

ELISENDA MALARET Y XAVIER PADRÓS

*Del contrato administrativo a la procedimentalización
de la actividad contractual: la ampliación de la capacidad
de decisión de la Administración en el derecho
administrativo español**

La contratación pública no es ajena a las transformaciones de la actividad de la Administración que se iniciaron en el último tercio del pasado siglo y que se han acelerado con el impacto de la gran recesión. En la medida en que la contratación supone acudir al mercado para la obtención de los medios, los recursos y las capacidades necesarias para el cumplimiento de los fines asignados, para la satisfacción de las necesidades colectivas, la actuación deberá responder a los requerimientos propios del respeto a los principios de legalidad, eficacia y eficiencia. En este nuevo contexto el derecho administrativo debe tomar en consideración los cambios y guiarlos adecuadamente; ello requiere pasar de la perspectiva del contrato a la perspectiva de la actividad, o si se quiere, retomando el símil de un proceso equivalente acaecido hace unos años, pasar del acto al procedimiento. Lo significativo para el derecho administrativo es tener una visión de conjunto del actuar de la Administración en un determinado ámbito.

En un estudio publicado recientemente, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC, la autoridad española garante de la competencia)¹ señalaba cómo las administraciones públicas españolas podrían haber ahorrado al menos 1.700 millones de euros en cinco años con unos procedimientos de adjudicación de los contratos más competitivos². La CNMC ponía de relieve que en un porcentaje elevado de licitaciones concurre un número limitado de participantes; así, en alrededor de un 34 % de los contratos solo participa una empresa y en un 65 % de los contratos solo lo hacen tres o menos. Mediante un análisis econométrico se constataba que la Administración paga de media un 10 % menos en los contratos en que

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación “El alcance del control jurisdiccional de las decisiones de los órganos administrativos colegiados dotados de autonomía funcional”, investigadora principal: Elisenda Malaret, proyecto financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2015-70981-P).

1 En virtud de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, la CNMC tiene entre sus funciones la promoción de una competencia efectiva en los mercados mediante, entre otras cosas, la realización de estudios y trabajos de investigación en materia de competencia.

2 Informe de la CNMC que analiza los contratos de la Administración del Estado entre 2012 y 2016, pues no existe información disponible de calidad en relación con las administraciones de las comunidades autónomas o locales –en este período, previo a la nueva Ley de Contratos del Sector Público–. Cfr.: <https://www.cnmc.es/node/373651>

utiliza un procedimiento abierto frente a otros procedimientos como los denominados “restringidos”, “negociados” o “diálogos competitivos”. El informe destacaba que la contratación pública representa entre el 10 % y el 20 % del PIB español, de manera que la mejora de los procedimientos de contratación puede contribuir activamente a sostener las cuentas públicas y permitir que se ofrezcan más servicios públicos y de mejor calidad.

Este enfoque está muy generalizado en la actualidad, el análisis de la CNMC expresa una concepción muy presente en materia de contratación pública. Con el impulso del derecho de la Unión Europea y con la idea de acelerar el proceso de integración europea, el derecho de la contratación pública responde en la actualidad a una nueva concepción de la contratación, cuyo objetivo es abrir los mercados (nacionales) y favorecer y garantizar la competencia³, en el contexto de una Europa cada vez más integrada económica y socialmente. El impulso de la Unión Europea supone que el objetivo de garantizar el acceso libre e igual de todas las empresas a la contratación pública adquiera una gran relevancia; en este marco, tanto la publicidad como los procedimientos competitivos han visto su campo de aplicación ampliado, tanto en cuanto a los contratos implicados como en cuanto a las organizaciones concernidas.

Este cambio de perspectiva se ha ido abriendo camino, a la vez que se ha generalizado también en el derecho administrativo español una nueva visión en la que la contratación se concibe como un instrumento para la implementación de las políticas públicas, una herramienta que, como todas las demás, tiene también sus límites, sus exigencias y sus ventajas, pero en la que, en todo caso, el margen de maniobra de la Administración es mayor del que se concebía en el pasado.

Durante mucho tiempo esta no fue la perspectiva mayoritaria. En efecto, el derecho de los contratos de la Administración era considerado exclusivamente como un conjunto de limitaciones y restricciones, cuya única finalidad era encuadrar de manera intensa las decisiones de la Administración relativas a la gestión de los recursos públicos. El objetivo era imponer una disciplina rígida a la conducta de los gestores públicos, pues se sospechaba de su racionalidad. La regla general era la desconfianza, por lo que se trataba de condicionar al máximo la toma de decisiones por parte de la Administra-

3 JOSÉ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ. *Derecho administrativo en la contratación entre privados*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 28.

ción Pública, desechando la facultad de negociación, considerada esta como una fuente de malas prácticas, favoritismo y colusión. Este enfoque supuso privilegiar los procedimientos de subasta, y, por tanto, la adjudicación de los contratos a la oferta de precio más baja. En la visión entonces dominante se concebía la actuación de los actores como encerrada en un formalismo que tenía como finalidad privarlos de toda capacidad de iniciativa, como si su función se limitase a ejecutar mecánicamente las reglas establecidas. Esta presentación puede parecer exagerada, pero es incuestionable que podemos encontrar sus ecos en los trabajos de los autores dominantes en un cierto período, cuando la preocupación por la correcta utilización de los recursos públicos y la lucha contra la corrupción marginaban otros planteamientos de mayor complejidad.

Si esta visión podía ser compatible con unas necesidades escasas –inherentes a unas tareas de la Administración muy limitadas– y con unas estructuras administrativas muy débiles, la progresiva complejidad de los fines y la diversificación de funciones de la Administración, así como el creciente rol del mercado y su corolario, la competencia y el nuevo entorno de la gestión pública, han cambiado radicalmente la concepción y la instrumentación de la actividad contractual de las distintas administraciones públicas europeas y, obviamente, ello ha impactado en las administraciones españolas.

En la nueva perspectiva cobra relevancia la complejidad del proceso decisorio de la Administración, pues a través de un complejo *iter* procedimental se van decantando elecciones, se va acotando el abanico de opciones. Por ello, en el procedimiento, la actividad considerada de manera conjunta y sistemática adquiere relevancia, y no solo la decisión final. En los momentos iniciales la Administración ejerce una discrecionalidad fuerte, configuradora⁴, pues aprecia las necesidades de interés general por satisfacer, escoge y determina la forma de realizarlas –interna o externamente–, de financiarlas –por los ciudadanos/contribuyentes o por los usuarios, p. ej.–, y tiene libertad para delimitar el contenido del objeto del contrato⁵. La elección por la Administración de proceder directamente o no a la gestión o producción

4 La noción de discrecionalidad configuradora está muy bien planteada y desarrollada en MARIANO MAGIDE HERRERO. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, pp. 247 ss.

5 Como recuerda expresamente la comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, COM (2001), 274.

(o construcción) de la actividad necesaria para la satisfacción del interés general individualizado puede concebirse en términos de *libertad* o *pura oportunidad*, y por ello solo estará sometida a un control por motivos de forma⁶; como apuntan algunos autores, se trata de una decisión limitada-mente juridificada⁷. Como ha señalado Massera, el derecho europeo deja a los Estados miembros la más amplia libertad de elección entre autoproducción y externalización, y solo después de que la decisión se haya adoptado y si, en su caso, se concreta en la segunda opción, emerge la impronta del derecho europeo por los instrumentos mediante los cuales se externalizará, pues estos deberán ser compatibles con el mercado interior europeo⁸. Progresivamente, a medida que avanza el proceso de toma de decisiones, el margen de maniobra se reduce, las sucesivas opciones van acotando el ámbito de las elecciones posibles, la discrecionalidad se convierte progresivamente en margen de apreciación⁹; la reducción del margen de apreciación no lo elimina totalmente, pero sí que lo acota de manera significativa a medida que se van aprobando los distintos documentos que determinarán el contenido concreto de la demanda –pliegos de cláusulas, prescripciones técnicas, etc.–, los criterios de adjudicación y, en su caso, las condiciones de ejecución. Pese a que en algunas fases del proceso cabe consultar al mercado, negociar¹⁰, dialogar –de manera transparente y no discriminatoria– y determinar luego las siguientes pautas y condiciones; y finalmente, después de adjudicar y formalizar el contrato, habrá que controlar la ejecución, evaluar los resul-

6 Cfr., en el derecho administrativo francés, ROZEN NOGUELLOU. “L’externalisation: l’expérience française”, en CARLO MARZUOLI y SIMONE TORRICELLI (dirs.), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazione sostenibili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 81 ss.

7 SIMONE TORRICELLI. “Disciplina dei contratti ed esternalizzazione sostenibili”, en MARZUOLI y TORRICELLI (dirs.). *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, cit., pp. 8-9.

8 ALBERTO MASSERA. “L’espletamento di funzioni e servizi pubblici tra esternalizzazione, autoproduzione e cooperazione”, en MARZUOLI y TORRICELLI (dirs.), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, cit., pp. 93 ss.

9 En esta dirección, la Comisión ya señaló en su momento que “los criterios que se apliquen habrán de conceder al poder adjudicador un margen discrecional para comparar de manera objetiva las diferentes ofertas y aceptar la más ventajosa conforme a criterios objetivos, como los que se relacionan a título de ejemplo en las directivas”: Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, COM (2001), 274.

10 Cfr. “Dossier. La négociation dans les contrats publics”, *Contrats publics, Le Moniteur*, n.º 193, diciembre de 2018.

tados. Una evaluación que en determinados supuestos de construcción de grandes infraestructuras también puede plantearse de manera preceptiva en la fase inicial de planteamiento del proyecto.

La idea de ciclo contractual expresa bien la relevancia del procedimiento, más allá de lo que tradicionalmente se entendía como procedimiento contractual, limitado a la tramitación del expediente una vez formalizada la decisión de iniciar la fase de adjudicación.

Esta transformación y el nuevo enfoque se hacen evidentes en una reciente recomendación de la Comisión Europea sobre la profesionalización de la contratación pública y el fortalecimiento de la arquitectura decisional y de gestión. La Comisión afirma, en efecto:

Es necesario garantizar el uso más eficiente de los fondos públicos y los compradores públicos necesitan estar en condiciones de contratar de acuerdo con las normas más exigentes de profesionalidad. Mejorar y respaldar la profesionalidad entre los profesionales de la contratación pública puede ayudar y fomentar el impacto de esta en el conjunto de la economía. Se entiende en líneas generales que el objetivo de la profesionalización de la contratación pública es reflejar la mejora general de toda la gama de cualificaciones y competencias profesionales, conocimientos y experiencia de las personas que realizan o participan en tareas relacionadas con la contratación. Abarca también las herramientas y el apoyo, así como la arquitectura política institucional, que son necesarios para realizar el trabajo de forma eficaz y obtener resultados¹¹.

Este nuevo enfoque supone que la reglamentación en este sector de la actividad pública sea diseñada como una caja de herramientas, un abanico de opciones entre las que la Administración deberá escoger las que mejor se adecuan a las necesidades que previamente habrá determinado. El derecho de la contratación pública suministra los instrumentos necesarios para la satisfacción del concreto interés general; cuando la Administración recurre al instrumento contractual porque ha decidido externalizar la operación u actividad, los objetivos, los fines que persigue son los propios del modelo europeo de sociedad; o, en términos más ajustados al derecho constitucional, sus objetivos deberán necesariamente estar orientados a garantizar los

11 Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión del 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública, Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública.

derechos y libertades, a preservar los valores propios del Estado social y democrático de derecho. En nuestro ordenamiento jurídico, “la administración sirve con objetividad el interés general”¹², y atiende las exigencias que él impone; la elección de fines responde a los imperativos inherentes al sistema de principios, valores y derechos que la Constitución ha establecido, no es disponible por la Administración Pública. Lo que sucede es que cuando se opta por externalizar, se recurre a terceros, entonces las exigencias de la competencia, del respeto a las reglas del mercado obligan a encontrar la conciliación adecuada entre el aseguramiento de unos valores—que se plasma en la definición del objeto, la concreción de las condiciones y criterios que guiarán la presentación de las ofertas y la adjudicación— y el debido respeto a los principios de no discriminación y publicidad que son propios de la competencia. El recurso al mercado supone aprovechar la eficacia y eficiencia de los operadores económicos para satisfacer necesidades de interés general.

La organización, las estructuras decisionales, los perfiles de las autoridades públicas, las negociaciones y los procedimientos pueden y deben asegurar la implementación de incentivos, además de crear las condiciones para asegurar la eficacia y la eficiencia de la asignación de recursos públicos¹³.

Por otra parte, a la luz de lo anteriormente indicado, esta perspectiva no debería ser incompatible con la toma en consideración de la necesidad de garantizar la sostenibilidad del desarrollo, ni con las cuestiones vinculadas a los retos sociales, ambientales o de innovación¹⁴, ya que estos objetivos deben guardar necesariamente un vínculo con el objeto del contrato, además de ser proporcionales y no discriminatorios¹⁵.

12 Según la magnífica fórmula del artículo 103 de la Constitución española y que ALEJANDRO NIETO retomó en su conocido trabajo “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991.

13 Cfr. STÉPHANE SAUSSIER y JEAN TIROLE. *Renforcer l'efficacité de la commande publique*, Note de Conseil d'analyse économique, n.º 22, abril de 2015.

14 Como expresamente indica el segundo considerando de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

15 Cfr. Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, COM (2001), 274 y Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, COM (2001) 566, que completan la Comunicación de la Comisión “Los contratos públicos en la Unión Europea”, de 11 de marzo de 1998.

No obstante, plantearse los desafíos que la contratación supone para la gestión pública exige una previa explicación del marco conceptual y teórico en el que se desarrolla la contratación pública en el ordenamiento jurídico español. Pues, si bien las nociones jurídicas en los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la misma familia¹⁶ no son tan diferentes, como ocurre, por ejemplo, con derecho administrativo francés, las imprecisiones del lenguaje son más frecuentes de lo que cabría imaginar. Así, la misma noción de *commande publique* es ajena al derecho administrativo español, a diferencia de la de *contrato administrativo* que abarca una realidad mucho más próxima, sin perjuicio de que recientemente esta última haya sido superada por la noción de *contrato público*, bajo la influencia del derecho europeo que ha impuesto una concepción amplia del criterio orgánico, como veremos más adelante.

Actualmente, el contrato administrativo es una institución esencial del derecho administrativo español, que lo considera como un verdadero contrato y cuya naturaleza ya no es discutida. En el siglo XIX –durante el período de formación del derecho administrativo– la importancia y exhaustividad de los pliegos de condiciones, por un lado, así como los poderes de la Administración en la ejecución, por otro, hubieran podido poner en tela de juicio la naturaleza efectivamente contractual; en aquel entonces, la atribución de

Posteriormente, la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, “sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios”, incorporó la jurisprudencia europea en esta materia y en su Considerando 1 condicionó la utilización de *criterios sociales como condiciones de adjudicación a su vinculación con objeto del contrato, a que no otorgasen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada y estuvieran expresamente mencionados y se atuvieran a los principios fundamentales* de la contratación pública en el marco del ordenamiento comunitario. Esta posibilidad se reiteraba en el Considerando 46.4, admitiéndose que, siempre que se respetase el principio de igualdad de trato –en el sentido de posibilitar una comparación y evaluación objetiva de las ofertas–, sería posible que los órganos de contratación utilizasen criterios de adjudicación no solamente económicos, sino también *cualitativos*, como son los criterios sociales. El poder adjudicador podía regirse por criterios destinados a la satisfacción de exigencias sociales que, en particular, tuvieran en consideración las necesidades de aquellos sectores de la población *especialmente desfavorecidos*. Sin embargo, en el mismo texto del articulado la directiva no mencionaba los criterios sociales en el precepto dedicado a los criterios de adjudicación (art. 53), cuando sí lo hacía con otros criterios cualitativos relativos a la sostenibilidad de las ofertas, como las posibles características medioambientales de la prestación.

16 Siguiendo el esquema clásico propuesto por RENÉ DAVID. *Les grands systèmes de droit contemporains*, París, Dalloz, 1964. Aunque actualmente esté cuestionado, ya que “ahora se admite que las clasificaciones en familias de derecho son primitivas e ideológicamente orientadas”: MARIE-CLAIRE PONTHEAUX. “Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2005, 1, p. 24.

algunos contratos a la jurisdicción contencioso administrativa –por razón de su objeto– fue considerada por la doctrina como un factor de carácter exclusivamente circunstancial –una excepción–, aunque la evolución posterior ha evidenciado que tuvo importantes consecuencias, pues esta particularidad creó el ambiente para el asentamiento de las cláusulas exorbitantes que pueden actuarse durante la ejecución posterior¹⁷ –interpretación, modificación, terminación unilateral–. Como es bien conocido, estas prerrogativas marcan la diferencia con el régimen jurídico de los contratos privados y han sido consideradas como constitutivas del fundamento de la autonomía del derecho administrativo¹⁸.

La construcción del derecho administrativo español presenta –en comparación con el derecho administrativo francés¹⁹ que se toma a veces como modelo de referencia– algunas particularidades, especialmente en lo que concierne a la importancia de las fuentes doctrinales y el papel central del legislador, tanto durante la dictadura franquista como, más tarde, durante el período democrático. A partir de los años sesenta del siglo XX se desarrolla la construcción de la teoría del derecho administrativo que aún hoy domina el panorama doctrinal, aunque la constitucionalización y la europeización cuestionen algunos de sus postulados fundamentales. La teoría contemporánea del derecho administrativo²⁰ se desarrolló a partir de la obra seminal del profesor Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho Administrativo*²¹. En dicho texto fundador, este ilustre

17 JOSÉ RAMÓN PARADA VÁSQUEZ. *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*, Sevilla, IGO, 1963.

18 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. “La figura del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 1963, 41, pp. 99 ss.

19 El derecho administrativo francés es una referencia obligada cuando de la institución del contrato administrativo se trata. Algunos autores han dicho que se trata de un “modelo de referencia en materia contractual para el ordenamiento español”; cfr. EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN. “Régimen jurídico de la contratación pública en Francia”, en MIGUEL SANCHEZ MORÓN (dir.). *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 123.

20 Esta rama jurídica conoció a partir de 1950 –fecha de la creación de la *Revista de Administración Pública*– un período creativo. Cfr. ALEJANDRO NIETO. “Influencias extranjeras en la evolución de la ciencia española del derecho administrativo”, *Anales de la Facultad de Derecho*, 1965, 3 y JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. “La ciencia del derecho administrativo en España: una perspectiva histórica”, ARMIN VON BOGDANDY y ORIOL MIR PUIGPELAT, *El derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 339-383.

21 Publicado en principio como un artículo en la *Revista de Administración Pública* en 1962, n.º 38, y más tarde como libro con el mismo título, Madrid, Civitas, 1974.

“creador de doctrina” sitúa los grandes temas que han guiado la actividad de sendas generaciones de juristas españoles en el proceso de construcción de las instituciones y reglas del Estado de derecho, hasta el momento en que la Constitución las sancione como normas fundamentales: la idea de legalidad, la libertad como garantía, la relevancia de las garantías jurídicas, la separación entre la Administración y la justicia, el control –y el autocontrol– del aparato administrativo, el surgimiento de recursos contenciosos y su carácter necesariamente jurisdiccional, etc. De manera paralela, se afirmaba la centralidad de la ley, como expresión de la *juridificación* del poder y parámetro del necesario control jurisdiccional –incluso en una época en la que el parlamento no era elegido por la ciudadanía y la separación de poderes era solo aparente–. La posición de la ley se vio fortalecida además por la adopción de textos de una gran calidad técnica que establecieron las reglas esenciales de los grandes ámbitos del derecho administrativo: el procedimiento administrativo, el régimen jurídico de los actos administrativos y sus recursos, la responsabilidad patrimonial por daños, los contratos, la expropiación forzosa, la jurisdicción contencioso-administrativa. Se trataba de leyes, a menudo redactadas por profesores de derecho administrativo, que contribuyeron a su evolución y favorecieron la creación de un orden jurídico liberal.

En este modelo de construcción del derecho administrativo, el papel de la jurisprudencia es limitado, ya que la perspectiva dominante no tiene en cuenta ni los casos concretos, ni la práctica o quehacer de las administraciones públicas, ni los problemas reales. Por supuesto, no se confirió ninguna función a otras ciencias sociales. Esta perspectiva se transformó progresivamente bajo el impacto de dos de los grandes cambios sobrevenidos como consecuencia de la aprobación de la Constitución –y la primacía de los derechos y libertades consiguiente– y la integración en lo que ahora es la Unión Europea, que generaron una dinámica de constitucionalización y europeización del derecho administrativo. En este entorno, ciertas jurisdicciones adquirieron una posición clave en la construcción del orden jurídico. En un primer momento, la creación y puesta en funcionamiento del Tribunal Constitucional (1979) y sus atribuciones como garante de los derechos fundamentales y las libertades públicas, así como de guardián de la supremacía de la Constitución, concedieron a su jurisprudencia un rol esencial. En un segundo momento, este papel lo asumirán el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en algunos ámbitos esenciales del derecho administrativo (contratos, servicios públicos,

ayudas estatales)²² y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²³ en otros aspectos (sanciones).

I. LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN: MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

I. I. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL, CENTRADA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, Y LAS PRERROGATIVAS QUE PUEDEN INSTRUMENTARSE EN SU EJECUCIÓN

Aunque el derecho positivo hubiera podido inducir a otra percepción –habida cuenta de la existencia de reglas relativas a la preparación y adjudicación de los contratos–, la relación jurídica entre la Administración y el contratante es la que tradicionalmente se ha situado en el epicentro del derecho administrativo de los contratos²⁴.

En este sentido, el derecho administrativo español de los contratos es fundamentalmente un derecho de los contratos administrativos. Es un derecho sustancial y no procedimental, puesto que ha privilegiado las relaciones entre las partes, aunque desde la mitad del siglo XIX las leyes relativas a la contabilidad y las finanzas públicas hubiesen establecido reglas para la preparación y adjudicación de aquellos contratos en los que intervenía la Administración. La finalidad de dichas disposiciones era –sin perjuicio de que aún lo siga siendo– asegurar la competencia entre los diferentes candidatos en condiciones de igualdad para permitir así una mejor utilización de los recursos públicos²⁵; sin embargo, la falta de procedimientos adecuados

22 FRANCISCO JOSÉ RODRÍGUEZ PONTÓN. “L’influence du droit public européen sur le droit public espagnol”, en JEAN-BERNARD AUBY (dir.), *L’influence du droit européen sur les catégories du droit public*, París, Dalloz, 2010.

23 FRANCISCO JOSÉ RODRÍGUEZ PONTÓN. *La articulación de garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del TEDH*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2005.

24 SILVIA DIEZ SASTRE. *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

25 En aquella época asegurar una cierta competencia no era percibido como un valor sustantivo, ni un fin en sí mismo para garantizar la eficacia en la asignación de recursos, sino que cumplía una finalidad instrumental: se trataba únicamente de obtener el mejor precio posible para las arcas públicas.

para preservar el cumplimiento de la competencia ha desvirtuado aquella finalidad²⁶.

Se ha privilegiado así la relación jurídica y el aspecto contractual partiendo de su equivalencia con el derecho patrimonial privado y del carácter excepcional de las prerrogativas del poder público²⁷, en detrimento de los aspectos más vinculados a la administración de los recursos y al desarrollo de políticas públicas. Aunque, desde la adopción de los pliegos de condiciones a mediados del siglo XIX, las preocupaciones relacionadas con el interés general más allá del objetivo concreto del contrato hayan estado presentes²⁸, la visión estrecha de las tareas y funciones del Estado no tenía que ver con el enfoque actual. En este orden de ideas, la organización y los aspectos vinculados con la gestión y la eficacia fueron, si no despreciados, al menos no considerados, a pesar de que en esa época la arquitectura de la Administración era bastante simple en comparación con la complejidad posterior a partir de la eclosión de las comunidades autónomas y las entidades territoriales, producto de la descentralización derivada de la Constitución democrática de 1978; una complejidad administrativa aún mayor, puesto que la descentralización política ha corrido paralela con la construcción del Estado social y el desarrollo de los servicios públicos como elementos inherentes al mismo.

En todo caso, la aproximación tradicional se fundamenta en una idea reduccionista del contrato administrativo, concebido como un equivalente del contrato privado –un contrato entre dos partes– al cual se le aplican las prerrogativas del poder público para asegurar el interés general; unas prerrogativas que había que encuadrar y delimitar. Aunque los límites fueran formales y no sustanciales, por ello se concedía un gran valor al dictamen previo del Consejo de Estado –órgano exclusivamente consultivo–, no obs-

26 JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO. “El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del derecho comunitario europeo: una nueva ordenación de las medidas cautelares (comentario a la Directiva 89/665/CEE)”, *Noticias CEE*, 1991, 74, p. 5.

27 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Curso de derecho administrativo*, I, Madrid, Civitas y Revista de Occidente, 1974.

28 Quizás uno de los ejemplos más ilustrativos de la utilización de la contratación administrativa para fines distintos de los derivados del objeto mismo del contrato lo suministra la Ley de Contratación de productos nacionales del 14 de febrero de 1907. Una ley adoptada en un contexto internacional en el que la “compra nacional” era generalizada. Se trata de una política proteccionista de la que todavía se encuentran ecos en distintos entornos institucionales, a pesar de los acuerdos adoptados en el marco de la OMC para abrir los mercados (la última revisión del Acuerdo sobre contratación pública entró en vigor el 16 de abril de 2014 y 46 países de la OMC son parte del mismo).

tante que este procedimiento se activase únicamente en caso de oposición del empresario; por el contrario, si existía un común acuerdo, todo permanecía en el marco de la relación contractual de las partes. Además, no eran raros los casos en los que la iniciativa de modificación provenía del contratista, por ejemplo, en materia de precios (siempre al alza), en los que el ejercicio del poder de modificación no estaba regulado material o sustancialmente, lo que condujo a prolongar en el tiempo los contratos y sobre todo a modificar las condiciones económicas de los mismos.

En la teoría dominante –que encontraremos en la jurisprudencia y en la legislación posterior²⁹– el origen de la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración se ha justificado en razones pragmáticas de orden jurisdiccional, de modo que la distinción era relativa y la diversidad no derivaba de razones de “naturaleza jurídica”³⁰. Este enfoque venía reforzado por el principio de libertad de pactos, corolario de la autonomía de la voluntad, propia del derecho privado, y explícitamente previsto en el texto de la LCE (1965); lo que –en nuestra opinión, de manera algo forzada– permitía considerar que las especialidades propias de los contratos administrativos, aparecidas en el curso del siglo XIX, habían surgido siempre por la vía del acuerdo, del pacto entre dos voluntades (los pliegos de condiciones establecidos por la Administración, a los cuales los contratistas se adhieren y que tienen carácter contractual) y no por “imposición del legislador”³¹. En ese momento, el contrato administrativo era considerado como una simple categoría de la supra-categoría de los contratos³². Esta aproximación era coherente con una concepción del derecho muy marcada por la metodología del derecho *que construía con materiales de carácter es-*

29 García de Enterría consideraba que “solamente la inercia de la continuidad de la tesis sustancial que se había conservado sobre la base de cláusulas exorbitantes, incluso después de la crisis de la doctrina del servicio público que le había dado vida –crisis que se produjo cuando, después de la Segunda Guerra Mundial, se constató la posibilidad de proceder de manera normal a la gestión privada de los servicios públicos– y había hecho resurgir de nuevo la doctrina sustancialista en la ley de 1965 [...] esta sorprendente doctrina fue adoptada por el legislador en un momento en el que la revisión y la depuración de los conceptos estaba bastante avanzada, pero había sido revisada tiempo después con la Ley de 1973”. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Curso de derecho administrativo*, 1, cit., p. 496.

30 *Ibid.*, p. 512.

31 *Ibid.*, p. 496.

32 SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, IGO, 1960.

trictamente jurídico (la dogmática jurídica propia y típica de la concepción alemana), es decir, por un trabajo doctrinal que excluye todo aporte de las ciencias sociales que le son próximas: la adopción del “verdadero método jurídico” que floreció en España a partir de los años cincuenta del siglo xx³³. Una perspectiva metodológica que en la actualidad parece excesivamente reduccionista³⁴.

Como corolario de esta concepción, el legislador previó una tipología muy limitada de contratos administrativos (que además fue interpretada de manera restrictiva), que se caracterizan por tener un objeto directamente relacionado con las funciones propias de la Administración, lo que justifica la existencia de prerrogativas unilaterales que son susceptibles de ser ejercidas durante su ejecución. En efecto, solamente los contratos nominados o tipificados expresamente por el legislador adquieren esta condición en el esquema de la Ley de los Contratos del Estado (1965), aunque ciertamente son los más significativos en la práctica: i) el contrato que tenía por objeto la ejecución de obras, que no incluía la concesión; ii) el contrato denominado de gestión de servicios públicos, aunque, de hecho, no es un solo tipo de contrato, puesto que sus diferentes modalidades –entre ellas, la concesión– podían adquirir perfiles muy variados, sin que el legislador ni la jurisprudencia hayan aportado elementos significativos de estas diferencias, y iii) los contratos que tenían por objeto la compra de suministros.

Al lado de estos tres tipos de contratos administrativos caracterizados por su objeto, la ley previó una vía de apertura o ampliación del ámbito: los contratos administrativos *especiales*, vinculados al *tráfico o giro administrativo*, esto es, a las necesidades y finalidades propias de la competencia específica de la Administración en cuestión; en aquella época el carácter muy limitado de las actividades administrativas implicaba que este tipo de contrato tuviera un ámbito de aplicación muy restringido. Esta posibilidad, que todavía hoy aparece expresamente prevista en el derecho positivo, se verá reducida a partir de la ampliación del ámbito de aplicación del contrato administrativo –bajo la influencia del derecho europeo– con la introducción de los contratos que

33 SANTAMARÍA PASTOR. “La ciencia del derecho administrativo en España: una perspectiva histórica”, cit.

34 ELISENDA MALARET. “Administración Pública y regulación económica”, en AA.VV., *Autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2007.

tienen por objeto los servicios, un sector que cubre un ámbito de actividades muy amplio y heterogéneo³⁵.

Para finalizar esta caracterización del ámbito del contrato administrativo hay que referirse a un último supuesto, esto es, el de la concesión de obras públicas; una modalidad³⁶ que había tenido un rol importante en el curso del siglo XIX para la construcción y desarrollo del sector ferroviario³⁷ y que prácticamente desapareció en el entorno del derecho administrativo español durante un largo período³⁸, devenir en el que la doctrina interpretó que dicha institución había sido absorbida por la concesión de servicios públicos (puesto que esta permitía a su vez incluir igualmente la construcción de obras). Este hecho evidencia la ausencia de una política sostenida de construcción de infraestructuras, ya que el contexto de debilidad financiera de los poderes públicos, de debilidad, impedía la construcción financiada con recursos públicos. No por azar la concesión de obras públicas reapareció en la Ley de 1972 por medio de la cual se reguló la construcción y explotación de autopistas. En aquel momento, este resurgimiento fue considerado tan extravagante que algunos autores interpretaron que la institución creada por el legislador carecía de identidad propia y que, en realidad, se trataba de una

35 En efecto, la primera ley adoptada después de la Constitución de 1978 (Ley 13/1995, de 18 de mayo) introdujo la categoría de los contratos de servicios, con la distinción entre los contratos de asistencia y los contratos de servicios, fundada en el carácter intelectual o material de la prestación, conservando la distinción entre los contratos administrativos nominados y los contratos administrativos especiales. Con algunas variaciones (la más importante, la introducción del contrato de concesión de obras públicas por la Ley 13/2003, de 23 de mayo), este planteamiento se mantuvo en vigor hasta la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, que introdujo cambios radicales, estableciendo un vínculo para la tipología contractual basado no solamente en los objetos contractuales, sino también en la tipología de los poderes adjudicadores.

36 Si bien hay que insistir que desde el primer momento una parte significativa de la doctrina cuestionó la naturaleza contractual de la relación jurídica establecida a partir de la concesión de obras públicas, como más tarde reflejaría CARLOS GARCÍA OVIEDO. *La concesión de servicio público*, Sevilla, 1924, y en un período ya más próximo al hilo del análisis de la concesión demanial, LUIS MORELL OCAÑA. “La concesión de marismas y el artículo 126 de la Ley de Patrimonio del Estado”, *Revista de Administración Pública*, 1972, 68.

37 RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELASCO. *Teoría jurídica de las concesiones administrativas*, Madrid, 1918. Sobre los orígenes de las concesiones ferroviarias, cfr. JOSÉ BERMEJO VERA. *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de RENFE*, Madrid, Tecnos, 1975.

38 Sobre la vinculación de este contrato con el auge y decadencia de la obra pública, cfr. ANA BELÉN CASARES MARCOS. *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Madrid, Montecorvo, 2007.

concesión de servicio público³⁹, aunque la importancia de la construcción de la obra prevaleciera sobre la explotación posterior.

Esta aproximación doctrinal, que no fue puesta en cuestión, a pesar de que el único objetivo de la explotación fuera la remuneración de dichas obras, era deudora de una cierta manera de concebir la concesión de los servicios públicos, considerada el modo habitual de gestión privada de los servicios públicos que, en esa época, abarcaba casi de manera exclusiva los grandes servicios públicos industriales gestionados en régimen de monopolio (pese a que no se tratara de un monopolio que no abarcaba todo el territorio nacional).

Habida cuenta del carácter limitado de los contratos administrativos, por la necesaria presencia del elemento subjetivo —la presencia de una Administración Pública, en el sentido más estricto del término— y por el elemento objetivo —contratos con un objeto predeterminado—, los contratos privados se desarrollaron en numerosos ámbitos, especialmente en materia patrimonial y en el campo de los servicios, hasta que el impacto del derecho europeo comportó la transformación de la naturaleza jurídica de los contratos de servicios.

En todo caso, en el orden jurídico español, el contrato administrativo ha sido siempre el resultado de una calificación legislativa: como consecuencia del papel decisivo del legislador en la creación del derecho administrativo, es difícil concebir la existencia de contratos administrativos por aplicación de criterios jurisprudenciales. El derecho de los contratos administrativos no es solamente un derecho escrito, sino que es fundamental y casi exclusivamente, al menos hasta el presente, un derecho de origen legislativo, sin perjuicio del rol de la jurisprudencia del TJUE para modular esta caracterización. En este contexto, la doctrina tuvo un papel de elaboración de la teoría que permitía aplicar e interpretar la ley de una cierta manera, una concepción donde las elecciones de la Administración, sus opciones en la determinación de la demanda y la identificación de las necesidades, aunque presentes bajo la etiqueta del interés general, no carecían, aparentemente, de relevancia o significación jurídica.

Más tarde, ya en el periodo democrático, y a pesar de la recepción por la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 de la jurisprudencia europea sobre el alcance de los criterios sociales y ambientales y la introducción del

39 RAFAEL GÓMEZ FERRER. “En torno a la ley de autopistas de peaje”, *Revista de Administración Pública*, 1972, n.º 68, pp. 325 ss.

mandato de apreciar las necesidades de manera anticipada a la definición del objeto, hubo que esperar a la irrupción de nuevos actores políticos en los gobiernos locales y regionales (surgidos tras las diferentes elecciones de 2014-2015) para que la consideración de las diferentes necesidades –sociales, ambientales– relacionadas con la realización de las infraestructuras y la prestación de los servicios públicos, adquiriera toda su fuerza y visibilidad. La apreciación diferenciada de las necesidades ha provocado una diferenciación mayor en la caracterización de los objetos de los contratos; recientemente la doctrina ha acompañado de manera activa este giro, y para enfatizar esta modulación se ha recurrido a la noción de “carácter estratégico” asociada a la actividad contractual⁴⁰.

Si, como habíamos señalado, el primer elemento distintivo del derecho de los contratos de la Administración es la significación del contrato administrativo, la segunda característica del sistema viene dada por la ausencia de distinción radical entre el régimen jurídico de los contratos⁴¹ y las concesiones –a diferencia del derecho administrativo francés que ha enfatizado la distinción–, las cuales han sido consideradas como simples modalidades de contratos, sin perjuicio de que evidentemente la complejidad derivada de su larga duración y del sistema de financiación que les es inherente –remuneración por la explotación y por el pago efectuado por los usuarios– introduce notables especificidades. De hecho, la singularidad de su duración permitió a la doctrina señalar que en esta situación el contratista privado es un colaborador de la Administración y no un sujeto con intereses opuestos.

Este principio del contratista-colaborador fue forjado en el ámbito de la concesión de servicios públicos, el tipo de contrato que predominó durante el siglo XX en la gestión de los servicios públicos⁴², en los grandes servicios industriales en red. Dicho ámbito de actividades concentró –y casi mono-

40 JOSÉ PERNAS GARCÍA (dir.). *Contratación pública estratégica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013 y JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

41 Que tienen la consideración de *marchés publics* en el derecho administrativo francés. Menéndez Sebastián optó por no traducir esta expresión al no encontrar equivalente en lengua castellana: cfr. EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN. “Régimen jurídico de la contratación pública en Francia”, en JESÚS DEL OLMO ALONSO, *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Valladolid, Lee Nova y Universidad de Alcalá, 2011, pp. 123-183.

42 De nuevo, la referencia obligada es GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Curso de derecho administrativo*, I, cit., p. 533.

polizó— la realidad de los servicios públicos en España hasta el desarrollo de los servicios públicos en la educación, la salud y los servicios sociales, cada vez más importantes debido a la creación del Estado autonómico y la progresiva implementación de medidas propias del *Welfare State* (a partir de 1978). Esta perspectiva explica la concepción del servicio público de la doctrina mayoritaria española, construida a partir de los años cincuenta del siglo XX, que presenta la singularidad de considerar el monopolio (o la titularidad de la Administración⁴³) como algo inherente al servicio público, una situación de derecho que permitiría de manera ordinaria una gestión privada⁴⁴. En todo caso, la omnipresencia de la concesión ilustra la preferencia por la gestión privada. Esta penetrante presencia —que se acerca al don de la ubicuidad— permite comprender el planteamiento doctrinal mayoritario que centró su labor en la tentativa de construir la diferencia entre la concesión y la autorización⁴⁵, puesto que la problemática se centraba precisamente en determinar cuál había de ser el título jurídico de la intervención del privado en un determinado sector y el alcance de los poderes de la Administración en una u otra situación jurídica.

Si se examinan el plan y la sistemática de las leyes relativas a los contratos de la Administración —desde la de 1965 hasta la última de 2017— y se realiza el mismo ejercicio con los diferentes cursos y tratados de derecho administrativo general⁴⁶, se puede detectar rápidamente que las dos concesiones —de obras y de servicios⁴⁷— son concebidas como tipos de contratos administrativos, que simplemente hay que añadir a la lista, al lado del contrato de obras, del contrato de servicios⁴⁸ y del contrato de suministro. En

43 Es decir, la Administración sería como “propietaria” de la actividad, pero podría atribuirle y conferirla a un privado que se ocuparía de administrarla/explotarla.

44 Aunque más tarde con el incremento de los servicios públicos locales, después de la democratización y la descentralización (propiciadas por el cambio de régimen político que comportó la aprobación de la Constitución de 1978), la doctrina puso de relieve que ciertos servicios públicos locales no presentaban esta característica, lo que provocó que a partir de aquel momento podamos encontrar en algunos autores dos conceptos de servicio público, uno general y otro reservado al ámbito local —que no compartiría el atributo del monopolio jurídico de la actividad—.

45 JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ. “Concesiones administrativas”, *NEJ SEIX*, v, pp. 684 ss.

46 Puesto que no hay cursos de derecho de los contratos, ya que no hay una enseñanza específica a nivel de pregrado.

47 Hasta la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, la concesión no tenía por objeto los servicios, sino la gestión delegada o encomendada por la Administración de los servicios públicos.

48 Antes de la LCSP de 2017 era una de las modalidades del contrato de prestación de servicios públicos.

esta perspectiva, la especificidad parece tener un alcance reducido, cuando la concesión de servicios públicos tuvo siempre un papel central –y casi exclusivo⁴⁹– en la práctica de los servicios públicos industriales, incluso a nivel local, como modo ordinario de gestión privada de los mismos. Encontramos la misma ausencia de diferenciación radical en la concesión de obras, si bien este fenómeno presenta un cierto desfase temporal, ya que la irrupción de la concesión de obras, como modo ordinario de financiación privada de las infraestructuras, fue el resultado de una ley que tuvo por objeto la reglamentación de todos los aspectos vinculados, precisamente, con la financiación privada de las infraestructuras que, a partir de un momento dado, se vehiculó a través de este instrumento (2003)⁵⁰; y ello de manera bastante genérica y sin demasiada precisión ni rigor, y sin que hubiera intento de precisar el alcance de este contrato en relación con otros instrumentos contractuales, ya que absorbió todas las fórmulas de colaboración que tuviesen por objeto obras públicas⁵¹. En esta concepción amplia e imprecisa de la concesión –sea de obras públicas o de servicios públicos– reside el fracaso del contrato de colaboración público–privada, introducido por la Ley de Contratos del Sector Público de 2007^[52] y directamente inspirado en el contrato de partenariado del derecho francés, pero que no encontró aquí su lugar, ya que los contratos de construcción de hospitales y otros equipamientos equivalentes fueron calificados como concesiones de servicios públicos (aunque la financiación de la salud y el pago de las prestaciones sanitarias fueron directamente asumidos por la Administración de las comunidades autónomas, lo cual llevó a que no hubiese lugar a remunerar la construcción por la explotación)⁵³.

49 ELISENDA MALARET. “Les services publics dans le droit administratif espagnol”, *AJDA*, 1967, n.º especial.

50 Ley 13/2003, de 23 de mayo, del contrato de concesión de obras públicas.

51 Cfr. ADOLFO MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dir.). *Instrumentos españoles de colaboración público–privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2010. Se trata de una obra importante porque constituye el comentario de referencia de la ley que “recuperó” el contrato de concesión de obras públicas y que, en su segunda edición, se tituló de esta manera para destacar la centralidad o, mejor, la exclusividad del contrato de concesión de obras públicas.

52 Sobre la evolución y la crisis de este tipo de contrato en España, cfr. XAVIER PADRÓS. “Le contrat de partenariat à la lumière de l’expérience espagnole”, en SERGE REGOURD y LUCIEN RAPP (dirs.), *Du contrat de partenariat au marché de partenariat*, Bruselas, Larcier–Bruylant, 2016, pp. 307–326.

53 Algunos autores han señalado que estas fórmulas utilizadas en el ámbito de la salud no podían ser calificadas como concesiones desde el punto de vista del derecho europeo de las concesiones; cfr. FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS. “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *Revista de Administración Pública*, 2007, 172.

Esta práctica –de generosa calificación de todo contrato incluyendo la participación de un operador privado en la gestión del servicio– explica la perplejidad doctrinal y el debate que se desencadenó a partir de la Directiva 2014/23/UE, que consagró la exigencia de transferir el riesgo operacional al contratista como un elemento diferencial y característico de las concesiones⁵⁴. De hecho, si intentáramos encontrar el origen del principio de remuneración por la explotación como una característica de la concesión en la legislación histórica, en la práctica este principio aparecería diluido por el alcance atribuido al principio de equilibrio financiero del contrato⁵⁵, que –como señalaba el preámbulo de la Ley de 2003– había sido interpretado de manera favorable al concesionario, “hasta conseguir incluso que el riesgo del mismo desapareciera en ocasiones”⁵⁶.

Esta concepción tradicional –legislativa y doctrinal, muy especialmente– indujo una pérdida de percepción de la especificidad de los contratos que tienen por objeto la compra pública y están por ello sometidos a un régimen jurídico que tiene en cuenta el carácter de esa operación de simple externalización de la satisfacción de sus necesidades. Este déficit de perspectiva ha creado una visión caracterizada por la notable ausencia de una estrategia por parte de los compradores públicos, una forma de actuación más cercana a la burocracia que a la gestión; como si comprar, “adquirir”⁵⁷, fuera un supuesto más de aplicación mecánica de la regla de derecho positivo. Esta manera de proceder es, por otra parte, el corolario de una concepción de la adjudicación del contrato más cercana a la simple aplicación de la ley que a una concatenación de decisiones ordenadas por el procedimiento. De hecho, la noción de compra, de orden más económico –y que muestra la relación calidad-precio–, muy difundida en otros ámbitos, no ha tenido fortuna en el ordenamiento jurídico español, no obstante algunas tentativas que surgieron

54 Aunque algunos autores señalaron, de manera pertinente, que esta exigencia estaba ya presente en la Comunicación interpretativa de la Comisión de 12 de abril de 2000 y en la jurisprudencia del TJUE: así, en particular, FRANCISCO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ. *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Navarra, Aranzadi, 2018.

55 Para un análisis del tratamiento del riesgo –o mejor, su práctica anulación– en algunos conocidos fracasos de concesiones, cfr. MERCEDES FUERTES LÓPEZ. *Las desaventuras del dinero público*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

56 JESÚS JIMÉNEZ LÓPEZ. “El contrato de concesión de obras”, en EDUARDO GAMERO CASADO e ISABEL GALLEGO CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 2543.

57 Utilizando la terminología empleada en los considerandos de la Directiva 2014/24.

a partir de la adopción de la Ley de 2007^[58]. Esta ausencia de identificación de este bloque de contratos supone que no haya existido una denominación específica para el conjunto de contratos administrativos que no reunían las condiciones para ser calificados como concesiones mediante, por ejemplo, la noción de *marchés publics* que encontramos en el ordenamiento jurídico francés. Así, para titular las directivas europeas, en su versión en castellano, se ha utilizado el término “contrato público y/o contratación pública”⁵⁹, y más tarde, cuando ha sido necesario denominar en castellano la directiva específica adoptada en el ámbito de las concesiones (la Directiva 2014/23/UE), se ha vuelto a utilizar el término “contratos”, esta vez acompañado del término “concesiones”, lo que es coherente con el hecho de que las leyes que se han sucedido en el tiempo desde 1965 han consagrado siempre la primera parte del texto al conjunto de reglas comunes a todos los contratos⁶⁰.

La concepción tradicional de la actividad contractual de la Administración era el corolario de una concepción del derecho administrativo que limita las decisiones de la Administración y en la cual el lugar central estaba ocupado por la lucha por el control jurisdiccional sin exclusiones ni deferencias. Un control jurisdiccional ineluctable, puesto que la Administración Pública antes de la Constitución de 1978 no disponía de legitimidad democrática —no existía un Parlamento elegido— y se insertaba en un marco institucional donde la separación de poderes era muy débil. En este marco doctrinal, el poder discrecional de la Administración había de estar fuertemente limitado, la noción de “margen de apreciación” era inexistente y la idea misma de la apreciación del interés general aparecía privada de sustancia en la medida en que el procedimiento decisional era concebido de manera simple puesto que los intereses en juego eran reducidos y el pluralismo muy limitado, y no solamente en el orden político.

58 Elisenda Malaret. “Razones y claves de la nueva ley de contratos”, en AA.VV., *La nueva ley de contratos y la externalización*, Madrid, ASEMIDE, 2007.

59 En efecto, curiosamente la noción empleada en la Directiva 2014/24 es el más genérico y relativo a la actividad en su conjunto, y no al instrumento en concreto.

60 Aunque el legislador de 2007 pretendió construir nuevamente esta arquitectura introduciendo una mayor complejidad en el marco legal, lo que planteó fuertes críticas doctrinales; cfr., a título de ejemplo, ADOLFO MENÉNDEZ MENÉNDEZ. “El significado actual del contrato de la concesión de obras públicas”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada*, cit., p. 16.

La adopción de la Constitución democrática de 1978 marcó la diferencia y provocó un profundo debate doctrinal. Los elementos clave de la controversia muestran la importancia de reconstruir la posición de la Administración –así como el aumento y la diversificación de tareas de la misma para garantizar los derechos y las libertades⁶¹, la renovación del interés general –y de la efectividad del servicio a los ciudadanos⁶²– y, en paralelo, la irrupción de una concepción pluralista sobre la base de la consideración del pluralismo social y del pluralismo administrativo –la diversidad de administraciones públicas como resultado de la profunda descentralización política–; y, como corolario de este orden de consideraciones, el resurgimiento del poder discrecional⁶³. Si hasta ese momento el debate estaba reducido al control del acto administrativo unilateral, progresivamente la perspectiva se fue ampliando, lo que ha constituido un poderoso vehículo de modernización del derecho administrativo. Este nuevo derecho administrativo ha significado la revalorización del procedimiento y de la organización, dos elementos anclados en la Constitución que imponen al legislador mandatos de adecuación, y a la Administración, el deber de adoptar la decisión razonada y razonable después de la valoración de todas las cuestiones planteadas por los distintos intervinientes.

No obstante, si el procedimiento administrativo adquirió progresivamente un rol determinante, mucho más allá de su carácter de elemento formal del acto unilateral, en el dominio del derecho de los contratos administrativos esta nueva perspectiva no tuvo ningún impacto. Aunque las reglas relativas al procedimiento de adjudicación de los contratos siempre habían sido previstas por el derecho positivo, no habían evolucionado ante la complejidad administrativa. De hecho, conservaron un simple enunciado de principios –conurrencia, publicidad, igualdad– y procedimientos concretos aparentemente de una gran simplicidad: subastas, concursos, una

61 LUCIANO PAREJO. *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983.

62 Este principio ha sido consagrado por numerosas leyes administrativas del periodo de los años noventa del siglo XX, como por ejemplo la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico y del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

63 Con las aportaciones de LUCIANO PAREJO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Madrid, Tecnos, 1993; MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994; MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995.

combinación de los dos y la contratación directa. Eran unos procedimientos adaptados a objetivos concebidos de forma muy limitada, de manera equivalente al principio de neutralidad del derecho administrativo francés: solo se pretendía el buen uso de los fondos públicos. Aunque en realidad deberíamos hablar del menor coste monetario, con una concepción en la cual solo se considera el precio y en la cual las subastas se configuran como el procedimiento privilegiado; salvo en el campo de los contratos de gestión de servicios públicos, donde la duración del contrato conduce a tomar en consideración una pluralidad de criterios, sobre todo cuando el operador es remunerado por los usuarios.

Obviamente, esta visión tan simplista, donde la eficacia y la eficiencia en la asignación de recursos públicos no estaban explícitamente contempladas, no exigía un personal altamente cualificado ni tampoco estructuras administrativas complejas.

Esta concepción muy formalista del contrato, en la cual los juristas al servicio de la Administración ocupan un rol dominante, encuentra su complemento ideal en una Administración que, en general, no dispone de medios propios o de servicios para efectuar directamente obras públicas o gestionar los servicios públicos. De hecho, tradicionalmente la legislación mostraba (y lo continúa haciendo) una preferencia por la externalización; esta era la regla general, salvo en los casos donde la Administración disponía de sus propios servicios, a través de sus medios personales y reales⁶⁴. El carácter excepcional⁶⁵ de la posibilidad de realizar por sí misma las obras

64 TOMÁS DE LA CUADRA SALCEDO. “La ejecución de obras por la Administración”, RAFAEL GÓMEZ FERRER (coord.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 2004, p. 889-941

65 La Dirección del Servicio Jurídico del Estado afirmaba todavía en un informe del año 2000 que “la ejecución de obras por la propia Administración tiene un carácter excepcional en el sistema de contratación pública que sigue la legislación española, toda vez que en él se parte del principio del contratista interpuesto, como el medio más idóneo para la ejecución de las obras del Estado y demás administraciones públicas. Este principio se asienta sobre los postulados de la concepción liberal del Estado (ineficacia de aquellas Administraciones como constructoras de obras públicas o como gestoras de ciertos servicios públicos, consideración de la actividad pública como supletoria o subsidiaria de la iniciativa privada, libre competencia entre las empresas, etc.), lo que determina que la ejecución de las obras públicas por la propia Administración constituya una excepción o una especie de solución límite a la que sólo en contados casos ha de acudir; tal es el criterio general mantenido en nuestro Ordenamiento desde la Ley de Administración y Contabilidad de 7 de julio de 1911 hasta la vigente LCAP”.

públicas⁶⁶ se infiere incluso del carácter arcaico de los términos utilizados para habilitar esta posibilidad: así, la ejecución de obras por la Administración solamente es posible en determinadas circunstancias, cuando la Administración “tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas (*talleres militares*) o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación”⁶⁷.

I. 2. EL NUEVO ENFOQUE, UNA TRANSFORMACIÓN
PROGRESIVA DE LA CONCEPCIÓN DE LA ACTIVIDAD
CONTRACTUAL BAJO LA INFLUENCIA DIRECTA
DEL DERECHO EUROPEO: EL INCREMENTO
DE LA SIGNIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO
Y SU UTILIZACIÓN PARA ORGANIZAR LA COMPLEJIDAD⁶⁸

La transformación del derecho administrativo de los contratos ha sido fuertemente impulsada por el derecho europeo⁶⁹. Como es conocido, la finalidad de las directivas ha sido, desde los primeros textos adoptados, la apertura de los mercados nacionales a la competencia de empresas de otros países. En este marco, el procedimiento de adjudicación de los contratos adquiere una

66 El derecho administrativo español no conoce la distinción típica del derecho administrativo francés entre “*travaux*” y “*ouvrages*”, parece que solo se ocupa del proceso de construcción, de las obras. Sobre la obra pública, cfr. PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ. *Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006.

67 Actualmente el artículo 30.1.a) de la ley de Contratos del Sector Público de 2017 continúa utilizando los mismos términos, aunque la disposición agrega ahora que en algunas circunstancias se podrá utilizar este sistema de ejecución, mientras que en la anterior regulación, cuando se disponía de estos medios, debía utilizarse normalmente este sistema de ejecución.

68 Sobre la significación del procedimiento en la organización de los intereses y la articulación de la intervención en entornos complejos cfr., por todos, recientemente, JAVIER BARNES. “Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 21, 2019, pp. 77-123, y anteriormente JAVIER BARNES. “Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, en EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN y JAVIER BARNES (coords.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla, Global Law Press - Editorial Derecho Global, 2008.

69 Que progresivamente ha ampliado el ámbito del derecho administrativo en diversas direcciones. En este devenir hemos transitado desde la Ley de Contratos del Estado de 1965, que se ocupaba solo de la Administración del Estado, a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, que incorpora la diversificación de las administraciones públicas, como consecuencia de la descentralización política propiciada por la Constitución de 1978.

importancia clave, frente a la ejecución del contrato que había sido el enfoque predominante con anterioridad. Y con el desarrollo del procedimiento se impone una concepción mucho más dinámica de la actividad contractual, en la que el centro de atención se sitúa más allá del contrato, antes y después; se trata de una concepción que exige la racionalidad y la consistencia de la actividad y que entiende la necesidad, la eficacia y el carácter idóneo del contrato como exigencias de primer nivel⁷⁰. En un primer momento, esta nueva perspectiva no fue tomada en consideración por las administraciones públicas, lo que motivó las críticas del Tribunal de Cuentas en numerosos informes, en los que se destacaba, además, la importancia de prestar atención a las necesidades reales y efectivas para que fuesen satisfechas en toda su complejidad, a la vez que se insistía en que había que precisarlas debidamente⁷¹. Como indicamos anteriormente, el impacto de la crisis económica y la llegada de nuevos actores políticos a los gobiernos de las comunidades autónomas y de las entidades locales cambiaron progresivamente la perspectiva que se había tenido hasta ese momento; así, la complejidad de los desafíos de la actividad contractual empezó a ser tomada en consideración.

Teniendo en cuenta el objetivo central de garantizar la libre competencia, el derecho europeo ha establecido reglas específicas de publicidad, transparencia, no discriminación y –más adelante– también de protección, para que las disposiciones relativas a la preparación y a la adjudicación de los contratos sean más precisas y, sobre todo, se orienten al establecimiento de condiciones materiales en contraste con lo que tradicionalmente hacían los derechos nacionales. En este sentido, no podemos olvidar el carácter sustancial del derecho de la competencia, que fija su atención en las conductas y las prácticas, más allá de las formas. En este marco, las diferentes fases del procedimiento que van a conducir a la adjudicación de los contratos, así como los diversos órganos que en ellas participan y toman las decisiones pertinentes, adquieren una significación práctica de primer orden. Procedimiento y organización permiten enmarcar de nuevo jurídicamente las diferentes decisiones que necesariamente deben ser formuladas a lo largo

70 Cfr. artículo 1, el enunciado del Capítulo 1 (del Título 1) y el del artículo 22 de la LCSP de 2007, que han sido retomados en la ley de 2017, actualmente en vigor.

71 Cfr. todavía en fechas más recientes, Informe 1224/2017, del Tribunal de Cuentas, de 29 de junio de 2017, “Informe global del sector público autonómico, ejercicio 2014”, en el que manifiesta que se observa una insuficiente justificación de la necesidad de celebrar el contrato, entre otras debilidades.

del complejo proceso que supone la adjudicación de los contratos. Y ahí las decisiones previas operan como condiciones para las fases sucesivas.

En este sentido, la lista de opciones y de decisiones por adoptar es amplia y variada. En efecto, el catálogo de decisiones comprende, entre otras: i) la necesidad del contrato (¿hay que externalizar ?⁷²), la definición de las necesidades⁷³ y su primera consecuencia, la delimitación de los objetos contractuales⁷⁴, pero también la dimensión del contrato y su división en lotes; ii) la evaluación previa, en algunos casos, y siempre la determinación de la manera de financiar la realización y ejecución de la obra, el servicio público o los suministros y la preparación del presupuesto base de la licitación; iii) la duración del contrato, la elaboración de cláusulas y de prescripciones técnicas⁷⁵, y si caben modificaciones; iv) la fijación del tipo de procedimiento de adjudicación del contrato, y de las condiciones de la negociación en algunos casos; v) la determinación de la capacidad de los empresarios y los medios para acreditarla; v) las reglas y criterios de adjudicación, con sus implicaciones organizativas y de gestión (mesa de contratación, comité de expertos), así como –si procede– las condiciones sociales y ambientales, y vii) el papel reservado a la pequeña y mediana empresa y a los subcontratistas. Por supuesto, antes de todo eso, debe conocerse la realidad del mercado para poder preparar los documentos necesarios del contrato. Este aspecto ha sido ignorado durante mucho tiempo por la legislación, lo que no signi-

72 La necesidad del contrato suscitó muchas controversias y está íntimamente ligada al modelo organizativo y a la capacidad de responder a las necesidades. ¿Cuántos contratos inútiles han celebrado las administraciones públicas? ¿Cómo explicar que, disponiendo de organizaciones dotadas de medios adecuados, se continúe recurriendo a la externalización de numerosos servicios? El debate sobre estas cuestiones está abierto y está aún más vivo durante los últimos años de crisis económica y presupuestaria. Para un balance reciente sobre los efectos de la crisis económica, cfr. XAVIER PADRÓS. “La contractació pública entre 2007 i 2017: temps de crisi, temps de canvis”, *RCDP*, 2018, 56, pp. 78–104 y FRANCISCO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (dir.). *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

73 Este aspecto, esencial para el correcto desarrollo de los momentos posteriores, estaba ausente en el derecho escrito en España. Esta decisión, previa a todas las demás, fue introducida por la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 y retomada en la LCSP de 2017.

74 Definición del objeto que es esencial para poder precisar mejor los objetivos sociales o ambientales, desde la sentencia del TJUE *Concordia Bus Finlandia*, de 17 de septiembre de 2002.

75 Es el momento en el que deben ser adoptadas las decisiones económicas, jurídicas y técnicas de base, y en el que se deberían resolver las tensiones posibles que pueden surgir posteriormente; véase Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. *Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*, PRO/CNMC/001/15, Madrid, 2015.

ficaba que no hubiera contactos con los diferentes sectores interesados; pero eran relaciones informales y, por tanto, sin la necesaria transparencia. El reconocimiento expreso de la posibilidad de consultas previas del mercado, con fundamento en las disposiciones de las directivas comunitarias de 2014, abre una nueva etapa de colaboración en la preparación de las decisiones pertinentes para el posterior procedimiento.

En este sentido, la creciente complejidad contractual, especialmente en el campo de las grandes infraestructuras (con presencia a menudo de diversos poderes adjudicadores, fórmulas diversas de participación empresarial y mecanismos sofisticados de financiación), es difícilmente reconducible a las categorías clásicas de la contratación tradicional y exige una atención preferente a todos los aspectos vinculados a la gestión del ciclo contractual. La inexistencia de autoridades de coordinación en la ejecución de esas grandes infraestructuras, la descoordinación entre los distintos niveles territoriales intervinientes en obras intercomunitarias, la ausencia o la baja calidad de estudios técnicos adecuados, la imprevisión en términos de sostenibilidad financiera y presupuestaria de los grandes proyectos, o bien la falta de actuación o la reacción tardía de los órganos de control, están en la base de la mayoría de los sonoros fracasos detectados en proyectos que se han venido calificando de emblemáticos o estratégicos estos últimos años (tren de alta velocidad, externalizaciones en el ámbito sanitario o en materia de aguas, etc.).

Por otra parte, el respeto de los principios, las condiciones y los procedimientos para asegurar la efectividad de la competencia ha supuesto la ampliación del alcance del derecho administrativo. En efecto, estas reglas se aplican a todo un conjunto de contratos que, por diversas razones, particularmente por la ausencia de un criterio orgánico, no reúnen las condiciones propias del contrato administrativo. Se trata, desde el punto de vista del derecho español, de contratos privados, pero el obligado respeto al derecho europeo de los contratos ha propiciado la irrupción del derecho administrativo en la preparación y la adjudicación del contrato, y con ello se ha ampliado la competencia de la jurisdicción contenciosa, y previamente la de los tribunales administrativos de recursos contractuales. La noción de contrato público, una noción funcional, ilustra esta operación y permite identificar un ámbito de aplicación de unas reglas que va más allá de los contratos administrativos y más allá también de los sujetos tradicionalmente interesados. Por su parte, la noción funcional de poder adjudicador se encuentra desprovista de

los formalismos arraigados en los derechos nacionales⁷⁶; la forma jurídica concreta no es ya decisiva, puesto que lo que es importante es el vínculo efectivo con el interés general.

Habida cuenta de la diversidad de decisiones por tomar –de orden político o más técnico–, y el significado diferente de las fases de los procedimientos –preparación, negociación, adjudicación, control de la ejecución–, resulta pertinente examinar las características y la tipología de las diferentes estructuras intervinientes a lo largo del proceso.

2. LAS ESTRUCTURAS ORGANIZACIONALES: EL DESAFÍO DE LA PROFESIONALIZACIÓN

2.1. PROFESIONALIZACIÓN VS. POLITIZACIÓN. ¿UNA CONCENTRACIÓN DE FUNCIONES EN LOS ÓRGANOS “POLÍTICOS”?

En la concepción tradicional, fruto de un periodo donde no había política, ni decisiones discrecionales, ni margen de apreciación, todos los poderes de decisión estaban concentrados en un solo nivel. La ley consideraba normal que la autoridad, el órgano competente en materia de contratación, fuese (y todavía lo es) el ministro o el presidente de la entidad u organismo público (y sus equivalentes en las comunidades autónomas). En este modelo no había distribución de tareas en función de la naturaleza de las decisiones por adoptar. Era la misma autoridad la que decidía a lo largo de la cadena, desde la primera decisión inicial hasta el fin del procedimiento, en el momento de la adjudicación, si bien, aunque de manera progresiva y no siempre consistente, una instancia creada con cometidos de apoyo y asistencia ha ido adquiriendo significación y relevancia práctica.

La legislación de contratos en España atribuyó las principales competencias a autoridades de naturaleza política y de carácter unipersonal: ministros y secretarios de Estado, miembros de los gobiernos de las comunidades autónomas, alcaldes de los municipios. Son estos los denominados órganos de contratación, que constituyen el nivel decisorio ejecutivo que concentra las principales competencias a lo largo del ciclo contractual: el órgano de

76 DIEZ SASTRE. *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, cit.

contratación es quien inicia la tramitación, aprueba los pliegos de cláusulas administrativas particulares y los pliegos de prescripciones técnicas, aprueba el expediente y el gasto, abre el procedimiento de adjudicación, convoca las licitaciones, adjudica el contrato y, a menudo, lo formaliza, para después, y en su caso, interpretarlo, modificarlo y resolverlo.

Las excepciones a este modelo son poco numerosas y poco significativas: juntas de contratación para los pequeños contratos, juntas de contratación centralizadas o comisiones centrales de suministros o de servicios en las comunidades autónomas, para los acuerdos-marco o los contratos centralizados. En todo caso, el modelo dominante de organización es el mismo (o muy parecido) para Estado y comunidades autónomas, ya que la tradición del primero ha influenciado a estas últimas.

Por el contrario, el modelo colegiado ha sido el adoptado para los órganos que realizan tareas de asistencia o de carácter consultivo. Entre los primeros, las mesas de contratación, generales o especializadas (mesas especiales del diálogo competitivo o del procedimiento de asociación para la innovación) o los comités de expertos y el jurado para los concursos de proyectos, son los más significativos. En la perspectiva de análisis que nos interesa –profesionalismo vs. política–, las mesas de contratación son los órganos más pertinentes, tanto por sus funciones como por su composición⁷⁷. En relación con sus funciones, hay que distinguir tres ámbitos: i) la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento por las empresas de los requisitos previos para contratar, lo que incluye la evaluación de la capacidad económica, financiera y técnica o profesional de los licitadores, con la posibilidad en este estadio de decidir la exclusión de aquellos que no cumplan con tales requisitos; ii) la valoración de las proposiciones presentadas por los licitadores, aplicando los criterios y, en su caso, los subcriterios previamente definidos en los pliegos de cláusulas; en esta fase, las mesas tienen atribuida igualmente la propuesta sobre la calificación de una oferta como anormalmente baja, lo que podría conducir a su exclusión, después del procedimiento correspondiente; y el último, y más decisivo, iii) la formulación de la propuesta al órgano de contratación, fase en la cual la mesa, precisamente en función de la mayor o menor preponderancia de

77 MARTÍN RAZQUÍN LIZARRAGA y FRANCISCO JOSÉ VÁZQUEZ MATILLA. *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Thomson Reuters/ Aranzadi, 2017.

los criterios sujetos a un juicio de valor, se encuentra en una posición que puede resultar determinante para la futura adjudicación del contrato por el poder adjudicador, lo que puede transformar a este órgano de asistencia en un órgano casi codecisor. La nueva LCSP, de 2017, ha agregado a estas funciones, aunque por delegación del poder adjudicador, la de seleccionar a los candidatos en los procedimientos restringidos, los de licitación con negociación, el diálogo competitivo y la asociación para la innovación.

Esta mayor atribución de funciones, cada vez más complejas, a favor de las mesas de contratación se desarrolla de forma paralela a una cierta evolución de su composición hacia una mayor especialización y profesionalización⁷⁸, lo que puede percibirse igualmente en la nueva LCSP de 2017. Aunque los miembros de las mesas son nombrados por el poder adjudicador, la designación debe en general recaer en funcionarios, y está expresamente prohibido que los cargos públicos representativos (los directamente elegidos por los ciudadanos), así como el personal eventual (nombrado sobre la base de la confianza personal), puedan formar parte de dichas mesas. A nivel local, en cambio, la presidencia puede corresponder a un miembro de la entidad local o a un funcionario, y sus miembros pueden ser electos (aunque con un límite: un máximo de un tercio).

La Ley de 2017 ha esbozado una evolución hacia una redistribución de roles entre las autoridades políticas y los órganos de composición más técnica⁷⁹, lo que debería permitir una mayor profesionalización de la actividad contractual. Hay quienes abogan por una mayor preparación técnica de las mesas. En este sentido, la alternativa de las mesas *ad hoc*, según las características del contrato, parece una mejor solución que el modelo de mesas permanentes establecido en algunas administraciones. El dilema es saber si la profesionalización está mejor garantizada con estructuras especializadas para contratar en general o con instancias especializadas en relación con lo que se contrata en cada caso concreto.

Con relación a los órganos consultivos hay que destacar su rol decisivo desde el punto de vista de la elaboración y de la consolidación de la doctri-

78 ELISENDA MALARET. “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, 2016, n.º 15, pp. 21-60.

79 La LCSP de 2017 contempla la posibilidad de que las leyes de las comunidades autónomas atribuyan el poder de adjudicación a órganos de composición exclusivamente técnica o profesional.

na contractual. Aunque órganos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y las juntas consultivas de las comunidades autónomas añaden a sus funciones estrictamente consultivas importantes funciones ejecutivas, como por ejemplo la de clasificación de las empresas o la de gestión de los registros públicos de contratos o de licitadores.

También el modelo colegial es el que se ha seguido para la nueva Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, creada por la Ley de Contratos de 2017 con el objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones de gobernanza que establecen las directivas comunitarias de 2014 y combatir posibles irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública. Dicho órgano, que deberá aprobar además la denominada Estrategia Nacional de Contratación Pública con un horizonte temporal de cuatro años, es nombrado por el Consejo de Ministros, aunque tanto su presidente como los cuatro vocales que lo integran, con un mandato improrrogable de seis años, han de ser necesariamente funcionarios de carrera. Dentro de la Oficina se incluye la Oficina Nacional de Evaluación, para el análisis de la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios. Además, puede haber un consejo asesor formado por académicos, profesionales y técnicos independientes de reconocido prestigio en el ámbito de la contratación pública⁸⁰.

En la misma línea, la Ley de 2017 prevé igualmente que las comunidades autónomas puedan crear sus propias oficinas de supervisión de la contratación, lo que ya han hecho o previsto hacer algunas de ellas, como Navarra (Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción) o Aragón (Agencia de Integridad y Ética Públicas)⁸¹.

Finalmente, debemos hacer referencia a los *grandes olvidados* de la legislación de contratos: las múltiples comisiones de seguimiento de la ejecución de los contratos que, bajo diferentes fórmulas y con funciones heterogéneas, proliferan cada vez más en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas. No es posible ni deseable tratar de estandarizar cómo deberían ser o cuáles deberían ser las misiones específicas de estos órganos,

80 Un análisis sobre este modelo de gobernanza en Dolores Canals. “El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública”, *Revista Galega de Administración Pública*, 2018, 55, pp. 409-446.

81 Cfr. AGUSTÍ CERRILLO MARTÍNEZ. *El principio de integridad en la contratación pública*, 2.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2018.

pero no sería del todo exagerado prever su constitución obligatoria para los grandes contratos públicos, garantizar que su composición esté abierta a todas las partes interesadas y atribuirles un rol importante, no solamente en el seguimiento de la ejecución del contrato, sino también en su supervisión y en la evaluación de los resultados obtenidos.

2.2. LA CREACIÓN DE NUEVAS ESTRUCTURAS ESPECIALIZADAS EN LA GESTIÓN DEL CICLO CONTRACTUAL. ¿UNA TENTATIVA DE PROFESIONALIZACIÓN FALLIDA?

A partir del año 1985, algunos gobiernos de comunidades autónomas, así como algunos grandes municipios, adoptaron la creación de empresas públicas (bajo la forma de sociedades anónimas) como estrategia para facilitar la gestión de todo el ciclo contractual, sobre todo en el ámbito de los contratos de obras públicas⁸². El objetivo era doble: por un lado, aprovechar e inspirarse en las capacidades de administración y gestión de las empresas privadas, dado que su flexibilidad era una finalidad valorada; igualmente, había una apuesta gerencial, que pretendía aprovechar el conocimiento de profesionales provenientes del sector privado –especialmente en ámbitos de negociación y gestión–. Por otro lado, existía una finalidad financiera, ya que estas empresas públicas disponían de la capacidad para endeudarse y podían acceder fácilmente al mercado de capitales; la Administración reembolsaba anualmente, lo que permitía la amortización escalonada de la deuda; sin embargo, a partir del momento en que las exigencias del sistema SEC obligaron a considerar a estas empresas como integrantes del el sector público, “el atractivo ‘financiero’ desapareció”⁸³.

Si en un primer momento y en casos muy concretos la claridad y la precisión de los objetivos, su carácter limitado en el tiempo, así como el liderazgo de la Administración de origen, permitieron obtener resultados

82 En un primer momento, la iniciativa estaba dirigida a la construcción de infraestructuras necesarias para la realización de los Juegos Olímpicos de Barcelona; cfr. ELISENDA MALARET. *Público y privado en la organización de los 3700 de Barcelona 1992*, Madrid, Civitas, 1993.

83 Para un análisis de su evolución, cfr. JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA. *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, y del mismo autor, *Sociedades estatales de obras públicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

satisfactorios, más tarde la ausencia de objetivos claros y precisos, y sobre todo de controles adecuados –el sistema propio de las administraciones públicas fue reemplazado por el control *ex post* de las empresas privadas–, crearon un ambiente propicio al favoritismo y a la corrupción.

Para ilustrar las dos situaciones se puede citar, en primer lugar, el ejemplo de las sociedades creadas para la preparación y la adjudicación de los contratos de obras públicas que pretendían construir las infraestructuras necesarias para los Juegos Olímpicos de Barcelona. Aunque en ese momento el derecho nacional no exigía el respeto a los procedimientos establecidos por las directivas europeas –sino únicamente el respeto a los principios de concurrencia y de publicidad–, estas sociedades operaron como verdaderos poderes adjudicadores, y de este modo empresas no nacionales pudieron acceder a los contratos, lo que benefició enormemente la eficaz utilización de los recursos públicos. Por supuesto, estas sociedades fueron disueltas de inmediato, una vez el objetivo concreto fue alcanzado.

Por el contrario, si nos fijamos en las malas prácticas, se pueden citar dos casos significativos: el de la sociedad Infraestructures de la Generalitat de Catalunya⁸⁴ y el de Arpegio Infraestructuras, sociedad de la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid. A causa de la falta de un marco legislativo y administrativo suficiente y ante la ausencia de controles pertinentes en estas dos sociedades, que en el pasado estaban al margen de la jurisdicción contencioso administrativa, se encuentran ahora en el ámbito de la jurisdicción penal⁸⁵. Como consecuencia de ello, Arpegio Infraestructuras fue disuelta por el gobierno de la Comunidad de Madrid.

84 Esta sociedad anónima es el resultado de la fusión de diversas sociedades en las que el accionista era la Administración catalana: GISA (Gestión de Infraestructuras S.A.), creada con ocasión de la preparación de los JJOO de Barcelona para ocuparse de la adjudicación de los contratos de construcción de carreteras y que más tarde vio considerablemente ampliado su objeto –escuelas, centros de salud–; REGSA (Regs de Catalunya S.A.), para contratos de construcción de canales de irrigación agrícola, y REGSEGA (Reg Sistema Segarra Garrigues S.A.), para contratos de construcción de un gran canal. Las obras hidráulicas han constituido un ámbito en el que se ha desarrollado especialmente esta fórmula de organización; cfr. ELISENDA MALARET. “Las sociedades para la construcción de las obras hidráulicas”, en ANTONIO EMBID IRUJO (dir.), *El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Madrid, Civitas, 1988.

85 Algunos dirigentes de Arpegio Infraestructura han sido condenados en el marco de los grandes procesos de corrupción que han afectado a la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid y algunos municipios alrededor de la capital; dirigentes de Infraestructuras de la Generalitat de Catalunya están afectados por procedimientos penales en curso de instrucción.

La creación de este tipo de organismos conoció cierto auge a finales del siglo XX; sin embargo, actualmente este modelo está en disputa. Si una parte de la doctrina criticó la “fuga del derecho administrativo”, otros consideraron que la aplicación del derecho europeo de los contratos podía ser suficiente para enmarcar su actividad contractual⁸⁶ que, no se olvide, constituía su objeto social. Lo cierto es que, a causa de la falta de controles pertinentes, estas sociedades de derecho privado “se beneficiaron” del nivel más bajo de sujeción a la legislación de contratos, sin perjuicio de que, a partir de la LCSP de 2007, este nivel más reducido de sujeción operaba ya solamente cuando los contratos no pertenecían a la categoría de los contratos armonizados, es decir, para aquellos que estaban por debajo de los umbrales comunitarios. Hay otro aspecto que suscitó también una gran controversia y provocó la modificación de la ley (en 2011): las normas de ejecución de los contratos y sus límites —y, por tanto, las reglas relativas a su modificación— se aplicaban solamente a los contratos administrativos, pero no a los contratos privados que celebraban estas sociedades. Actualmente, estas sociedades están en declive puesto que el régimen jurídico de sus contratos se alinea plenamente con las reglas relativas a los poderes adjudicadores que no ostentan la condición de Administración Pública. En suma, el rol que las situaba como simples intermediarias se ha puesto en cuestión y solamente las sociedades capaces de transformarse en instrumentos con un alto grado de profesionalización y especialización podrán asegurar su futuro.

3. LA ECLOSIÓN DE LOS MEDIOS PROPIOS: ¿EL DECLIVE DEL PRINCIPIO DEL CONCESIONARIO INTERPUESTO? EL DEBATE SUSCITADO POR LA COLABORACIÓN PRIVADA Y SUS LÍMITES

Un elemento esencial para evaluar la necesidad o no del contrato y la eficacia de la externalización es determinar si los objetivos institucionales pueden ser alcanzados por la misma Administración sin necesidad de acudir al mercado. Se trata, sin duda, de una decisión organizativa pertinente que introduce un debate del máximo interés teniendo en cuenta la utilización, cada vez

86 Como la jurisprudencia del TJUE había declarado en la sentencia sobre la Sociedad estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, de 16 de octubre de 2003.

más frecuente, por la Administración de medios propios y servicios técnicos de la entidad adjudicadora. Como hemos indicado anteriormente, la decisión de externalizar o no, de confiar a terceros o a los servicios de la propia Administración, constituye un ámbito de decisión no condicionado por el derecho europeo⁸⁷, que solo interviene si se decide encargar a operadores privados la realización de la tarea. Sin embargo, la existencia de empresas públicas⁸⁸, de organizaciones dotadas de personalidad jurídica propia, y el necesario respeto a las reglas de la competencia⁸⁹ que el propio derecho originario establece, juridifica el proceso decisorio en la medida en que la atribución del cometido a un ente público, a un *medio propio*, debe respetar determinados límites para evitar que esta instrumentación distorsione la aplicación del derecho europeo.

A pesar de los numerosos pronunciamientos de la jurisprudencia europea, que han sido decisivos para la configuración y la consolidación de este instrumento desde la sentencia pionera de 18 de noviembre de 1999 en el asunto *Teckal* (C-107/98), el catálogo de problemas que presenta esta tipología de organizaciones no ha sido todavía agotado. Como se sabe, el núcleo de la doctrina comunitaria en la materia parte de que los contratos *in house* deben ser excluidos del campo de aplicación de las directivas: nos referimos a los contratos celebrados entre un poder adjudicador y una persona jurídica distinta sobre la cual el primero ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y en los que la persona controlada realiza la parte esencial de su actividad para el o los poderes adjudicadores que la controlan⁹⁰. Esta doctrina ha sido incorporada a las directivas europeas sobre contratos de 2014.

87 Este principio es coherente con la regla de la neutralidad o indiferencia del régimen de propiedad que establece el derecho europeo originario desde el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 (art. 222), según el cual “Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”, actualmente artículo 345 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

88 Pues el mismo concepto de empresa pública tiene una delimitación legal en el derecho europeo. Cfr., en esta dirección, la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas.

89 Arts. 101 a 109 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

90 Sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*; sentencia de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*; sentencia de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo*; sentencia de 29 de noviembre de 2012, *Econord, SpA*.

En España, la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, había excluido ya estas relaciones de su campo de aplicación y había establecido sus principales características y exigencias. Desde entonces, la utilización de medios propios ha proliferado tanto a nivel nacional como a nivel regional, hasta alcanzar una verdadera inflación, lo que ha sido destacado por el Tribunal de Cuentas⁹¹.

En la mayoría de casos, el modelo de relación se ha construido sobre la base de la existencia de un poder adjudicador que efectúa el encargo a un medio propio, estableciendo mediante convenio los términos de dicho encargo, que debe responder a unas exigencias legales predeterminadas: el encargo debe ser de cumplimiento obligado, conforme a las instrucciones fijadas unilateralmente por el poder adjudicador, y la remuneración debe ser fijada por referencia a tarifas aprobadas por el poder adjudicador que realiza el encargo.

Por su parte, la realización material del encargo no siempre es asumida por los medios propios, que carecen a menudo de recursos propios específicos para ejecutarlo, sino que generalmente contratan una parte importante con terceros, siguiendo los procedimientos ordinarios previstos en la legislación contractual⁹².

Un caso que puede ilustrar los principales problemas que plantea este instrumento es el de la sociedad pública de transformación agraria Tragsa, que disponía de una regulación específica en la LCSP de 2007, desarrollada más tarde en un real decreto del año 2010, sobre el régimen jurídico de Tragsa y sus filiales, y que, de nuevo, fue objeto de regulación en la nueva LCSP de 2017.

Tragsa es una sociedad creada en 1977^[93], aunque tuvo que esperar hasta 1997 para disponer de un primer intento de regulación de su régimen

91 Cfr. Tribunal de Cuentas, Informe 1003, de 28 noviembre de 2013, “de fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del área político-administrativa del Estado, ejercicios 2008-2012”; y también, Tribunal de Cuentas. Informe 1197, de 22 diciembre de 2016, “de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013”.

92 PADRÓS. “La contractació pública entre 2007 i 2017: temps de crisi, temps de canvis”, cit., pp. 85-88.

93 Real Decreto 379/1977, de 17 de marzo.

jurídico⁹⁴. Actualmente, el Grupo Tragsa, formado por Tragsa y sus filiales, cuenta con cerca de 13.000 empleados (el 27 % de los cuales son ingenieros y licenciados), 5 parques de maquinaria, 2 plantas prefabricadas (una en León y otra en Bolivia), un parque móvil con más de 1.800 vehículos y maquinaria pesada (silvicultura y excavaciones), y sucursales en todas las provincias españolas. Su inversión anual en I + D + I sobrepasa los 3 millones de euros. En su capital, mayoritariamente estatal (99,86 %), participan igualmente en un porcentaje mínimo las 17 comunidades autónomas y diversas entidades locales, aunque en la práctica el 55 % de la actividad de Tragsa responde a encargos de comunidades autónomas y solamente un 35 % a encargos del Estado.

Como en la mayoría de los casos, Tragsa asume un doble rol, como medio propio y servicio técnico y, al mismo tiempo, como autoridad contratante. Su actuación como medio propio plantea numerosos problemas⁹⁵. De entrada, la extrema diversidad de los campos de acción de la empresa desborda ampliamente su objeto social (el cual de por sí es bastante heterogéneo): la prestación de servicios esenciales en el campo del desarrollo rural y del medio ambiente, la adaptación y el mantenimiento de aplicaciones informáticas, el control sanitario animal, la atención a situaciones de emergencia o incluso el ámbito de la cooperación internacional, que también figura entre sus objetivos⁹⁶. Bajo la cobertura genérica de los “ámbitos conexos” mencionados en sus reglamentos, han sido confiadas a Tragsa todo tipo de actuaciones: así, proyectos de optimización o de rehabilitación de equipamientos diversos, el mantenimiento de edificios y de comunicaciones, o la preservación y la restauración del patrimonio histórico y artístico en 900 municipios.

La composición del capital plantea algunos problemas en cuanto a la efectividad del control por parte de los poderes adjudicadores. Ciertamente, el TJUE admitió la participación simbólica de las comunidades autónomas en Tragsa en su sentencia de 19 de abril de 2007, que supuso una flexibilización

94 Art. 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

95 Cfr. CARLOS ALBERTO AMOEDO SOUTO. *Tragsa: medios propios de la Administración y huida del derecho administrativo*, Barcelona, Atelier, 2004. Desde una perspectiva más general, cfr. MARC VILALTA REIXACH. *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Pamplona, Thomson Reuters/Aranzadi, 2012.

96 Según la información del sitio web, Tragsa está presente en 150 proyectos de cooperación internacional en más de 40 países.

significativa en cuanto a la exigencia de un control similar para admitir este control incluso en el caso de dicha participación mínima de las comunidades autónomas. La posterior sentencia 444/2008, de 30 de enero, del Tribunal Supremo español, implicó la consolidación de esta aproximación y, de hecho, abrió la puerta a la proliferación en España de medios propios de distintos poderes adjudicadores, particularmente regionales y locales, que a su vez ostentan la condición de poderes adjudicadores. Sin embargo, no es posible para la jurisprudencia resolver todos los problemas que pueden plantearse en este ámbito, como, por ejemplo, la posibilidad de potenciales conflictos de intereses entre el Estado y una o diversas comunidades autónomas en relación con el encargo de una determinada actuación.

La limitación impuesta a Tragsa por la LCSP de 2007 para la subcontratación de una parte de su actividad, que se sitúa en el 50 %, debe ser subrayada como un hecho positivo. Este límite ha sido reforzado y establecido, con alcance general, por la LCSP de 2017, que incorpora las directivas de 2014; del mismo modo, la regulación sobre medios propios ha introducido mayor rigor en dos aspectos que habían generado controversia a lo largo de estos años: la determinación objetiva de la actividad mínima a realizar por los medios propios para el poder adjudicador que los controla (80 %) y el establecimiento de un límite general de subcontratación (50 %).

No disponemos todavía de análisis ni de evaluaciones sobre los resultados obtenidos con la utilización de este instrumento, y se debe exigir una mayor transparencia en la actuación de estos medios para saber qué es lo que hacen realmente con sus propios recursos y cuál es su grado de externalización o, en el caso, de medios en los que participan diferentes poderes adjudicadores, qué es lo que hacen efectivamente para cada uno de ellos⁹⁷.

La concreción por parte del legislador de las posibilidades de actuación administrativa a través de medios propios debería permitir disponer de los incentivos necesarios para conciliar de manera efectiva los logros de flexibilidad que el recurso a la utilización de medios propios puede suponer, con las ventajas que la profesionalización y la especialización deberían aportar⁹⁸.

97 Comisión Nacional de la Competencia. *Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*, Madrid, 2013.

98 La suspicacia que genera todavía en una parte relevante de la doctrina la ejecución directa de actividades de producción de servicios o de construcción de obras aparece en la exigencia de que “[e]s necesario justificar en cada encargo que el mismo resulta más eficiente que el recurso a la

ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

La transformación de la contratación pública, la procedimentalización del actuar de la Administración, la toma en consideración de la complejidad del proceso de toma de decisiones, del abanico de opciones a considerar, tiene como finalidad articular un diseño institucional que permita atender adecuada y ponderadamente las exigencias propias de la conciliación del interés general destinado a satisfacer los valores y derechos constitucionales con los requerimientos de eficacia y eficiencia en la asignación de recursos públicos que la competencia posibilita. Articular la sostenibilidad social y ambiental no puede ser un objetivo ajeno a la contratación pública, pero cuando se decide externalizar, entonces los límites y las reglas propias del derecho europeo de los contratos garantizan asignar de manera eficiente los recursos; para que esta finalidad se cumpla efectivamente, los órganos que intervengan en este procedimiento complejo deberán ser los adecuados a los cometidos asignados. El principio de adecuación que guía la organización debería conducir a una coherente distinción entre el Gobierno y la Administración en el proceso decisorio. Una distinción de cometidos que es la premisa necesaria para la necesaria profesionalización de la contratación pública. La externalización de operaciones y actividades, la colaboración pública y privada en el desarrollo y ejecución de proyectos de infraestructuras y servicios públicos requiere disponer de los medios adecuados para satisfacer los fines establecidos.

La mayor profesionalización no es solamente una exigencia para obtener una mayor eficacia. Es también un elemento esencial para luchar contra la corrupción. No se puede ignorar que el azote de la corrupción ha estado muy presente en los momentos de elaboración de muchas de las leyes de contratos, como, por ejemplo, en la del año 1995 (modificada en 1999) y en la del año 2017. En el primer caso las estrategias adoptadas parecen no haber tenido éxito, si examinamos todos los casos que están actualmente en los tribunales del orden penal y los que afectan al período de aplicación de esa ley; y ello porque el legislador había seguido el mismo enfoque anterior y no consideraba la existencia de un margen de apreciación, de manera que el desconocimiento de este aspecto impidió adoptar las medidas de acompañamiento pertinentes. Adoptar una buena política legislativa en materia

contratación pública”, recientemente formulada por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la Resolución 41/2019.

de contratación pública exige tomar en consideración que la Administración decide con un margen de apreciación más o menos amplio y que las opciones son posibles y necesarias, pero estas elecciones, estas opciones deben ser razonables y consistentes, y sobre todo su trazabilidad debe quedar asegurada. La ley de 2017 parece haber aprendido de las malas prácticas que la situación anterior había propiciado y ha introducido reformas pertinentes, como el fortalecimiento de la profesionalización y, sobre todo, de la transparencia⁹⁹ y la creación de estructuras adecuadas para la garantía de la integridad y la mejora del control de la actividad contractual.

El derecho europeo, de nuevo, ha guiado la creación de instituciones de control que han demostrado ser muy útiles. En efecto, en 2010 se crearon los tribunales administrativos de contratos, aunque en ese momento solamente los contratos armonizados entraban en su ámbito de actuación¹⁰⁰. La clave del éxito reside en el carácter suspensivo del recurso administrativo, lo que supone la no adjudicación del contrato y constituye una garantía esencial de su efectividad. La LCSP de 2017 ha aumentado las competencias de los tribunales administrativos y su atractivo: i) disminuyendo los umbrales de los contratos para poder acceder a la vía de recurso; ii) aumentando la tipología de contratos y de instrumentos susceptibles de ser recurridos; iii) introduciendo la posibilidad de impugnar ciertas decisiones, particularmente las modificaciones de los contratos y los encargos a medios propios; iv) ampliando la legitimación, particularmente a favor de las organizaciones sindicales y de las organizaciones profesionales sectoriales representativas, y v) eliminando la tasa. Estas reformas han provocado ya un aumento de los recursos y que los terceros actúen como un poderoso elemento de control.

Además, la ley de 2017 ha previsto nuevas estructuras para combatir irregularidades y luchar contra la corrupción en materia de contratación y, en particular, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la

99 Sobre el vínculo entre control, integridad y transparencia, cfr. Elisenda Malaret. “Bon govern, transparència i rendició de comptes. Reforçant i completant la legitimitat democràtica dels poders públics”, *RCDP*, 2017, 55, pp. 23-47.

100 La experiencia de siete años de funcionamiento ha sido positiva, con un número importante de resoluciones (5.713 entre octubre de 2010 y el 30 de noviembre de 2017) y una buena aceptación de estas decisiones (solo 516 recursos ante la jurisdicción contenciosa administrativa, de los cuales solamente en 61 casos se estimaron total o parcialmente las pretensiones de los recurrentes); estas cifras corresponden al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. *Memoria de actividades. Año 2017*, Madrid, 2018.

actividad contractual, a la que anteriormente nos hemos referido, dentro de la cual se integra la Oficina Nacional de Evaluación, que tiene a su cargo el examen de la sostenibilidad financiera de las concesiones de obras y servicios. Aunque sus comienzos han sido algo dubitativos (su presidenta no fue nombrada hasta el mes de julio de 2018), habrá que esperar a conocer sus primeras actuaciones para poder valorar el acierto de su creación y hacer un primer balance de resultados.

Este nuevo esquema institucional se superpone a las instancias que existían ya anteriormente, como las juntas consultivas del Estado y de las comunidades autónomas, o las agencias antifraude creadas por diferentes comunidades autónomas, entre ellas la de Cataluña, que fue pionera (2008). Entre las exigencias ligadas a la transposición de las directivas de 2014 y la indignación social por el azote de la corrupción, lo cierto es que el legislador de 2017 previó de entrada la actuación de diversos órganos, con la oficina antes mencionada como insignia. Por descontado, el establecimiento efectivo de todo el dispositivo obligará a introducir cierta reestructuración para coordinar el ejercicio de competencias que en algunos supuestos aparecen como indeterminadas o superpuestas.

En suma, el legislador –tímidamente en 2007 y de manera más clara en 2017– ha ido incorporando nuevos principios, criterios y un nuevo vocabulario que toma en consideración el ciclo contractual –programar, consultar, supervisar, evaluar–, así como nuevos procedimientos que permiten una mayor flexibilidad y un ámbito de negociación. Todo este conjunto de elementos parece indicar un cambio. Es cierto que para activar y aplicar algunas de estas medidas la ley no era necesaria: la buena gestión, la buena administración (una noción que aparece por primera vez ya en la ley de contratos de 1965) no se establecen por decreto, pero en un derecho administrativo como el español, donde la ley ocupa un lugar central, la introducción por el legislador de ciertas referencias es una condición necesaria, si bien insuficiente, para asegurar su implementación o, al menos, abrir el debate, y puede ser tal vez un factor determinante para avanzar hacia una transformación real de la actividad contractual, alineada con los objetivos y finalidades del derecho europeo.

Históricamente, los cambios en las tareas administrativas siempre han conllevado nuevas formas de organización, nuevos diseños orgánicos y la emergencia de nuevos profesionales al servicio de la Administración Pública. Cuando en la actualidad la contratación pública se convierte en una

herramienta esencial para el desarrollo de los cometidos públicos, esta mayor significación debe comportar también una transformación de su concepción y del diseño institucional de su implementación.

REFERENCIAS

- AMOEDO SOUTO, CARLOS ALBERTO. *Tragsa: medios propios de la Administración y huida del derecho administrativo*, Barcelona, Atelier, 2004.
- BARNES, JAVIER. “Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 21, 2019, pp. 77-123.
- BARNES, JAVIER. “Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, en EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN y JAVIER BARNES (coords.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla, Global Law Press - Editorial Derecho Global, 2008.
- BELTRÁN DE FELIPE, MIGUEL. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995.
- BERMEJO VERA, JOSÉ. *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de RENFE*, Madrid, Tecnos, 1975.
- BOGDANDY, ARMIN VON y ORIOL MIR PUIGPELAT. *El derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- CANALS, DOLORS. “El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública”, *Revista Galega de Administración Pública*, 2018, 55, pp. 409-446.
- CASARES MARCOS, ANA. *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Madrid, Montecorvo, 2007.
- CERRILLO, AGUSTÍ. *El principio de integridad en la contratación pública*, 2.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2018.
- Comisión Nacional de la Competencia. *Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*, Madrid, 2013.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. *Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*, PRO/CNMC/001/15, Madrid, 2015.

- DAVID, RENÉ. *Les grands systèmes de droit contemporains*, París, Dalloz, 1964.
- DE LA CUADRA SALCEDO, TOMÁS. “La ejecución de obras por la Administración”, RAFAEL GÓMEZ FERRER (coord.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 889-941.
- DÍEZ SASTRE, SILVIA. *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Dossier: “La négociation dans les contrats publics”, *Contrats publics, Le Moniteur*, n.º 193, diciembre de 2018.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, RECAREDO. *Teoría jurídica de las concesiones administrativas*, Madrid, 1918.
- FUERTES, MERCEDES. *Las desaventuras del dinero público*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. “La figura del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 1963, 41.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Curso de derecho administrativo*, I, Madrid, Civitas y Revista de Occidente, 1974.
- GARCÍA OVIEDO, CARLOS. *La concesión de servicio público*, Sevilla, 1924.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, JOSÉ. *Derecho administrativo en la contratación entre privados*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.
- GÓMEZ FERRER, RAFAEL. “En torno a la ley de autopistas de peaje”, *Revista de Administración Pública*, 1972, n.º 68.
- GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V. *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V. *Sociedades estatales de obras públicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, FRANCISCO (dir.). *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, FRANCISCO. *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Navarra, Aranzadi, 2018.
- JIMÉNEZ LÓPEZ, JESÚS. “El contrato de concesión de obras”, en EDUARDO GAMERO CASADO e ISABEL GALLEGO CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- MAGIDE, MARIANO. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2000.
- MALARET, ELISENDA. “Les services publics dans le droit administratif espagnol”, *AJDA*, 1967, n.º especial.
- MALARET, ELISENDA. “Administración Pública y regulación económica”, en AA.VV., *Autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2007.
- MALARET, ELISENDA. “Las sociedades para la construcción de las obras hidráulicas”, en ANTONIO EMBID IRUJO (dir.), *El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Madrid, Civitas, 1988.
- MALARET, ELISENDA. “Bon govern, transparència i rendició de comptes. Reforçant i completant la legitimitat democràtica dels poders públics”, *RCDP*, 2017, 55, pp. 23-47.
- MALARET, ELISENDA. “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, 2016, 15, pp. 21-60.
- MALARET, ELISENDA. “Razones y claves de la nueva ley de contratos”, AA.VV., *La nueva ley de contratos y la externalización*, Madrid, ASEMIDE, 2007.
- MALARET, ELISENDA. *Público y privado en la organización de los JJOO de Barcelona 1992*, Madrid, Civitas, 1993.
- MARTÍN RETORTILLO, SEBASTIÁN (coord.). *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991.
- MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, IGO, 1960.
- MASSERA, ALBERTO. “L’espletamento di funzioni e servizi pubblici tra esternalizzazione, autoproduzione e cooperazione”, en CARLO MARZUOLI y SIMONE TORRICELLI (dirs.),

La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazione sostenibili, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2017.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ADOLFO. “El significado actual del contrato de la concesión de obras públicas”, en ADOLFO MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ADOLFO (dir.). *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2010.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, EVA MARÍA. “Régimen jurídico de la contratación pública en Francia”, en JESÚS DEL OLMO ALONSO, *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Valladolid, Lee Nova y Universidad de Alcalá, 2011, pp. 123-183.

MESTRE DELGADO, JUAN FRANCISCO. “El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del derecho comunitario europeo: una nueva ordenación de las medidas cautelares (comentario a la Directiva 89/665/CEE)”, *Noticias CEE*, 1991, 74.

MORELL OCAÑA, LUIS. “La concesión de marismas y el artículo 126 de la Ley de Patrimonio del Estado”, *Revista de Administración Pública*, 1972, 68.

NIETO, ALEJANDRO. “Influencias extranjeras en la evolución de la ciencia española del derecho administrativo”, *Anales de la Facultad de Derecho*, 1965, 3.

NIETO, ALEJANDRO. “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991.

NOGUELLOU, ROZEN. “L’externalisation: l’expérience française”, en CARLOS MARZUOLI y SIMONE TORRICELLI (dirs.), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazione sostenibili*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 81 ss.

PADRÓS, XAVIER. “La contractació pública entre 2007 i 2017: temps de crisi, temps de canvis”, *RCDP*, 2018, 56, pp. 78-104.

PADRÓS, XAVIER. “Le contrat de partenariat à la lumière de l’expérience espagnole”, SERGE REGOURD y LUCIEN RAPP (dirs.), *Du contrat de partenariat au marché de partenariat*, Bruselas, Larcier-Bruylant, 2016, pp. 307-326.

PARADA VÁSQUEZ, JOSÉ RAMÓN. *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*, Sevilla, IGO, 1963.

- PAREJO, LUCIANO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Madrid, Tecnos, 1993.
- PAREJO, LUCIANO. *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983.
- PERNAS GARCÍA, JOSÉ (dir.). *Contratación pública estratégica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.
- PONTHOREAU, MARIE-CLAIRE. “Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2005, 1.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, MARTÍN y FRANCISCO JOSÉ VÁZQUEZ MATILLA. *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2017.
- Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública, Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, FRANCISCO JOSÉ. “L’influence du droit public européen sur le droit public espagnol”, en JEAN-BERNARD AUBY (dir.), *L’influence du droit européen sur les catégories du droit public*, París, Dalloz, 2010.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, FRANCISCO JOSÉ. *La articulación de garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del TEDH*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2005.
- SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. “La ciencia del derecho administrativo en España: una perspectiva histórica”, en ARMIN VON BOGDANDY y ORIOL MIR PUIGPELAT. *El derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 339-383.
- SAUSSIER, STÉPHANE y JEAN TIROLE. “Renforcer l’efficacité de la commande publique”, Note de *Conseil d’analyse économique*, n.º 22, abril de 2015.
- TORRICELLI, SIMONE. “Disciplina dei contratti ed esternalizzazione sostenibili”, en CARLO MARZUOLI y SIMONE TORRICELLI (dirs.), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazione sostenibili*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2017.

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. *Memoria de actividades. Año 2017*, Madrid, 2018.

Tribunal de Cuentas. Informe 1224/2017, de 29 de junio de 2017, “Informe global del sector público autonómico, ejercicio 2014”.

Tribunal de Cuentas. Informe 1003, de 28 noviembre de 2013, “de fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los ministerios, agencias y organismos autónomos del área político-administrativa del Estado, ejercicios 2008-2012”.

Tribunal de Cuentas. Informe 1197, de 22 diciembre de 2016, “de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013”.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA. *Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006.

VILALTA REIXACH, MARC. *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Pamplona, Thomson Reuters/Aranzadi, 2012.

VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS. “Concesiones administrativas”, *NEJ SEIX*, v, p. 684 ss.

VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ. “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *Revista de Administración Pública*, 2007, 172.