

NUEVAS FÓRMULAS DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL SECTOR PÚBLICO EN ESPAÑA

XIMENA LAZO VITORIA
Profesora de Derecho Administrativo,
Universidad de Alcalá.

SUMARIO: I. Antecedentes generales: la necesidad de un adecuado control de las licitaciones públicas. II. El modelo español de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. II.1. Antecedentes generales. II.2. Las exigencias establecidas por el Derecho de la Unión Europea en materia de recursos contractuales y su compleja transposición al Derecho español. II.3. Los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. III. La Oficina Nacional de Evaluación. III.1. Origen y sentido general de la reforma. III.2. La “apuesta” por introducir controles preventivos y de carácter técnico como elemento de acierto en decisiones de alta complejidad. III.3. Ámbito de aplicación y aspectos procedimentales. IV. Bibliografía*.

RESUMEN: Este trabajo subraya la necesidad de articular mecanismos de control específicos en el complejo y extenso sector de la contratación pública. Se exponen las líneas fundamentales de dos nuevos instrumentos de reciente incorporación al Derecho español: los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales y la Oficina Nacional de Evaluación.

I. ANTECEDENTES GENERALES: LA NECESIDAD DE UN ADECUADO CONTROL DE LAS LICITACIONES PÚBLICAS

Es usual que los estudios relativos a la actividad contractual del sector público pongan de manifiesto la enorme incidencia de este sector en la economía. En su conjunto, representa alrededor del 16% del PIB Europeo o, por añadir otra magnitud representativa, según estimaciones de la Comisión Europea, el gasto asociado a la contratación pública alcanzó en 2011 los 2.406 billones de euros¹. Por ello, no es de extrañar que resulte especialmente necesario buscar nuevas fórmulas de control que garanticen

* Contacto: ximena.lazo@uah.es.

1 Vid. Comisión Europea, “SMEs’ Access to public markets and aggregation of demand in de EU”, febrero de 2014, p. 82.

Disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/internal_market/studies/index_en.htm.

el buen uso de los recursos públicos así como el acierto en las decisiones durante todo el *iter* contractual.

En este contexto, este trabajo tiene por objeto exponer los rasgos más relevantes de dos nuevos mecanismos de control introducidos hace poco tiempo al ordenamiento jurídico español. Por un lado, los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales cuya misión es precisamente juzgar la adecuación a Derecho de las decisiones de las Administraciones Públicas contratantes y, por otro, la muy reciente creación de la Oficina Nacional de Evaluación (ONE) encaminada a valorar *ex ante* las decisiones del sector público, especialmente en el ámbito de los contratos de concesión de obras públicas y de servicios. Como se aprecia, el legislador ha optado en ambos casos por la creación de organizaciones administrativas de nuevo cuño antes que por la adecuación o atribución de nuevas competencias a las ya existentes.

En una valoración general de su funcionamiento, los Tribunales Administrativos (cuentan con un recorrido de poco más de cinco años) han demostrado ser una herramienta de control afinadísima, que actúa con extrema celeridad – aunque ello signifique ni más ni menos que cumplir con los plazos de resolución legalmente establecidos– y en cuyas resoluciones luce una calidad y rigurosidad ampliamente reconocida. Es probable que la alta especialización de sus miembros, así como la independencia que la ley reconoce a estos órganos, sean dos factores importantes a considerar al momento de explicar el éxito de este modelo.

Por lo que respecta a la Oficina Nacional de Evaluación, el análisis que aquí se ofrece alcanza únicamente a su diseño normativo (no incluye aspectos prácticos), ya que la constitución y entrada en funcionamiento de la ONE está prevista para abril de 2016. Se trata, como su propio nombre indica, de un órgano adscrito a la Administración General del Estado aunque sus funciones (informe preceptivo) también se extienden al extenso y complejo ámbito de las entidades locales y pueden alcanzar incluso a las Comunidades Autónomas (CC. AA.), siempre que éstas decidan utilizar el mecanismo creado por el legislador estatal (adhesión).

La idea que inspira esta reforma se basa –o debería basarse– en la especialización y alta cualificación técnica del órgano encargado de desarrollar dichas funciones. Aunque bien es verdad que el legislador no ha perfilado siquiera mínimamente su composición y organización, remitiendo tales extremos a un futuro desarrollo reglamentario. Sin perjuicio de ello, las potencialidades que ofrece la ONE son, en mi parecer, enormes. En efecto, su función primordial es “analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios públicos” (Disposición Adicional 36ª Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP). Y es que precisamente en este tipo de contratos (concesiones), caracterizados por su enorme complejidad y larga duración,

es imprescindible contar con evaluaciones técnicas que permitan garantizar en la mayor medida de lo posible la economía del contrato. Son suficientemente conocidos los por desgracia frecuentes casos en que ello no tiene lugar, lo que repercute directamente en las arcas públicas y también en los destinatarios, como es el caso de la interrupción o baja calidad de los servicios prestados. En este sentido, acierta el legislador al exigir un refrendo técnico o, más precisamente, una opinión cualificada que deba ser tenida en consideración por los órganos de contratación antes de licitar estos contratos. Y lo mismo puede decirse de la exigencia de informe previo en los casos de que haya de procederse al restablecimiento del equilibrio del respectivo contrato. No se trata de desconocer el rol y las legítimas opciones de organización de los servicios y de ejecución de obras públicas que se adopten por las Administraciones Públicas, sino de sumar un elemento técnico que favorezca el acierto de la decisión y que soslaye casos de mala administración.

II. EL MODELO ESPAÑOL DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS CONTRACTUALES

II.1. *Antecedentes generales*

No hay duda que la decisión adoptada en 2010 por el legislador español de residenciar en órganos administrativos especializados la competencia para conocer y resolver el recurso especial y la así denominada cuestión de nulidad ha supuesto un cambio muy significativo en el sistema control aplicable a la contratación pública². En sus inicios, sin embargo, la adopción de un modelo de justicia administrativa, mediante la creación de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, estuvo rodeada de cierta polémica, particularmente por lo que se refiere a la garantía de independencia de sus miembros.

Desde entonces (prácticamente ha transcurrido un lustro) el modelo se ha ido consolidando con rapidez –creación del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (adscrito al Ministerio de Hacienda y de Administraciones Públicas y con el que varias comunidades autónomas han suscrito convenios de atribución competencial), creación de Tribunales Autonómicos (Aragón, Navarra, Madrid, País Vasco, Cataluña, Andalucía, etc.)–, pudiendo calificarse su funcionamiento práctico como muy satisfactorio³. No obstante, hay que señalar

2 Es muy abundante la bibliografía que hasta la fecha se ha elaborado sobre estas nuevas vías de impugnación, especialmente por lo que concierne al recurso especial en materia de contratación pública. Pueden consultarse, entre muchos otros, los trabajos de SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO, *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, y GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA, “Informe espacial. Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora”, 2015. Disponible en: www.obcp.es.

3 Así, en opinión de GIMENO FELIÚ, J. M^º, “Los tribunales administrativos especiales de

que el sistema presenta también ciertas sombras o, si se prefiere, determinados aspectos que sería conveniente reconsiderar con la finalidad de perfeccionar el sistema de control establecido. Es el caso, entre otros, de la notable heterogeneidad de la planta de los Tribunales de Recursos Contractuales, la posibilidad de crear este tipo de órganos a nivel local, la limitación de su ámbito objetivo (contratos armonizados) o, por mencionar otro aspecto de importancia, el propio carácter potestativo del recurso especial.

II.2. *Las exigencias establecidas por el Derecho de la Unión Europea en materia de recursos contractuales y su compleja transposición al Derecho español*

Las Directivas europeas en materia de recursos contractuales⁴ establecen la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores “puedan ser recurridas de *manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible*”, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia

contratación pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón). ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?”, en *La Contratación Pública a debate: presente y futuro*, FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., y P. VALCÁRCEL F. (dir.), Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 52, “el cumplimiento estricto de los plazos, la publicidad de los acuerdos y resoluciones –y su fundamentación– han dotado de *credibilidad* al sistema al cumplirse con las notas de rapidez, eficacia e independencia” (la cursiva es nuestra). En una línea similar, SILVIA DÍEZ SASTRE señala que “estos nuevos órganos administrativos han llevado a la práctica un nuevo modelo de control de la actividad administrativa y de tutela de los particulares que se ha considerado muy exitoso por la comunidad jurídica”. Véase: “El funcionamiento de la Justicia Administrativa: la Administración de los contratos públicos”, en *Informe sobre la Justicia Administrativa 2015*, DÍEZ SASTRE, S. (dir.), CIJA – UAM, Obra Social la Caixa, Madrid, 2015, p. 82. Véase también el trabajo de BERNAL BLAY, M. A., “El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, REDA, Nº 160, 2013, ps. 190-2013.

4 Se trata de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros, obras y servicios; Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de los contratos de las entidades que operan en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones; y la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Un completo análisis acerca del sentido y alcance de las novedades introducidas por la Directiva de 2007 y su recepción por el legislador español en: NOGUERA DE LA MUELA, B., “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº X, 2008, ps. 295-334.

de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa (artículo 1.1 Directiva 89/665/CEE y artículo 1.1 Directiva 92/13/CEE).

Junto a lo anterior, dichas normas encomiendan la resolución de los respectivos recursos a un órgano *independiente* del órgano de contratación (artículo 2.9 de la Directiva 89/665/CEE, tras la modificación introducida por la Directiva 2007/66/CE)⁵, pudiendo tener dicho órgano carácter jurisdiccional o administrativo. Ciertamente, la norma *supra* citada no se refiere expresamente al carácter “administrativo” del órgano de resolución, pero dicho carácter se deduce a *contrario sensu* de su contenido “cuando los órganos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional...”⁶.

La incorporación de las citadas disposiciones al Derecho español ha sido una tarea compleja y que, además, se ha prolongado considerablemente en el tiempo. Sin que sea necesario exponer en detalle la travesía seguida por el legislador nacional, sí pueden traerse a colación dos o tres hitos que la ilustran suficientemente. Por un lado, cabe recordar la expresiva declaración contenida en la Exposición de Motivos (Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas) según la cual “no se incorpora el contenido de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, porque la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos y respecto a la primera, porque *nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido*”. Dicho en otros términos, los cauces procedimentales previstos en el ordenamiento jurídico español (administrativos y jurisdiccionales) se consideraron como equivalentes a los requerimientos establecidos por las Directivas de recursos y de ahí entonces que, al menos en un primer momento, no se haya estimado necesario proceder a su transposición. Y, por otro, el criterio firmemente mantenido por la Comisión Europea en orden a considerar incumplidos los requerimientos de las Directivas de contratación y que está en el origen de las sentencias condenatorias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 15 de mayo de 2003, Comisión/Reino de España,

5 En otros lugares de la Directiva de 2007, el legislador comunitario aprovecha para recordar este requisito. En esta línea véanse, por ejemplo, las referencias a un “órgano de recurso independiente” (considerando 13, a propósito de las adjudicaciones directas) o más claramente a un “órgano independiente del poder adjudicador o entidad contratante” (considerandos 21 y 22, imposición de sanciones).

6 En este sentido, PARDO GARCÍA-VALDECASAS, J. J., “El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”, en *Documentación Administrativa*, Nº 288, 2010, p. 22, afirma que las Directivas de recursos “admiten expresamente la posibilidad de que el órgano que resuelva los recursos no tenga carácter jurisdiccional, de lo que sólo cabe deducir que admite la posibilidad de que se trate de un órgano administrativo”.

asunto C-214/00) y de 3 de abril de 2008 (Comisión/Reino de España, asunto C-444/06).

Dichos pronunciamientos judiciales tuvieron, como es sabido, una incidencia directa en las sucesivas reformas que ha experimentado la legislación contractual española. Así, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público creó *ex novo* el denominado recurso especial en materia de contratación aunque, y en lo que aquí interesa resaltar, atribuyendo su conocimiento y resolución al *propio órgano de contratación*⁷ (artículo 37 del citado texto legal). Como cabía esperar, la doctrina no tardó en manifestar severas críticas⁸ a la configuración legal finalmente aprobada y ello, puede añadirse, a pesar de las recomendaciones formuladas a este respecto por el Consejo de Estado. En efecto, en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, relativo precisamente al anteproyecto de la que luego sería la Ley 30/2007, el alto órgano consultivo destacó que, aunque la Directiva 89/665/CEE no predeterminaba en modo alguno el tipo de órgano que debía resolver el recurso, “la normativa comunitaria hubiera permitido adoptar *otras soluciones sin duda de mayor complejidad técnica, pero que podrían suponer una mayor garantía de los derechos de los administrados*. Tal solución alternativa consistiría en atribuir la competencia para la resolución de estos recursos a un organismo *independiente y compuesto por especialistas*”.

7 O, en su caso, al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública, según establecía la LCSP de 2007.

8 Vid., entre muchos otros, el trabajo con expresivo título de REVENTÓS SOLER, A. y MACÍAS CASTAÑO, J. M., “El recurso especial en materia de contratación, un año después...y el Reino de España empeñado en no cumplir la Directiva de Recursos”, en *Diario La Ley*, Nº 7211, 2009; GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA, *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Pamplona, 2010, ps. 330-332; y NOGUERA DE LA MUELA, “El recurso especial...”, op. cit., p. 295 y ss.

Por su parte, el Consejo de Estado formuló un juicio más moderado pero inclinándose igualmente por alcanzar cotas superiores de independencia “con arreglo a la legislación hasta ahora vigente, señala el alto órgano consultivo, la facultad para resolver el recurso especial se atribuye al propio órgano de contratación. Esta solución se consideró ajustada a la Directiva 89/665/CEE, aunque planteaba algunos interrogantes cuando el órgano de contratación pertenecía a una entidad que tuviera el carácter de Administración Pública, configurándose el recurso especial a imagen del recurso de reposición”.

Más adelante, la modificación de la Directiva de recursos (mediante la antes referida Directiva 2007/66, de 11 de diciembre) incorporó explícitamente la exigencia de *independencia* del órgano encargado de la resolución de los recursos contractuales. En el ámbito interno, dichas reformas dieron lugar a la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa⁹. Entre otros importantes aspectos, el citado texto legal optó por atribuir a un órgano administrativo *especializado* la competencia para conocer y resolver el recurso especial y la cuestión de nulidad. No obstante, durante el *iter* de elaboración de la Ley 34/2010, se plantearon otras fórmulas organizativas alternativas, como es el caso del modelo jurisdiccional (atribución de la respectiva competencia a los Juzgados Centrales y Provinciales de lo Contencioso Administrativo, opción desechada entre otras cosas por falta de recursos) o la posibilidad de crear una sala especializada dentro del Tribunal Económico-Administrativo Central (también desechada por razones económicas y por falta de especialización de sus miembros en materia contractual)¹⁰.

De cuanto se ha expuesto se deduce la enorme importancia del Derecho europeo de la contratación pública en el modelo de control vigente en España. Y ello no sólo en lo que concierne a los Tribunales Administrativos (objeto de la primera parte de este trabajo) sino que también en la configuración del recurso especial en materia de contratación pública. En efecto, dicho medio de impugnación se distancia significativamente del sistema general de recursos administrativos: éstos, como es sabido, atribuyen el conocimiento y resolución de las cuestiones planteadas al mismo órgano que ha adoptado la decisión que se considera ilegal o, en su caso, a su superior jerárquico. La aplicación de dicho sistema al ámbito contractual, además de ser contrario a las prescripciones del Derecho europeo, hubiese producido el indeseable efecto de atribuir la resolución de las impugnaciones al órgano encargado de la aprobación de los pliegos de la licitación o, por mencionar otro extremo de importancia, de la propia adjudicación del contrato.

9 Sobre el sentido y alcance de esta importante reforma véanse, entre otros, los trabajos de RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., “El sistema especial El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de contratos del sector público”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº 25, 2010; MORENO MOLINA, J. A., *La reforma de la Ley de contratos del sector público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, La Ley, Madrid, 2010; y GALLEGU CÓRCOLES, I., “Comentario a la Ley 34/2010, de 5 de agosto”, en CASTRO ABELLA, F. (coord.), *Contratación del Sector Público local*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2010.

10 Una extensa exposición de estos antecedentes en el Dictamen 499/2010, de 29 de abril, del Consejo de Estado.

II.3. *Los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales*

En el ámbito de la Administración General del Estado, la antes citada Ley 34/2010 creó el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda y cuya competencia comprende las impugnaciones relacionadas con la actividad contractual del sector público estatal. Los miembros del Tribunal Central –Presidente y dos Vocales (aunque reglamentariamente se puede incrementar el número de estos últimos)– son nombrados por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Justicia. Deben ser funcionarios de carrera, de cuerpo o escala para cuyo acceso sea requisito necesario el título de licenciado o grado en Derecho y haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública. En garantía de su independencia, son nombrados por un período de seis años no renovable y tienen carácter inmovible durante su mandato, excepto por aplicación de las causas tasadas que establece el artículo 41.1, TRLCSP (expiración de su mandato; renuncia; pérdida de la nacionalidad española; incumplimiento grave de sus obligaciones; condena a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito; y por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función).

En el caso de las Comunidades Autónomas, el legislador les habilita para que, mediante su normativa, pueden crear sus propios órganos independientes o bien optar por atribuir la competencia, mediante la celebración del correspondiente convenio –en el que se estipulen las condiciones en que la respectiva comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias (artículo 41.3, TRLCSP)– al Tribunal Central de Recursos Contractuales¹¹. Hasta la fecha han optado por la primera modalidad, ya sea creando ex novo una nueva estructura administrativa o atribuyendo estas funciones a órganos ya existentes, las siguientes CC. AA.: País Vasco, Aragón, Castilla y León, Cataluña, Andalucía, Canarias, Extremadura, Comunidad de Madrid, Galicia y la Comunidad Foral de Navarra. Por su parte, las CC. AA. de Cantabria, Principado de Asturias, Región de Murcia, La Rioja, Islas Baleares, Castilla-La Mancha y Comunidad Valenciana han suscrito convenios con la Administración estatal con la finalidad de atribuir el conocimiento de las respectivas impugnaciones al Tribunal Central.

Por lo que respecta a las entidades locales, el legislador establece que la competencia para resolver los recursos se someterá a las normas de las CC. AA., cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia

11 La misma regla se aplica, a su vez, para las Asambleas Legislativas autonómicas; instituciones análogas al Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo; así como para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla (artículo 41.3, TRLCSP).

de régimen local y contratación¹². A falta de previsión expresa, dicha competencia corresponderá al mismo órgano al que las CC. AA. hayan atribuido competencia para resolver los respectivos recursos.

El funcionamiento práctico de los nuevos Tribunales de Recursos Contractuales arroja resultados muy positivos¹³. Por mencionar algunos datos de importancia, la tasa de resolución de los recursos (número de asuntos ingresados/número de asuntos resueltos en un período determinado) se sitúa en torno al 80 por ciento, existiendo incluso algunos Tribunales que rozan o alcanzan el 100 por ciento (Aragón, Comunidad de Madrid, Navarra). Otro tanto puede decirse acerca de la duración de los respectivos procedimientos de impugnación. El legislador ha establecidos plazos muy breves y, según se constata en el Informe *supra* citado, su cumplimiento ha sido muy estricto por parte de los Tribunales de Recursos Contractuales (entre 15 y 20 días hábiles). Por último, también resulta muy revelador del funcionamiento del nuevo sistema la elevada tasa de éxito de los recursos: por ejemplo, en el caso del Tribunal Central de Recursos Contractuales y para el año 2013 dicha tasa alcanzó nada menos que el 53 por ciento.

III. LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN

III.1. *Origen y sentido general de la reforma*

Como se ha dicho en las líneas introductorias de este trabajo, hace tiempo que se viene insistiendo en la necesidad de reforzar el sistema de control sobre la contratación pública. No se trata de una mera preocupación teórica o de corte academicista, sino que derivada de la constatación práctica (evidencia hay de sobra) de que este particular ámbito de actuación es un “área de riesgo” y que, por lo mismo, requiere de una atención preferente mediante la articulación de afinados mecanismos de vigilancia. En estas coordenadas habría que enmarcar la reciente creación de la Oficina Nacional de Evaluación (ONE) cuya finalidad es asegurar el buen hacer de determinadas licitaciones públicas.

La ONE nace a la vida jurídica de la mano de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE 2 de octubre) por la que se modifica la Ley Contratos del Sector Público (nueva “Disposición Adicional

12 Lo que equivale a decir que la legislación autonómica puede prever la creación de Tribunales Administrativos de contratación por parte de las entidades locales. Para una visión general, puede consultarse el Informe 9/2013, de 26 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, “Composición y características de los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación pública de las entidades locales”. De todas formas, hay un consenso generalizado acerca de la inconveniencia de crear este tipo de tribunales en el ámbito local, por todos. BERNAL BLAY, M. A., “La independencia de los órganos de recurso especial de las Entidades Locales”, 2013. Disponible en www.obcp.es.

13 Así se pone de manifiesto en el completo “Informe sobre la Justicia Administrativa”, en DÍEZ SASTRE (dir.), op. cit., ps. 103-161, a cuyo contenido nos remitimos.

trigésimo sexta. La Oficina Nacional de Evaluación”). Su génesis es de difícil glosa: en el Preámbulo de la Ley 40/2015 no hay mención a su existencia (tampoco la hay, por cierto, respecto del resto de las no menos importantes modificaciones que la citada norma introduce al texto de la LCSP) y la justificación que acompaña a la respectiva enmienda (Nº 201) es de una parquedad francamente desalentadora: “mejora técnica”.

No obstante, su configuración, por lo menos en líneas generales, guarda relación con alguna de las líneas estructurales anunciadas en la planificación estratégica del Ministerio de Fomento para los sectores de grandes infraestructuras y de los transportes (PITVI 2012-2024)¹⁴. En dicho documento, en efecto, se prevé la creación de “Centros de Excelencia” en especial, con una unidad específica de seguimiento en el Ministerio de Fomento (similar a la implantada en otros países). Esta unidad, señala el citado Plan, tendrá como objetivo impulsar, regular, controlar y supervisar los proyectos de Colaboración Público-Privada (CPP), desde su concepción inicial como proyecto eficiente y rentable, pasando por su diseño contractual y estructura de financiación, hasta el seguimiento continuo del cumplimiento de las obligaciones adquiridas y la evaluación de los resultados (p. II-178). La ONE presenta una configuración más simplificada o, si se prefiere, más modesta de aquella prevista para los citados centros de excelencia anunciados en el PITVI (ni impulsa ni regula alianzas público-privadas y tampoco realiza una supervisión continua de las respectivas obligaciones). Pero, en una senda de gradualidad no es descartable que en un futuro se decida otorgar a la ONE un mayor protagonismo, extendiendo su actuación a los extremos antes indicados. Para ello, sin embargo, habrá que observar primero la virtualidad práctica del mecanismo y su capacidad para enderezar de forma eficaz las decisiones públicas.

III.2. *La “apuesta” por introducir controles preventivos y de carácter técnico como elemento de acierto en decisiones de alta complejidad*

La ONE es, esencialmente, un mecanismo de control ex ante, es decir, tiene una vocación claramente preventiva de las decisiones adoptadas en el marco de licitaciones públicas. Sin embargo, como ya se ha adelantado, su ámbito de actuación no alcanza a todos los tipos contractuales –ni, cabe añadir, a todas las formas de colaboración público-privada– sino que exclusivamente a los contratos de concesión de obras y a los contratos de concesión de servicios públicos (nótese que el adjetivo “públicos” califica únicamente a la segunda categoría contractual) con la finalidad de analizar la “sostenibilidad financiera” de los mismos. En efecto, según dispone la nueva DA 36^a, TRLCSP, la ONE informa preceptivamente

14 Vid. Plan de Infraestructuras, Transporte y Vivienda (PITVI), 2012 – 2024.

Disponible en: http://www.fomento.gob.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/PLANES/PITVI/

y con carácter previo a la licitación de los citados contratos en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario.
- b) Las concesiones de obra pública y los contratos de gestión de servicios (aquí, en cambio, sí se califica a la obra como “pública” y, además, al parecer, se amplía el tipo contractual: no sería sólo la concesión de servicios públicos [especie] sino que también englobaría al género [gestión de servicios] aquí, por cierto, sin el calificativo de público) en los que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros (resulta cuanto menos curioso que el legislador recurra al escurridizo concepto de “gastos de primer establecimiento” como criterio determinante de la procedencia de los citados informes preceptivos).

Junto a los dos casos anteriores, la ONE también informa preceptivamente de:

- c) Los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato en los casos previstos en los artículos 258.2 y 282.4, LCSP. La obligación de informar alcanza también a aquellos expedientes no sometidos al parecer previo de la ONE (en los términos supra expuestos) cuando se acuerde realizar aportaciones públicas o asumir total o parcialmente las respectivas tarifas (en fase de ejecución contractual y con la finalidad de reestablecer el equilibrio de las prestaciones).

Todos estos supuestos inciden en un aspecto medular de los contratos de concesión: la contraprestación del concesionario (retribución) y los límites que necesariamente debe respetar el poder adjudicador al momento de realizar aportaciones (bajo cualquier modalidad) a la economía del respectivo contrato. Recuérdese que las nuevas normas europeas sobre esta materia (Directiva 23/2014) imponen condiciones muy estrictas a este respecto: no es posible garantizar la recuperabilidad de las inversiones realizadas ni la cobertura de los costes que el concesionario haya contraído para explotar las obras o los servicios (artículo 5.1 *in fine*).

En este sentido, el legislador establece que los citados informes valorarán la “sostenibilidad financiera” de los contratos de concesión y, en particular, si la incidencia de las aportaciones públicas (ayudas, tasa de descuento, abono de tarifas) es “razonable” en atención al riesgo de demanda u otros riesgos asumidos por los operadores económicos (DA 36^a.4). Ciertamente la nueva Directiva de concesiones no impone una transferencia total del riesgo al concesionario pero sí que “la parte de los riesgos transferidos (...) suponga una “exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial

estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable” (artículo 5.1 *in fine*).

III.3. *Ámbito de aplicación y aspectos procedimentales*

La ONE informa preceptivamente los expedientes de concesiones que pongan en marcha la *Administración General del Estado* y las entidades locales. Un ámbito de actuación así de amplio (considérese el elevadísimo número y la complejidad de las licitaciones que serán sometidas a su parecer) requiere de una superestructura organizativa capaz de dar respuesta en breve plazo (30 días, por regla general) y con la calidad esperada a los informes que los poderes adjudicadores soliciten. Esta es, sin duda, una pieza básica (suficiente y adecuada dotación de profesionales y expertos altamente cualificados) del nuevo mecanismo de vigilancia que se acaba de introducir en el ordenamiento jurídico. Sin dicha dotación no será posible alcanzar los beneficios esperados del sistema. La DA 36^a no ha despejado este crucial aspecto, remitiendo la composición, organización y funcionamiento de la ONE a lo que disponga una futura Orden Ministerial. Para el ámbito autonómico, se prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas se adhieran (voluntariamente, se entiende) a la ONE (sin especificarse si ello conllevará un coste por los servicios prestados) o, en su caso, que dispongan la creación de órganos (autonómicos) equivalentes que cumplan las citadas funciones. La necesaria adecuación organizativa explica la *vacatio legis* prevista por el legislador específicamente para la nueva DA 36^a LCSP (seis meses desde su publicación en el BOE).

Por último, conviene destacar dos aspectos procedimentales que, en mi parecer, potencian el funcionamiento y otorgan credibilidad a la ONE. Por un lado, la publicidad ab initio de los informes elaborados por la citada oficina ya que, según dispone en DA 36^a apartado 5, TRLCSP, “los informes serán publicados a través de la central de información económico-financiera de las Administraciones Públicas dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y estarán disponibles para su consulta por el público a través de medios electrónicos”¹⁵. Igualmente importante es el valor que el legislador atribuye a los informes de la ONE: no basta simplemente con “oír su parecer” sino que es necesario justificar suficientemente las decisiones públicas cuando éstas se apartan del contenido de los citados informes técnicos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Informe sobre la Justicia Administrativa 2015*, DÍEZ SASTRE, S. (dir.), CIJA – UAM, Obra Social la Caixa, Madrid, 2015.

15 La citada Central tiene carácter público y en la misma se recoge la información sobre la actividad económico-financiera de las distintas Administraciones Públicas. Véase artículo 28 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

- Comisión Europea, “SMEs’ Access to public markets and aggregation of demand in de EU”, febrero de 2014. Disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/internal_market/studies/index_en.htm.
- GALLO SALIENT, J. A., “Ejecución de las resoluciones de los Tribunales Administrativos en materia de contratación”. Disponible en: www.obcp.es, 08/12/2014.
- GIMENO FELIÚ, J. M., “Informe espacial. Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora”, 2015. Disponible en: www.obcp.es.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a, “Los tribunales administrativos especiales de contratación pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón). ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?”, en R. FERNÁNDEZ ACEVEDO y P. VALCÁRCEL F. (dir.), *La Contratación Pública a debate: presente y futuro.*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, ps. 25-138.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a, “Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del Informe CORA. Balance y prospectiva”, en *Revista Catalana de Dret Public*, N° 47, 2013.
- LAZO VITORIA, X., “Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria. Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas”, N° 129, 2014, ps. 44-55. ISSN 1579-3036.
- LAZO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional en Europa”, en *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, N° 154, 2013, ps. 137-174. ISSN 1699-129X.
- LAZO VITORIA, X., “La invalidez de los contratos públicos en España: el recurso especial en materia de contratación pública y la cuestión de nulidad armonizados: comentario al art. 13 TRLCSP”, en *La nulidad de los actos administrativos. Actas de las IX Jornadas de Derecho Administrativo*, Legal Publishing/ Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013.
- LAZO VITORIA, X., “La Oficina Nacional de Evaluación: un control reforzado para las licitaciones públicas de la Administración General del Estado y de las Entidades locales”, diciembre de 2015. Disponible en: www.obcp.es.
- LÓPEZ CONTRERAS y MESTRE DELGADO, J. F., “Contratos públicos: Análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora”, Instituto de Empresa y Cátedra del Centro PWC de IE del Sector Público, Madrid, 2006.
- MORENO MOLINA, J. A., “Las últimas reformas legislativas en materia de contratos públicos y el futuro próximo. Crónica de una avalancha normativa”, en AA.VV., *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, GIMENO FELIÚ, J. M.^a

- (dir.), BERNAL BLAY, M. A. (coord.), Thomson-Reuters, Civitas, Navarra, 2011, ps. 105-124.
- MORENO MOLINA, J. A., “Las últimas reformas de la LCSP y en especial la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LCSP, la Ley de Contratos en los Sectores Especiales y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, en *Contratación Administrativa Práctica*, N° 102, 2010, ps. 3-32.
 - NOGUERA DE LA MUELA, B., “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° X, 2008, ps. 295-334.
 - PARDO GARCÍA-VALDECASAS, J. J., “El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”, en *Documentación Administrativa*, N° 288, 2010, ps. 19-41.
 - RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., “El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 25, 2010, ps. 1-52.
 - REVENTÓS SOLER, A. y MACÍAS CASTAÑO, J.M., “El recurso especial en materia de contratación, un año después... y el Reino de España empeñado en no cumplir la Directiva de Recursos”, en *Diario La Ley*, N° 7211, 2009.
 - SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

I

Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - LUIS ARROYO JIMÉNEZ - MARIANO BACIGALUPO SAGGESE
ANA MARIA BESTARD - FEDERICO CAMPOLIETI - WALTER FABIÁN CARNOTA
LUIS CASARINI - DARÍO CIMINELLI - PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO
ISAAC AUGUSTO DAMSKY - NICOLÁS DIANA - GUIDO JULIAN DUBINSKI
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ - AGUSTÍN GORDILLO - MIRIAM MABEL IVANEGA
EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO - ENRIQUE LAVIÉ PICO - XIMENA LAZO VITORIA
SERGIO MOHADEB - ORLANDO JAVIER MORENO - LUCIANO PAREJO ALFONSO
JULI PONCE SOLÉ - CLAUDIO MATÍAS POSDELEY - GALA RAMOS
MARIO REJTMAN FARAH - RICARDO RIVERO ORTEGA - HORACIO ROSATTI
JOSÉ L. SAID - SILVANA SANTORO - FABIANA HAYDEÉ SCHAFRIK DE NÚÑEZ
ADRIÁN R. TIMPANARO - JUAN ANTONIO TRAVIESO - GUILLERMO F. TREACY
ROGELIO W. VINCENTI - FRANCISCO VIQUE



UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Octubre de 2016

El control de la Actividad Estatal I / Horacio Rosatti ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

734 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-9-6

1. Derecho Administrativo. I. Rosatti, Horacio. II. Alonso Regueira, Enrique, director. CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina