatorios (aquellos que se han encargado de la investigación, de la experimentación, del estudio o desarrollo de obras, suministros o servicios relativos a un contrato público (en lo sucesivo, una «persona que haya realizado determinados trabajos preparatorios»)- tal y como recoge explícitamente el fundamento 29- la sentencia argumenta que evidentemente no se encuentran en la misma posición que una persona que no haya participado, por lo que puede verse favorecida a la hora de formular su oferta por la información que ha podido obtener en la realización de dichos trabajos preparatorios. Corresponde garantizar a los poderes adjudicadores que todos los licitadores gocen de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas (en este sentido,

la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p I-2043, apartado 54).

Ambas situaciones pueden generar un conflicto de intereses, en el sentido de que, tal y como señala acertadamente la Comisión de las Comunidades Europeas, si aquel que ha intervenido en fases previas licita en el mismo contrato público, puede influir involuntariamente en las condiciones de éste, orientándolo en un sentido que le sea favorable. Esta situación podría falsear la competencia entre los licitadores, por lo que el principio de igualdad debe modularse. Pero esta circunstancia no debe significar la prohibición absoluta de participación en la licitación de aquellos participantes en las fases preparatorias, ya que una prohibición absoluta en tal sentido carece de justificación objetiva y es desproporcionada.

De los fundamentos de la misma se puede extraer que la clave para garantizar el principio de igualdad de trato, en consonancia con el resto de principios comunitarios, y en particular en nuestro momento, con los que cada Directiva ha potenciado, es arbitrar un procedimiento que permita evaluar en cada caso concreto si el hecho de realizar determinados trabajos preparatorios proporciona a la persona que los haya llevado a cabo una ventaja competitiva sobre los demás licitadores, pero dando por supuesto que dichas tareas preparatorias de colaboración con sectores privados que pueden optar a la licitación están legitimadas en la contratación europea. Y es precisamente la definición de este procedimiento lo que se ha retomado en el articulado de la actual Directiva y en la LCSP.

En cuanto al ámbito subjetivo para delimitar las personas que pueden participar en las taras preparatorias, y su control, la sentencia indica que en las mencionadas Directivas no hay ningún elemento que permita



interpretar que éstas se refieren únicamente, en lo que atañe a su aplicabilidad, a las empresas que participen o tengan intención de participar en la licitación de un contrato público, a las empresas privadas o que hayan realizado prestaciones a título oneroso, sin que suceda lo mismo con las empresas que no respondan a estas características y que también hayan llevado a cabo tales trabajos preparatorios en el mercado (independientes, colegios profesionales, o, incluso, con carácter excepcional otros operadores).

Teniendo en cuenta el precedente análisis de la Sentencia referenciada, parece que la problemática y soluciones propuestas -interpretando los principios esenciales de los tratados fundacionales de la UE- son viejos conocidos para la jurisprudencia y el legislador comunitario ya que la participación de empresas y operadores públicos y privados en las tareas preparatorias de los contratos europeos ha sido constatada como práctica de funcionamiento. Una realidad que se ha querido obviar en la contratación pública española tanto por la falta de mecanismos establecidos para realizarlas, como cuando estos han existido (diálogo competitivo, asociación para la innovación...) por la propia reticencia del aplicador del derecho, ante la sospecha continua de prácticas ilícitas. Concluyo este apartado con las clarificadoras Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger presentadas el 11 de noviembre de 2004 en los Asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03 Fabricom SA contra État Belge, citados, que indica tajantemente que no existe en las Directivas disposiciones expresas sobre la incapacidad de participar en los procedimientos de licitación de contratos públicos cuando se ha participado anteriormente en la planificación del correspondiente contrato público. Asimismo, afirma que no puede tener lugar discriminación alguna entre los licitadores, cualquiera que sea la etapa del procedimiento de

adjudicación de un contrato público, en virtud de la aplicación de los principios generales en el ámbito de la adjudicación de los contratos públicos, como la libre competencia, la igualdad de trato y la no discriminación.

2.1.3 Consultas preliminares en las actuales Directivas y sus efectos en el ámbito de la contratación pública. Principios inspiradores. Documentos europeos de interés

Es la Directiva 2014/24/UE, la que incorpora junto a otras importantes medidas, la posibilidad de realizar consultas preliminares. No hay que dejar de recordar de nuevo los principios de la contratación en relación a la garantía y seguridad jurídica que se debe proporcionar a los posibles licitadores y que obligan a tratar a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, actuando de forma transparente y proporcionada. El respeto en todas las fases de la contratación a la presente Directiva debe garantizarse sin dar cabida a una posible exclusión de su aplicación ni a restringir artificialmente la competencia. Esta restricción se producirá cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos¹⁶.

La adjudicación de contratos públicos ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no

¹⁶ Artículo 18.1 Directiva 2014/24/UE



discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia ¹⁷.

Y todo ello para desempeñar un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador»¹⁸.

Las obligaciones de información del poder adjudicador a los licitadores derivan del propio principio de transparencia que debe guiar toda su actividad contractual y que comprende dos manifestaciones: información activa y acceso a la información¹⁹.

Tanto la transparencia como la competencia se colocan así en una posición destacada respecto al resto de principios, sólo una contratación pública transparente garantiza un mercado interior en funcionamiento real. Igualmente, la garantía del principio de competencia, es la que aporta seguridad jurídica para que los licitadores se coloquen en posición de igualdad y las licitaciones no queden falseadas. Son varios los artículos de las Directivas que recogen Medidas de transparencia, destacando especialmente los artículos 48-55, agrupados bajo la Sección 2, sobre «Publicación y transparencia», de la que puede resaltarse aquí el artículo 55, referido a la información a los candidatos y licitadores.

Precisamente estos dos principios son los que tienen que estar presentes en el diseño, puesta en práctica y posteriores actuaciones de los poderes adjudicadores respecto a las consultas preliminares que pretendan

17 Considerando 1 Directiva 2014/24/UE.

18 Considerando 2 Directiva 2014/24/UE

19 VÁZQUEZ LACUNZA, ESTELA (2018): "Obligaciones de información del poder adjudicador a los licitadores" Contratación administrativa práctica: Revista De La Contratación Administrativa y de Los Contratistas, Nº. 158.

realizar en fase de preparación de los contratos, y tal y como han sido diseñadas por el legislador en el artículo 115 de la LCSP, y en último término en busca de una contratación eficaz.

Pero ¿Qué son las consultas preliminares en el mercado, en nuestra actual normativa?

El concepto "consultas del mercado" se recoge por primera vez ²⁰ en el artículo 40 de la vigente Directiva europea, dentro del apartado que regula las normas aplicables a los contratos públicos, y más concretamente en los artículos referentes a las actuaciones preparatorias que desarrollan el procedimiento. Son de vital importancia las actuaciones preparatorias para que el proceso contractual culmine con éxito, tanto desde el punto de vista del coste eficacia de la necesidad que se persigue contratar, como del momento posterior de ejecución del contrato y la problemática que puede ocasionar.

²⁰ La Directiva 2014/24/UE recoge en el TÍTULO II "Normas Aplicables a los Contratos Públicos", capítulo III "Desarrollo del procedimiento" Sección 1 "Preparación" en su artículo 40 por primera vez este concepto con el tenor literal siguiente: "Antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación. Para ello, los poderes adjudicadores podrán, por ejemplo, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación, siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia."



Así se configuran en el actual marco normativo como una herramienta a utilizar potestativamente por los poderes adjudicadores para preparar un concreto procedimiento contractual, o para exponer públicamente las futuras licitaciones y requisitos de sus programas de contratación. Consisten tanto en la solicitud como en la aceptación de asesoramiento de expertos, autoridades independientes o de participantes en el mercado, siempre que se respeten los principios de no discriminación y transparencia. La defensa de la competencia es la espada de Damocles que servirá para graduar la sujeción a la legalidad vigente de esta herramienta jurídica.

El término consulta, según el Diccionario de la Real Academia Española, se refiere a la acción y efecto de consultar, al parecer o dictamen que por escrito o de palabra se pide o se da acerca de algo o a la conferencia entre profesionales para resolver algo.

Otros significados asociados al término son la petición de información, opinión o consejo sobre una materia determinada, y la búsqueda de información en una fuente de documentación para aprender una cosa o para aclarar una duda.

Dichos significados pueden aplicarse al referido artículo 40, es consulta tanto la petición de información, opinión o consejo sobre una determinada contratación que se pretenda realizar y sobre la que existe duda o desconocimiento, al mercado, como la búsqueda de información por la entidad adjudicadora, en una fuente de documentación, para definir determinados aspectos sobre los que no se tenía suficientes conocimientos previos. Ambos son útiles en sectores donde la especialidad es muy importante, nuevas tecnologías, sanidad, que junto con la falta de experiencia y especialización (la mayoría del mundo del derecho, y pocos economistas, ingenieros, etc) de los gestores administrativos hacen necesarios que se compartan

conocimientos con otros agentes que están habituados a ello.

El proceso de consultas no sólo está dirigido a preparar la licitación, asimismo se pretende informar a los operadores económicos de los planes y requisitos de contratación, en esta última fase no existe "feed back" o retroalimentación, sólo la administración en una dirección comunica sus planes de contratación. Es una medida más de publicidad y transparencia, que como principios transversales se han alojado en todas las fases del proceso contractual en nuestra reciente normativa.

Analizando los sujetos a quien se puede consultar, el artículo plasma un abanico de entidades, tanto expertos como autoridades independientes, pero también las empresas participantes en el mercado. Ya he señalado como las viejas Directivas europeas y la jurisprudencia comunitaria están más acostumbradas a la participación de todas estas entidades en las fases previas de la licitación. No solo las empresas privadas, si no las públicas y otros entes que en apariencia pueden no estar afectados por intereses particulares, pueden participar si dicho interés puede ser utilizado por la administración, garante del interés general, para defender este último.

El límite de todas ellas la vulneración de los derechos fundamentales clásicos europeos, igualdad, competencia, no discriminación y transparencia.

Por su parte el Artículo 41 "Participación previa de candidatos o licitadores" complementa al anteriormente significado, y obliga a implementar medidas adecuadas para que no se produzca el falseamiento de la competencia²¹.

²¹ Artículo 41 Directiva 2014/24/UE, en los siguientes términos: "Cuando un candidato o licitador, o una empresa vinculada a un candidato o a un licitador, haya asesorado al



El término “adecuadas” para definir las medidas a adoptar para no falsear la competencia, si bien es impreciso, deja un amplio margen al legislador estatal para definir cuáles son las que se consideran más convenientes por cada poder adjudicador y en cada territorio, y así adaptarse a las particularidades, capacidades y defectos más habituales que en los Tribunales contractuales han aflorado y que se pretenden corregir.

No obstante, el artículo obliga a incluir la comunicación a los demás candidatos de la información intercambiada en la participación del mismo, tanto en la preparación del procedimiento o como resultado de ella, de nuevo publicidad y transparencia como garantía de prácticas colusorias y/o corruptas. Incluye también la obligatoriedad de que los plazos establecidos sean adecuados para la preparación de las ofertas y su presentación por los potenciales licitadores, haya o no hayan participado en el proceso previo. El haber

poder adjudicador, sea o no en el contexto del artículo 40, o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, el poder adjudicador tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia.

Estas medidas incluirán la comunicación a los demás candidatos y licitadores de la información pertinente intercambiada en el marco de la participación del candidato o licitador en la preparación del procedimiento de contratación, o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la recepción de las ofertas. El candidato o el licitador en cuestión solo será excluido del procedimiento cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

Antes de proceder a dicha exclusión, se dará a los candidatos o licitadores la oportunidad de demostrar que su participación en la preparación del procedimiento de contratación no puede falsear la competencia. Las medidas adoptadas se consignarán en el informe específico previsto en el artículo 84.”

participado en un proceso de consulta no puede generar ventaja competitiva alguna, y un estudio previo de la pretensión del órgano contratante puede dar lugar muy posiblemente a una disminución de los plazos necesarios para preparar una oferta de calidad y enfocada a cumplir los objetivos del poder adjudicador, ya que el estudio de las necesidades y su viabilidad es el punto de partida de una oferta de calidad.

Aspecto importante y con el que cierra el artículo es la remisión a la necesidad de que las medidas adoptadas se consignen en un Informe específico previsto en el artículo 84 y documentado, que obliga a incluir por escrito, sobre cada contrato al menos determinada información que se reseña y que permite conocer la voluntad y decisiones del órgano de contratación en cada fase del procedimiento de contratación, en este ámbito la documentación relativa a las comunicaciones con los operadores económicos y las deliberaciones internas, junto del resto de documentación que conforma la preparación de los pliegos de la contratación

El legislador europeo ha dejado amplio margen para diseñar las medidas que pretendan asegurar el respeto de los principios de publicidad, y por tanto transparencia y del propio principio de competencia junto con el de igualdad, y que pueden llegar incluso hasta la posibilidad de exclusión de algún participante si se demuestra que su participación vulnera los citados principios, en particular el de igualdad de trato, pero siempre interpretado de forma restrictiva (si no existiese otro medio de garantizar dicho principio) y arbitrando trámites (audiencia) que posibiliten garantía de defensa del candidato sospechoso de falsear la competencia.



En este sentido la misma Directiva²² lleva a considerar causa de exclusión aquellos comportamientos fraudulentos en los que los operadores económicos intenten influir en el proceso de toma de decisiones, obtener información confidencial que le confiera ventajas o activamente proporcionar información engañosa para influir de manera significativa en las decisiones relativas tanto a la exclusión, selección o adjudicación.

Fundamental parece también conocer qué tipo de información ha sido proporcionada por cada agente para garantizar si dicha información ha sido utilizada en el proceso de adjudicación de una forma ilícita, garantizando igualmente en consonancia con las conclusiones expuestas de la Sentencia Fabricom, que pueda ser impugnadas aquellas prácticas ilegales. Solamente desde el conocimiento pueden llegarse a defenderse a través del recurso los intereses particulares que se sienten conculcados. Asimismo, y en relación con la garantía de defensa, la propia Sentencia referenciada incide significativamente en la necesidad de habilitar fórmulas de recurso en fases previas a la adjudicación, cuando las empresas vinculada a prácticas ilícitas si son excluidas puedan ejercer su derecho a la defensa a través del oportuno recurso que le permita la anulación de la decisión de exclusión cuando se cumplan los requisitos correspondientes.

Los artículos referenciados, deben tenerse presentes a la luz de sus efectos en nuestro ordenamiento jurídico. A este respecto se constata que el artículo 40 reseñado tiene efecto directo al ser claro, preciso e incondicionado (el carácter potestativo de la consulta no se refiere a los Estados miembros, sino a cada uno de los poderes adjudicadores)²³. Los poderes adjudicadores podrán, y

²² Artículo 57.4.i) Directiva 24/2014 UE.

²³Tribunales administrativos de contratación pública en el documento de estudio presentado y aprobado en reunión de

así lo han hecho, en consecuencia, acudir a esta técnica y en dichos términos, para planificar adecuadamente la licitación, ya desde la entrada en vigor de la Directiva referenciada.

No hay que olvidar que el efecto directo del Derecho europeo fue consagrado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Van Gend en Loos del 5 de febrero de 1963. En esta sentencia, el Tribunal declara que el Derecho europeo no solo genera obligaciones para los países de la UE, sino también derechos para los particulares. En consecuencia, los particulares pueden alegar estos derechos e invocar directamente normas europeas ante las jurisdicciones nacionales y europeas. Por lo tanto, no es necesario que el país de la UE recoja la norma europea en cuestión en su ordenamiento jurídico interno, o si lo recoge, en todo caso, supondrá que deberá limitarse y definirse bajo una lectura adecuada de lo dispuesto por la normativa europea. Este efecto directo únicamente afecta a determinados actos europeos con determinadas características que los artículos referenciados relativos a las consultas preliminares poseen²⁴.

También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, analizó, los “efectos” de las directivas de contratación

Madrid, el 1 de marzo de 2016: “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”.

²⁴ Ver el interesante y educativo trabajo de GIMENO FELIÚ, D. JOSÉ MARÍA (2016) “El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado y Navarra” Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) WP nº 30. Universidad Complutense Facultad de Derecho, Madrid.



pública una vez finalizado el plazo de transposición, en el Informe 17/2015, de 3 de diciembre- como también, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente), en su Informe 1/2016, de 6 de abril, remitiéndose a otro Informe 19/2014, de 17 de diciembre, si bien específicamente en relación con la aplicabilidad de sus previsiones con incidencia en materia de pymes.

No solo las consultas preliminares se recogen en la Directiva 2014/24/UE estudiada, también la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, las regula en su artículo 58, como un mecanismo a utilizar en fase de preparación de los expedientes de contratación. Tales consultas se configuran igualmente como un instrumento apropiado para que las entidades contratantes, (a fin de garantizar la apertura a la competencia en estos sectores cuya característica principal es el carácter cerrado de los mercados en que operan), puedan obtener la información necesaria para configurar una futura licitación en estos sectores, así como informar a los operadores económicos acerca de sus planes y requisitos de contratación. En similares términos al artículo 40 de la Directiva 24/2014/UE, el mencionado artículo 58 establece²⁵ el reconocimiento y

²⁵ Artículo 58 Directiva 2014/25/UE "Antes de iniciar un procedimiento de contratación, las entidades adjudicadoras podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y requisitos de contratación". Para ello, las entidades adjudicadoras podrán, por ejemplo, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación, siempre que dicho asesoramiento no tenga

procedencia de las consultas preliminares para su aplicación a estos sectores.

Se encontraba en fase de tramitación parlamentaria la legislación nacional a través de la que se incorporaría al ordenamiento jurídico español la citada Directiva 2014/25/UE, si bien ha quedado caducada el 5 de marzo de 2019, tras la publicación del Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones. El Proyecto de Ley que lo regulaba había sido presentado el 25 de noviembre de 2016, al mismo tiempo que se presentó el Proyecto de LCSP, por lo que ha supuesto un grave incumplimiento español del derecho de la UE por la falta de trasposición de la directiva de contratos públicos en los sectores especiales ²⁶No obstante, dado que la LCSP, que regula en idénticos términos a los indicados en el párrafo anterior este tipo de consultas, estableciendo las líneas definidoras del procedimiento a desarrollar para su realización con sometimiento a los principios que inspiran la regulación de la Unión Europea sobre la materia, numerosas administraciones están utilizando para la realización de consultas en estos sectores, procedimientos análogos al que recoge el artículo 115 de Ley 9/2017.

por efecto falsear la competencia y no dé lugar a infracciones de los principios de no discriminación y transparencia”.

²⁶ MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO (2019): “Grave incumplimiento español del derecho de la UE por la falta de trasposición de la directiva de contratos públicos en los sectores especiales”. Observatorio español de Contratación Pública

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.495/reلمenu.3/chk.c3df68dccccd123259287579f11b14f71>.

Consultado 29/04/2019



Como corolario, y en síntesis realizaré unas breves conclusiones al propio contenido de los artículos citados (en similares términos la mayor parte de la doctrina que ha analizado la materia²⁷):

- Nos encontramos ante una herramienta potestativa para el órgano de contratación, que se articula en fase preparatoria de la licitación.
- Su uso no está vinculada al desarrollo de ningún procedimiento de adjudicación en particular, si bien es incuestionable su utilización para compras públicas innovadoras; la pretensión de utilización abarca a todo tipo de contratos, será los operadores jurídicos los que determinarán las ventajas e inconvenientes de su utilización en el supuesto concreto.
- Tiene dos objetivos, la preparación del concreto procedimiento contractual para el que se usa; y publicitar los programas de contratación diseñados o a diseñar por los poderes adjudicadores, así como sus requisitos.
- El ámbito subjetivo de las consultas abarcan tanto el asesoramiento a los poderes adjudicadores que puede provenir de distintas instancias: expertos, autoridades independientes, operadores del mercado, con intereses particulares o generales en juego; como la consulta en el procedimiento establecido.
- El legislador europeo ha dejado amplio margen para diseñar las medidas que en todo caso deben respetar los principios de publicidad, y por tanto transparencia y los principios de competencia junto con el de igualdad
- Son revisables por los Tribunales.

²⁷ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (2018): "Consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las «compras públicas inteligentes»". Revista española de Derecho Administrativo nº 191 Abril - Junio 2018, páginas 77-106.

No quiero terminar sin aludir a las referencias que se hacen a las consultas preliminares al mercado en determinados documentos europeos que ayudan a comprender su filosofía, y su posible utilización.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones los líderes de la Europa del mañana: la Iniciativa sobre las empresas emergentes y en expansión {SWD(2016) 373 final} Estrasburgo, 22.11.2016 COM(2016) 733 final, las consideran junto con las asociaciones para la innovación como dos potentes medios para que las empresas emergentes y en expansión presenten sus productos innovadores responsables de la contratación pública, lo que facilitaría que estas empresas ganaran contratos públicos. Recuerdan que los contratos públicos pueden ayudar a las actividades de expansión, ya que la contratación pública con un mercado con un valor de 2 billones EUR en el momento del estudio, representa un gran potencial de crecimiento para dichas empresas que no obtienen una cuota representativa de los contratos públicos proporcional o su peso en la economía. Consideran que para mejorar la captación de empresas emergentes y en expansión es necesario un mayor apoyo a las autoridades contratantes para que utilicen las oportunidades de mercado y las herramientas modernas de contratación.

La "Guía para autoridades públicas sobre la contratación pública de innovación" (cuyo título original en inglés es "Guidance for public authorities on Public Procurement of Innovation" y cuyo autor es Abby Semple, Public Procurement Analysis) que se asienta sobre la colaboración estrecha entre el empresario y la entidad pública contratante, puesto que comparten la mayor parte de la definición de la solución innovadora para



atender la necesidad pública que necesita cubrirse, y comparten también los costes, riesgos y beneficios del resultado de la innovación²⁸, destaca la posibilidad de realizar consultas preliminares del mercado y la contratación precomercial (CPC) para posibilitar la compra pública de innovación y recoge en tres pasos que luego detalla, y a los que me remito, los hitos de realización de una consulta preliminar, que a continuación resumo:

1. Decisión el ámbito de la consulta, mediante una investigación inicial y evaluación de necesidades de áreas y de usuarios, así como las innovaciones potenciales necesarias para satisfacerlas. Búsqueda de información complementaria y análisis de mercado para determinar a qué niveles debe dirigirse.

2. Elección del formato y el plan, con intención de implicar a los proveedores/interesados identificados, para lo que se valorará la utilización de diferentes medios de realización de tales consultas (cuestionario o encuesta, formularios escritos, entrevistas presenciales, reuniones telefónicas u online, jornadas y presentaciones de proveedores, etc). Se indicarán con claridad los plazos y los recursos necesarios para que la consulta funcione, a la que se unirá los documentos informativos que se pretendan realizar.

3. Consulta y obtención de la información. Este paso se corresponde con la parte externa de la consulta, en la que se debe publicitar un anuncio de información previa, igualmente difundir la información en webs de interés de la industria, pudiéndose incluso notificar

²⁸ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL (2015): "Guía europea para autoridades públicas sobre la contratación pública de innovación" Observatorio de Contratación Pública, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.209/reلمenu.3/chk.da1a01f3d21f2fc5096ec82725c7df49-> Consultado 30/05/2019

directamente a los proveedores siempre que sea posible. Se archivarán los posibles contactos, y se preparará un resumen de los resultados y de sus implicaciones para el procedimiento de contratación. Se garantizará la confidencialidad de cualquier información facilitada por los participantes, tomándose medidas para evitar distorsiones de la competencia.

Es la fase preparatoria de los contratos de tal importancia que es posible afirmar que los errores frecuentes, de mayor gravedad y posiblemente más costosos son aquellos que surgen de una planificación inadecuada. El respeto de los principios generales de la contratación debe ser garantizado en todas las fases de la vida de los contratos, pero es en esta fase dónde pueden verse más fácilmente conculcados si ponemos el punto de atención en el principio de igualdad y competencia²⁹.

2.2 Regulación de las consultas preliminares en la legislación española. Doctrina administrativa emitida en la materia

2.2.1 La nueva Ley de Contratos del Sector Público

Hay que llegar a nuestra actual ley de contratos³⁰, LCSP, para encontrar una regulación expresa y un intento de

²⁹ Servicios de la Comisión en Colaboración con el Banco Europeo de Inversiones (2015): "Guía práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeo" Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

³⁰ El precedente inmediato de la actual regulación puede encontrarse en el 56 del TRLCSP de manera escueta, pero en



normalización en la materia, con la pretensión de lograr unos objetivos más ambiciosos que los recogidos en las anteriores leyes de contratos, y que ya se determinan en su preámbulo, lograr una mayor transparencia y una mejor relación calidad-precio. Estas medidas contribuirán junto con otras, como el diseño de los criterios de adjudicación, a obtener obras, suministros y servicios de gran calidad. La inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato como criterios de adjudicación son uno de los caminos utilizados para su consecución.

Transparencia que como hemos visto unida al principio de publicidad y la consecución de una mejor relación calidad precio, son unas premisas que deben guiar la operativa de preparación de los contratos que se pretendan³¹.

Es en el artículo 115 donde el legislador estatal ha traspuesto el considerando 40 de la Directiva 2014/24/UE, artículo aplicable a las Administraciones Públicas. Igualmente, si se trata de un poder adjudicador no Administración pública, atendiendo al artículo 317, para los contratos sometidos a regulación armonizada

esencia con la misma filosofía impuesta en las Directivas comunitarias de aplicación. Eso sí, no se establecía una metodología ni un procedimiento que normalizase la participación de empresas en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, aunque sí reconocía la existencia de dichas prácticas. El respeto al principio de libertad de concurrencia, evitando el trato privilegiado era el límite a dicha participación.

³¹ Servicios de la Comisión en Colaboración con el Banco Europeo de Inversiones (2015): "Guía práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeo" Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

(SARA) acudiremos al procedimiento del artículo 115, cual Administración. En cambio, si estamos ante un contrato no SARA no será necesario³², sin perjuicio de que los considerandos de las Directivas deban inspirar su uso.

El legislador prevé expresamente la posibilidad de realizar tanto estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos para preparar correctamente la licitación, como informar a los operadores económicos acerca de sus planes y requisitos para concurrir al procedimiento pretendido (doble vía al igual que el artículo 40 de la Directiva estudiada). Alude expresamente a la posibilidad de asesoramiento de terceros entre los que cita a expertos o autoridades independientes, colegios profesionales, dejando en último término y con carácter excepcional a operadores económicos activos en el mercado.

De la redacción de la Ley se desprende que las consultas pueden realizarse con carácter potestativo, eligiendo el órgano de contratación la utilización de una o varias herramientas o medios, siendo los estudios de mercados uno de ellos.

En los párrafos precedentes hemos transcrito varias definiciones del término consultas, procede ahora hacer lo mismo con los estudios de mercado, dado que el legislador ha querido situar dicho concepto en un lugar preponderante que indica la voluntad de incentivar su aplicación, y que nos permite profundizar un poco más en estas técnicas usuales en el ámbito privado.

³² VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER FCO. (2019): "Consultas preliminares desde la óptica de los poderes adjudicadores y las empresas" Contratación Administrativa Práctica Nº 162, julio-agosto 2019.



Se puede conceptualizar los estudios de mercado como el conjunto de acciones que se llevan a cabo para saber la respuesta del mercado, oferta (proveedores y competencia) y demanda, ante un producto o servicio. Su objetivo es conocer las características del producto o servicio que existe o puede existir, y su introducción en el mercado, así como quienes son los interlocutores de cada sector, y el precio y su evolución tendencial. Si se realiza un buen estudio de mercado conoceremos la distribución temporal y geográfica del mercado de demanda. Cuál ha sido el comportamiento de la misma históricamente y la proyección que se espera, especialmente en productos o servicios que tienen determinadas ventajas competitivas o valores añadidos, lo que puede determinar en el ámbito del sector público que se revolucione el sector y aumente la oferta, potenciando y beneficiando no solo a la administración sino a los competidores privados que ven salida a su negocio. Estos estudios también se han utilizado en numerosos países latinoamericanos, como señalaré al analizar las experiencias del exterior, tomando como punto de partida el documento "Mejorando la Contratación Pública en el ISSSTE para Obtener Mejores Resultados" publicado por la OCDE³³, concretamente su capítulo 3 denominado "Lograr una buena relación de calidad-precio: Inteligencia de mercados en el ISSSTE" que analiza detalladamente el funcionamiento de esta técnica, su problemática y sus propuestas de implementación, relatando asimismo su uso en otros países como Italia, Noruega o Okinawa.

Por otro lado, y en cuanto al ámbito subjetivo de las consultas nuestra legislación asume a todas las entidades establecidas en el artículo 40 de la Directiva

³³ Mejorando la Contratación Pública en el ISSSTE para Obtener Mejores Resultados. In series: Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública Published on January 22, 2016

concretando además algunas otras como terceros asesores de los órganos de contratación, a tal ejemplo los colegios profesionales, sin olvidar incluir dentro de este ámbito, las universidades, ONGS y otras entidades que defienden intereses particulares, grupales o generales. En definitiva, cualquier operador que participe en el mercado o tenga conocimiento del mismo, debiéndose interpretar en sentido amplio la posible participación de los entes a los que alude la norma.

Tanto el detalle en la definición del ámbito subjetivo y objetivo de las consultas, como los medios a utilizar hacen patente el exceso de reglamentismo que informaba todo el anteproyecto de la Ley, y que luego ha recogido la misma, siendo la regulación excesivamente prolija también en esta materia. No obstante, es indudable el valor de las consultas preliminares como método adecuado para favorecer la eficiencia económica, configurándose como un instrumento óptimo para satisfacer las necesidades perseguidas con los contratos y la idoneidad de sus objetos y contenidos.³⁴

Aun así el texto de la norma nos permite focalizar las premisas básicas que deben regir cualquier consulta: deben garantizar la igualdad de trato a la hora de realizar la consulta- a una pluralidad de sujetos- y recibir la información que puede ser formal o informal; no puede reconocerse como criterio preferente de adjudicación o como valor ponderable favorable a la misma el hecho de haber participado (recogido ya por la jurisprudencia); la Administración no puede revelar a los participantes en el proceso las soluciones propuestas por los otros intervinientes (se incluye a su instancia en la Ley); el

³⁴ Así se recoge en el Dictamen del Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 10 de marzo de 2016, al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.



resultado debe concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos, no objetos concretos que puedan ser prestados por un solo licitador.

No hay que dejar de señalar que el texto definitivo acuñado en la LCSP ha sido fruto también de las diferentes aportaciones de los grupos parlamentarios presentes en el Congreso³⁵, sin perjuicio que el texto

³⁵ Enmiendas al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, NÚM. 2-2, DE 16/03/2017. Han presentado enmiendas la práctica totalidad de los grupos políticos con representación parlamentaria, Grupo Parlamentario Mixto, Esquerra Republicana, Ciudadanos -que reseñan expresamente el riesgo de captura del órgano de contratación, señalando la posibilidad de vulnerar el principio de igualdad de acceso y no discriminación, por lo que proponían la supresión de la posibilidad de consultas con operadores concretos y lo limitaba a expertos o autoridades independientes-, Socialista -proponiendo la eliminación del texto del proyecto a la participación de los representantes sectoriales (asociaciones profesionales) de la posibilidad de asesoramiento acogiendo una recomendación de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia-, Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea que incide en que existe mayor justificación en la utilización de las consultas por la administración para aquellos contratos de importes más altos, en los que el gasto que supondrá la contratación debe ser lo más certero posible y esté basado en estudios de apoyo (obligatorios) que ratifiquen el enfoque de la licitación, pudiendo utilizarse además para ayudar a determinar el precio y las condiciones sociales y medioambientales del concurso en cuestión evitando de esta manera que los importes se distorsionen.

final no haya ensamblado las colaboraciones correctamente, si eso era posible.

Sin embargo, todos los grupos coincidían en la necesidad de que la publicidad de la que van a ser objeto estos estudios y consultas se realicen siempre en el perfil del contratante, evitando una fórmula vaga como "difusión en internet" de manera que se facilite la búsqueda y la participación a los actores interesados en general y a la ciudadanía en particular (recordemos que la legislación Navarra permite excepcionar tal posibilidad, con el área de discrecionalidad que puede generar). Como ya he señalado la publicidad así realizada es fundamental para poder llevar un control, seguimiento adecuado y publicidad al más alto nivel, la transparencia goza en este punto de un canal adecuado que salvaguarda en definitiva los principios contractuales europeos. El límite a la difusión de la información suministrada no está justificada, salvo en supuestos de secretos comerciales o confidencialidad ya protegidos por la Ley.

Profundizando en el análisis del propio artículo 115 de la LCSP se observa que determinados términos, precisamente por el excesivo detalle de la norma, llevan a confusión, entre ellos la utilización del adjetivo "activos" respecto a los operadores económicos, ya que puede resultar más adecuado y ajustado a la configuración de esta herramienta no circunscribirlo a este ámbito (recordar que en el punto primero del artículo 115.1 mantiene el término al referirse al asesoramiento de los operadores económicos activos en el mercado, para luego indicar que sólo se recabará "con carácter excepcional" y con determinado orden de prelación..., redacción muy poco afortunada).

Asimismo, al no diferenciar en el texto lo que es la participación en las consultas preliminares mediante la formulación de cuestiones y presentación de soluciones,



y el asesoramiento de terceros, retribuido, la práctica podrá llevar a diferentes interpretaciones que generarán conflictos que podrían haberse evitado.

Como aspecto clave también hay que señalar que el término asesoramiento incluido al inicio del 115.2 no clarifica la posibilidad de utilizar otros formatos, así podría haber sido conveniente sustituirlo por otro/s más amplios ya que el mismo sólo es una modalidad de poder realizar las consultas preliminares al mercado *"las preguntas, respuestas y propuestas obtenidas durante la consulta preliminar del mercado, el asesoramiento realizado por terceros -que excepcionalmente pueden ser no operadores económicos-, o cualquier otra vía de información o de estudio"* para no conducir a un error de interpretación ³⁶.

Ante la confusión que el propio precepto genera, será la práctica contractual la que nos lleve seguramente a aclarar su uso, o a diferentes interpretaciones, y por tanto a un muy posible recurso para conocer la adecuación a la ley de las consultas realizadas.

En cuanto a la aplicación a los diferentes procedimientos y ámbitos existe unanimidad en la conveniencia de incluir como obligatorio el trámite de las consultas preliminares del mercado en el procedimiento de

³⁶ En estos términos se manifiesta la Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016). Elaborado por los siguientes miembros del Observatorio de Contratación Pública: José María Gimeno Feliú y José Antonio Moreno Molina (Directores); Carmen de Guerrero Manso; Rafael Fernández Acevedo; Isabel Gallego Córcoles; Ximena Lazo Vitoria; Teresa Moreo Marroig; Teresa Medina Arnáiz y Patricia Valcárcel Fernández, 30 de enero de 2017

asociación para la innovación, o en aquellos que de una manera significativa la innovación tenga un peso fundamental, en contratos complejos o en aquellos que se configuren estratégicos en los ámbitos social o medioambiental, , sin perjuicio de que se pueda utilizar el resto de procedimientos que la Ley habilita. Desde Europa se preconiza su aplicación y establecimiento con carácter general en el ámbito de las relaciones contractuales público privadas, prácticas europeas que la norma recoge.

En mi opinión en la práctica administrativa, teniendo en cuenta los medios humanos y materiales con los que cuenta la mayor parte de las organizaciones públicas es difícil utilizar esta herramienta en todos los contratos que se liciten sin considerar los contratos complejos en los que no hay duda de su utilidad. Habrá que poner el foco de atención en determinados aspectos sobre los que se generen dudas que los operadores jurídicos no sean capaces de resolver, y respecto de los que puedan aportar mejoras significativas el mercado para su correcta definición y ejecución.

En este sentido se podrá comprobar como en este año de utilización de las consultas preliminares por numerosos órganos de contratación han pasado de aplicarse casi en exclusiva para contratos relacionados con la innovación y la alta tecnología, especialmente en el ámbito sanitario y de defensa, a un uso común para definir determinados aspectos que las unidades redactoras de los pliegos no saben concretar para adecuarlos a lo dispuesto en la actual Ley de contratos, como veremos y a título ejemplificativo hay que señalar que muchos de ellos lo circunscriben a la determinación del coste de los servicios, coste del ciclo de vida, criterios de adjudicación, aspectos laborales, medioambientales,



deficiencias en documentos previos en contratos complejos pero ya existentes, exclusivos, etc.

La plasmación en el articulado de la Ley de las consultas preliminares, permite reconocer el valor de las mismas como método adecuado para favorecer la eficiencia económica, configurándose además como un instrumento conveniente para satisfacer las necesidades perseguidas con los contratos y la idoneidad de sus objetos y contenidos.

2.2.2 Doctrina administrativista emitida en la materia

No son desdeñables los pronunciamientos de los Tribunales administrativos de Contratación Administrativa y las Juntas Consultivas que han abordado la problemática incipiente de la participación de los operadores económicos en las fases de definición del contrato. Abordan aspectos relativos a los vicios derivados de la participación de los operadores respecto a la garantía de aplicación de los principios comunitarios, al establecimiento de criterios de adjudicación en los que se valora la ventaja de la participación previa, hasta llegar en uno de sus últimos pronunciamientos a definir y analizar detalladamente las particularidades de las consultas preliminares tras la definición por la Directiva 18/2014, lo que permite un acercamiento a sus aspectos claves:

Ya analizando la aplicación de la Ley 13/95 se encuentran pronunciamientos al respecto. Son unánimes las consideraciones emitidas que concluyen solamente para quedar excluido de la licitación es necesario que la participación en la elaboración de las especificaciones técnicas de los contratos -sometidos a la Ley 13/95- pueda provocar restricciones a la libre competencia o la obtención de un trato de favor, y que dicha regulación ya se desprendía del texto del artículo 53.3 que era claro

y explícito. En este sentido las apreciaciones del Tribunal al referirse a que el ámbito de aplicación de la redacción de un Plan Director puesto de manifiesto a todos los interesados, los técnicos competentes para redactar un proyecto, dentro de un plazo razonable, pueden concurrir en situación de igualdad a la adjudicación del proyecto, elaborando una Propuesta Técnica acomodada a dicho Plan³⁷

No obstante, también la valoración positiva de la participación en fases previas ha sido una constante, al configurarlas como un mecanismo recomendable dirigido a la consecución de contrataciones públicas más eficaces y eficientes, y una pieza fundamental de una adecuada planificación y preparación de los procedimientos de contratación pública³⁸. Se puede concluir, por tanto, siguiendo dichos informes, que son un instrumento de facilitación del acceso de las PYME a la contratación al posibilitar que participen con carácter previo.

Para conjugar ambas posturas, la solución propuesta tanto por la doctrina como por la jurisprudencia emitida al efecto, -e incluso por agrupaciones de entidades pertenecientes al Sector Privado, que también deben velar por la garantía de unas licitaciones transparentes- es la necesidad de regular las consultas preliminares al mercado con objeto de evitar la participación irregular de los operadores económicos en la definición de las características del contrato, entre otras medidas destinadas a promover la integridad y luchar contra la corrupción. La participación no puede dar lugar a una

³⁷ Vid. Informe de la Junta valenciana la STS de 24 de noviembre de 2004.

³⁸ Vid. Informe 19/2014, de 17 de diciembre (JUR 2015, 20573) emitido por la JCCA de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente).



exclusión automática del operador económico en el procedimiento de licitación posterior, pero exige adoptar medidas para que su participación en el procedimiento no falsee la competencia, por ello se exige que se dé publicidad a esa participación y se actúe con la máxima transparencia. Bien utilizada, debe favorecer una adecuada planificación del contrato y de las necesidades a cubrir.³⁹

Por su parte y en el ámbito de la definición de los criterios de adjudicación, ya numerosos pronunciamientos jurisprudenciales son claros al considerar discriminatorio la inclusión de un criterio de valoración de ofertas que otorgue puntuación por haber participado en actuaciones preparatorias del contrato que tengan contenido económico respecto a licitadores que no habiendo participado en dichas actuaciones previas sean objetivamente idóneos para la ejecución del contrato. Todo ellos y a pesar de que la normativa vigente admite la participación de los operadores económicos con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, lo hace bajo determinadas condiciones que deben salvaguardar adecuadamente los principios rectores de la contratación pública, especialmente el de concurrencia y el de igualdad.⁴⁰ (en similares términos el expte. TACRC – 989/2017).

Aspecto clave es el diseño y configuración de la participación en la consulta ya que es la que determina el éxito o fracaso de un eventual recurso contra las mismas, “no puede oponerse una restricción a la

³⁹ Vid. Informe 20/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Anteproyecto de Ley de Integridad y Ética Pública. Aspectos relativos a la contratación pública.

⁴⁰ Vid. Informe 32/15, de 13 de julio de 2017. Inclusión como criterio de valoración de la participación previa en las actuaciones preparatorias de un contrato

competencia cuando la mercantil consultada no puso reparo a la definición previa”, así se ha reconocido en la Resolución 1093/2017 del TACRC que además realiza un análisis detallado y definición de las denominadas consultas preliminares. Las conceptúa como: *“el conjunto de las políticas y procedimientos que se prescriben para la realización de estudios y evaluaciones del mercado con la finalidad de llegar a la solución más adecuada para adquirir obras, bienes y servicios, principalmente en entornos en los que las prestaciones contratadas son particularmente complejas”*. Con ellas, sigue señalando el Tribunal, lo que se pretende es alcanzar una planificación máxima en materia de contratación del sector público, de forma general apartándose de la motivación de la necesidad del objeto contractual ad casum. Después de analizar los dos ámbitos en los que se proyecta el proceso de planificación en la contratación del sector público a nivel europeo, el material, dirigido a determinar las necesidades públicas que se hayan de satisfacer durante un período más o menos amplio, que podría coincidir con el ejercicio presupuestario y el formal, necesario para aprobar los instrumentos documentales en los que se especificarán las condiciones jurídicas, técnicas y económicas de las prestaciones actuales, detalla las herramientas puestas a disposición de los poderes adjudicadores para la realización de aquellas, analizando los aspectos más significativos del artículo 115, en aquellos momentos en el anteproyecto de la LCSP, potestad, finalidad, medios para la alcanzar los fines que la norma otorga, así como generalidad de su aplicación. Fundamental también es la correcta tramitación de las consultas, ya que si la misma se ha realizado ajustándose a las previsiones de la Directiva 2014/24/UE, la incorporación en los pliegos de parte de



los resultados obtenidos de la misma no puede ser obstáculo oponible en los tribunales, aludiendo a que contraría los principios generales de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, “porque da lugar a un cierre de la práctica totalidad del mercado ...”. Se presume que los pliegos recogerán las necesidades de contratación de los entes destinatarios con las particularidades del sector extraídas de las aportaciones de todos los operadores que participaron en la consulta⁴¹

2.3 Consultas preliminares y otras formas de participación en fases preparatorias del contrato en la legislación autonómica

Como no podía ser de otra manera, la legislación autonómica se hace eco de la regulación de las consultas preliminares en similares términos a los expuestos en párrafos precedentes. Antes y después de la entrada en vigor de la LCSP, se han publicado varias normas autonómicas en materia de contratos públicos, que trasladan el espíritu de las Directivas europeas.

Así en la modificación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Medidas en Materia de Contratos del Sector Público de Aragón operada por Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas del Gobierno de Aragón se añade un capítulo VI, con la siguiente redacción: “Integridad en la contratación pública” que recoge la regulación de los conflictos de intereses, artículo 23, y en su artículo 24 determinadas cautelas para garantizar que la participación previa de candidatos o licitadores se desarrolle con las máximas garantías de transparencia e igualdad. Amplia, respecto al ámbito subjetivo de los participantes en las consultas, a las empresas

⁴¹ Resolución 125/2018 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público

vinculadas⁴² a candidatos o licitadores o una ellos, así la entidad contratante tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia, comunicando el asesoramiento y la información manifestada. Concreta la ampliación del plazo para presentación de ofertas, señalando que se aumentarán al menos un veinticinco por ciento respecto de los plazos mínimos ordinarios aplicables al procedimiento de que se trate, importante determinación ya que se puede afirmar que aquellos que han participado en fases de preparación del contrato - como he señalado en otros puntos de este trabajo - están en condiciones más ventajosas para una preparación de una oferta de calidad y acorde a los intereses del órgano de contratación Por otro lado, y respecto a los

⁴² MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY (2018) "El Desarrollo Autonómico de la normativa Sobre Contratos Públicos" Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública. Nº Extra 18, 2018 (Ejemplar dedicado a: La Ley de Contratos del Sector Público), págs. 91-138. Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado para el estudio y propuesta de solución de discrepancias competenciales manifestadas en relación con la disposición final segunda de la Ley de Aragón 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, publicado por Resolución de 5 de abril de 2018, de la Secretaría General de Coordinación Territorial en el BOE de 10 de abril de 2018, ambas partes consideraron solventadas dichas discrepancias (1) En relación con el apartado 4 del artículo 24, se entiende que el apartado primero del citado artículo 24, al referirse expresamente a los candidatos o licitadores, o una empresa vinculada a ellos, que haya asesorado al poder adjudicador o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, comprende a las empresas vinculadas en los términos de los supuestos previstos en el art. 42 del Código de Comercio.



participantes en el asesoramiento y/o consulta, trata de envolverlos con las máximas garantías posibles para no ser excluidos de la licitación, para ello recoge expresamente, al igual que la LCSP, que la exclusión solo se producirá si no existe otro medio de garantizar la igualdad de los candidatos o licitadores, dándole trámite de audiencia para poder demostrar que su participación en el procedimiento de contratación no supone falsear la competencia. El círculo se cierra con la posibilidad de recurso especial por el resto de candidatos o licitadores contra la admisión del licitador que ha participado en la preparación del contrato.

Por su parte el Decreto Ley 1/2018, de 20 de marzo, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía no recoge apreciaciones al respecto debido al circunscribirse a los contratos sencillos y de menor cuantía.

Es la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra la que las incluye en el capítulo V dentro de las "Reglas de Publicidad y Procedimientos de adjudicación", capítulo dividido en 7 secciones, que contienen importantes novedades derivadas tanto de la Directiva como de la propia experiencia de los operadores jurídicos durante los últimos años⁴³. Incorpora como novedad en la materia la posibilidad de excepcionar la utilización del portal de Contratación debiendo quedar en todo caso suficientemente motivada en el expediente con el objetivo de no falsear la competencia o vulnerar los principios de no discriminación y transparencia –esta medida si bien simplifica la tramitación, choca con la propia LCSP, ya que el artículo 115 constituye legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18.^a de la Constitución en

⁴³ Exposición de Motivos Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra

materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas⁴⁴. No obstante, esta materia goza de la especificidad que la propia LCSP le reconoce en su Disposición Final Segunda a dicha Comunidad autónoma: "En virtud de su régimen foral, la aplicación a la Comunidad Foral de Navarra de lo dispuesto en esta Ley se llevará a cabo sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra", no hay que olvidar que en Navarra la contratación es una competencia exclusiva, a diferencia del resto de Comunidades Autónomas ⁴⁵.

La Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura, se ocupa de ellas tanto en su Exposición de Motivos resaltando las ventajas de esta figura tanto para la participación de las pymes que disponen de mayor plazo para prepararse de cara a las mismas, (y a las que no se priva de la posibilidad de presentarse aunque participen en el procedimiento siempre que se garantice la transparencia), como en general un mecanismo eficiente cuya finalidad es buscar la solución más adecuada a las

⁴⁴ No obstante, Vázquez Matilla, Francisco Javier en CONSULTAS PRELIMINARES CON MENOS BUROCRACIA "10 aciertos de la nueva Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra" (Ley Foral 2/2018, de 13 de abril. BON de 17 de abril de 2018)" La regulación de las consultas preliminares es muy adecuada. Más clara y exige menos trámites e incluso permite no hacerla pública en el Portal de Contratación."

⁴⁵ Me remito de nuevo, al interesante trabajo de Miguel Ángel Bernal Blay "El Desarrollo Autonómico de la Normativa sobre Contratos Públicos" Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública.



necesidades de contratación, Incorpora como novedad esta legislación la necesidad de valorar adecuadamente las calidades, funcionalidades, y la posibilidad de incorporar o desarrollar innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales, así como los costes totales, incluidos los derivados de la normativa social y laboral aplicable, para buscar la mejor alternativa que el mercado puede aportar (interés general en el que se incluye el interés económica, es decir, eficiencia contractual: la capacidad de lograr ese efecto en cuestión con el mínimo de recursos posibles o en el menos tiempo posible).

Previamente existían otras Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi o la Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública, de la misma Comunidad Autónoma, que no hacen ninguna referencia al régimen de las consultas preliminares y el Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública en Cataluña, con muchas lagunas regulatorias que tampoco incluye ninguna referencia a la materia que ahora se estudia.

2.4 Experiencias del exterior

Experiencias en prácticas de asesoramiento, consulta, estudios de mercado y otras similares se han producido en la mayoría de países europeos y americanos.

Numerosos países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), del que forma parte España como miembro de pleno derecho desde 1959, fueron conscientes de la necesidad de conseguir ahorros de costes y mejorar la eficiencia de sus administraciones a través de sus sistemas de contratación pública, en un primer momento sobre todo en un sector, el de la salud, que fue de los pioneros en implementar la realización de consultas preliminares

para absorber la experiencia y conocimientos del mundo empresarial y privado.

En este sentido, ya en el año 2012 el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado en México (ISSSTE) pidió que la OCDE revisara su sistema de contratación pública para combatir la colusión entre proveedores y mejorar su efectividad e integridad, lo que condujo a emitir varias recomendaciones que llevaron a implementar reformas continuas. Posteriormente, la misma OCDE llevó a cabo un nuevo estudio, *"Mejorando la Contratación Pública en el ISSSTE (Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de México) para Obtener Mejores Resultados"*⁴⁶ enfocado entre otros aspectos a los procesos de coordinación y planificación de las contrataciones, estudios de mercado y diversas mejoras en el ámbito al que hacía referencia el estudio, los servicios médicos integrales.

Precisamente este estudio es el que ha servido de base a varios países en Latinoamérica y europeos para reproducir en sus ámbitos las medidas estudiadas, en particular lo referente a los estudios de mercado, cuyo capítulo 3 *"Lograr una buena relación de calidad-precio: Inteligencia de mercados en el ISSSTE"* analiza esta tarea innovadora en este aspecto de la contratación.

El estudio parte del análisis de procedimientos y de mercado en entidades públicas de países miembros de la

46 Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública (2016). *"Mejorando la Contratación Pública en el ISSSTE para Obtener Mejores Resultados"*. Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/9789264250055-es>.



OCDE, entre otros analiza medidas adoptadas por el organismo central de compras de Italia Consip SpA (entidad controlada por el Ministerio de Economía y Finanzas y adjudicataria usualmente de acuerdos marcos para bienes y servicios para el sector público italiano) la cual ha desarrollado un proceso interno estándar sobre cómo llevar a cabo análisis de mercado y cómo interactuar con proveedores (operadores económicos) durante el análisis de mercado, configurando este proceso como una etapa preliminar hacia el diseño de la licitación y publicación de la misma. La totalidad del proceso se sustenta por guías internas de análisis de mercado cuestionarios de consulta de mercado y plan de actividades anual de suministro.

Asimismo, muestra las medidas adoptadas por ChileCompra (Institución Central de compras Chilena) para estructurar la interacción entre los funcionarios públicos y los proveedores detallando medidas específicas de transparencia para respaldar el proceso de consulta⁴⁷, o las aprobadas e implantadas por Noruega a través de la Guía ética de compras para funcionarios encargados de contrataciones.

Se reconoce que unas buenas relaciones con los proveedores son indispensables para el éxito de las compras públicas. El Estudio de la OCDE sobre Gobernanza Pública reproduce parte de las Recomendaciones del Consejo en Contratación Pública, que indica que los países deben entablar un diálogo

⁴⁷ Iniciativas de consulta a proveedores por parte de la institución central de compras chilena ChileCOMpra: El Camino a la transparencia y la eficacia. Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública "Mejorando la Contratación Pública en el ISSSTE para Obtener Mejores Resultados". In series:. Published on January 22, 2016, página 97.

regular y transparente con proveedores y empresas del sector para presentar los objetivos de contratación pública...estas interacciones están sujetas a salvaguardas de equidad transparencia e integridad.

Siguiendo con el análisis de la participación de los proveedores en el procedimiento contractual, el citado documento profundiza en las medidas de innovación en la contratación pública en la Unión Europea a partir de la Directiva UE 2014/24/UE, recordando que la misma un nuevo procedimiento llamado "Alianza para la innovación" que permite formar una alianza entre autoridad pública y proveedor con el objetivo de desarrollar un producto no disponible en el mercado para posteriormente adquiere el mismo. Procedimiento que permite potenciar por tanto la innovación, y no solo la innovación, sino también el mercado permite identificar categorías para la acción, citando las experiencias en 2009 del Servicio Nacional de Contratación Pública de Irlanda.

Dicho documento ha sido sin duda el "gurú" para profesionales de otros países, entre ellos Colombia. Del análisis de estudios de mercado realizados reconocen que es común encontrar información imprecisa y con fallos de carácter técnico y económico, que se ven reflejados al final en las reglas atestadas de rigidez jurídica en los pliegos de condiciones... que muchas veces dan la oportunidad a la "confección de pliegos sastré" ⁴⁸.

⁴⁸ Andrés Castillo Cano "Los estudios de mercado, base fundamental en el proceso de contratación pública" El artículo analiza la importancia de los estudios de mercado en los



Interesantes también las aportaciones del Reino Unido, trasponiendo inmediatamente tras su aprobación la Directiva, a través de No. 102 PUBLIC PROCUREMENT The Public Contracts Regulations 2015, Made - 4th February 2015 Laid before Parliament 5th February 2015 recurriendo mucho a esta figura y no utilizando un sistema formalista.⁴⁹ Los artículos 40 y 41 del citado Reglamento de Contratos regulan las consultas preliminares, dedicando otros muchos a las relaciones con los operadores económicos, sin duda, por su experiencia contractual, que ha sido tratada tradicionalmente desde el punto de vista del derecho privado.⁵⁰

2.5 Guías metodológicas. Análisis de sus aspectos claves a implementar en los diferentes contratos administrativos. Normalización metodológica. Publicidad de las mismas

Se han publicado, antes y después de la entrada en vigor de la actual LCSP, con carácter exclusivo o encuadradas en el fomento de una contratación transparente y en defensa de la competencia, Guías, Manuales e Instrucciones Internas -entre otras interesantes y de lectura recomendable las aprobadas por el Ayuntamiento

procesos que adelantan las entidades públicas para seleccionar a los contratistas del Estado. Consultado en Observatorio Colombiano de Contratación Pública, 25/04/2016. <http://www.occp.co/los-estudios-de-mercado-base-fundamental-en-el-proceso-de-contrataci%C3%B3n-p%C3%ABlica>

⁴⁹ GARCÍA PÉREZ, FCO. JAVIER (2016) ¿Cómo vais a regular las consultas preliminares al mercado? <https://www.contratacionpublicacp.com>.

⁵⁰ CODINA GARCÍA-ANDRADE, XAVIER (2014): "Introducción al Régimen Inglés de los Contratos Públicos". Revista de Administración Pública, núm. 194, Madrid, mayo-agosto pág. 435.

de Madrid en 2016, el Ministerio de Defensa en 2018 o el Manual sobre buenas prácticas en materia de contratación en la relación con los operadores económicos de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda en 2018-⁵¹ que tratan de determinar la metodología más eficiente para realizar consultas preliminares y canalizar la participación en fases previas a la licitación del contrato, informando de las cautelas que deben llevar su práctica para que no se produzca falseamiento de la competencia.

Dichos documentos pretenden elaborar, aplicar y mejorar las normas que definen la realización de Consultas preliminares o transparentes, tal y como las denomina el Ayuntamiento de Valladolid en la Instrucción 1/2018 para impulsar la contratación socialmente eficiente: estratégica, íntegra y sostenible

⁵¹- Decreto de 3 de noviembre de 2016 del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Madrid BOAM núm. 7.837 1 de febrero de 2017 por el que se aprueba la Instrucción 4/2016 relativa a los criterios de tramitación para la realización de consultas preliminares del mercado en el ámbito de la contratación pública municipal.

- Instrucción 27/2018, de 18 de mayo, del secretario de estado de defensa, por la que se establecen directrices en materia de contratación en el ámbito del ministerio de defensa publicada en BOD Nº 102 de 25 de mayo de 2018, Punto 2.4.5.

- Manual sobre buenas prácticas en materia de contratación, en la relación con los operadores económicos. Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, Ministerio de Hacienda. Junio 2018. 2.1.- Análisis de riesgos y medidas en las consultas preliminares del mercado.

- Guía sobre Contratación Pública y Competencia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Autoridad Vasca de la Competencia, página 12-13.



⁵², con el fin de ordenarlas e implementarlas cuando se estime necesario para conocer las soluciones más eficientes disponibles en el mercado.

Y no sólo para conocer el mercado, si no para diseñar correctamente estas consultas, ya que en caso contrario se podría incrementar el riesgo de captura del órgano contratante, reduciendo e incluso llegando a conculcar los principios que se pretenden preservar (falseamiento de la competencia, igualdad de acceso y concurrencia, entre otros).

Si bien las publicadas antes de la entrada en vigor de la LCSP se redactaban a la luz de lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE, deben tenerse en cuenta, ahora, con la cautela de su interpretación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115 de nuestra norma vigente. Todas ellas, las aprobadas antes y después de nuestra actual LCSP imponen la obligación de publicitar adecuadamente la voluntad de realizar las mismas, ahora a través del Perfil del Contratante del Sector Público, los ámbitos a los que se circunscriben, el informe final, Anexos con Modelos acotados sobre las cuestiones sobre las que se realiza las consultas, agentes y/o participantes a quienes se dirigen y, las posibles medidas correctoras a aplicar. Con carácter general, aquellas entidades que forman parte del Sector público y pretendan acudir a esta figura deberían ordenar su formulación y aplicación para evitar el riesgo de distorsión de la competencia e incluso de captura del órgano contratante.

⁵² Instrucción 1/2018, del ayuntamiento de Valladolid para impulsar la contratación socialmente eficiente: estratégica, íntegra y sostenible en el ayuntamiento de Valladolid y las entidades de su sector público. aprobada por la junta gobierno local el día 9 de mayo de 2018, Artículo 7. Consultas transparentes al mercado para determinar el objeto de los contratos y 96 Consultas al mercado para adecuar la definición del objeto de los contratos a la oferta real o posible.

Las primeras Guías publicadas en las que se estudia las consultas preliminares han estado unidas inexorablemente a la Compra Pública de Innovación, y es a partir de este ámbito cuando actualmente se están aplicando a nuevas necesidades y determinados contratos de diversa índole y no solo para el mencionado. La aprobación e implementación de estas consultas se considera como un método idóneo para fomentar la participación de las Pymes y el comercio transfronterizo. No hay que olvidar que la definición de las necesidades en este ámbito es de gran dificultad, ya que existe un desconocimiento técnico y de mercado superior al resto de los contratos, sobre todo a la hora de redactar especificaciones técnicas con concreción suficiente que permita transmitir una información adecuada a los licitadores, garantizar la concurrencia y elegir unos criterios idóneos, objetivos y subjetivos para la adjudicación del contrato. Las experiencias obtenidas por las consultas preliminares en este ámbito pueden extrapolarse ahora a su formulación en otros procedimientos.⁵³

Por la misma esencia de la Compra Pública Innovadora tanto en su modalidad de Compra Pública de Tecnología Innovadora (CPTI) como en la de Compra Pública Pre comercial (CPP), se aprecia la idoneidad del uso de técnicas como el diálogo técnico al configurarse como un

⁵³ En este sentido se recoge por el entonces Ministerio de Ciencia e Innovación (2015) en la "Guía 2.0 para la compra pública de innovación" elaborada por encargo de la Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía y Competitividad por miembros del Observatorio de Contratación Pública. <http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHERO S/Guia 2 0 CPI V5 Borrador web.pdf>.



instrumento que permite evaluar si las necesidades previamente definidas pueden ser satisfechas, y si existen suficientes proveedores para ello con competencia efectiva, y elegir procedimientos adecuados si los ofertantes son limitados. Se deben respetar los principios básicos de la UE, dando a conocer las soluciones propuestas pero garantizando que aquella información sensible aportada por los proveedores, pueda gozar de garantías de confidencialidad⁵⁴.

Podemos concluir que debe aplicarse una correcta metodología para garantizar que su uso respeta los principios de competencia, igualdad de acceso y no discriminación, debiéndose introducir una serie de medidas correctoras con el fin de dotar de seguridad jurídica y evitar posibles conflictos en vía administrativa o jurisdiccional.⁵⁵

Por tanto, no puede ser objeto de duda la ventaja de aprobación de Instrucciones internas, circulares, y otros documentos análogos, que en el ámbito de entidades de una cierta amplitud, pretendan evitar los riesgos a los que va unido el uso de esta herramienta. La mayoría de ellas, potencian su uso, y las encuadran dentro del diseño de ciertas medidas para implantar una contratación estratégica, íntegra y sostenible, en la línea de los objetivos de las Directivas comunitarias traspuestas.

⁵⁴ CZAJKA, ALEKSANDRA (2013): "La figura del «diálogo técnico» en el derecho europeo de la contratación pública" Universidad de Adam Mickiewicz en Poznan (Polonia) https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12520/AD_17_2013_art_10.pdf?sequence=1&isAllowed=y Consultado 30/07/2019.

⁵⁵ "Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público" (2015) de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia IPN/CNMC/010/15

3 ANÁLISIS DE PROCEDIMIENTOS QUE LAS DETERMINAN. ASPECTOS A TENER EN CUENTA

En el punto actual desgranaré cómo en la práctica las consultas planteadas por los diversos operadores jurídicos plasman lo dispuesto en la normativa europea y nacional. Incidiré, asimismo, en determinados aspectos significativos que están siendo utilizados en las consultas estudiadas en el largo año de vigencia de nuestra Ley actual, y en las anteriores, ya que antes esta técnica también era utilizada, y es interesante la consulta de otras formuladas tiempo atrás.

3.1 Principios en juego. Aceptación expresa de los mismos por los participantes en las Consultas Preliminares. Publicidad en el Perfil del Contratante

Los principios de publicidad y transparencia, defensa de la competencia y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores o candidatos, como ya se ha indicado a lo largo del presente trabajo, se reconocen, no solo por la jurisprudencia de Tribunales Internacionales sino en normas comunitarias, supranacionales y, por su puesto, nacionales.

Estos principios a la hora de realizar una consulta preliminar no deben quedarse en un desiderátum abstracto a futuro, solo fiscalizable por los Tribunales a posteriori, por lo que resulta conveniente plasmarlos en la propia formulación de las consultas para que los futuros participantes acepten de manera expresa su cumplimiento.

La participación en la consulta, los contactos mantenidos con los participantes o los intercambios de información en ningún caso podrán dar lugar a infracciones de los principios contractuales comunitarios citados, no



pudiendo otorgar ventajas o derechos exclusivos. La participación en la consulta preliminar del mercado no otorgará derecho ni preferencia alguna respecto de la adjudicación de los contratos que pudieran celebrarse con posterioridad y como consecuencia de ella. A estos efectos los órganos contratantes pueden tomar las medidas apropiadas para garantizar el mantenimiento de los citados principios, tanto en el desarrollo de las convocatorias como en cualquier procedimiento de contratación posterior, por lo que la aceptación expresa de los mismos puede establecerse como condición sine qua non para participar en los procedimientos que se publiciten.

En particular, en aplicación de los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación, se deberá, y así se hace en la práctica totalidad de las consultas estudiadas, informar en las páginas Web donde se alojan las consultas, de los hitos, documentación, de las aclaraciones solicitadas y de las respuestas realizadas y, de los participantes en la misma, de modo que todos los interesados dispongan de la misma información por y para la participación en aquellas. Asimismo, se publicará cualquier información intercambiada en el marco de las correspondientes convocatorias, incluidas las propuestas presentadas por los participantes y excluyendo la documentación declarada como confidencial. El informe final de la consulta preliminar del mercado se publicará además en el perfil del contratante y en la web utilizada en la consulta. Los resultados finales se incorporarán al expediente de contratación y serán accesibles durante el procedimiento de licitación que, en su caso, se realice. A la finalización de la consulta sería conveniente celebrar

una Jornada Final ⁵⁶de presentación de los resultados de la consulta preliminar del mercado realizada.

Como ya he señalado en otros puntos de este trabajo, es aceptado prácticamente por unanimidad que la Plataforma de Contratación del Sector Público se configure también en este ámbito como el portal web nodo central de intercambio de información en el ámbito contractual y que sirve como punto de encuentro virtual entre participantes del Sector Público y licitadores. Es el medio idóneo y canal único que permite proporcionar a los operadores económicos toda la información sobre las licitaciones futuras y celebradas por los órganos de contratación adheridos. A través de él se publicitará la realización de la misma, así como el informe final ya que debe de gozar de la misma publicidad que la que corresponde a los Pliegos aprobados. Para el resto de actuaciones se considera suficiente que la publicidad se realice a través de las páginas habilitadas por los determinados órganos contratantes.

No obstante, hay que señalar al respecto que si bien todavía no se dispone de un buscador, ni sección específica para la búsqueda de las Consultas publicadas en esta Plataforma, se puede tener acceso a las mismas a través de la página de inicio en el apartado "Noticias". Considero que sería conveniente crear un apartado individualizado expresamente destinado a esta Herramienta, al igual que existe para los contratos menores, que permitiese acceder a la información y a su búsqueda con unos resultados eficientes.

⁵⁶ Dirección General de Innovación y Promoción de La Ciudad del Ayuntamiento de Madrid por el que se aprueba la convocatoria de consulta preliminar del mercado denominada "tratamiento digital de imágenes para aplicaciones de gestión de la movilidad" Nº Expediente: 145/2019/01002



3.2 Ámbito objetivo. Delimitación del objeto del contrato para adecuarlo a la oferta existente o potencialmente posible

Es indubitado el uso de consultas en las compras públicas innovadoras y objetos contractuales complejos en los que se conoce la necesidad, pero no se puede determinar a priori los bienes y servicios que se requieren para satisfacerla, entre otros, los medios técnicos necesarios, o la cobertura jurídica o financiera de un proyecto⁵⁷. Y, algo más, si esos bienes y servicios que se requieren existen o pueden existir⁵⁸, cuestión que quedará clarificada al finalizar el proceso de consulta, y si existen suficientes proveedores para una concurrencia efectiva. Pero también para buscar la calidad y sostenibilidad económica del resto de contratos se puede utilizar esta herramienta. La elaboración y formulación de los pliegos de prescripciones técnicas debe realizarse previo conocimiento real de las alternativas que existen para satisfacer la necesidad del contrato. Así podemos pensar en acudir obligatoriamente a esta figura para todos aquellos contratos en los que se incluirán y valorarán calidades, vida útil y ciclo de vida de los productos o servicios a prestar, estudiando específicamente la posibilidad de incorporar o desarrollar innovaciones medioambientales, sociales o tecnológicas.

⁵⁷ En este sentido se recoge por la entonces Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía y Competitividad (2015): "Guía 2.0 para la compra pública de innovación. http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Guia_2_0_CPI_V5_Borrador_web.pdf.

⁵⁸ Consulta preliminar al mercado para la búsqueda de soluciones socio-sanitarias innovadoras para el envejecimiento activo y la vida independiente. Open market consultation for the search of innovative social-health solutions for active aging and independent living. Gerencia de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León

No hay que olvidar que el *"ámbito material del proceso de planificación de la contratación está encaminado a determinar con exactitud las características del objeto del contrato -de manera que puedan ser satisfechas de la manera más adecuada para el comprador por los oferentes-, y a establecer los criterios de evaluación de las ofertas"*⁵⁹. También se han observado consultas para conocer si es adecuada la propuesta de división en lotes, solicitando motivación para establecer un criterio al respecto, y contenido.⁶⁰ Conociendo de ante mano cuales son las concretas determinaciones y características de lo que se pretende licitar, el objeto del contrato quedará perfectamente delimitado y cumplirá los parámetros exigidos por la Ley.

El límite en todo caso, y tal como señala la ley, es que no podrá resultar un objeto contractual tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características técnicas de uno de los consultados.

No hay que olvidar que, dentro de la fase de preparación y planificación, se incluye tanto la detección de las necesidades futuras, la participación de los interesados, el análisis de mercado y la definición del objeto. Este último punto es de tal importancia que sus límites determinarán los límites de futuras modificaciones contractuales, el establecimiento de condiciones especiales de ejecución vinculadas a aquél, y todos otros

⁵⁹ Informe del Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 10 de marzo de 2016 al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, remitido para su informe el 23 de octubre de 2015,

⁶⁰ Consulta preliminar del mercado sobre la contratación de los servicios de diseño y dotación de contenidos y personal para una unidad móvil expositiva. Diputación Provincial de A Coruña 09.08.19



aspectos menores que en fase de ejecución saldrán a la luz.

No obstante, cabe plantearse si es necesario realizar consultas preliminares en contratos habituales para las entidades del Sector Público y cuyo objeto es claro y delimitado. La respuesta posiblemente sea negativa, no se puede dejar de estar alerta ya que la extensión del uso de esta técnica pueda provocar en ciertos contratos el efecto contrario al que se pretende de garantía de la competencia y concurrencia. ¿Pueden ser las consultas preliminares una excusa para dirigir una licitación? ¿es realmente necesario conocer si el objeto del contrato propuesto o uno similar existe ya en el mercado? si no existe, la opción puede ser la adquisición pública de innovación y no una licitación de contrato de servicios o suministros ordinaria.

3.3 Ámbito subjetivo. Agentes involucrados. Terceros potencialmente participantes

Una de las contradicciones del propio artículo 115 se manifiesta en la configuración subjetiva del proceso de consulta. Como ya he señalado, si bien el legislador comienza con una apuesta determinante a la participación de los operadores económicos activos en el mercado posteriormente refleja sus reticencias a su intervención, indicando que sólo se recabará “con carácter excepcional”, estableciéndose un orden que podría considerarse de prelación de entes participantes⁶¹:

⁶¹ RUBIO RODRÍGUEZ-VIGIL, FRANCISCO JAVIER (2019): “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: dudas razonables en el proceso de consultas preliminares” consultado en web del Consejo General de la Abogacía Española <https://www.abogacia.es/2018/04/25/la-nueva-ley-de-contratos-del-sector-publico-dudas-razonables-en-el-proceso-de-consultas-preliminares/#>. Consultado 18.08.19

- 1º Expertos o autoridades independientes
- 2º Colegios profesionales
- 3º Con carácter excepcional operadores económicos activos en el mercado.

Ante esta redacción de la Ley, la práctica contractual ha demostrado que las consultas formuladas son abiertas o se dirigen habitualmente a “empresas del sector dedicadas al objeto del contrato”, que puedan abordar parcial o totalmente la prestación del servicio.

Algunas consultas recogen limitadamente los agentes a los que se invita a participar en la misma, siempre entendiendo que las organizaciones y operadores económicos tienen que ser suficientemente representativas y no suponen limitación al principio de libre competencia.

¿Pero a quienes se consulta? Colegios Oficiales de técnicos y profesionales relacionados con la realización de los trabajos a desarrollar; profesionales y empresas del sector; usuarios, asociaciones de vecinos, Comité de Entidades Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), etc; proveedores de servicios; operadores, empresas y empresarios autónomos del sector; proveedores, diseñadores y constructores de diversos suministros que se vean afectados por la consulta, operadores económicos activos en el mercado relacionado con el objeto de la consulta, son los más habituales y potenciales agentes involucrados en la participación en la consulta.

La promoción de la integridad⁶² opera plenamente en los actores implicados en la tramitación de las consultas. Se configura como un deber del sector público pero también

⁶² En este sentido se recoge en “Guía de Integridad en la Contratación Pública Local”, (2019). Depósito Legal: M-12611-2019 Federación Española de Municipios y Provincias.



por su puesto, del sector privado en sus relaciones contractuales con el primero. Como medidas de prevención de la corrupción desde el punto de vista de los actores del sector privado, y para garantizar los citados principios, en el art. 70 LCSP se establece unas condiciones especiales de compatibilidad de carácter previo, que deben ser incorporadas al texto de la consulta.

Precisamente, estas condiciones especiales operan en el caso de que se haya planteado una consulta, cuando existen empresas que han participado previamente en la elaboración de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación. En este caso, la actual LCSP insta a los órganos de contratación a que se tomen medidas para que se respeten los principios expuestos, debiendo quedar documentadas en informes específicos que deben realizarse sobre cada contrato de obras, suministros o servicios o acuerdo marco, sujetos a regulación armonizada, así como cada vez que establezcan un sistema dinámico de adquisición, junto con otras determinaciones establecidas en la LCSP⁶³, que se corresponden con los aspectos fundamentales de la vida del contrato, participantes, seleccionados, excluidos, precio y conflictos de intereses, entre otras.

3.4 Medios a utilizar: encuestas, análisis de mercado, consultas, foros y asesoramiento

Comienza la redacción de nuestro vigente artículo 115 LCSP indicando que los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos para preparar correctamente la licitación. También aquí la redacción es farragosa, parece que los estudios de

⁶³ Artículo 336 LCSP.

mercado son una fórmula o posible variación de las consultas, o algo independiente a ellas, cuando puede ser simplemente una herramienta más del concepto más amplio de consultas preliminares.

Los medios a utilizar y utilizados son variados, pudiéndose seleccionar todos o algunos de ellos, dependiendo en gran parte de los destinatarios potenciales de las consultas y de la complejidad del objeto del contrato. Del estudio de las consultas y aportaciones doctrinales existentes hasta la fecha se puede relacionar las siguientes posibles configuraciones:

- Encargos de realización de encuestas, evaluaciones y/o informes a personal, entidades, asociaciones, universidades, nacionales o extranjeras, etc que aporten claridad a la delimitación del objeto del futuro posible contrato, o sobre el estado de la técnica. Trabajo que en su caso se debería realizar en primer término, ya que una consulta sin delimitar ni concretar la necesidad a satisfacer podría llevar a despilfarros económicos, de tiempo y/o de personal.
- Obtención de información de contratos similares realizados por los mismos y otros poderes adjudicadores, a partir de la disponible y fácilmente accesible, fundamentalmente a través de la web. O como siempre se ha hecho, solicitando colaboración a través de solicitud informal (telefónica o email) de los resultados de sus experiencia y conocimientos previos al haber abordado dichas licitaciones con carácter previo.
- Revisión de catálogos de proveedores y/o resultados de investigaciones de mercado recientes en las que se hayan detectado requisitos o necesidades similares que están disponibles en



las publicaciones hechas por los entes que las promueven.

- Solicitudes de información/participación en la consulta a través de plantillas diseñadas al efecto que deben ser completadas por los agentes interesados, participantes en las mismas. La formulación de las plantillas es también variado dependiendo del tipo de contrato pretendido, muchas veces son campos acotados o un solo campo en el que se deja libertad al participante para aportar sus conocimientos o técnicas adquiridas (esta es la fórmula más usual). Las plantillas que se suelen incorporar como Anexos en ocasiones sólo permiten señalar una opción entre varias posibles.⁶⁴
- Meet-The-Market» events, planificación de eventos, foros, jornadas, ferias, o conferencias temáticas relacionadas con el objeto del contrato que se pretende, tanto en su modalidad presencial como electrónica y otras técnicas que se han venido encuadrando en la citada expresión.
- Y por supuesto, con publicidad adecuada de toda ella que permite la máxima difusión y participación.

Para ampliar las consideraciones respecto a los estudios de mercado, me remito al interesante trabajo de la OCDE referenciado en el punto 2.4. de este trabajo "experiencias del exterior".

⁶⁴ Consulta preliminar de mercado para la contratación del suministro de sillas de ruedas, ortesis, prótesis y otras ayudas técnicas y el servicio de técnico ortopeda asociado al suministro para los pacientes de mutua universal, Mugenat, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 10 Publicación en Plataforma de Contratación Pública 02.

No quiero terminar el presente análisis sin recordar que no puede confundirse la formulación de cuestiones y presentación de soluciones que se produce en las consultas preliminares, con el asesoramiento de terceros retribuido (antiguo contrato de asistencia técnica o de servicios actualmente).

3.5 Definición de las especificaciones técnicas versus colusión

La Autoridad Catalana de la Competencia en el documento "Condiciones de mercado que facilitan la colusión entre empresas: el sector de la instalación y el mantenimiento de ascensores en Catalunya" de febrero de 2010, reproduce, la interesante cita del economista Adam Smith, en su obra *La Riqueza de las Naciones* (1776), sobre el comportamiento de las empresas, y de la que se me hago eco por su visión clarificadora del inevitable comportamiento humano: *"los miembros del mismo gremio pocas veces se reúnen, ni siquiera para divertirse, pero cuando lo hacen, la conversación siempre acaba en una conspiración en contra de la gente o en algún acuerdo para incrementar los precios"*. Si bien las condiciones del mercado han cambiado, y el tiempo inexorablemente lo modifica todo, puede tenerse plenamente presente el citado pensamiento a la hora de abordar este concreto aspecto de definición de las especificaciones técnicas al redactar los Pliegos contractuales, así como, y con carácter más amplio, cualquier aspecto que pueda dar lugar a un perjuicio para la correcta definición, y/o coste del contrato pretendido.

Para profundizar en este interesante apartado y conocer posibles medidas para la prevención de prácticas colusorias debe tenerse en cuenta lo indicado en la Guía sobre Contratación Pública y la Competencia, de la



Comisión Nacional de Mercados y Competencia, de la que puede extrapolarse la necesidad de que la participación de las empresas en las consultas venga orientada a que las especificaciones técnicas se definan en términos “europeos” ⁶⁵ *de exigencias funcionales o de rendimiento y evitar cualquier referencia a una concreta fabricación, procedencia, marca, patente o producción determinada con la finalidad de descartar o favorecer a determinadas empresas o productos.*

Velando por la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato, la definición en las consultas de dichas especificaciones técnicas garantizará que la misma no pueda suponer el otorgamiento de derechos exclusivos y, en este sentido vuelve a incluir el artículo 115 en su punto tercero, que el resultado de las consultas debe concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos, sin que en ningún caso, puedan las consultas realizadas comportar ventajas respecto de la

⁶⁵ Considerando 74 Directiva 24/2014/UE establece que “Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas (). Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo. Unos requisitos funcionales y relacionados con el rendimiento son también medios adecuados para favorecer la innovación en la contratación.”

adjudicación del contrato para las empresas participantes en aquellas.

No hay que olvidar que en fase contractual cuando las especificaciones técnicas que figuran en los documentos del contrato hacen referencia a una marca, a un origen o a una producción determinada, el poder adjudicador debe exigir que el licitador aporte, ya en su oferta, la prueba de la equivalencia de los productos que propone en relación con los definidos en las citadas especificaciones técnicas.⁶⁶ y que la comprobación de la equivalencia de las ofertas con las exigencias de las especificaciones técnicas solo puede tener lugar después de la apertura de las ofertas, para que no se produzca vulneración del principio de igualdad de trato. Las prescripciones técnicas deben ser, por tanto, adecuadas y no vulneradoras del principio de igualdad dentro de los parámetros de la discrecionalidad técnica⁶⁷, tanto en fase contractual como precontractual. Para ello nuestra actual LCSP⁶⁸ define determinados conceptos, a los efectos de la misma, prescripción o especificación técnica, norma, norma internacional, norma europea, norma nacional, evaluación técnica europea, especificación técnica común y referencia técnica, con el fin de clarificar los elementos que las conforman y su correcta aplicación práctica.

66 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 12 de julio de 2018. VAR Srl y Azienda Trasporti Milanesi SpA (ATM) contra Iveco Orecchia SpA. Asunto C-14/17.

67 Resolución nº 110/2016 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 08 de Junio de 2016

68 Artículo 125 LCSP



Si bien parece que la definición de las prescripciones técnicas debe desarrollarse "en términos de rendimiento o de exigencias funcionales" para abrir más la competencia, la propia legislación⁶⁹ no establece que sea el único método para hacerse, ya que no existe jerarquía en las diferentes maneras que determinan que las ordene ni preferencia por ninguno de dichos métodos⁷⁰. Determinadas prescripciones técnicas pueden ser injustificadas desde un punto de vista de la funcionalidad del objeto del contrato y vulnerar el principio de concurrencia, si se impide el acceso a la licitación en condiciones de igualdad a empresas del mismo sector, al favorecer a una de ellas.

Por todas estas circunstancias, es determinante que el informe motivado final, que se debe publicar, recoja estas cautelas. Las determinaciones a incluir deben ser genéricas en términos de exigencias funcionales o de rendimiento sin alusiones a concretas fabricaciones, procedencia, marca o producción para evitar la colusión. Recuerdo que la colusión entre oferentes en una licitación pública se produce cuando éstos se ponen de acuerdo para fijar el precio o cualquier otra condición comercial, o para repartirse el mercado, con el objetivo de obtener mayores beneficios del concurso o subasta pública⁷¹, y que se debe actuar en caso de sospecha en aplicación de lo previsto en el artículo 132 de la LCSP.

69 Artículo 126.5 LCSP

⁷⁰ Resolución nº 175/2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, de 12 de Diciembre de 2018 que cita la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2018, asunto C- 413/17, ECLI:EU:C:2018:865).

⁷¹ Así se recoge en la Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Comisión Nacional de la Competencia (al analizar la Ley 2007 de Contratos del Sector Público) y en los mismos términos lo recoge la Autoridad Vasca de la Competencia. Guía sobre Contratación Pública y Competencia

Este peligro se produce especialmente en el ámbito tecnológico, cuando el desconocimiento del personal de apoyo o unidades técnicas que redactan los pliegos, hacen que incluso en la redacción de la Consulta se acuda a especificaciones técnicas de soluciones existentes, que muchas veces solo la empresa que presta el servicio puede cumplirlas. (En este sentido algunas administraciones han solicitado asesoramiento del propio sector privado para la asistencia en la elaboración de las consultas preliminares ...)⁷²

3.6 Cláusulas de confidencialidad

La mayoría de poderes adjudicadores incorporan acuerdos o cláusulas generales de confidencialidad que se deben suscribir para formar parte del proceso de consultas⁷³.

Su inclusión pretende garantizar que se cumplan las previsiones de transparencia -que debe informar todo el proceso de consulta-, y que se excepcione solamente aquellas informaciones que expresa y taxativamente hayan señalado como confidenciales los propios participantes, siempre que tal indicación respete lo señalado por la normativa contractual. No será admisible que efectúen una declaración genérica o declaren que

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Página 45.

⁷² Vid. Consulta preliminar del mercado sobre las posibles soluciones técnicas para el proyecto de dotar al futuro Museo de Colecciones Reales de una red de comunicaciones

⁷³ Vid. entre otras, la Consulta Preliminar del mercado sobre aspectos relacionados con la contratación del servicio del Ayuntamiento de Redondela. Nº de referencia expediente: 5986/2018



todos los documentos o toda la información tiene carácter confidencial.

Conviene recordar que debe mantenerse la confidencialidad de las informaciones relativas a secretos industriales, técnicos o comerciales⁷⁴ ⁷⁵y/o derechos de propiedad intelectual, cuando pueda ser contraria a los intereses comerciales legítimos de los participantes y/o perjudicar la competencia leal entre las empresas del sector; o bien cuando su tratamiento pueda ser contrario a las previsiones de la normativa en materia de protección de datos de carácter personal, teniendo en

74 La Sentencia del Tribunal Supremo nº 3243/2012, de 30 de abril de 2012, al concretar la exclusión relativa a los datos cubiertos por el secreto comercial o industrial, señala que incluye, por ejemplo, documentación relativa a las características técnicas específicas de un nuevo producto, las líneas generales de una campaña publicitaria estratégica, una fórmula, un compuesto químico, el modelo para una máquina o el nombre de una empresa que se pretende absorber, pero no la relación de trabajos, trabajadores, maquinaria, facturación o cuenta de resultados. Citada por BATET JIMÉNEZ, M^a Pilar (2017): "La preparación del contrato y la división de su objeto en lotes". El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 23, Sección Especial / Artículos, Quincena del 15 al 29 Dic. 2017, pág. 2862-2876.

⁷⁵ El concepto de secretos técnicos o comerciales ha sido delimitado por la jurisprudencia como el conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para: la fabricación o comercialización de los productos, la prestación de servicios y/o la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial y que por ello procura a quién dispone de ellos una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación. (Acuerdo 38/2016, de 13 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que recoge la jurisprudencia y doctrina más relevante en esta materia).

cuenta lo establecido sobre la confidencialidad en la normativa contractual que sea de aplicación^{76,77}

También en lo que toca a este ámbito la redacción del artículo 115.3 de la LCSP parece que tiene una posición ambivalente, por una parte existe una obligación unilateral para el órgano de contratación de mantener la confidencialidad de las soluciones propuestas por los otros participantes, siendo las mismas solo conocidas íntegramente por aquel, pero también un deber de elaborar un Informe final motivado de las actuaciones realizadas, que no puede ser genérico, y que relacione los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas.

El temor de los participantes en las consultas (entendiendo que se refiere a los operadores económicos activos en el mercado) de que sus soluciones aportadas puedan ser reveladas es lógica: El informe final adquiere también en este punto una importancia singular, ya que los operadores administrativos deben hilar fino al ahora de concretar los contenidos de este importante documento.

Para terminar, y no por ello dejar de ser importante, hacer una breve referencia a las condiciones especiales de compatibilidad que permiten al órgano de contratación hacer uso de las medidas que la Ley le faculta para garantizar que no se falsee la competencia. Entre las posibles a adoptar se encuentra la exclusión de la empresa o sus entidades vinculadas que hayan

⁷⁶ Artículo 133 LCSP.

⁷⁷ "Las consultas preliminares del mercado. Definición y metodología" (2017). Dirección General de Contratación Pública. Generalitat de Catalunya Barcelona, 30 de noviembre de 2017.



contravenido tal principio por su participación en fases previas y, lo que resulta más llamativo la facultad de comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ellas⁷⁸

La protección de los datos confidenciales es una constante en la legislación europea⁷⁹, pero no por ello hay que dejar de reconocer la dificultad de conjugar la imposibilidad de incumplir el deber de confidencialidad y la posibilidad de revelar la información cuando el órgano de contratación considere que la participación en fases preparatorias da lugar a dicho falseamiento de la competencia. Sin duda, si ya existían numerosos pronunciamientos jurisprudenciales sobre el límite y datos cubiertos por el deber de confidencialidad y sus interacciones con el principio de transparencia, este es un ámbito nuevo controvertido, aun cuando los poderes adjudicadores sean lo más diligentes posible.

3.7 Procedimiento de las Consultas

Nuestra actual ley de contratos determina que antes de iniciarse la consulta, se publicará en el perfil de contratante el objeto de la misma, el momento de inicio de esta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta, sin olvidar publicitar también la posibilidad de realizar aportaciones por todos los posibles interesados junto con las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados. El resultado de las consultas se recogerá en un informe que contenga las actuaciones realizadas, en los términos expuestos en otros apartados de este trabajo.

⁷⁸ Artículo 70 LCSP, que traspone el artículo 41 de la Directiva 24/2014/UE.

⁷⁹ Artículo 57 Directiva 24/2014/UE

Más allá de la lectura del artículo de la norma, y de los pasos que muestra, no existe ninguna sujeción a un procedimiento predeterminado, el mismo se diseñará por el órgano de contratación previa evaluación de sus necesidades y los objetivos que pretende conseguir, siempre que se respeten los principios de no discriminación, transparencia y que no se falsee la competencia. Seguramente numerosos poderes adjudicadores no tienen ninguna metodología escrita sobre su realización, y solamente siguen las instrucciones de la norma para proceder a diseñar una consulta. No obstante, como ya sabemos, otros, seguramente de más tamaño y con mayores recursos económicos y materiales, han dictado Instrucciones y Guías internas que facilitan y sistematizan los procedimientos para implementarlas. Evidentemente sería conveniente que cualquier operador que fuese hacer uso de esta herramienta diseñase con carácter previo unas breves, o no, instrucciones que sistematizasen su uso.

Por su parte la "Guía europea para autoridades públicas sobre la contratación pública innovadora"⁸⁰, editada por la Comisión Europea, a la que en todo caso me remito, destaca determinados ítems que se deben seguir a la hora de realizar una consulta para garantizar su éxito:

⁸⁰ "Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación", 2015; edited by: Procurement of Innovation Platform. ICLEI-Local Governments for Sustainability (Project coordinator). www.innovation-procurement.org y "Guía 2.0 para la compra pública de innovación", publicada en 2015 Guía 2.0 para la compra pública de innovación. <http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHERO S/Guia 2 0 CPI V5 Borrador web.pdf>.



1. Decidir el ámbito de la consulta, previa evaluación de necesidades, analizando el mercado para determinar a qué niveles debe dirigirse (fabricantes, proveedores de servicios, subcontratistas, integradores de sistemas, investigadores, tercer sector, etc.); 2. Elegir el formato y el plan, fomentando la implicación de los potenciales participantes, valorando cuales de los medios a utilizar son los más convenientes, uso de un cuestionario o encuesta, formularios escritos, entrevistas presenciales, reuniones telefónicas u online, jornadas y presentaciones de proveedores con indicación de plazos y recursos. En esta fase se redactan los documentos que constituyen la consulta y 3. Consulta y obtención de la información, que abarca la publicación de un anuncio de información previa, como el resto de publicidad que se estime conveniente, debiendo conservar un archivo y seguimiento de todo contacto, así como un resumen de los resultados y de sus implicaciones para el procedimiento de contratación. El colofón son las necesarias cautelas sobre la confidencialidad y la prevención de evitar distorsiones de la competencia, la misma información debería ser compartida con otros operadores.

Unas reflexiones adicionales para resaltar la importancia del informe final. Si bien es fundamental que durante el proceso de consulta la información sea la misma para todos los participantes, es en el informe final donde se debe velar por que la totalidad de la información aportada, estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas, recogidas en el mismo respeten los principios contractuales de publicidad y transparencia sin dejar de lado la confidencialidad obligada.

No hay que olvidar que la trazabilidad y transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de contratación es fundamental para garantizar unos

procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y el fraude⁸¹. En cada informe relativo a la contratación deben quedar documentados todos los elementos y decisiones esenciales de cada procedimiento de contratación, así la difusión adecuada (ver apartado publicidad de las Consultas) del informe final o de resultados es la garantía de que futuros proveedores o clientes conozcan las actuaciones llevadas a cabo y tengan libre competencia en el proceso de contratación futuro.

Se deberá realizar un análisis general y muchas veces estadístico sobre respuestas a las cuestiones, pero sin identificar qué empresas concretas las han proporcionado, pudiéndose referirse a la información ya contenida en el correspondiente anuncio de adjudicación de contrato.

Sin duda, la redacción de este informe conlleva su dificultad, porque una redacción muy exhaustiva podrá dar lugar a determinados riesgos de captura del órgano contratante y una muy liviana no cumpliría la necesaria transparencia que debe presidir la realización de las consultas.

3.9 Análisis de riesgos y medidas a adoptar en las consultas preliminares del mercado

No, por último, debe dejarse de abordar, las necesarias y determinadas cautelas a la hora de realizar estas consultas preliminares. Y es que, sin perjuicio de los aspectos positivos que conlleva un mayor conocimiento del mercado, las consultas acarrear ciertos riesgos, derivados, entre otros, de la posible captura del órgano contratante y de la vulneración de los principios citados

⁸¹ Considerando 126 de la Directiva 2014/24/UE-



de igualdad de acceso a licitaciones, no discriminación y falseamiento de la competencia⁸².

Por ello, recomienda la introducción de medidas correctoras⁸³ cuando se consulta a operadores activos en el mercado que son difíciles de conjugar muchas veces con las posibilidades y medios a utilizar para la realización de las mismas. Reuniones, jornadas, y otros eventos en los que coinciden todos los operadores interesados pueden ser caldo de cultivo para una posible distorsión de la competencia, no obstante las informaciones previas, consultas para recabar la opinión del sector por medios electrónicos, y por supuesto, la publicación en el perfil del contratante de los datos de la consulta (objeto, fecha, terceros a participar, informe motivado de las actuaciones/estudios realizados que deberá tener la misma publicidad que los pliegos) son actuaciones que deben realizarse y en donde el riesgo es menor.

⁸² INF/CNMC/008/16 "Informe sobre los Pliegos que rigen la celebración del Acuerdo Marco para la Contratación del Suministro de material de oficina no inventariable "10 de marzo de 2016

⁸³ Ver. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público" (2015) de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia IPN/CNMC/010/15, apartado: III.2.7.1 Consultas preliminares del mercado : "i) no organizar reuniones físicas bilaterales ni multilaterales con todos los posibles operadores interesados dado el riesgo de favorecer la colusión entre los mismos; (ii) suprimir la posibilidad de consultas a operadores concretos y limitarlas únicamente a expertos o autoridades; (iii) prohibir expresamente la posibilidad de consulta a organizaciones y asociaciones empresariales; (iv) la introducción de un trámite de consulta pública en el que se instrumenten estas consultas preliminares, similar al que existe en los proyectos normativos; y (v) la máxima difusión de las actuaciones en la web para que tengan acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados."

Pero de qué riesgos hablamos⁸⁴. De información asimétrica, de modo que algunos de ellos se encuentren en una situación de privilegio al conocer anticipadamente información (especialmente los actuales adjudicatarios) o algún documento de la licitación al contar con mayor tiempo para preparar la oferta. Para evitar esta situación se debe ser sumamente cauteloso con la confidencialidad de los documentos y decisiones previas, y actuar unidireccionalmente evitando reuniones individuales de las que se dejará constancia por escrito, pudiendo tener acceso cualquier persona con las limitaciones establecidas en la legislación sectorial. De que la participación en la consulta determine que el pliego responda a los intereses de determinadas empresas o grupos, por formar parte de asociaciones, ser más activas en la participación en la consulta, o ser las adjudicatarias en procedimientos anteriores, para lo que la redacción del futuro pliego deberá no reflejar únicamente aquellas cuestiones que conducen a una sola solución (independientemente de que la aportación sea de varios operadores económicos activos y/u otras entidades, asociaciones, etc). De que durante el proceso se obtenga información de otros participantes a través de actuaciones de la administración en esta fase preparatoria, debiendo garantizar la confidencialidad en esta fase de tramitación tanto de la información suministrada o documentación que hagan llegar el resto de empresas a la administración. Y en último término

⁸⁴ Los riesgos a los que hago referencia se encuentran recogidos y desarrollados en profundidad en el "Manual sobre buenas prácticas en materia de contratación, en la relación con los operadores económicos". Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación (DGRCC), del Ministerio de Hacienda. 11.06.2018



que se produzcan prácticas colusorias, que deberán ser comunicadas para su evaluación y en todo caso, iniciar y sustanciar, en una u otra fase del procedimiento, el camino que marca la norma, de acuerdo con lo dispuesto entre otros en los artículos 64, 132 y 150 de la LCSP. Hay que recordar aquí que tiene la consideración de práctica colusoria, y es lo que el propio artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) dispone, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, determinadas prácticas para fijar el precio, condiciones comerciales, control de la producción, reparto del mercado, aplicación de condiciones desiguales, o condicionar a prestaciones suplementarias. Toda cautela es poca, y más en esta fase de preparación de un posible futuro contrato que puede conducir desde el inicio a una contratación dirigida.

Teniendo en cuenta todo lo que antecede, podemos concluir que tanto la delimitación del ámbito objetivo, como el subjetivo y los medios a utilizar en la realización de las consultas parece que van aclarándose. Las cautelas que deben tener los órganos de contratación en las relaciones con los participantes y la problemática en la definición y redacción de las especificaciones técnicas y de los informes a realizar son evidentes. No obstante, el uso de esta herramienta se está extendiendo a medida que avanza el tiempo de vigencia de nuestra ley de contratos que ha intentado normalizar y extender el uso de la misma.

En el análisis de las Consultas publicadas se ha observado que, en aplicación de los aspectos estudiados en los puntos precedentes, muchas de ellas están correctamente estructuradas, formuladas expresando la

generalidad de los principios aplicables, que deben ser aceptados expresamente, recordando la normativa aplicable y sus límites, para concretar la necesidad que se pretende satisfacer, y las especificaciones técnicas que pretenden dilucidar. Anexan documentos con cuestiones –abiertas o cerradas- que dirigen al potencial participante a los aspectos que se valorarán y que permiten resguardar que sus respuestas se formulen en términos de homogeneidad. La información proporcionada en exceso puede dirigir la licitación futura. Pero no todas son así, algunas de ellas se formulan en términos genéricos⁸⁵ sin acotar la respuesta de los participantes, o acotando en exceso los agentes posibles involucrados, lo que determinará a futuro un riesgo de captura del órgano de contratación al utilizar los datos proporcionados en la redacción de los Pliegos.

Otras, después de mostrar una necesidad muy definida y un análisis técnico que parece muy exhaustivo⁸⁶, dan un escueto plazo de 10 días para formular las respuestas a la Consulta. No hay que dejar de recordar aquí, que se estima que no menos de treinta días e incluso varios meses es el tiempo idóneo para la captura de la participación de los agentes interesados o incluso superior según cada caso.⁸⁷

⁸⁵ Consulta preliminar de mercado sobre renting de equipos de detección de gases portátiles para la Empresa Municipal de Aguas de Málaga S.A.

⁸⁶ Diputación de Málaga. Publicación Plataforma 27.03.2019 cuyo objeto del contrato la contratación de herramientas y días para servicios para la emisión en video-streaming de diversos eventos de la Diputación Provincial de Málaga.

⁸⁷ En estos términos se manifiesta la "Guía de contratación pública de innovación" Ayuntamiento de Madrid y Kalamán Consulting (2018).



4 ANÁLISIS SISTEMÁTICO SOBRE LA CASUÍSTICA DE LAS CONSULTAS REALIZADAS. CATÁLOGO PRÁCTICO

Son numerosas las cuestiones que nos hemos venido planteando y nos planteamos sobre si el uso de las consultas puede llegar a ser preceptivo si se quiere garantizar el respeto a los principios acuñados de transparencia y de obtención de la mejor calidad precio, o si en determinados ámbitos su uso puede conducir a dirigir una licitación. Sobre si realmente son conscientes los poderes adjudicadores de los riesgos que pueden darse si la misma no se realiza correctamente y si el personal al servicio del órgano de contratación tiene conocimientos suficientes y está preparado para realizarlas con garantías para salvaguardarlos. Son muchas las voces que abogan por una buena gobernanza en materia contractual, entendida como garantía del «derecho a una buena administración», y que exige la profesionalización del sector concebido en un sentido amplio, lo que abarca también a los agentes que gestionen las consultas preliminares del mercado que se promuevan⁸⁸.

¿Es posible llegar a conocer las soluciones existentes sin utilizar estas técnicas? ¿Se están utilizando correctamente? ¿En qué casos no se utilizan? Para intentar responder a parte de estos interrogantes, mostraré aquellos ámbitos en los que el uso de esta práctica se ha normalizado, donde se han iniciado, y donde se están utilizando habitualmente, dejando el

88 En estos términos se manifiesta VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (2018): "Consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las «compras públicas inteligentes»". Revista española de Derecho Administrativo nº 191 Abril - Junio 2018, páginas 77-106.

último punto para el cajón de sastre en el que se incluyen lo más variopinto de sectores a los que se aplica. No hay que olvidar que Europa preconiza la universalización de estas herramientas para todo tipo de contratos.

Así, imbuidos por la estela europea, su utilización se ha extendido entre administraciones y poderes adjudicadores de ámbito estatal, autonómico y local, pero respecto a estas últimas en aquellas de tamaño medio, cuyos órganos de contratación pueden tener apoyo técnico suficiente. En caso contrario el uso resulta inviable por la necesidad de tiempo y personal para realizar una planificación, realización y seguimiento adecuados. Se observa, asimismo, que cuantos más recursos dispone la entidad que aprueba la realización de la consulta, más medios utiliza para conocer el mercado, consultas, jornadas, encuestas, etc y más complejas es su configuración e implementación. Sin embargo, sin tanto despliegue de medios, muchos otros poderes adjudicadores se han lanzado en el uso de esta herramienta con un diseño sencillo, casi estandarizado, que permite dar a conocer los posibles contratos futuros, la búsqueda de financiación de los posibles participantes, y en definitiva mejorar la calidad precio de las prestaciones que se contratan.

4.1 Innovación

Antes de abordar los ámbitos específicos en dónde se observa una mayor necesidad de acudir al mercado para redactar las prescripciones técnicas, o incluso determinadas consideraciones de las cláusulas administrativas, para conocer las soluciones que el mercado ofrece, o para saber si existe o puede existir la solución óptima a dichas necesidades, y si realmente son o han sido útiles, hay que dejar sentado que esta herramienta de consulta al mercado está unida a la



nueva política pública que surge en las Directivas de 2014 la innovación⁸⁹, que debe promoverse a través de los diferentes instrumentos contractuales que la norma posibilita.

Debemos conocer y ser conscientes de las posibilidades que nuestra actual ley de contratos ha plasmado para facilitar la Compra Pública de Innovación, entre otras la herramienta que ahora nos ocupa, que junto con otros procedimientos como el reservado para el procedimiento de licitación con negociación cuando la prestación objeto del contrato incluya un proyecto o soluciones innovadoras⁹⁰ o el procedimiento de Asociación para la Innovación, se configuran en instrumentos que contribuyen a incentivar la inversión privada en I+D. Todos ellos canalizan diferentes formas de interrelación entre agentes privados y sector público, y dan respuesta no solo a los dictados de las Directivas comunitarias, sino a una realidad que ahora se reconoce que es la necesidad de que estos operadores participen en el establecimiento de las especificaciones técnicas, como ya lo venían haciendo en la práctica.

⁸⁹ Pero qué se entiende por innovación, para ello acudimos al artículo a 2.1.22 de la Directiva 2014/24/UE que establece: la «Introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» .

⁹⁰ Vid. artículo 167 LCSP donde se establece para todos los tipos de contratos un *numerus clausus* de los supuestos en los que exclusivamente se puede aplicar el "procedimiento de licitación con negociación".

De esa manera se potencia que el sector público invierta en proyectos innovadores necesarios para mejorar su funcionamiento y, en dicho camino, la inversión privada se una a tal objetivo. En el caso español ya existe un importante historial de casos que han hecho uso de este enfoque, con el apoyo de fondos europeos (FEDER fundamentalmente, con un porcentaje medio de ayuda del 73%). Ha91.

Son consultas preliminares complejas, necesarias, que se han ligado a financiación europea, y que cuentan con equipos de apoyo para llevarlas a término⁹².

4.2 *Ámbito sanitario y tecnológico*

Si bien “innovación” puede ligarse a la mayoría de ámbitos o sectores, no por ser los campos dónde las consultas preliminares han tenido su despertar en la contratación pública española, puede dejarse de mencionar su utilización especialmente en dos ámbitos

⁹¹ Así se ha manifestado el OBSERVATORIO SECTOR PÚBLICO (OSPI) EICISA. “La contratación TIC en la nueva Ley de Contratos del Sector Público.” <https://www.iecisa.com/es/actualidad/publicaciones/La-contratacion-TIC-en-la-nueva-Ley-de-Contratos-del-Sector-Publico-Documento-OSPI/>

⁹² Consulta Preliminar al Mercado del proyecto Cloud_IA (“E-infraestructura de Información Ambiental para el Desarrollo de Soluciones basadas en la Integración Espacial Normalizada de Variables”), proyecto seleccionado en la Estrategia para el Impulso y consolidación de la Compra Pública de Innovación en la Administración Pública de la Junta de Andalucía, para ser acometido vía CPI, y susceptible de financiación a través de la medida dotada con 50 millones de euros incluida en el Programa Operativo Regional del Marco Europeo 2014-2020 (PO FEDER Andalucía).



cuyo uso se ha extendido entre diversos poderes adjudicadores: sanidad y tecnología. Son numerosos los ejemplos en estos dos ámbitos que han contribuido a su implantación en otros sectores que pretenden optimizar los recursos públicos buscando nuevas prestaciones y soluciones que hasta la fecha sólo se conocían en el ámbito del mercado.

Una vez detectadas las necesidades, el paso siguiente es analizar el mercado para saber si existen soluciones mejores a las conocidas para poder implantarlas en las entidades contratantes. Es posible que las soluciones innovadoras adecuadas ya existan o que pudieran lograrse mediante la adaptación o la combinación de las existentes. También es posible que el mercado pueda desarrollar una solución innovadora a tiempo si tiene la oportunidad de hacerlo. El propósito principal de la consulta preliminar del mercado es por tanto comprobar el estado de la técnica.⁹³ Aquí es donde la capacidad de implementar estas consultas es mayor, los avances superan la capacidad de reacción de los propios entes contratantes.

Las experiencias en estos sectores -unido en muchas ocasiones a Compra Pública Innovadora- se han realizado mucho tiempo antes de la plasmación en la actual LCSP.

Son significativos los ejemplos realizados en la Comunidad autónoma de Galicia. Un ejemplo de diálogo técnico o de consultas preliminares del mercado al que la doctrina cita y estudia repetidamente lo encontramos en el procedimiento establecido por la Consellería de Sanidad y el Servicio Gallego de Salud a través de la Orden de 27 de abril de 2012 por la que se aprueba la convocatoria abierta de propuestas de soluciones

⁹³ Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación COMISIÓN EUROPEA Bruselas, 15.5.2018 C (2018) 3051 final. P. 38

innovadoras para los proyectos de innovación sanitaria InnovaSaúde y Hospital 2050 cofinanciados con Fondos FEDER-Fondo Tecnológico (DOG, núm. 82, de 30 de abril de 2012. Corrección de errores publicada en el DOG núm. 112, de 13 de junio de 2012).⁹⁴ .

A la citada convocatoria se han presentado 305 propuestas de soluciones innovadoras, 109 empresas participaron en las consultas preliminares al mercado, habiéndose licitado 21 contratos de Innovación en los que participan 25 empresas. El 82% de las empresas licitadoras participó en las Consultas Preliminares al Mercado.⁹⁵, lo que demuestra que los beneficios son tanto para el poder adjudicador que se ve beneficiado del conocimiento y práctica de los agentes privados para el lanzamiento de nuevos o mejorados productos, como para las empresas que han participado en estos procesos previos activamente o incluso como espectadores de las actuaciones llevadas a cabo en el desarrollo de la consulta correctamente divulgada.

Avanzando en el tiempo, la utilización de esta técnica de conocimiento previo del mercado se ha expandido exponencialmente, siendo prácticamente la totalidad de las comunidades autónomas quienes la han llevado a la práctica, es justo citar entre otras la consulta preliminar del mercado del "servicio inteligente de gestión y

94 El desarrollo del procedimiento aparece recogido en el anexo I de la Guía de buenas prácticas para favorecer la Contratación Pública de Innovación en GALICIA Edición: Septiembre 2016 Axencia Galega de Innovación Consellería de Economía e Industria.

95 Manuel Varela Ex Director General de la Agencia Gallega de Innovación (GAIN) Experto COTEC de Compra Pública de Innovación (CPI) Director de SILO 19 de diciembre de 2017 [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Presentacion-CPM-Baleares-Empresas%20\(9\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Presentacion-CPM-Baleares-Empresas%20(9).pdf).



producción de lavandería y lencería” (sigla) en la unidad de lavandería y lencería del Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa. 2017/S 126-256662 publicitadas además de a través de la página web propia⁹⁶, mediante anuncio de información previa en el Diario General de la Unión Europea el 5 de julio de 2017, tal y cómo habían hecho las experiencias anteriores.

Ha tenido que ser en este 2019, el 26 de abril cuando se ha producido la adjudicación de este contrato que se licitó en la Plataforma de contratos del Sector Público el 27/07/2018, ya que posteriormente fue declarado desierto por falta de licitadores mediante acuerdo de fecha 19/11/2018.

La realización de una consulta no garantiza el éxito de la licitación, vemos que el desiderátum de que se eviten los desperdicios típicos de la preparación de contratos que quedan desiertos no siempre se produce. Aun siendo diligente en el diseño y ejecución de la consulta y dedicando los medios humanos y materiales correctos, no podemos evitar que quede desierta o que posteriormente su ejecución esté llena de dificultades, pero es un instrumento que puede dirigir a los poderes adjudicadores en la dirección correcta, y por tanto en definitiva coadyuva a conseguir una correcta gestión de los fondos públicos.

Como segundo gran bloque de consultas en este punto nos encontramos aquellas dirigidas a abordar un

⁹⁶ La información suministrada garantizaba la posibilidad de consulta a través de la web de las empresas contactadas, de las Jornadas Informativas realizadas, de la dirección de correo específico para dudas y sugerencias. Asimismo se muestra relación de asistentes, preguntas-respuestas formuladas junto con el informe final emitido como documento conclusión a la consulta preliminar realizada son otros de los aspectos destacados y que dotaban de transparencia todo el tránsito de la consulta desde su inicio hasta la redacción del documento final.

proyecto tecnológico, en la que su utilidad es también incuestionable ya que abarca a su vez varios sectores dentro de este proceso, en particular, cabe citar el referido a la tecnología de la información y comunicación (TIC) por ser aquel dónde todas las administraciones públicas se ven afectadas.

Merecen ser mencionados en el ámbito tecnológico el articulado de la Civil UAVs Initiative, que lanzó también el gobierno gallego, con gran acierto ya en 2015, para la utilización de sistemas aéreos no tripulados (UAVs en sus siglas en inglés) en el ámbito civil y en la mejora de la prestación de los servicios públicos en el marco del desarrollo de un polo aeronáutico en la que se emplean dos tipologías diferentes de consultas preliminares del mercado. Una a través de una solicitud de información o "Request for information" para realizar un sondeo a los operadores económicos con expectativa en participar en la iniciativa, incentivando el fomento del uso de vehículos aéreos no tripulados para la mejora del propio servicio, y además, profundizar en el conocimiento de la capacidad del mercado y su interés en participar en contrataciones en dicho sector, con soluciones innovadoras. Y como segunda tipología una consulta preliminar "Market Consultation" para preparar las futuras contrataciones de soluciones innovadoras ayudando, como es su propósito, a los operadores jurídicos a redactar las especificaciones técnicas o funcionales y por consiguiente preparar los posibles contratos ⁹⁷. El diseño de la Civil UAVs Initiative fue

⁹⁷ Dichas tipologías y su desarrollo se encuentran en la "Guía de buenas prácticas para favorecer la Contratación Pública de Innovación en GALICIA" Edición: Septiembre 2016 Axencia Galega de Innovación Consellería de Economía e Industria, página 54 con enlaces a los términos de las dos tipologías de



reconocido con el Premio Nacional de Innovación 2016, por el Gobierno de España y se ha configurado como un ejemplo de Compra Pública Innovadora.

Pero dentro del ámbito tecnológico, nos centramos en el campo de la información y la comunicación (TIC) en las administraciones públicas donde las consultas preliminares se están realizando por diversos poderes adjudicadores con mayor asiduidad⁹⁸. Si bien en proyectos tecnológicos complejos, que requieren grandes inversiones asociadas a la innovación, son las

las consultas en la siguiente dirección:
http://www.civiluavsinitiative.com/wp-content/uploads/2015/07/RequestForInformation_RFI_CivilUAVsInitiative_GAL.pdf

: http://www.civiluavsinitiative.com/wp-content/uploads/2015/07/RFP_gal.pdf

⁹⁸. Entre otras, vid. Consulta preliminar de mercado sobre el contrato de servicio para la implantación de herramientas de Administración Electrónica en la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de Les Illes Balears Publicado Plataforma de Contratación del Sector Público 8.07.2019; Consulta preliminar de mercado sobre el servicio Centro de Soporte a Usuarios y Sistemas (CSUS) para la Diputación Provincial de Málaga. 1.07.2019; Actualización de la consulta preliminar de mercado sobre la contratación del suministro, implantación, mantenimiento y soporte de un producto software de contabilidad e inventario de bienes para la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana 13.06.19; Consulta preliminar de mercado para la elaboración de prescripciones técnicas a incluir en el expediente de contratación del servicio de implantación, instalación, configuración, puesta en marcha y mantenimiento de soluciones software para el Área Económica y Financiera del Ayuntamiento de Elche 03.06.19 y Consulta preliminar del mercado para la contratación del software conversor SEPA de TXT a XML PLUS, para la Agencia Pública de Servicios Económicos Provinciales de Málaga, Patronato de Recaudación Provincial 01.06.19

“grandes administraciones” las que acuden a dichas herramientas, y deben asistirse por equipos multidisciplinares (técnicos, económicos y jurídicos) para el diseño y ejecución de todas las fases en la ejecución del proyecto, en este campo no sólo ellas, sino otras de diverso tamaño y también distinto ámbito territorial lanzan consultas sobre programas de software necesarios para el funcionamiento de los servicios públicos en la era digital. No hay que olvidar que la e-administración (que cuenta con una implantación progresiva y que ha avanzado notablemente en los últimos tiempos) engloba una serie de materias cuyo punto en común es el peso determinante que se le da a la tecnología y, en particular, a la digitalización de servicios públicos y su prestación a través de sitios Web gubernamentales⁹⁹.

Nuestra actual Ley no va a resolver los problemas a los que se enfrentan los gestores públicos a la hora de abordar proyectos de desarrollo de software, para lo que se requiere un enfoque más holístico y, no sólo en el ámbito de la contratación, pero si promueve su uso incluso con las propias herramientas para la contratación electrónica que eviten los riesgos de la burocratización¹⁰⁰.

⁹⁹PARDO, LUIS (2011): “Aplicación de las nuevas tecnologías en la Administración pública”. Revista de Contabilidad y Dirección Vol. 13, año 2011, pp. 105-126

¹⁰⁰ Así se manifiesta el OBSERVATORIO DEL SECTOR PÚBLICO (OSPI). “La contratación TIC en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”. Documento de conclusiones 2018. [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Presentacion-CPM-Baleares-Empresas%20\(9\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Presentacion-CPM-Baleares-Empresas%20(9).pdf).



Los problemas detectados¹⁰¹ corresponden a dos áreas que señalan como susceptibles de ser problemáticas, por un lado, la detección interna de necesidades (y su plasmación ya que debe justificarse en el inicio del proceso contractual) y en segundo lugar la redacción de pliegos con el apoyo de proveedores. Coinciden también en sus conclusiones en señalar que los problemas por falta de personal especializado en determinados campos muy técnicos son habituales y lo señalan como uno de los escollos para conseguir tener el mejor sistema tecnológico en nuestras organizaciones, asimismo las dificultades y reticencias para facilitar la colaboración de proveedores especializados en los campos que debemos mejorar, es el segundo escollo. En este punto se refieren a las consultas preliminares como un nuevo modelo de colaboración, que queda a discreción de los órganos de contratación, no hay que olvidar su carácter potestativo lo que les generan reticencias en cuanto a su aplicación práctica y generalizada.

No podemos olvidar que la tecnología preocupa no solamente a partir de la obligación de implantar la denominada "administración electrónica", si no como mejor gestión¹⁰². Las soluciones abarcan tanto el lanzamiento de un procedimiento de Compra Pública de Innovación mediante el que se pretende implementar soluciones o procedimientos innovadores¹⁰³, como

¹⁰¹ Determinadas organizaciones sectoriales implicadas, entre ellas la Comisión de Sector Público de AMETIC (patronal representante del sector de la industria tecnológica digital en España) recogen la problemática de este sector, y que básicamente coincide con otros ámbitos de la contratación pública.

¹⁰² Vid. Consulta preliminar al mercado para la selección de software comercial de planificación y gestión de recursos empresariales. Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, marzo 2019.

¹⁰³ Vid. Centro Municipal de Empresas de Gijón 23 de febrero de 2018. Pliego de condiciones técnicas, que junto a las

diseñar una licitación para implantar un software de gestión administrativa existente en el mercado en cumplimiento de los derechos que tienen los ciudadanos de relacionarse con las administraciones públicas, y la propia obligación que entraña para la administración¹⁰⁴. Aun considerando la problemática expuesta a la que se debe enfrentar la utilización de estas herramientas por los gestores públicos, podemos afirmar que se han configurado como una ayuda fundamental al personal que redacta los pliegos de cláusulas administrativas y/o prescripciones técnicas al ser el punto de partida en muchos casos para el estudio, elaboración y recopilación de la información disponible. Sin olvidar eso sí que se deben realizar con rigor, con una especialidad técnica de partida considerable por quienes las definan y las lleven

prescripciones administrativas, han de regir la Contratación por procedimiento abierto del suministro y puesta en servicio de una Herramienta de análisis inteligente de datos para el centro municipal de empresas de Gijón, S.A., cuyo punto primero aborda y detalla la realización de una Consulta preliminar.

¹⁰⁴ Vid. entre otras: Actualización de la consulta preliminar de mercado sobre la contratación del suministro, implantación, mantenimiento y soporte de un producto software de contabilidad e inventario de bienes para la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana 13.06.19; Consulta preliminar de mercado para la elaboración de prescripciones técnicas a incluir en el expediente de contratación del servicio de implantación, instalación, configuración, puesta en marcha y mantenimiento de soluciones software para el Área Económica y Financiera del Ayuntamiento de Elche 03.06.19 y Consulta preliminar del mercado para la contratación del software conversor SEPA de TXT a XML PLUS, para la Agencia Pública de Servicios Económicos Provinciales de Málaga, Patronato de Recaudación Provincial 01.06.19.



a la práctica, ya que existe el riesgo de captura del órgano contratante si las cautelas se flexibilizan.

Los esfuerzos en este ámbito por parte de todas las administraciones, propiciado por las reformas legislativas, ha llevado a la Administración electrónica española a ocupar el puesto número 4 de los países de la UE, con mejor puntuación que en 2018, mejorando 4.7 puntos su puntuación, situándose por delante de los otros grandes países europeos como Alemania, Francia, Reino Unido e Italia¹⁰⁵.

La necesidad del conocimiento y ayuda del mercado en estos ámbitos tan definidos es una realidad, por lo que podría considerarse que la realización de consultas preliminares del mercado debía abandonar aquí su carácter potestativo para convertirse en un paso más a la hora de conformar el expediente de contratación de una posible licitación. Las fortalezas y oportunidades que brinda su uso superan las amenazas y debilidades que poseen.

4.3 Otros contratos complejos. Ciclo integral del agua, gestión de residuos sólidos, transporte público de viajeros, mercados, instalaciones deportivas...

Una de las novedades que incorpora la actual Ley de contratos es la supresión del contrato de gestión de servicios públicos y sus diferentes modalidades, concesión, concierto, gestión interesada y sociedad de economía mixta, clásicas figuras utilizadas tradicionalmente por todas las administraciones

¹⁰⁵Así se indica en Gobierno de España. Noticias. Portal de administración electrónica.
https://administracionelectronica.gob.es/pae_home/pae_act_ualidad/pae_noticias/anio-2019/junio/noticia-2019-06-11-espana-mantiene-4-puesto-administracion-electronica.html#.xwflfromzam9

públicas, especialmente la local¹⁰⁶. Recordamos que es el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 quien ya regulaba aquellas detalladamente, y las configuraba como fórmulas para la gestión contractual de los servicios públicos, normativa que ha venido evolucionando hasta la actualidad, donde prácticamente la concesión ha sido la única superviviente, siendo regulada a la luz de lo dispuesto en las Directivas comunitarias en cuanto a la definición del riesgo operacional¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Así se manifiesta, entre otros MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, JOSÉ LUIS (2011): "La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultados de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local" <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508227>

¹⁰⁷ Conceptuamos concesión de servicio o un contrato de servicios a la ciudadanía dependiendo si existe o no transferencia del riesgo operacional. Ximena Lazo Vitoria. El riesgo operacional ¿una nueva era para los contratos de concesión?

<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508956>. 18/10/2018. Entendemos por concesión un contrato a través del que un poder adjudicador encomienda a una empresa la prestación de un servicio de su titularidad o competencia (art. 15.1 LCSP). La contraprestación está constituida por el derecho a explotar los servicios, en su caso, acompañado de un precio (art. 15.1 LCSP). La expresión «derecho a explotar los servicios» se vincula a la obligación que asume el contratista de organizar y prestar un servicio (art. 287.1 LCSP), acompañado de un precio. En la Directiva 2014/23 la asunción del riesgo operacional sigue siendo un elemento imprescindible del concepto de concesión y se incorpora expresamente a la definición legal, artículo 5, y en el artículo 14.4 de la LCSP en términos similares pero con alguna matización-



Por tanto, la utilización de estas fórmulas contractuales queda unida inexorablemente a una serie de contratos necesarios para el funcionamiento del municipio, sin olvidar para la construcción y gestión de grandes infraestructuras estatales, y que se corresponden con actuaciones estratégicas que requieren una fuerte inversión económica en diversos sectores, y es precisamente en estos sectores y para estas materias donde las consultas preliminares están siendo utilizadas por los poderes adjudicadores con mayor énfasis, gestión de residuos sólidos, concesión del servicio de aguas (abastecimiento y evacuación de aguas residuales), transporte colectivo urbano de viajeros, biblioteca, instalaciones deportivas de uso público, mercados etc. Todos ellos de acuerdo con el artículo 25 de la LBRL se prestan como servicios públicos para satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, y son servicios de prestación obligatoria, que se incluyen en los listados del artículo 26 de la misma Ley, estableciéndose alguno de ellos como servicios obligatorios para todos los municipios, y otros ordenados acumulativamente, según que el número de sus habitantes fuera superior a cinco, veinte o cincuenta mil habitantes. Por su parte el 86.3 establece la reserva obligatoria en favor de las entidades locales y su prestación en régimen de monopolio, respetando una tradición municipalista y su carácter público, competencias obligatorias que son susceptibles de explotación económica.

El legislador al aumentar las competencias según aumenta la población, y sin perjuicio de fórmulas asociativas que puedan llegarse a implantar, supone que a mayor número de habitantes mayores serán también las capacidades técnicas y financieras del municipio, lo que muchas veces no se corresponde con la realidad, sin perjuicio de que la obligación de prestar el servicio continúe.

También aquí son varios los municipios y otras administraciones los que están utilizando las consultas preliminares como herramienta para definir adecuadamente los pliegos administrativos¹⁰⁸ sobre la base de una documentación previa que muchas veces adolece de fallos, datos o escasa información justificativa como estudios de viabilidad, proyectos de explotación del servicio y/o planes económicos financieros, no contando con suficiente criterio para abordar determinados aspectos relevantes de dichos pliegos.

Otras veces, si bien se contrata la redacción de los documentos previos que en ocasiones no existían o son manifiestamente mejorables, y que deben formar parte del expediente contractual (proyecto de servicio público municipal)¹⁰⁹ se realiza la consulta con el fin de conocer el interés y capacidad de las empresas, así como las propuestas a incorporar para una previsible mejora en la redacción de los citados documentos técnicos precisos para realizar la contratación. Abarcan tanto aspectos que afectan a cumplimiento de legislaciones sectoriales (agua, transporte colectivo de viajeros, gestión y tratamiento de residuos, la mayoría afectadas por

¹⁰⁸ Consulta preliminar del mercado sobre documentación preparatoria del contrato de servicios de limpieza viaria y recogida de residuos del municipio de Elche, aprobada 13 de julio de 2018, en la que se consulta sobre la introducción de un quinto contenedor, zonas de compostaje comunitario, ubicación de contenedores soterrados y Tecnología disponible en sistemas de propulsión de los vehículos afectos al servicio.

¹⁰⁹ Se proporciona el proyecto de servicio público municipal de transporte de viajeros para la conexión del núcleo urbano con las pedanías del término municipal de Elche, al Iniciar un trámite de consulta preliminar de mercado para la contratación de dicho servicio que se aprueba con fecha 30 de julio de 2018.



normas comunitarias traspuestas o sin trasponer) como a aplicación de nuevas tecnologías que influyan o redunden en el ahorro de recursos económicos o de otra índole. Asimismo se puede observar cómo se consulta sobre su implementación, costes, propuestas de diseño del servicio, de infraestructuras existentes o a realizar, e incluso propuesta de criterios de adjudicación adecuados a los aspectos que se pretenden incentivar¹¹⁰.

Las ventajas de realización de consultas preliminares en estos ámbitos supera las dificultades de su realización, las materias son complejas, el reconocimiento de las carencias en la elaboración de los documentos previos y en los avances que pueden existir para mejorar la gestión, son puntos clave que determinan adentrarse en la realización de este costoso proceso en medios humanos y materiales. El tiempo en proyectar la contratación aumenta exponencialmente con la dificultad del propio contrato. No obstante, la planificación que se pretende impulsar y la transparencia en el proceso, junto con la competencia y concurrencia son principios fundamentales en estos ámbitos que absorben gran parte del presupuesto público. Eficiencia, calidad en definitiva y ahorro de costes premisas que están presentes a la hora de decidir si realizar una consulta preliminar al mercado.

4.4 Coste de los servicios, coste del ciclo de vida, presupuesto Base de licitación

Esta materia, análisis y definición del coste de los servicios, obras o suministros, es otro de los grandes bloques dónde las consultas preliminares están utilizándose por los poderes adjudicadores para adaptar

¹¹⁰ Consulta preliminar de mercado de fecha 13 de Julio de 2018. Procedimiento: Contrato de Concesión de Servicio Público de Abastecimiento de Agua Potable y alcantarillado del municipio de Güímar (Tenerife).

los pliegos de contratación a las directivas comunitarias¹¹¹. La nueva Ley de Contratos de 2017 establece una compleja y pormenorizada regulación sobre la selección y aplicación de los criterios de adjudicación de los contratos, estableciendo que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio, -este concepto sustituye al de "oferta económica más ventajosa"- pudiéndose previa justificación en el expediente, 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 con arreglo al artículo 148 (artículo 145.1). Asimismo, se puede aplicar únicamente este cuando se aplique un solo criterio de adjudicación (artículo 146.1). Para cumplir este mandato legal, los operadores jurídicos cuentan únicamente con los datos e información aportada al respecto en la LCSP 2017 cuyo art. 148.3 de la LCSP, conforme el artículo 68 de la Directiva 2014/24/UE, indica los datos que deben ser incluidos en los pliegos¹¹².

¹¹¹ Si bien el título de la consulta parece que podría estar dirigida a diversos ámbitos, incluso a garantizar la ausencia de exclusividad, la Consulta preliminar de fiestas suministro de 9 carrozas artísticas para su desfile en la cabalgata de reyes 2020 de Majadahonda, establece su objeto, al igual que otras muchas en: · "Obtener una estimación del precio del suministro de 9 carrozas en régimen de alquiler para su desfile en la Cabalgata de Reyes 2020 de Majadahonda".

¹¹² Artículo 148.3 LCSP. "Cuando los órganos de contratación evalúen los costes mediante un planteamiento basado en el cálculo del coste del ciclo de vida, indicarán en los pliegos los datos que deben facilitar los licitadores, así como el método que aquellos utilizarán para determinar los costes de ciclo de vida sobre la base de dichos datos. El método utilizado para la



Son artículos complejos, sin desarrollo o definición de los conceptos que abarca. La Ley profundiza en los datos agregados que pueden formar parte del coste de los contratos, pero no encontramos un método para calcular el coste del ciclo de vida, lo que sería deseable ¹¹³.

No podemos dejar de recordar la necesaria corrección que debe presidir a la hora de definir dichos criterios, ya que los mismos van a poseer, como señalan numerosas sentencias dos funciones: servir de herramienta de valoración y configurar el objeto del contrato, ya que *“aquellos que aparezcan enumerados en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo serán, simultáneamente, elementos caracterizadores del objeto del contrato y elementos que*

evaluación de los costes imputados a externalidades medioambientales cumplirá todas las condiciones siguientes: a) estar basado en criterios verificables objetivamente y no discriminatorios; en particular, si no se ha establecido para una aplicación repetida o continuada, no favorecerá o perjudicará indebidamente a empresas determinadas; b) ser accesible para todas las partes interesadas; c) la información necesaria debe poder ser facilitada con un esfuerzo razonable por parte de las empresas, incluidas aquellas procedentes de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio o de otros Estados signatarios de algún otro Acuerdo Internacional que vincule a España o a la Unión Europea.”

¹¹³ En dichos términos se ha manifestado GÓMEZ GUZMAN, JUÁN CARLOS (2018): “La ecuación del «coste del ciclo de vida» (CCV). Metodología para aplicar el nuevo criterio de adjudicación.” <https://red.novagob.org/la-ecuacion-del-coste-del-ciclo-de-vida-ccv/20-de-marzo-de-2018>, remitiéndose a su artículo “La ecuación del «coste del ciclo de vida» (CCV). Procedimientos y metodología de su cálculo, y del criterio de valoración y adjudicación”. Revista de Contratación Administrativa Práctica **nº 154**, marzo-abril 2018, páginas 32-43.

determinarán la adjudicación del mismo y, por ende, elementos orientadores de la elaboración de la oferta” y elementos determinantes de la adjudicación¹¹⁴”.

Pero no solo los criterios de adjudicación, también otros conceptos e informaciones¹¹⁵ que son necesarias para preparar la licitación, y que ha incorporado la actual LCSP son de difícil concreción: Desglose del presupuesto base de licitación¹¹⁶, valor estimado del contrato¹¹⁷, información sobre los convenios colectivos, justificación división de lotes, y otros muchos, impulso de utilización de criterios ambientales, (que pueden ser doblemente valorados), criterios sociales, de igualdad, etc. Especialmente en relación con estos últimos es donde las consultas preliminares pueden ayudar a realizar una

¹¹⁴ Vid. Resoluciones del TACRC 287/2011, de 23 de noviembre de 2011 y 280/2011, de 16 de noviembre de 2011.

¹¹⁵ En este sentido se ha manifestado la Federación Municipios y Provincias “Guía de Integridad en la contratación Pública Local”, página 231.

¹¹⁶ Artículo 100.2 de la LCSP: “El presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”

¹¹⁷ Según el artículo 101.2º de la LCSP “En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial”



correcta selección y redacción de dichos criterios teniendo en cuenta el concreto objeto contractual, y ayudar al mismo tiempo a impulsar la responsabilidad social o medioambiental del sector¹¹⁸.

Hay que recordar que en el expediente de contratación tiene que constar una memoria económica que resuma los estudios realizados y sus resultados, indicando el origen de los precios estimados y las razones por las que estos se consideran adecuados al mercado¹¹⁹.

Ante esta dificultad, y con la espada de Damocles de las Resoluciones de los Tribunales contractuales¹²⁰, los operadores jurídicos tienen que estar asistidos, y es aquí donde más pueden beneficiarse de las ventajas que la tramitación de consultas preliminares ofrecen, ayudar a

¹¹⁸ Interesantes aportaciones en la Instrucción de contratación pública responsable y guía inclusiva de clausulado social y sistema de verificación del ayuntamiento de Valencia, aprobada por la Junta de Gobierno local de 22 de febrero de 2019 que señala la obligatoriedad de realizar consultas en sectores estratégicos, a efectos de incorporar criterios sociales: *"Realizará consultas preliminares de mercado, en relación con la contratación prevista en el Plan anual, al objeto de poder determinar los contratos más idóneos para ser reservados, cotejando si los Centros especiales de empleo o las Empresas de inserción operan en ese sector de actividad."*

¹¹⁹ Interesantes recomendaciones en el apartado Memoria Económica, en la que reconoce que cuando exista dificultad en determinar dichos conceptos podrá acudir a realizar una consulta preliminar. Instrucción 27/2018, de 18 de Mayo, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se establecen Directrices en materia de contratación en el ámbito del Ministerio de Defensa Publicada en BOD Nº 102 de 25 de mayo de 2018

¹²⁰ Vid. Resolución nº 632/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) anula una cláusula por no ha consignado de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

definir en la Memoria y en los Pliegos dichos conceptos para el concreto contrato. Y es para todos los contratos, independientemente de las circunstancias de cada administración, por lo que la práctica está demostrando que aunque con una técnica no muy depurada, las consultas al mercado están suplantando en algunos ámbitos contractuales complejos a los antiguos contratos de consultoría y asistencia técnica, y en otros ayudando a los técnicos a adecuar los pliegos a las nuevas exigencias de la LCSP, con los riesgos que hemos citado y que podría acarrear sin la necesaria preparación. Es difícil comparar y establecer un criterio ante varios propuestos por diversos agentes que han participado en la consulta, cuando de antemano no podemos establecer mínimamente los mismos. El análisis de riesgos y las medidas a adoptar son trabajos previos que deben realizarse e implementarse posteriormente para que la consulta que se realice ayude al operador pero sin dirigir la futura licitación.

4.5 Contratos de exclusividad técnica

Con independencia de la necesaria justificación en el expediente de los motivos por los que el órgano de contratación acude a un procedimiento negociado sin publicidad, en el caso de los contratos que puedan adjudicarse en virtud del artículo 168 a) 2º de la LCSP, concretamente, cuando solo puedan ser encomendados a un empresario determinado por que no exista competencia por razones técnicas, es interesante la utilización de consultas preliminares para conocer si realmente existen¹²¹ dichas razones técnicas exclusivas,

¹²¹ Vid. Resolución 195/2017 Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. "no es



o existe alguna solución en el mercado que puede ser presentada por diferentes operadores económicos que quiebre la potencial exclusividad para fundamentar su aplicación. Asimismo, en el artículo 44.2.e) de la LCSP en los ámbitos de la defensa y de la seguridad se recoge esta circunstancia para los contratos incluidos en su esfera de aplicación. Y todo ello de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE¹²² que legitima acudir a esta figura cuando la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, señalando a título ejemplificativo la situación que precisamente puede ser demostrada con la utilización de las consultas, *“que objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato”*.

Y asimismo, y ante tales premisas podemos preguntarnos si realmente existe otro operador económico que satisfaga las necesidades públicas si no se ha realizado publicidad de la licitación en un medio adecuado aceptado por las partes, como es el Perfil del contratante.

posible recurrir a este supuesto cuando la ausencia de competencia es el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación.” Y Resolución nº 29/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, de 14 de Junio de 2016, citando al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la Resolución 75/2012, de 12 de julio, que indica que “la utilización del referido procedimiento exige la constatación y acreditación clara e irrefutable que concurre aquella exclusividad, y que, en caso contrario, el procedimiento se encontraría afectado por un vicio de nulidad de pleno derecho.”

¹²² Vid. Considerando 50 Directiva 2014/24/UE.

La justificación que debe ser aceptada deberá estar reflejada en el informe motivado, que el órgano técnico tiene que elaborar y que acredite, en su caso, los *“certificados/informes aportados por la empresa, que justifican la exclusividad en relación con la prestación objeto del contrato, que técnicamente existe una única empresa capaz de desempeñar el objeto del contrato, que no existe alternativa técnica válida para alcanzar el objeto del contrato y/o que la ausencia de competencia no es resultado de una reducción artificial de los parámetros de la contratación”*¹²³. Nos encontramos de nuevo ante la dificultad de contrastar la exclusividad y de acreditarla.

Bajo la apariencia de exclusividad técnica, artística, o de otra índole se licitan contratos que muchas veces no la tienen. El desconocimiento del mercado, la “comodidad” del servicio de asistencia al órgano de contratación, la inercia, falta real de tiempo y personal para preparar correctamente los pliegos (con la dificultad que presentan), presiones políticas y sociales veladas, son circunstancias que coadyuvan a que se justifique acudir a este procedimiento cuando legalmente puede ser cuestionable¹²⁴. No olvidemos que el respeto de los

¹²³ Vid. artículo 32.2.b) de la Directiva 2014/24/UE.

¹²⁴ Resolución nº 83/2019 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, de 26 de Abril de 2019 procedimiento negociado sin publicidad: doctrina general; justificación insuficiente basada en una exclusividad autoatribuida por quien se beneficia de ella, no se prueba que los aspectos señalados concurren en una única empresa ni que obliguen inexcusablemente a la falta de promoción de concurrencia, la complejidad técnica de la prestación no justifica por sí sola el uso del procedimiento negociado sin publicidad.



principios de competencia, concurrencia e igualdad entre otros, es lo que determinará obtener la mejor oferta, tanto desde el punto de vista del precio o coste calidad. Por lo que acudir a falsas razones técnicas o de exclusividad y territoriales de las que adolece a menudo el procedimiento de adjudicación, contraviene toda la esencia de los principios contractuales europeos y de la LCSP, pérdida de eficiencia económica, aumento del riesgo de colusión, y exclusión de las PYMES cuya entrada en la contratación pública constituye una política que debe fomentarse¹²⁵. La introducción de las consultas preliminares en estos ámbitos puede ser una herramienta adecuada para garantizar que realmente no existe competencia desde el punto de vista técnico, y por tanto la exclusividad que se alega sea real. Testar al mercado antes de optar por una licitación a través de un procedimiento de estas características, que debe ser interpretado restrictivamente, puede tener mayores ventajas que inconvenientes. La seguridad jurídica que proporciona saber si existen empresas capacitadas para realizar el objeto del contrato que pueden presentarse a una licitación futura, redactar correctamente las prescripciones técnicas complejas, favorecen la competencia y la concurrencia, y en definitiva el respeto a las Leyes contractuales y los principios que las conforman. El diseño que las consultas que se realicen podrán ser aquí más sencillas al partir de elementos de juicio previos y de prescripciones técnicas conocidas. Por tanto, las ventajas, a mi juicio, superan las posibles debilidades y amenazas que conlleva su realización.

¹²⁵ Grupo de Trabajo de Integridad en la Contratación. Red de Entidades Locales por la Transparencia y la Participación Ciudadana FEMP "Decálogo de integridad en la contratación pública local"

4.6 Otros contratos con falta de licitadores

Otros de los problemas habituales o mejor dicho de las consecuencias de los errores en la redacción de los Pliegos, por una incorrecta planificación en muchos casos, (al no dar la importancia suficiente a la fase preparatoria del expediente contractual), es que determinadas licitaciones queden desiertas, con el consiguiente despilfarro de recursos humanos, materiales y, en definitiva, económicos, que se produce. Como ya he apuntado en los puntos precedentes, los errores más comunes son un inadecuado cálculo del precio base de licitación, complejidad en la redacción de las prescripciones técnicas con incongruencias en sus exigencias, excesiva o limitada duración que sostenga la viabilidad de las prestaciones que se pretenden contratar, etc.

Pero no solo la "*duplicación de recursos económicos*"¹²⁶ (contratación fallida y nueva contratación) si no la falta de bienes, servicios u obras que son necesidades a satisfacer que requieren las entidades públicas, son las consecuencias que producen los procedimientos desiertos, lo que determina en último término, que estas no puedan cumplir sus fines. A su vez, genera presiones respecto la nueva contratación, para que se licite en menores plazos y de manera más flexible, sin la adecuada rigurosidad, con lo que existe mayor

¹²⁶ En este sentido, y aplicable a nuestro país, se manifiesta Organización para la Seguridad Y La Cooperación En Europa, (OSCE), Dirección de Supervisión, Fiscalización y Estudios Sub Dirección de Estudios Económicos y de Mercado. ¿Por qué razones un proceso de selección queda desierto? Delimitación de causales. Marzo de 2011.

https://www.mef.gob.pe/cont_estado/documentos/1_Estudio_desiertos.pdf,



posibilidad de que la decisión final no sea la más eficiente, y se produzca despilfarro en recursos económicos, en definitiva.

La mayoría de las consultas estudiadas recogen una serie de cuestiones que necesitan aclaración por parte del mercado pero no circunscritas a uno de los ámbitos estudiados en los párrafos precedentes, sino que abarcan varios de ellos, así podemos a título ejemplificativo citar la formulada por la Subdirección General de Inspección de las Telecomunicaciones de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, a través del órgano de contratación Junta de Contratación del Ministerio de Economía y Empresa, para preparar y recopilar los datos necesarios para convocar la licitación un contrato para la prestación del "servicio de mantenimiento y calibración de los equipos de medida utilizados en tareas de comprobación técnica de emisiones radioeléctricas", declarado desierto en un procedimiento contractual anterior, para poder estimar el presupuesto base de licitación, llevar a cabo una división en lotes óptima, y completar las especificaciones técnicas del servicio. Sin duda, en esta fase preparatoria de la licitación, se podrá analizar y completar aquellos aspectos que han adolecido de vicios o cuya rigurosidad en su definición no ha sido la adecuada.

Las cuestiones que se han observado en la formulación de consultas, previa declaración de fallido del anterior procedimiento, se refieren tanto a información técnica como económica. Abordan aquellos aspectos sobre los que se sospecha han conducido a la ausencia de licitadores, pero asimismo aquellos otros que "*se crea interesante sean tenidas en cuenta en la preparación de la licitación*" ante el desconocimiento de las causas concretas de dicho desenlace. Esta fórmula genérica puede determinar problemas posteriores por su plasmación en el informe final que debe recoger el

proceso de consulta, el cual debe plasmar las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas, pero sin especificar las soluciones propuestas por los otros participantes. Sin duda en este ámbito una previa planificación adecuada y la utilización de este instrumento determinaría un importante ahorro de costes.

4.7 Mercadillo de consultas preliminares en diversos contratos

Un último apartado, para constatar que si bien el número de consultas realizadas no es muy elevada en el conjunto de las contrataciones del Sector Público español¹²⁷, de una simple lectura del título de las publicitadas en la Plataforma de Contratos del Sector Público, canal obligatorio de información, se observa la utilización para diversos contratos y dispares, que en principio no parecían ser los principales destinatarios de su regulación legal. Entre ellos, compra material de oficina, sillas, limpieza de instalaciones, mantenimiento de servicios, adquisición de determinados bienes o productos que ya existen en el mercado y que se han venido suministrando con regularidad por proveedores privados, carrozas,... La necesidad se conoce, y su concreción en los pliegos que rigen las licitaciones puede, a priori, realizarse por los servicios técnicos dependientes el órgano de contratación. Las cautelas aquí deben ser igual de importantes, podemos pensar

¹²⁷ Federación Municipios y Provincias. "Guía De Integridad De La Contratación Pública Local." http://femp.femp.es/files/3580-2053-fichero/GUIA_INTEGRIDAD_CONTRATACION_PUBLICA_LOCA L.pdf. página 32.



que estamos dejando de realizar el importante análisis previo y su contraste posterior con los resultados de las consultas para determinados contratos, pudiéndose producir el efecto contrario al que se pretende.

No obstante, todas ellas confluyen en un objetivo que es común al resto de herramientas que la LCSP posibilita, cumplir los mandatos de las Directivas comunitarias incorporando y definiendo en los pliegos contractuales aquellas cláusulas que permitan una contratación más eficiente, transparente e íntegra, desterrando así prácticas corruptas.

5 CONSIDERACIONES FINALES, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1. Las consultas preliminares al mercado se configuran como una herramienta adecuada, para entablar unas relaciones regulares y transparentes con proveedores y agentes involucrados para obtener los mejores resultados pretendidos por una contratación pública estratégica y alcanzar así los objetivos de la Estrategia Europa 2020. Eficiencia en el gasto público, facilitar la participación de los operadores económicos, especialmente las pequeñas y medianas empresas, dotar al sistema de mayor seguridad jurídica, y permitir a los poderes adjudicadores elegir la opción más innovadora, social o ecológica, son en último término las posibilidades que el uso de este método permite. Objetivos inmediatos y alcanzables con su formulación son preparar el concreto procedimiento contractual para el que se usa y publicitar los programas de contratación diseñados o a diseñar por los poderes adjudicadores, así como sus requisitos.

2. Normalización metodológica. Para poder realizar de forma eficaz una consulta preliminar al mercado es importante que la fase de preparación y planificación, en

la que incluye tanto la detección de las necesidades futuras, la participación de los interesados, el análisis de mercado y la definición del objeto se realice forma exhaustiva. Solo realizando un buen análisis previo puede desarrollarse adecuadamente la consulta y obtener unos buenos resultados.

Más allá de la lectura del artículo de la norma, y de los pasos que muestra (ámbito objetivo, subjetivo, medios a utilizar, principios, publicidad en la Plataforma de contratos del sector público, cláusulas de confidencialidad) no existe ninguna sujeción a un procedimiento predeterminado, el mismo se diseñará por el órgano de contratación previa evaluación de sus necesidades y los objetivos que pretende conseguir, siempre que se respeten los principios de no discriminación, transparencia y que no se falsee la competencia. Se aconseja normalización en el diseño e implementación de las consultas.

3. Consultamos al mercado por necesidad. Su uso, potestativo, no está vinculado al desarrollo de ningún procedimiento de adjudicación en particular, si bien es incuestionable su utilización para compras públicas innovadoras, en contratos complejos o en aquellos que se configuren estratégicos en los ámbitos social o medioambiental. Respecto a estos ámbitos, numerosas administraciones los regulan como obligatorios, dentro de una estrategia más amplia de contratación responsable, y en consonancia con lo que Europa preconiza de universalización de estas herramientas para todo tipo de contratos.

La práctica está demostrando que su uso pretende paliar las carencias que se han constatado en la elaboración de diversos documentos previos y en los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas de los antiguos contratos de gestión de servicios públicos, en



sectores estratégicos que requieren una fuerte inversión económica, agua, residuos, transporte colectivo de viajeros, instalaciones deportivas, servicios sociales, y en los que los avances que pueden existir para mejorar la gestión son significativos. Asimismo, para todos los contratos donde existe dificultad de concretar el coste de los servicios, cálculo del precio base de licitación, criterios de adjudicación óptimos para elegir la mejor oferta en términos de calidad precio, determinadas prescripciones técnicas que recogían incongruencias en sus exigencias y/o duración que sostenga la viabilidad de las prestaciones que se pretenden contratar, sin olvidar aquellos en los que se debe acreditar que no existe competencia desde el punto de vista técnico, y por tanto la exclusividad que se alega sea real.

El desconocimiento del mercado, la “comodidad” del servicio de asistencia al órgano de contratación, la inercia, falta real de tiempo y personal para preparar correctamente los pliegos (con la dificultad que presentan), presiones políticas y sociales veladas, son circunstancias que coadyuvan a que las licitaciones queden desiertas, que se adjudiquen a una oferta que hubiese sido mejorable, o incluso dirigida, lo que provoca que la decisión final no sea la más eficiente.

4. Se deben realizar con rigor, con una especialidad técnica de partida considerable por quienes las definan y las lleven a la práctica, ya que existe el riesgo de captura del órgano contratante si las cautelas se flexibilizan. Son muchas las voces que abogan por una buena gobernanza en materia contractual, entendida como garantía del «derecho a una buena administración» y que exige la profesionalización del sector.

5. La realización de una consulta no garantiza el éxito de la licitación. Aun siendo diligente en el diseño y ejecución de la consulta y dedicando los medios humanos y materiales correctos, no podemos evitar que quede desierta o que posteriormente su ejecución esté llena de

dificultades, no obstante, es un instrumento que puede dirigir a los poderes adjudicadores en la dirección correcta, en consonancia con las directrices europeas.

BIBLIOGRAFÍA

BATET JIMÉNEZ, M^a Pilar (2017): "La preparación del contrato y la división de su objeto en lotes". El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 23, Sección Especial / Artículos, Quincena del 15 al 29 Dic. 2017, pág. 2862-2876

BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL (2018): "El Desarrollo Autonómico de la normativa Sobre Contratos Públicos" Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública. Nº Extra 18, 2018 (Ejemplar dedicado a: La Ley de Contratos del Sector Público), págs. 91-138

CASTILLO CANO, ANDRÉS (2016): "Los estudios de mercado, base fundamental en el proceso de contratación pública" Observatorio Colombiano de Contratación Pública. <http://www.occp.co/los-estudios-de-mercado-base-fundamental-en-el-proceso-de-contrataci%C3%B3n-p%C3%BAblica>. Consultado 30/05/2019

CODINA GARCÍA-ANDRADE, XAVIER (2014): "Introducción al Régimen Inglés de los Contratos Públicos". Revista de Administración Pública, núm. 194, Madrid, mayo-agosto pág. 435

CZAJKA, ALEKSANDRA (2013): "La figura del «diálogo técnico» en el derecho europeo de la contratación pública" Universidad de Adam Mickiewicz en Poznan (Polonia)



https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12520/AD_17_2013_art_10.pdf?sequence=1&isAllowed=y
Consultado 30/07/2019

GIMENO FELIÚ, D. JOSÉ MARÍA (2016): "El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado y Navarra" Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) WP nº 30. Universidad Complutense Facultad de Derecho, Madrid.

GÓMEZ GUZMAN, JUÁN CARLOS (2018): "La ecuación del «coste del ciclo de vida» (CCV). Metodología para aplicar el nuevo criterio de adjudicación." <https://red.novagob.org/la-ecuacion-del-coste-del-ciclo-de-vida-ccv/20> de marzo de 2018. Consultado 02/07/2019

GÓMEZ GUZMAN, JUÁN CARLOS (2018): "La ecuación del «coste del ciclo de vida» (CCV). Procedimientos y metodología de su cálculo, y del criterio de valoración y adjudicación". Revista de Contratación Administrativa Práctica nº 154, marzo-abril 2018, páginas 32-43.

HUERTA BARAJAS, JUSTO ALBERTO (2019): "Breve análisis de los riesgos en la fase interna de la Ley de Contratos del Sector Público". Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, Nº. Extra 4 (diciembre), 2018 (Ejemplar dedicado a: Auditoria de la gestión pública local), págs. 93-115

LÓPEZ DONAIRE, BELÉN (2017): "Las consultas preliminares del mercado a la luz de las nuevas

directivas” Práctica Contratación Administrativa Nº 147, enero-febrero 2017.

LUCENA VALENCIA, JUAN (2019): “Las consultas al mercado en la Ley de contratos.” Contratación Administrativa Práctica Nº 160, marzo-abril 2019

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, D. JOSÉ LUIS (2017): “La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultados de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local” <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508227> Consultado 29/05/2019

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL (2015): “Guía europea para autoridades públicas sobre la contratación pública de innovación” Observatorio de Contratación Pública, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.209/relmenu.3/chk.da1a01f3d21f2fc5096ec82725c7df49->. Consultado 30/05/2019

MIÑO LÓPEZ, ANTONIO (2017) “Preliminary market consultations in innovation procurement: A principled approach and incentives for anticompetitive behaviours” (p.8) *Ius Publicum Review*. Fascículo 2

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO (2019): “Grave incumplimiento español del derecho de la UE por la falta de trasposición de la directiva de contratos públicos en los sectores especiales”. Observatorio español de Contratación Pública <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.det>



alle/id.495/reلمenu.3/chk.c3df68dccccd123259287579f1
1b14f71 Consultado 29/04/2019

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO Y PLEITE GUADAMILLAS, FRANCISCO (2011): "La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático", Editorial La Ley. Madrid.

PARDO, LUIS (2011): "Aplicación de las nuevas tecnologías en la Administración pública" Revista de Contabilidad y Dirección Vol. 13, año 2011, pp. 105-126.

RUBIO RODRÍGUEZ-VIGIL, FRANCISCO JAVIER (2019): "La nueva Ley de Contratos del Sector Público: dudas razonables en el proceso de consultas preliminares" consultado en web del Consejo General de la Abogacía Española <https://www.abogacia.es/2018/04/25/la-nueva-ley-de-contratos-del-sector-publico-dudas-raazonables-en-el-proceso-de-consultas-preliminares/#>. Consultado 18.08.19

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (2018): "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación", Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, Nº. 153, 2018, págs. 56-68

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (2018): "Consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las «compras públicas inteligentes»". Revista española de Derecho Administrativo Nº 191 Abril - Junio 2018, páginas 77-106.

VARELA, MANUEL, (2017) Ex Director General de la Agencia Gallega de Innovación (GAIN) Experto COTEC de Compra Pública de Innovación (CPI) Director de SILO

19 de diciembre de 2017
file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Presentacion-CPM-Baleares-Empresas%20(8).pdf. Consultado 10.06.19

VÁZQUEZ LACUNZA, ESTELA (2018): "Obligaciones de información del poder adjudicador a los licitadores" Contratación administrativa práctica: Revista De La Contratación Administrativa y de Los Contratistas, N°. 158.

VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER (2018): "Consultas Preliminares Con Menos Burocracia 10 aciertos de la nueva Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra" (Ley Foral 2/2018, de 13 de abril. BON de 17 de abril de 2018). El Consultor de los Ayuntamientos.

VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER (2019): "Compra pública de innovación. Avanzando hacia la compra pública estratégica". Contratación Administrativa Práctica N° 159, enero-febrero 2019.

VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER. (2019): "Consultas preliminares desde la óptica de los poderes adjudicadores y las empresas" Contratación Administrativa Práctica N° 162, julio-agosto 2019.

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

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES

CONTRATAÇÃO PÚBLICA E A NOVEL ADVOCACIA PÚBLICA NO SÉCULO XXI

CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO ABOGADO PÚBLICO DEL SIGLO XXI

D^a. Mônica Antinarelli

Procuradora da Fazenda Nacional/Brasil

D. Elcio Nacur Rezende

Procuradora da Fazenda Nacional

Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara e
Faculdade Milton Campos/Brasil

Resumo: A Contratação Pública no Brasil depende essencialmente do advogado público, como um dos titulares das funções essenciais da justiça, que necessita de autonomia no exercício dessas funções, notadamente no âmbito consultivo, para o desempenho funcional com imparcialidade e independência frente aos desafios diários, livre de pressões, sobretudo quando seus pareceres possam contrariar interesses diversos, seja das autoridades públicas, seja dos grandes conglomerados econômicos. A Lei de introdução ao direito brasileiro - LINDB e sua regulamentação reforçam o papel essencial da Advocacia pública para a garantia da segurança das decisões tomadas pelo gestor público. A proteção institucional para os membros da Advocacia



Pública não configura, portanto, benefícios ou privilégios para seus membros, mas tem a proficuidade de permitir o exercício, pelos mesmos, da sua missão institucional de zelar pela incolumidade do interesse público e do Estado Democrático de Direito.

Mas para além do papel de controle interno, a Advocacia Pública dos novos tempos enfrenta desafios na prática construtiva das novas versões da administração pública, com papel secular na mediação entre a concepção democrática e o cumprimento da vontade constitucional, exigindo, muitas vezes uma atuação proativa e disruptiva diante dos novos valores jurídicos apresentados. A despeito de sua atuação silenciosa, práticas como a inovação na construção de instrumentos para atuação alternativa de disputas, a configuração das decisões tomadas em rede, a concertação e a busca do desenvolvimento sustentável nacional por meio de novos formatos para as contratações públicas têm sido exemplos de como deve ser o papel da Advocacia Pública no século XXI.

Palavras-chave: Advocacia-pública. Consultoria Jurídica. Desafios. Atualidade

Resumen: La Contratación Pública en Brasil depende esencialmente del abogado público, como uno de los titulares de las funciones esenciales de la justicia, quien necesita autonomía en el ejercicio de estas funciones, especialmente en el ámbito consultivo, para el desempeño funcional con imparcialidad e independencia frente a los desafíos cotidianos, libre de presiones, especialmente cuando sus opiniones pueden contradecir intereses diferentes, ya sea de las autoridades públicas o de los grandes conglomerados económicos. La Ley de introducción a la ley brasileña - LINDB y su regulación

refuerzan el papel esencial de la Abogacía Pública para garantizar la seguridad de las decisiones tomadas por el administrador público. La protección institucional a los miembros de la Defensoría Pública no constituye, por tanto, beneficios ni privilegios para sus miembros, pero tiene la ventaja de permitirles ejercer su misión institucional de velar por la seguridad del interés público y el Estado Democrático de Derecho.

Pero además del rol de control interno, la Abogacía Pública de los nuevos tiempos enfrenta desafíos en la práctica constructiva de las nuevas versiones de la administración pública, con un rol secular en la mediación entre la concepción democrática y el cumplimiento de la voluntad constitucional, requiriendo muchas veces una actuación proactiva. y disruptivo ante los nuevos valores legales presentados. A pesar de su actuación silenciosa, prácticas como la innovación en la construcción de instrumentos de acción alternativa en controversias, la configuración de decisiones tomadas en red, la concertación y la búsqueda del desarrollo sostenible nacional a través de nuevos formatos de contratación pública han sido ejemplos de cuál debería ser el papel de la Defensa Pública en el siglo XXI.

Palabras clave: Incidencia pública. Asesoramiento jurídico. Desafíos. Presente

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Histórico 3. A advocacia pública no direito comparado 4. Os princípios da advocacia pública 5. A advocacia pública e a função



consultiva 6. Desafios para uma nova advocacia pública
7. Conclusão 8. Referências

SUMARIO: 1. Introducción 2. Historia 3. Promoción pública en derecho comparado 4. Los principios de la promoción pública 5. Promoción pública y función consultiva 6. Desafíos para una nueva promoción pública 7. Conclusión 8. Referencias

1. Introdução

Criada em 1988 pela Constituição Federal e, portanto, com pouco mais de 30 anos de existência, a Advocacia Pública exerce papel relevante no controle jurídico do Estado e zelo pelo patrimônio público.

Enfrenta, contudo, enormes desafios no cumprimento deste papel. O principal deles é o de compatibilizar novos valores do direito com instrumentos jurídicos existentes, arraigados de velhos dogmas.

O primeiro deles é a própria forma de enxergar o Estado e o perfil da Administração Pública: infraestrutural, procedimentalizada, multipolar, em rede, Administração concertada, dialógica e eficiente.¹

A nova realidade econômica e social de uma maneira geral no planeta trouxe à administração pública a necessidade de adaptar os modos de agir da função administrativa, deixando de concentrar necessariamente a atuação do Estado na prestação dos serviços públicos, que passaram a ser exercidos por meio de parcerias público-privadas, mantendo-se a cargo do Estado a

¹ NETO, Eurico Bitencourt. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba vol. 4, nº 01, jan/ab 2017, p. 207-225. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/49773/31680>
Acesso em 24 abr. 20.

gestão administrativa por meio da regulação destas atividades, levando a uma redução do déficit de infraestrutura estatal.

No âmbito de atuação interna, a administração pública depara-se ainda com o fenômeno da complexidade das estruturas e atribuições públicas, com presença de múltiplos interesses, muitas vezes concorrentes, o que exige do gestor uma nova forma de se relacionar também internamente, de forma transversal e intersetorial como medida para compor os diversos interesses envolvidos, com reflexos importantes nas noções clássicas de unidade e hierarquia administrativas.

Nesse caminho, novos modelos de governança são desenvolvidos pelo Poder Público, provocando mudanças na estrutura de organização administrativa. Múltiplos interesses públicos procuram ser arranjados por meio da atuação em rede, em contrapartida a tradicional organização hierárquica e autoritária da Administração Pública. As redes funcionam como uma estrutura policêntrica de decisões do Estado, com variável densidade, tendo tais decisões efeitos sobre indeterminado número de pessoas, além dos interesses imediatos.

As atuações impositivas, nesse modelo, necessitam ser substituídas. A colaboração e a pactuação surgem como alternativas a adoção de um modelo mais concertado na esfera pública.

A forma imperativa e unilateral deixa de ser o modo típico de manifestação administrativa, sendo substituída, em muitos casos, por acordos e contratos, instrumentos mais flexíveis de atuação, além a formação de consensos sobre os conteúdos dos atos unilaterais.



A tomada de decisões segue um processo dialógico, ligado à concepção Habermasiana² da dimensão pública, na qual o discurso desempenha um papel relevante na ideia de esfera pública, ao delimitar o modo como ocorre esta comunicação não etnocêntrica e reflexiva, através da ação racional, e com o reconhecimento intersubjetivo de posturas na liberdade comunicativa. Para Habermas, o Princípio do Discurso toma a forma de um Princípio Democrático, para proporcionar uma função legitimadora ao processo de comunicação entre os membros da comunidade no processo de formação da opinião. Segundo Habermas, somente um Estado Democrático de Direito que possua um sistema político que mantenha conectados o poder administrativo e o poder comunicativo³ não sofrerá a crise de legitimidade.

O processo dialógico permite que as decisões sejam construídas pela interação dos atores podendo levar inclusive ao engajamento institucional dentro da instituição.

Esta perspectiva dialógica gera efeitos, outrossim, no campo de atuação administrativa externa, privilegiando a democracia participativa e o acesso às informações como legitimadora da tomada de decisões estatais e sofrendo forte influência do uso das tecnologias de informação – TIC's e inteligência artificial – IA na formação da Governança na era digital.

² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia, entre a faticidade e a validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. I, 2003

³ O poder comunicativo para Habermas é o poder resultante de uma discussão pública racional onde todos os implicados passam a ser, ao mesmo tempo, destinatários e atores do próprio direito. Tal poder é que dá legitimidade, segundo Habermas, aos demais poderes estatais: legislativo, executivo e judiciário.

Uma última variante está relacionada à eficiência, consagrado na Constituição Federal de 1988 como princípio geral da Administração Pública, além da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou a redação do art. 37 da CF/88.

A eficiência há de ser analisada de maneira mais ampla possível, abrangendo economicidade (relação custo-benefício: otimização dos meios e racionalização dos gastos), eficácia (realização adequada de fins prefixados) e efetividade (qualidade e celeridade) na atuação da administração pública.

Dentro desta perspectiva de maior democratização da atuação estatal, deve-se realizar a atividade institucional da Advocacia Pública, seja do ponto de vista jurídico-político, seja no desempenho de suas funções e competências, por meio de mecanismos que, ao propiciarem diálogos entre as partes envolvidas em controvérsia, tentam buscar maior segurança jurídica e estabilidade institucional.

2. Histórico

No Brasil, tanto no período colonial, como imperial, as Ordenações Afonsinas previam o cargo de Procurador dos Nossos Feitos, incumbido da defesa dos direitos da Coroa. Com as Ordenações Filipinas, vigentes a partir de 1.603, foram criados os cargos de Procurador dos Feitos da Coroa e de Procurador dos Feitos da Fazenda, com atribuições referentes aos feitos fazendários.

Proclamada a independência, em 1822, foi editado o Decreto de 21 de fevereiro de 1824 que alterou a denominação Procurador dos Feitos da Coroa para Procurador da Coroa e Soberania Nacional.



Em 1890, pelo decreto 848, durante a fase republicana, foi criada a Procuradoria-Geral da República, pelo Decreto 848, de 1890 e, em seguida, a Consultoria-Geral da República, pelo Decreto nº 967, de 2 de janeiro de 1903⁴.

Antes do advento Constituição Federal de 1988, a representação judicial do ente federativo, cabia ao Ministério Público⁵, que cumulava esta função, com a defesa dos interesses da sociedade.

As atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo, por sua vez, estavam confiadas à Consultoria-Geral da República, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelas Procuradorias-Gerais e departamentos jurídicos das autarquias e das fundações federais, instituições que foram, a partir de 1988, incorporadas à Advocacia Pública, diante da sua expertise.

Com a promulgação da atual Constituição Federal, surge no ordenamento jurídico brasileiro a Advocacia Pública, com status de função essencial de justiça atribuído pela Carta Magna.

Portanto, situada para além dos três “poderes” da República, a Advocacia Pública, juntamente com o Ministério Público, a Defensoria Pública e Advocacia Privada, tem papel essencial na promoção da justiça no

⁴ GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre ‘Logares’, Cargos e Carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa história em construção. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 335-361

⁵ Art. 138. [...].

§ 2º - A União será representada em juízo pelos Procuradores da república, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local. (Constituição Federal de 1967)

país, promovendo segurança jurídica e harmonia nas relações jurídicas institucionais e junto à sociedade brasileira.

Sobre o papel dos órgãos que compõem às Funções Essenciais à Justiça, assevera Diogo Figueiredo Moreira Neto⁶:

Sem esses órgãos, públicos e privados de advocacia, não pode haver justiça, aqui entendida como a qualidade ética que pretende exigir do Estado pluriclasse quanto à legalidade, à legitimidade e à licitude. E porque essa justiça só pode vir a ser realizada em sua essencialidade se dispuser dessas funções, autônomas, independentes, onipresentes, e, sobretudo, corajosas, o legislador constitucional as denominou de 'essenciais à justiça' (Título IV, Capítulo IV, da Constituição).

3. **A advocacia pública no direito comparado**

A estrutura da Advocacia Pública, no Direito Comparado, varia substancialmente, conforme o país.

Na Argentina, a defesa do interesse público em processos judiciais é realizada pelo *Ministério Público de la Defensa*.

Já nos Estados Unidos, o *Attorney General* e o *Solicitor General* exercem as funções de consultoria e assessoria jurídica, bem como a representação federal

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Constituição e Revisão: Temas de Direito Político e Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 31



dos Estados Unidos nos casos em que o governo federal dos Estados Unidos é parte.

No Reino Unido os *Law Officers of the Crown* são os conselheiros jurídicos da Coroa e representam o Reino Unido e os países da *Commonwealth* perante os tribunais. Exercem também as atividades de supervisionar a persecução penal, de forma similar ao Ministério Público no Brasil.

L'Avvocatura dello Stato, estabelecida pelo Decreto Real de 30 de outubro de 1933 n. 1611 é o órgão jurídico do Estado Italiano a que são atribuídas tarefas de assessoria jurídica e de defesa do Estado.

O *Der Generalbundesanwalt Beim Bundesgerichtshof*, na Alemanha, exerce o papel de advogado público federal. Sua representação é para processos administrativos e procedimentos judiciais relativos à Justiça Federal, nos *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) e *Bundesgerichtshof* (Tribunal de Justiça Federal da Alemanha).⁷

Na Espanha, os *Abogados del Estado* exercem a função de consultoria e assessoria jurídicas, além da representação judicial e extrajudicial do Estado Espanhol e são chefiados pela *Abogacía General del Estado*, organicamente integrada ao *Ministerio de Justicia de España*.⁸

4. Os princípios da advocacia pública

⁷ PEDRA, Adriano Sant'ana; VIEIRA ADRIANO, Pedro Gallo. Um inventário sobre a Advocacia de Estado no direito comparado sul-americano. In: PEDRA, Adriano Sant'ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA ADRIANO, Pedro Gallo (Org.). **Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas**. 1ª d. Curitiba:Juruá, 2014, p. 22-35

⁸ <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/inicio>
Acesso em 24 abr. 20.

Segundo Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes⁹ são princípios que regem a Advocacia Pública: a) essencialidade; b) institucionalização; c) isonomia; d) concurso público; e) simetria; f) unidade; g) organicidade unipessoal; h) independência funcional; i) inviolabilidade; j) autonomia administrativa; l) autonomia de impulso; m) dispensa recursal por ato composto; e n) proteção à legalidade.

A essencialidade decorre do papel Constitucional atribuído a instituição no exercício de função essencial de justiça, de modo que não pode ser abolida, nem ter sua atuação de algum modo prejudicada.

Pelo princípio da essencialidade extrai-se que a instituição não pode ser abolida, nem ter seu exercício de algum modo prejudicado. Na visão de Moreira Neto (1992, p. 50), a essencialidade diz respeito à manutenção do próprio Estado democrático de Direito e à construção do estado de Justiça.

A institucionalização está relacionada com a necessidade de constante proteção das funções desempenhadas. A isonomia, por sua vez, acomoda as instituições essenciais à justiça no mesmo nível de hierarquia.

5. A advocacia pública e a função consultiva

O ingresso nas carreiras deve se dar por meio de concurso público e a atuação da advocacia pública deve ser atribuição exclusiva de uma única instituição,

⁹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Regime jurídico da advocacia pública**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. vol. 1., p. 53)



com autonomia administrativa, independència funcional e inviolabilidade dos advogados públicos no exercíció das suas atribuições constitucionais.

No texto constitucional, a Advocacia Pública distingue-se em Advocacia da União e Advocacia dos Estados-membros e Distrito Federal:

DA ADVOCACIA PÚBLICA

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. [...]

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

No âmbito federal, foi editada a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, instituindo a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União – AGU. Dentre os membros da instituição, estão incluídos os Procuradores da Fazenda Nacional e os Consultores e Assessores Jurídicos, com competências de assessoria e assistência aos agentes públicos no controle interno de legalidade dos atos administrativos.

Art. 13 - A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desempenha as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito do Ministério da Fazenda e seus órgãos autônomos e entes tutelados.

Parágrafo único. No desempenho das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional rege-se pela presente Lei Complementar.

Ainda nos termos da Lei Complementar nº 73, de 1993, é vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais do advogado público (art. 28, inciso I)¹⁰. É defeso, ademais, a sua atuação em causas particulares de arbitragem, mediação, conciliação e compliance, nos termos da Orientação Normativa AGU nº 57:

O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES PRIVADAS RELACIONADAS ÀS SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE DISPUTAS E CONFLITOS (ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E NEGOCIAÇÃO) E O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES PRIVADAS RELACIONADAS À COMPLIANCE SÃO INCOMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO DOS CARGOS DAS CARREIRAS JURÍDICAS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL E DA PROCURADORIA-GERAL DO BANCO CENTRAL.¹¹

No papel de consultoria e assessoria jurídica, o advogado público exerce função preventiva e de auxiliar do gestor no controle interno de legalidade dos seus

¹⁰ BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. art. 28, inciso I. Seção 1, 11 de fevereiro de 1993, Página 1797

¹¹ **ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 57, DE 29.08.2019**, DOU de 30.08.2019 - pág. 5 - Seção 1



atos. O advogado público não atua com conveniência e oportunidade, nem participa, em princípio, da tomada de decisão administrativa, competindo-lhe recomendar as providências necessárias e apontar os meios viáveis para a prática dos atos pelos administradores.

Essa função preventiva no controle de legalidade, é o que o distingue o papel da Advocacia Pública, das funções exercidas pelo Tribunal de Contas da União – TCU e da Controladoria Geral da União – CGU, os quais são responsáveis pelo controle externo e interno do ato administrativo, respectivamente, contudo em momento posterior à prática desse ato e sem competência para assistir ou assessorar as autoridades públicas e sim fiscalizar e punir o mau gestor. O Ministério Público Federal – MPF, de forma semelhante aos órgãos de controle e auditoria, também não possui entre seus objetivos institucionais o de auxiliar ou assessorar o administrador público, cabendo-lhe, essencialmente, a defesa da ordem jurídica.

A atuação do advogado público na atribuição de consultoria jurídica do Poder Executivo merece ser prestigiada e destacada. Com efeito, a Advocacia Pública participa ativamente do controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos, interpretando a lei para apontar a solução correta, com imparcialidade, atuando na defesa do interesse público de que é titular a coletividade.

As autoridades socorrem-se da advocacia pública para assegurar-se de que o ato administrativo seja praticado dentro da legalidade (função auxiliar) e, assim, ressaltar a sua responsabilidade (função preventiva).

Não obstante, o papel do advogado público que exerce função de consultoria não é o de representante de parte, devendo, por isso ser exercido com independência e inviolabilidade. Para tanto, o legislador constitucional determinou a obrigatoriedade de ingresso nos quadros da advocacia pública por meio de concurso

de provas e títulos e garantia de estabilidade, não podendo pessoas estranhas ao quadro da instituição ocupar cargos comissionados para exercer atribuições privativas dos advogados públicos.

Afasta-se, portanto, da atividade de consultoria qualquer possibilidade de controle por órgãos superiores, no que diz respeito à sua função, ainda que os órgãos consultivos funcionem junto a ministérios e secretarias, eles ficam fora da hierarquia, e não se submetem a decisões políticas de governo que sejam emanadas ao arrepio do direito. O parecerista deve ter absoluta liberdade de apreciar a lei e de dar a sua interpretação. Isto é inerente à própria função que a advocacia pública exerce.

Segundo DI PIETRO, "A independência do advogado é tão relevante que, em alguns países, como França, Bélgica e alguns cantões suíços, não se admite a possibilidade de o advogado ser assalariado (conforme Ruy de Azevedo Sodré, *apud* Francisco Xavier da Silva Guimarães, *Questões profissionais da advocacia*). Segundo esse autor, *'independência e subordinação são ideias antagônicas que a legislação daqueles países não tolera; por isso que o advogado subordinado a vínculo empregatício não pode postular em juízo'*".¹²

Diversas ações estratégicas e efetivas da Advocacia Pública na função consultiva podem ser

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Advocacia Pública com função essencial à Justiça. **Revista Consultor Jurídico**, 18 de agosto de 2016. Acesso em 02/12/2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica> Acesso em 24 abr. 20.



destacadas: a criação do Manual de Boas Práticas Consultivas¹³ pela AGU; o desenvolvimento de minutas padrão¹⁴ e listas de verificação pela Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União (com participação de membros da AGU, PGFN e da Procuradoria da União), com o propósito de simplificar e tornar mais eficiente os procedimentos de licitação e contratação pública; a atuação Câmara Nacional de Uniformização (CNU) de entendimentos consultivos, coordenado pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Consultivos, vinculada a Consultoria-Geral da União, que vem constantemente expedindo orientações e dirimindo questões jurídicas de alta complexidade; a prática conciliatória incentivada especialmente no âmbito da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF¹⁵, órgão pertencente à Advocacia-Geral da União, dentre outras.

Nas contratações realizadas pelo Poder Público, em especial, Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, é função das assessorias jurídicas do Poder Executivo o exame e a aprovação prévios de minutas de editais, contratos e convênios e instrumentos congêneres, pela assessoria jurídica (art. 38)¹⁶.

¹³

https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/770619

¹⁴ http://agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/270265
Acesso em 24 abr. 20.

¹⁵ Instituída pelo Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007

¹⁶ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília: Seção 1, 22 jun. 1993, P. 8269

Diante dessa determinação legal, a análise dos processos de licitação e contratação realizadas pelo poder público é atividade inerente e exclusiva dos órgãos consultivos da advocacia pública, sendo de suma importância conferir segurança jurídica para esses procedimentos, sendo as manifestações jurídicas que examinam contratações públicas, em regra, elaboradas sob a forma de parecer, possibilitando pronunciamentos de maior profundidade¹⁷.

O parecer jurídico emitido pelas Consultorias e Assessorias Jurídicas do Poder Executivo tem por objetivo orientar previamente a decisão a ser adotada pela autoridade consulente, servindo ainda de instrumento de controle de legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados à gestão de recursos públicos.

6. Desafios para uma nova advocacia pública

Na nova realidade que se insere, da Administração Pública concertada e dialógica, o papel do advogado público necessita ir além da atuação clássica, preventiva (controle prévio da legalidade) e participativa (auxílio prévio na modelagem da política pública ou do ato administrativo), evoluindo para uma atuação propositiva/disruptiva, sugerindo novas práticas a serem incorporadas na rotina administrativa e/ou ao ordenamento jurídico, seja por lei em sentido estrito ou por atos normativos legais.

¹⁷ Enunciado BPC nº 03, do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia Geral da União. Disponível em https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/770619 Acesso em 24 abr. 20.



Dessa forma, o papel do consultor jurídico do Poder Público dever ser, não só de identificador de problemas (controle interno preventivo), mas também de apresentador de soluções e conselheiro da gestão. Um papel que vai além da mera ratificação de atos público, voltando o foco da sua atuação para a solução dos problemas.

Para isso, os desafios envolvem a capacidade de empatia com o gestor, de ouvi-lo com atenção, e de visão macro das suas necessidades, além do conhecimento multidisciplinar, com inter-relação entre diversas áreas jurídicas.

Por meio da prática dialógica, é possível estabelecer uma relação de confiança e credibilidade entre gestor público e advogado público.

Os efeitos em torno da eficiência também repercutem a partir dessa mudança de paradigma: economicidade, com o desafogamento dos órgãos de controle, evitando, ainda, a judicialização dos processos; efetividade, com a celeridade na atuação do gestor e possível melhoria da qualidade das políticas públicas; e eficácia, por meio da realização adequada dos objetivos propostos.

A atividade do advogado público consultor também envolve a garantia de incorporação dos critérios de sustentabilidade nas contratações públicas, a partir dos parâmetros do art. 225, da CF, de defesa e proteção ao meio ambiente, do art. 3º, da Lei nº 8666, de 1993, que vincula as contratações públicas à observância da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, da Instrução Normativa (IN) no 1, de 19 de janeiro de 2010, marco regulatório da sustentabilidade, do Decreto nº 7746, de 2012, que regulamenta as contratações públicas sustentáveis, bem como as diretrizes da sustentabilidade no âmbito da Administração Pública Federal, Lei Complementar nº 123 que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno

Porte da Micro e Pequena Empresa e Decreto 8.538, que visa regulamentar as diversas formas de tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para agricultores familiares, produtores rurais, microempresas, empresas de pequeno porte, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da Administração Pública Federal.

Nos estudos de LAVOR e TURATTI¹⁸, a ideia de sustentabilidade originou-se no conceito de “Desenvolvimento Sustentável” apresentado junto ao Relatório da Comissão Brundtland (“Nosso Futuro Comum”), elaborado pela Organização das Nações Unidas (ONU) e publicado em 1987. O Relatório visava um processo de mudança em diversas áreas: exploração dos recursos, direção dos investimentos, e, orientação do desenvolvimento tecnológico, respeitando o potencial atual e futuro para atender às necessidades e aspirações humanas.

A conhecida expressão “Triple Bottom Line”, tripé da sustentabilidade – ambiental, social e econômico, Segundo LAVOR e TURATTI foi concebida por John Elkington, em 1997, no livro Canibais de Garfo e Faca, onde o autor defende que os negócios devem ser financeiramente viáveis, socialmente justos e ambientalmente responsáveis.

Nesse viés, os países europeus, inicialmente, buscaram utilizar as contratações públicas como instrumento para promover políticas públicas ambientais

¹⁸ LAVOR, Anna Ariane Araújo de; TURATTI, Luciana. Contratações Públicas Sustentáveis no Brasil. **Revista Gestão Sustentável Ambiental**, Florianópolis, v. 7, n. 2, p.335-354, abr./jun. 2018



e sociais. Por meio do "GREEN PUBLIC PROCUREMENT - GPP"¹⁹, as autoridades públicas europeias, como maiores consumidores, e, portanto, que movimentam quantias expressivas da economia na Europa, podem servir para estimular padrões de produção e consumo mais sustentáveis.

O grande poder de compras e contratações estatais pode ser utilizado, assim, para promover transformações estruturais nos setores produtivos, utilizando tal poder como um instrumento de proteção ao meio ambiente e de desenvolvimento econômico e social.

Conforme as diretivas comunitárias 2004/17, 2004/18, 2014/23, 2014/24 e 2014/25²⁰, as contratações públicas sustentáveis estão amparadas em dois princípios fundamentais: obtenção do melhor valor e garantia de tratamento justo a todos os interessados

No Brasil, a implementação de uma política de contratações públicas sustentáveis tem origem nas metas estabelecidas na Agenda 21 Global²¹, assinado por 179 países, durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD) realizada na cidade do Rio de Janeiro e que ficou conhecida como "Rio 92".

A Agenda 21 da CNUMAD constitui um programa de ação para promover, em diferentes bases geográficas, um novo padrão de desenvolvimento, denominado "desenvolvimento sustentável", que concilia

¹⁹ https://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm
Acesso em 24 abr. 20.

²⁰ https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_pt
Acesso em 24 abr. 20.

²¹ <https://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global> Acesso em 24 abr. 20.

métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica.

Desta forma, as contratações públicas devem atender não só o critério da vantajosidade e da competitividade, mas também à sustentabilidade (art. 3º, da Lei nº 8.66/93), pautada nos três pilares, ou seja, que sejam ambientalmente corretos, socialmente justos e economicamente viáveis.

Baseado neste novo conceito de contratações públicas, sob o ponto de vista do “desenvolvimento sustentável”, a proposta mais vantajosa num processo licitatório não é a que apresenta apenas o menor preço, se a contratação do bem ou serviços envolver impactos ambientais negativos ou condições socialmente injustas na sua produção ou no seu fornecimento.

A administração pública, que tem como finalidade o interesse público, não pode contribuir com uma cadeia produtiva que prejudique a coletividade, sob o pretexto de economizar recursos públicos, uma vez que comprometeria a qualidade e o bem-estar das gerações futuras.

A sustentabilidade é vista como um novo valor, responsável por dar oportunidades e limites que condicionarão as vidas das próximas gerações. Além disso, deve ser considerado também o ciclo de vida dos produtos, de forma que, considerando o custo-benefício da contratação, por conta dos valores envolvidos na utilização e descarte final, o argumento inicial do menor preço não se ampara.

Assim, são fatores a serem considerados de acordo com o desenvolvimento nacional sustentável as prioridades e particularidades das políticas públicas locais nos aspectos socioambientais e a sua compreensão pelos gestores públicos, a disponibilidade



de produtos no mercado e os custos envolvidos na aquisição de produtos sustentáveis, que devem considerar o valor de aquisição, os custos de utilização e descarte final (“Best Value”).

Do ponto de vista ambiental, as contratações públicas sustentáveis abrangem áreas como a aquisição de computadores verdes, equipamentos de escritório feitos de madeira certificada, papel reciclável, transporte movido a energia mais limpa, alimentos orgânicos, eletricidade produzida por fontes de energia renováveis, sistemas de ar condicionado de acordo com as soluções ambientais ecologicamente mais evoluídas, bem como a contratação de edifícios energeticamente eficientes.

No aspecto socioambiental, quando a administração pública atua de forma preventiva e precavida, o governo utiliza a ferramenta das contratações públicas como forma de regular o mercado, gerando uma economia sustentável. Além do mais, sua postura passa a ser mais coerente, já que, da mesma forma que exige dos administrados medidas de proteção ao meio ambiente, também adota essas medidas na rotina da administração pública.

A sustentabilidade, do ponto de vista social, pode incentivar os produtos manufaturados do Brasil, ou os bens e serviços produzidos por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação conforme prevê a Lei 8.666, de 1993.

O desenvolvimento sustentável por meio das contratações públicas, contudo, pode ir além das dimensões ambientais, sociais e econômicas, com impactos culturais, como a construção de obras que mantenham harmonia com a arquitetura local, respeitando assim a regionalidade cultural e social; e

internacionais, englobando ações de redução de impacto nas mudanças climáticas mundiais.

Em relação à familiaridade com esse processo, torna-se essencial que os agentes que atuam nos setores responsáveis pelas contratações compreendam o conceito e objetivos das contratações sustentáveis e das respectivas políticas governamentais.

A necessidade de incorporar critérios de sustentabilidade na condução dos processos licitatórios trouxe um novo desafio para o gestor público brasileiro que, historicamente, elaborou editais visando selecionar propostas de menor valor, sem questionar as práticas socioambientais do produtor ou do fornecedor dos bens e serviços.

Nesse momento, a orientação do advogado público consultor é imprescindível para garantir que o gestor seja capaz de incorporar as dimensões éticas e sociais nas contratações públicas.

Dentro desta perspectiva de maior democratização da atuação estatal, deve-se realizar a atividade institucional da Advocacia Pública, seja do ponto de vista jurídico-político, seja no desempenho de suas funções e competências, por meio de mecanismos que, ao propiciarem diálogos entre as partes envolvidas em controvérsia, tentam buscar maior segurança jurídica e estabilidade institucional.

Além disso, iniciativas para orientação e auxílio do gestor público no Brasil, como o Guia de Contratações Públicas Sustentáveis”, elaborado pelo NESLIC – Núcleo Especializado Sustentabilidade, Licitações e Contratos da Advocacia Geral da União, demonstram o imprescindível



papel que a Advocacia Pública exerce na efetivação das contratações públicas sustentáveis.²²

No âmbito da segurança jurídica e eficiência na atuação do gestor, a Lei de introdução ao direito brasileiro - LINDB, Lei nº 13.655/2018, prestou um papel relevante ao retirar a gestão pública da inércia temerosa quanto à responsabilidade funcional.²³

Marcela Gonçalves Godoi²⁴, em interpretação aos artigos 22 e 28 da referida lei, explica que

As justificativas para a inclusão de referidos dispositivos na lei baseiam-se no fato de que o excesso de controle da Administração acaba por engessá-la, uma vez que os gestores, receosos de que sua conduta não seja aprovada pelos órgãos de fiscalização, optam em seguir uma rotina ausente de riscos; isto é, cumprem fielmente e mecanicamente as regras burocráticas, sem a preocupação de qual o resultado atendido. Trata-se do denominado *apagão das canetas*.

²² <https://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/guianacionaldelicitacoessustentaveis>

²³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras. *O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador*. Consultor Jurídico – CONJUR. 25 maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>>. Acesso em: 28.5.2020.

²⁴ GODOI, Marcela Do Caráter Pragmatista Das Disposições da Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e o Impacto na Gestão Pública e na Atuação Dos Órgãos de Controle. **Revista Âmbito Jurídico**, n.º 189, out. 2019. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/category/edicoes/revista-189/page/2/> Acesso em 28.05.2020

Em regulamentação aos artigos 20 a 30 inseridos na **LINDB, foi editado o Decreto nº 9830, de 10 de junho de 2019**. O decreto reforça em seus artigos 2º e 3º a **necessidade de motivação de todas as decisões**, que não pode se limitar a valores jurídicos com “alto grau de indeterminação e abstração”. Da mesma forma que já fazia a LINDB, as medidas a serem adotadas em função de uma decisão devem observar **critérios de proporcionalidade, adequação e razoabilidade**, conforme os ditames constitucionais aplicáveis à Administração Pública.

Nos termos do art. 10, § 4º do **Decreto nº 9830, de 2019**, o processo que subsidiar a decisão de celebrar o compromisso será instruído, entre outros documentos, como parecer conclusivo do órgão jurídico sobre a viabilidade jurídica do compromisso, que conterà a análise da minuta proposta jurídica.

Os artigos 20 e 21 do referido decreto, por sua vez, estabelecem o seguinte:

Art. 20. O parecer do Advogado-Geral da União de que tratam os art. 40 e art. 41 da Lei Complementar nº 73, 10 de fevereiro de 1993, aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União juntamente com o despacho presidencial, vincula os órgãos e as entidades da administração pública federal, que ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 1º O parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.



§ 2º Os pareceres de que tratam o caput e o § 1º têm prevalência sobre outros mecanismos de uniformização de entendimento.

Art. 21. Os pareceres das consultorias jurídicas e dos órgãos de assessoramento jurídico, de que trata o art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 1993, aprovados pelo respectivo Ministro de Estado, vinculam o órgão e as respectivas entidades vinculadas.

Diante da legislação acima, percebe-se a importância da atuação da Advocacia Pública para segurança das decisões e fundamentações do gestor público. Desta forma, a Advocacia Pública vem reconhecida como previsão constitucional (art. 131) nas inclusões propostas à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, como garantia da imparcialidade previamente à celebração de contratos administrativos e seus congêneres.

Não obstante tudo que já foi mencionado, é preciso que se frise que a natureza do parecer jurídico emitido pelo advogado público consultor, na forma do art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, é opinativa, muito embora, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Tribunal de Contas da União²⁵, já tenham decidido que o ato de emissão de parecer jurídico poderá levar à responsabilização do parecerista, quando, por dolo, culpa ou erro grosseiro, o parecer induzir o administrador público à prática de ato grave irregular ou ilegal, conjugado com a obrigação de decidir do gestor à

²⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 362/18. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Publicado em 28.02.2018

luz do parecer vinculante, com efetiva partilha do poder decisório.²⁶

Além disso, segundo o STF, "*a natureza vinculante de pareceres jurídicos em matéria de licitações somente se revela quando o órgão técnico reprova a prática do ato sob exame*",²⁷ haja vista que apenas nos casos em que o parecerista reprovar as minutas a que a lei determina a aprovação (art. 38, § único), o gestor estará vinculado a não realizar a revisão contratual nos termos submetidos à Consultoria Jurídica. Ainda assim, argumenta o Supremo que o administrador pode permanecer inerte ou submeter uma segunda minuta à análise do advogado público consultor.

Por outro lado, na mesma decisão, a Corte Constitucional entendeu o seguinte:

Atribuir responsabilidade integral ao parecerista pode acarretar dois reveses ao funcionamento da Administração Pública. Em primeiro lugar, o parecerista estaria menos propenso a trazer teses inovadoras, ainda que razoáveis, das quais poderia advir soluções mais adequadas ao interesse público in concreto. Em vez de viabilizar políticas públicas, o advogado público se tornaria um mero burocrata, atando-se a procedimentos mais longos, difíceis e custosos. Esse engessamento não

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. MS 35.196/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 03/08/2018, DOU 06/08/2018

²⁷ Idem



corresponde a um retorno em moralidade pública, mas em ineficiência.

Em segundo lugar, a responsabilização plena dos advogados públicos por suas opiniões jurídicas ocasionaria a assunção, por estes, da função de administradores. No entanto, a cognição do parecerista é distinta daquela do administrador. Devido ao caráter eminentemente técnico-jurídico da função, a assessoria jurídica da Administração dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador. A assimetria informacional impõe que a responsabilidade do parecerista seja proporcional ao seu real poder de decisão na formação do ato administrativo.²⁸

Em outro julgado, o STF já assentou o papel relevante do advogado na administração da justiça e, por conseguinte, a inviolabilidade do mesmo por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos termos do art. 133, da CF/88²⁹:

(...) a proclamação constitucional da inviolabilidade do Advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, traduz significativa garantia do exercício pleno dos relevantes encargos cometidos pela ordem

²⁸ Ibidem

²⁹ **Art. 133.** O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. (Constituição Federal do Brasil de 1988)

jurídica a esse indispensável operador do direito”³⁰.

O Estatuto da Advocacia no Brasil, Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, por seu turno, ressalta, no artigo 32, que o advogado possui responsabilidade “*pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa*”.³¹

Seguindo o mesmo caminho, a Lei Federal n.º 13.327, de 29 de julho de 2016, ao tratar das carreiras jurídicas no âmbito público, estabelece a impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício de suas funções, salvo pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude. (art. 38, §2º). No mesmo sentido, o artigo. 28 da LINDB ressalva a responsabilidade pessoal de parecerista público.

Tal garantia parte do pressuposto de que o advogado público, como um dos titulares das funções essenciais da justiça, necessita de autonomia no exercício dessas funções, notadamente no âmbito consultivo, para o desempenho funcional com imparcialidade e independência frente aos desafios diários a que são submetidos, livre de pressões, tanto externas como internas, sobretudo quando seus pareceres possam contrariar interesses diversos, seja

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 81750, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/11/2002, DJe 10/08/2007

³¹ BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Brasília: Seção 1, 05 jul. 1994, Página 10093



das autoridades públicas, seja dos grandes conglomerados econômicos.

A proteção institucional para os membros da Advocacia Pública não configura, portanto, benefícios ou privilégios para seus membros, mas tem a proficuidade de permitir o exercício, pelos mesmos, da sua missão institucional de zelar pela incolumidade do interesse público e do Estado Democrático de Direito.

Essa missão institucional, como visto, na atuação preventiva e participativa, é exercida com exclusividade por advogados públicos consultivos.

Mas para além do papel de controle interno, a Advocacia Pública dos novos tempos enfrenta desafios na prática construtiva das novas versões da administração pública, com papel secular na mediação entre a concepção democrática e o cumprimento da vontade constitucional, exigindo, muitas vezes uma atuação proativa e disruptiva diante dos novos valores jurídicos apresentados.

A despeito de sua atuação silenciosa, práticas como a inovação na construção de instrumentos para atuação alternativa de disputas, a configuração das decisões tomadas em rede, a concertação e a busca do desenvolvimento sustentável nacional por meio de novos formatos para as contratações públicas têm sido exemplos de como deve ser o papel da Advocacia Pública no século XXI.

7. Conclusão

A maturidade democrática de uma nação perpassa, necessariamente, pela averiguação do nível de independência do advogado público diante da influência meramente política dos gestores, mormente quando se está em discussão aspectos econômicos do interesse do povo.

De fato, a contratação pública tem mote, com o perdão da redundância, no interesse público, vale dizer, ainda que o interesse do gestor se anteponha, eventualmente, ao interesse da população, inclusive em economicidade, deve o advogado público apontar o correto procedimento a ser seguido, exercendo papel preponderante para que a contratação se efetive no melhor interesse dos administrados.

Assim, ao exarar um parecer licitatório, por exemplo, o advogado público deve ter em mente que exerce função essencial à justiça e, por consequência, não pode se conduzir por interesse governamental, sobretudo se, ocasionalmente, esse se contrapuser ao interesse estatal.

Reforça-se, pois, a tese que os advogados públicos são advogados do Estado e não advogados de um governo que, por essência democrática, é transitório.

Importante ressaltar, veementemente, que se percebe no Brasil, como um país democrático que é, que a divergência entre interesse governamental e estatal não é a regra, facilitando, assim, a atividade profissional dos advogados públicos em sua autonomia, pois, na medida em que são profissionais aprovados em concurso público, detentores de estabilidade, felizmente gozam da importante autonomia no exercício de suas funções.

A Lei de Introdução ao Direito Brasileiro - LINDB, Lei nº 13.655/2018 e o Decreto **nº 9.830/19 que a regulamentou, constituem em elogioso avanço na normatização da importância da autonomia e segurança que o advogado público deve ter no seu mister, graças à positivação dos critérios de proporcionalidade, adequação e razoabilidade na emissão de pareceres, exaltando a importância**



dos seus escritos jurídicos exarados na apreciação de qualquer procedimento.

Em conclusão e resposta à problemática, afirmamos que a Constituição da República e as normas infraconstitucionais estão demonstrando que, pelo menos no nível da abstração normativa jurídica, o Brasil caminha para a maturidade democrática, vez que o legislador entende e expressa que uma Nação que valoriza a estabilidade jurídica democrática e a supremacia do interesse público, sobrepujando quaisquer interesses particulares, tem no advogado público um instrumento de efetivação de tais desideratos.

8. Referências

ALEXANDRE, Thiago Guedes. A Advocacia Pública consultiva no combate à corrupção nas contratações públicas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 24, n. 5988, 23 nov. 2019. Acesso em 02/12/2019. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/66818/a-advocacia-publica-consultiva-no-combate-a-corrupcao-nas-contratacoes-publicas> Acesso em 24 abr. 20.

ARAÚJO. Luis Claudio Martins de. Horizontalidade Estatal e Neodiscricionariedade Administrativa: Redefinições da Parametricidade da Advocacia Pública na Sindicabilidade Democrática. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n.2, p. 338-360, maio/ago. 2019. Disponível em <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/390> Acesso em 24 abr. 20.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. 47p.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília: Seção 1, 22 jun. 1993, Página 8269

BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Brasília: Seção 1, 05 jul. 1994, Página 10093

BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. art. 28, inciso I. Seção 1, 11 de fevereiro de 1993, Página 1797

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **MS 35.196/DF**, Rel. Min. Luiz Fux, j. 03/08/2018, DOU 06/08/2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **RHC 81750**, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/11/2002, DJe 10/08/2007

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão n.º 362/18**, Relator: Ministro Augusto Nardes. Publicado em 28.02.2018

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Advocacia Pública com função essencial à Justiça. **Revista Consultor Jurídico**, 18 de agosto de 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse->



publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica

Acesso em 24 abr. 20.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Regime jurídico da advocacia pública**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. vol. 1., p. 53)

GODOI, Marcela Do Caráter Pragmatista Das Disposições da Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e o Impacto na Gestão Pública e na Atuação Dos Órgãos de Controle. **Revista Âmbito Jurídico**, n º 189, out. 2019. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/category/edicoes/revis-ta-189/page/2/> Acesso em 28.05.2020

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia, entre a faticidade e a validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. I, 2003

LAVOR, Anna Ariane Araújo de; TURATTI, Luciana. Contratações Públicas Sustentáveis no Brasil. **Revista Gestão Sustentável Ambiental**, Florianópolis, v. 7, n. 2, p.335-354, abr./jun. 2018

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras. *O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador*. **Consultor Jurídico – CONJUR**. 25 maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opinioao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>>. Acesso em: 28.5.2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Constituição e Revisão: Temas de Direito Político e Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 31

NETO, Eurico Bitencourt. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de**

Investigações Constitucionais. Curitiba vol. 4, nº 01, jan/ab 2017, p. 207-225. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/49773/31680>
Acesso em 24 abr. 20.

PEDRA, Adriano Sant'ana; VIEIRA ADRIANO, Pedro Gallo. Um inventário sobre a Advocacia de Estado no direito comparado sul-americano. In: PEDRA, Adriano Sant'ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA ADRIANO, Pedro Gallo (Org.). **Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas.** 1ª d. Curitiba:Juruá, 2014, p. 22-35

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

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

FINALIZACIÓN DE LA EFICACIA DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO EN LOS SUPUESTOS DE REVISIÓN

FINALIZATION OF THE EFFECTIVENESS OF THE PROHIBITION OF CONTRACTING WITH THE PUBLIC SECTOR IN THE CASES OF REVIEW

Dr. Jaime Pintos Santiago

Socio-Director del Despacho Jaime Pintos Abogados &
Consultores
Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
Universidad a Distancia de Madrid
Funcionario de Carrera en Excedencia

D. Roberto Carrodegua Méndez

Funcionario de Administración Local con Habilitación de
Carácter Nacional
Especialista en Contratos Públicos

Resumen: Resolución nº 1378/2021 de 15 de octubre
de 2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos



Contractuales. Recurso nº 877/2021. En el examen se plantea la exclusión de la UTE recurrente sobre la base de una prohibición de contratar de una de las empresas integrantes que estuvo vigente -inscrita en el ROLECE- en un periodo de tiempo durante la tramitación de la licitación, aunque después fue objeto de revisión. El Tribunal Central efectúa un pronunciamiento de gran interés en la medida en que da respuesta a una cuestión no prevista en la LCSP, como es la determinación del momento exacto a partir del cual surte eficacia jurídica frente a terceros el acuerdo de revisión por el que se levanta la vigencia de la prohibición.

Abstract: Resolution No. 1378/2021 of October 15, 2021 of the Central Administrative Tribunal for Contractual Resources. Appeal No. 877/2021. The examination raises the exclusion of the recurring UTE on the basis of a prohibition to contract one of the member companies that was in force -registered in the ROLECE- for a period of time during the processing of the tender, although it was later subject to review. The Central Court makes a pronouncement of great interest to the extent that it responds to a question not provided for in the LCSP, such as the determination of the exact moment from which the review agreement becomes legally effective against third parties. Lifts the validity of the ban.

Palabras clave: Contratación pública, capacidad jurídica, prohibición de contratar, duración de la prohibición.

Keywords: Public contracting, legal capacity, prohibition of contracting, duration of the prohibition.

LA RESOLUCIÓN

Recurso especial interpuesto por D.J.S.D.C., en representación de COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A., y D. A.M.G., en representación de SOCIEDAD ANONIMA DE OBRAS Y SERVICIOS, COPASA frente a la exclusión notificada con la adjudicación en el procedimiento de licitación denominado "Proyecto de construcción para la implantación del ancho estándar en el corredor mediterráneo. tramo: castellbisbal-murcia. subtramo: font de sant lluís-almussafes. vía y electrificación", promovido por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, entidad pública empresarial dependiente del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (en adelante, ADIF).

Para proceder al análisis de la Resolución dictada, debe partirse del hecho de que durante un determinado momento del estado de tramitación del proceso de contratación la recurrente se encuentra incurso en prohibición de contratar. Si bien, dicha circunstancia no concurre en la fecha límite de presentación de ofertas. En este contexto, el recurso especial pivota en torno a la validez legal del acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de Contratación tras consulta de los datos recogidos en el ROLECE de la empresa recurrente, al comprobar que se encuentra afectada por una prohibición de contratar en el ámbito del sector público por incumplimiento de la legislación en materia de protección y salud de los trabajadores (artículo 71.1 b) LCSP).

Así, en el momento en el que se adopta el acuerdo de exclusión, la prohibición consta vigente en el ROLECE,



sin que se haya procedido a su cancelación. No obstante, resulta acreditado que se ha dictado, con carácter previo a la consulta efectuada por la Mesa, acuerdo por el órgano competente que deja sin efecto la prohibición de contratar tras constatar "*la acreditación en este momento*" de una serie de medidas exigidas a la empresa y con efectos a futuro, no retroactivamente, ordenando su cancelación en el ROLECE.

La Resolución nº 1378/2021 de 15 de octubre de 2021 decidió:

PRIMERO. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.S.D.C., en representación de COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A., y D. A.M.G., en representación de SOCIEDAD ANONIMA DE OBRAS Y SERVICIOS, COPASA, contra su exclusión notificada con la adjudicación de la licitación convocada por ADIF.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL

La cuestión de indudable transcendencia que analiza el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en el presente recurso consiste en determinar el momento exacto en el que finaliza la eficacia de la sanción firme de la prohibición de contratar en el ámbito del sector público en los supuestos de revisión *ex art. 72.5 in fine LCSP*.

Y es que, como destaca el Tribunal Central, la LCSP no prevé una respuesta normativa a este interrogante, dado que se limita a señalar que "*la prohibición de contratar,*

así declarada, podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia, cuando la persona que haya sido declarada en prohibición de contratar acredite el cumplimiento de los extremos a los que se refiere el párrafo anterior”.

Como punto de partida, tiene interés resaltar el argumento esgrimido por el Tribunal para fundamentar su decisión según el cual resulta aplicable al supuesto de hecho analizado el artículo 39.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que determina, con carácter general, que la eficacia de los actos administrativos *“quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior”.*

Y desde esta perspectiva, seguidamente el Tribunal defiende que la revisión de la prohibición de contratar con el sector público constituye un acto que afecta a los derechos e intereses de sus destinatarios; de ahí, que deba ser notificado a los interesados, tanto por razones de garantía de los derechos de la persona afectada por la prohibición de contratar como por razones de seguridad jurídica en el ámbito de los procedimientos públicos de contratación.

Pues bien, y como no podía ser de otro modo, sobre la base del razonamiento jurídico expuesto, el Tribunal defiende que **desde la notificación formal del acto que pone fin a la prohibición de contratar, puede éste hacerse valer por los interesados ante los órganos de contratación del sector público, en prueba de su aptitud,** frente la posible certificación del



ROLECE en la que figure vigente la prohibición de no haberse cancelado aún. Obviamente, **en el caso de que la cancelación en dicho registro oficial preceda a la notificación al interesado será ésta oponible a terceros y debe tenerse en cuenta por los órganos de contratación.**

Con esa argumentación, se desestima el recurso especial, al considerar que la recurrente se encuentra incurso en la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 b) de la LCSP, dado que no aporta prueba que acredite que la fecha de notificación de la resolución de cancelación haya sido previa a la publicación de la cancelación en el ROLECE, siendo esta última posterior a la celebración de la Mesa en la que se adopta el acuerdo de exclusión.

CONSECUENCIAS PARA LA PRÁCTICA

- 1. La obligación de no estar incurso en prohibición para contratar hace referencia al momento de presentación de la oferta, debiendo mantenerse hasta la formalización del contrato.**

Junto con la capacidad de obrar y la solvencia, es un requisito indispensable para ser contratista del sector público, tal y como se desprende del artículo 65 de la LCSP, que las personas naturales o jurídicas no estén incurso en prohibición de contratar.

Del mismo modo, cabe advertir que las prohibiciones de contratar no tienen carácter sancionador, ya que persiguen una finalidad preventiva. Tal prevención está justificada ante cualquier práctica empresarial defectuosa o reprochable, bien haya sido intencional, bien negligente (STS de 18 de marzo de 2015,

confirmando la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2014).

De conformidad con ello, el artículo 140.4 de la LCSP exige que la ausencia de prohibición de contratar debe concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato. Previsión legal que ha sido interpretada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución nº 193/2019 de 1 de marzo (recurso nº 1325/2018) desde un perspectiva antiformalista, a luz del principio de concurrencia, al entender que cuando la LCSP prevé que estas circunstancias de capacidad "concurran" en la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas y que "subsistan" en el momento de la perfección del contrato, *"no está exigiendo necesariamente que hayan concurrido también en todo el período intermedio"*.

Más aún: ha de advertirse que la prohibición de contratar debe ser firme para producir efectos jurídicos. Firmeza administrativa, no necesariamente jurisdiccional, tal y como reconoce la propia Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el expediente 15/18, de 10 de octubre de 2018. Y además, como señala la STS 1115/2021 de 14 de septiembre, en la que el Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez sobre la posibilidad de que la Audiencia Nacional (AN) suspenda la ejecución de resoluciones sancionadoras de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), no sólo en lo relativo al pago de la sanción económica impuesta sino también en lo atinente a la prohibición para contratar, los efectos de la prohibición de contratar solo se



producen, y la limitación solo es ejecutiva, desde el momento en el que se concreta el alcance y duración de la prohibición, bien en la propia resolución sancionadora bien a través del procedimiento correspondiente y, en este último caso, una vez inscrita en el registro.

2. El acuerdo de levantamiento de la prohibición de contratar con el sector público surtirá efectos desde su notificación formal, pudiendo hacerse valer por los interesados ante los órganos de contratación del sector público, en prueba de su aptitud, frente la posible certificación del ROLECE en la que figure todavía vigente la prohibición.

En línea con las medidas para luchar contra la corrupción y garantizar la integridad en la contratación pública, la LCSP en su preámbulo pone en énfasis que se efectúa una nueva regulación jurídica de las prohibiciones de contratar, si bien la transposición de las Directivas de 2014 en materia de prohibiciones para contratar se anticipó dos años a su entrada en vigor al realizarse una modificación parcial del TRLCSP a través de la Disposición Final Novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.

De este modo, el nuevo texto legal aborda su regulación en los artículos 71 a 73, enumerando las prohibiciones de contratar, la determinación y competencia para su apreciación y los efectos de la declaración; incorporando, al mismo tiempo, lo que las Directivas Comunitarias han venido a denominar "*self-cleaning measures*".

En este sentido, el artículo 72.5 de la LCSP contempla la posibilidad de que tales prohibiciones de contratar no se declaren, o su caso se revisen, cuando las personas

incurtas en las mismas acrediten el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas entre las que quedará incluido acogerse a un programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia.

En este punto, resulta especialmente interesante la posibilidad de revisar la prohibición para contratar en cualquier momento de su vigencia, siendo el órgano competente para conocer de la citada revisión el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar.

Además, esta previsión normativa, como reconoce la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en la Recomendación de 10 de junio de 2021 sobre aplicación del artículo 72.5 de la LCSP, proporciona *“un elevado nivel de flexibilidad a los operadores económicos, los cuales, mediante la reparación del daño causado y de la adopción de medidas que impidan su reproducción, puede exonerarse sobrevenidamente de los perniciosos efectos de la prohibición ya declarada”*.

Por otra parte, sostiene la Recomendación de la Junta Consultiva que del mismo modo que ocurre con el inicio de los efectos de la declaración de prohibición de contratar y por la misma razón de seguridad jurídica, la revisión favorable de la prohibición previamente



declarada sólo producirá efectos desde que se haga constar en el ROLECE.

Sin embargo, como ya se ha mencionado, el Tribunal Central concluye que el acuerdo de levantamiento, una vez notificado, puede hacerse valer por la licitadora en el proceso de contratación frente a la certificación expedida por el ROLECE en la que todavía conste vigente la prohibición; matizando, a nuestro entender, la doctrina del órgano consultivo.

Esta interpretación que efectúa el Tribunal encuentra su fundamento en el tenor literal del artículo 96 de la LCSP que determina el valor acreditativo de los certificados del ROLECE frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y "*salvo prueba en contrario*" de las condiciones de aptitud del empresario. Es decir, **si la información que se desprende del certificado es incorrecta, inexacta o desactualizada, podrá combatirse mediante cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho, dado que el ROLECE no se configura como un medio de prueba excluyente de cualquier otro.**

NULIDAD DE CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO RELATIVA A CRITERIOS LINGÜÍSTICOS

NULLITY OF THE SPECIAL CONDITION OF EXECUTION OF THE CONTRACT RELATED TO LINGUISTIC CRITERIA

Dr. Jaime Pintos Santiago

Socio-Director del Despacho Jaime Pintos Abogados &
Consultores
Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
Universidad a Distancia de Madrid
Funcionario de Carrera en Excedencia

D. Roberto Carrodegua Méndez

Funcionario de Administración Local con Habilitación de
Carácter Nacional
Especialista en Contratos Públicos

Resumen: Resolución nº 563/2020 de 23 de abril de 2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. C.A. de Illes Balears 12/2020. Recurso nº 197/2020. Recurso contra pliegos en contrato de suministro. Abordamos el estudio de la viabilidad jurídica



de la utilización de criterios lingüísticos en la configuración de las condiciones especiales de ejecución del contrato previstas en los pliegos de licitación.

Abstract: Resolution No. 563/2020 of April 23, 2020 of the Central Administrative Tribunal for Contractual Resources. C.A. of Illes Balears 12/2020. Appeal No. 197/2020. Appeal against specifications in supply contract. We undertake the study of the legal viability of the use of linguistic criteria in the configuration of the special conditions for the execution of the contract provided for in the bidding documents.

Palabras clave: Contratos públicos, condición especial de ejecución, criterios lingüísticos.

Keywords: Public contracts, special execution condition, linguistic criteria.

LA RESOLUCIÓN

Recurso especial interpuesto por D.M.C.B., en representación de DRÄGER SAFETY HISPANIA, S.A.U., frente al procedimiento de licitación denominado "Suministro de equipos de respiración autónoma para bomberos, montaje y formación incluidos", convocado por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca.

La Resolución nº 563/2020 de 23 de abril de 2020 decidió: Estimar en parte el recurso interpuesto por D.M.C.B., en representación de DRÄGER SAFETY HISPANIA, S.A.U., contra los pliegos en el procedimiento de licitación convocado por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca para contratar el "Suministro de equipos de respiración autónoma para bomberos, montaje y formación incluidos"; procediendo, en consecuencia, la

anulación de la cláusula M apartado e) del Cuadro de Características del pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) -criterio lingüístico como condición especial de ejecución- y retrotraer el procedimiento al momento anterior a la aprobación del PCAP.

La recurrente fundamenta su recurso contra los pliegos de licitación en los siguientes motivos:

1. El pliego vulnera el artículo 99.3 de la LCSP porque no efectúa la división del objeto del contrato en lotes sin justificación alguna en el expediente.
2. La solvencia técnica exigida limita indebidamente la libre concurrencia.
3. Nulidad de la condición especial de ejecución del contrato relativa a criterios lingüísticos.

Con relación a este último, pone de manifiesto que, entre las condiciones especiales de ejecución del contrato, se prevé una relativa a criterios lingüísticos (letra e página 8 PCAP). En virtud de dicha condición especial de ejecución, la contratista asume la obligación de que el personal que tenga que relacionarse con el público, posea un conocimiento suficiente de catalán para llevar a cabo en esta lengua las tareas de atención, información y comunicación, garantizando así el derecho de los usuarios a ser atendidos en esta lengua.

Sobre este extremo, defiende la recurrente que únicamente son aceptables las condiciones especiales de ejecución vinculadas con el objeto del contrato.



ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL

Para la resolución del supuesto de hecho planteado, el Tribunal trae a colación su propia doctrina sobre impugnación de las condiciones especiales de ejecución del contrato previstas en los pliegos en otras licitaciones anteriores. Cita, en concreto, la Resolución nº 897/2019 de 31 de julio de 2019 (Recurso nº 454/2019), que a su vez refiere a la Resolución nº 1071/2018 de 23 de noviembre de 2018 (Recursos acumulados nº 654 y nº 658/2018) en la que el Tribunal aclara la diferencia, en primer lugar, entre condiciones especiales de ejecución y el conjunto de obligaciones legales establecidas por la legislación sectorial medioambiental, laboral o social de preceptiva observancia aplicables en cada caso con motivo de la ejecución de las prestaciones del contrato; y en segundo lugar, con las obligaciones distintas de la principal que se hayan establecido, previsto y delimitado debidamente en el PCAP.

De igual modo, el Tribunal recuerda que las condiciones especiales de ejecución, con arreglo a los antecedentes de la Directiva 2014/24/UE y a ésta, se ciñen a los "*ámbitos de la innovación, social y medioambiental*". Reproduce, a tal efecto, el contenido del Considerando 95 y artículo 79 de esa Directiva, concluyendo que en la misma solo se alude y se permite establecer condiciones especiales de ejecución consistentes en consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, o de tipos medioambientales, sociales o relativas al empleo. Es decir, la economía sostenible.

También cita el tenor literal del apartado primero del artículo 202 de la LCSP, recordando la obligación de interpretar su contenido de forma armónica con la

Directiva 2014/24/UE; de forma que, aunque aparentemente parezca apartarse de ella, ha de interpretarse de forma que no la infrinja.

Pues bien, el Tribunal indica que el apartado segundo del mismo artículo 202 dispone que “Estas condiciones de ejecución podrán referirse , en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social”, añadiendo, a continuación, una larga enumeración de posibles condiciones de ejecución de tipo medioambiental, de tipo social o relativas al empleo, **sin que ninguna de ellas haga referencia ni siquiera remota, a condiciones ajenas a los ámbitos materiales que menciona y, menos aún, de carácter lingüístico o relacionadas con las lenguas a utilizar en la ejecución de contrato.**

A su vez, sostiene que tampoco la Directiva 24/2014, traspuesta por la LCSP, contiene referencia alguna a este tipo de condiciones lingüísticas, limitándose en su artículo 70 a permitir que los poderes adjudicadores puedan imponer condiciones especiales de ejecución que “podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social o relativas al empleo”, sin que tampoco, al regular los criterios de adjudicación, se incluya referencia alguna a cuestiones lingüísticas al referirse a los aspectos cualitativos que pueden tenerse en cuenta para la selección de los criterios de adjudicación.

Es por ello, que si bien es cierto que la enumeración de posibles condiciones de ejecución, como también la de



criterios de adjudicación cualitativos, es genérica y meramente enunciativa, pudiendo imponerse también otras condiciones o criterios "sociales" similares que cumplan los requisitos generales establecidos para ello, el hecho de que el marco general establecido se refiera siempre a "las consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social o relativas al empleo", **lleva a la conclusión de que ni la normativa europea ni la nacional contemplan ni, por tanto, permiten, dentro de la contratación pública, la imposición de condiciones especiales de ejecución relativas a materias o ámbito distintos a los citados en la Directiva citada, artículo 70, ni a la utilización de una u otra lengua**; sin perjuicio, claro es, de que el adjudicatario del contrato este obligado en su ejecución a respetar y cumplir la normativa lingüística vigente en la Comunidad Autónoma de que se trate, en este caso la Ley de normalización lingüística de las Islas Baleares y demás normativa legal y reglamentaria de aplicación en dicha materia.

A lo que cabe añadir que en el presente caso se trata de un contrato de suministro de equipos, en el que no parece que el personal de la empresa adjudicataria *"tenga que relacionarse con el público"*.

De ahí, que el Tribunal estime el recurso en este punto, al entender que no procede imponer condiciones lingüísticas a través de las condiciones especiales de ejecución del contrato previstas en el PCAP.

CONSECUENCIAS PARA LA PRÁCTICA

- 1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social,**

ético, medioambiental o de otro orden, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

Pormenorizando este análisis, debe recordarse que los objetivos que inspiran la regulación contenida en la LCSP son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio. Para lograr este último, como destaca el Preámbulo de la norma, por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato. De ahí que el apartado tercero del artículo 1 de la LCSP establezca la obligación de que "En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato (...)", previendo el apartado segundo del artículo 122 de la LCSP que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluyan las consideraciones sociales, laborales y ambientales como condiciones especiales de ejecución.

A su vez, el artículo 202 de la LCSP obliga a los órganos de contratación a recoger en los pliegos al menos una



condición especial de ejecución del contrato, de las previstas en su apartado segundo, incorporando un elenco de ejemplos de consideraciones de tipo medioambiental y de tipo social o relativas al empleo.

Recordemos igualmente que todas las condiciones especiales de ejecución deberán incluirse en el anuncio de licitación y definirse con precisión en el PCAP y que todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todas las empresas subcontratistas que participen de la ejecución del mismo. Así como que el incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución podrá dar lugar a penalidad e, incluso, a la resolución del contrato.

Además, cabe señalar del mismo que de conformidad con la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias nº 60/2021, de 2 de marzo, el coste de las prestaciones cuya realización es exigida como condición de ejecución del contrato debe ser integrado en el presupuesto base de licitación.

2. Los órganos de contratación no podrán imponer condiciones lingüísticas mediante la configuración de las condiciones especiales de ejecución del contrato.

Si bien es cierto, que *a priori*, las condiciones de tipo lingüístico podríamos entenderlas incluidas en las de "carácter social" o incluso en las "de otro orden" a las que alude el inciso final del título del precitado artículo, cabe concluir, teniendo en cuenta los argumentos expuestos por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que tanto la normativa europea como la nacional, niegan la posibilidad de imponerlas como condiciones especiales de ejecución del contrato. Cuestión distinta serán las obligaciones y los requisitos legales de general aplicación y obligatorios o preceptivos

impuestos por la normativa legal correspondiente a lengua oficial de cada Comunidad Autónoma, que, siempre se han de cumplir, pero no por ello pasarán a ser condiciones especiales de ejecución.

Debemos decir finalmente como autores que discrepamos del criterio seguido por el Tribunal y entendemos que estas condiciones especiales entrarían fácilmente dentro de la posibilidad de incluir otras políticas públicas, al no ser las listas previstas, ni en la directiva clásica de contratos, ni en la LCSP un "*numerus clausus*".



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 28

Diciembre 2021

<http://gabilex.castillalamancha.es>

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

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS 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.
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.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

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.

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 y Consejo de Redacción de la Revista.

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 ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán 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 Verdana¹. 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

¹ 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.

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

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 una 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

