

Edición electrónica  
con marcadores

# Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada

PREMIO COLECCIÓN DE ESTUDIOS DEL  
CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE  
CASTILLA Y LEÓN. Edición 2010

**ces**

Colección de Estudios **14**

# Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada

PREMIO COLECCIÓN DE ESTUDIOS DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE CASTILLA Y LEÓN. Edición 2010

INVESTIGADORES

*Tomás Quintana López (Dir.)*

*Dionisio Fernández de Gatta Sánchez*

*Susana Rodríguez Escanciano*

*Miguel Ángel González Iglesias*

*Anabelén Casares Marcos*

Colección de Estudios **14**

**ces**



# **Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada**

**PREMIO COLECCIÓN DE ESTUDIOS  
DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL  
DE CASTILLA Y LEÓN  
Edición 2010**



Edición electrónica disponible en Internet:

[www.cescyl.es/publicaciones/coleccion.php](http://www.cescyl.es/publicaciones/coleccion.php)

La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas dentro de la Colección de Estudios CES, incumbe exclusivamente a sus autores y su publicación no significa que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN

La reproducción de esta publicación está permitida citando su procedencia.

**Edita:** Consejo Económico y Social de Castilla y León  
Duque de la Victoria, 8, 3ª y 4ª planta • 47001 Valladolid  
Tlfs.: 983 394 200 - 983 394 355 • Fax: 983 396 538  
cescyl@cescyl.es • www.cescyl.es

**I.S.B.N.:** 978-84-95308-48-7

**Depósito Legal:** VA-151/2011

**Diseño y Arte final:** dDC, Diseño y Comunicación

# COMPOSICIÓN DEL PLENO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL

A 8 DE FEBRERO DE 2011

*Presidente:* D. José Luis Díez Hoces de la Guardia  
*Vicepresidentes:* D. Jesús María Terciado Valls. *Empresarial*  
D. Ángel Hernández Lorenzo. *Sindical*  
*Secretario General:* D. José Carlos Rodríguez Fernández

## Consejeros Titulares

### GRUPO I. ORGANIZACIONES SINDICALES MÁS REPRESENTATIVAS

#### • Unión General de Trabajadores. UGT

D. Luis Mariano Carranza Redondo  
D.<sup>a</sup> Patricia García de Paz  
D. Óscar Mario Lobo San Juan  
D.<sup>a</sup> Nuria Pérez Aguado  
D. Agustín Prieto González  
D. Regino Sánchez Gonzalo

#### • Comisiones Obreras de Castilla y León. CCOO

D. Vicente Andrés Granado  
D. Saturnino Fernández de Pedro  
D.<sup>a</sup> Bernarda García Córcoba  
D. Ángel Hernández Lorenzo  
D. Esteban Riera González  
D.<sup>a</sup> Ana M.<sup>a</sup> Vallejo Cimarra

### GRUPO II. ORGANIZACIONES EMPRESARIALES MÁS REPRESENTATIVAS

#### • Confederación de Organizaciones Empresariales de Castilla y León. CEECAL

D. Roberto Alonso García  
D. Santiago Aparicio Jiménez  
D. Luis Javier Cepedano Valdeón  
D. Avelino Fernández Fernández  
D. Héctor García Arias  
D. Ángel Herrero Magarzo  
D. Juan Antonio Martín Mesonero  
D. Pedro Palomo Hernangómez  
D. Antonio Primo Sáiz  
D. Manuel Soler Martínez  
D. Roberto Suárez García  
D. Jesús María Terciado Valls

### GRUPO III

#### • Expertos designados por la Junta de Castilla y León

D. Francisco Albarrán Losada  
D. José Luis Díez Hoces de la Guardia  
D. Juan José Esteban García  
D. Juan Carlos Gamazo Chillón  
D. José Antonio Mayoral Encabo  
D.<sup>a</sup> Asunción Orden Recio

#### • Organizaciones Profesionales Agrarias

- Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores  
de Castilla y León. ASAJA

D. Donaciano Dujo Caminero  
D. José María Llorente Ayuso

- Unión de Campesinos de Castilla y León. UCCL  
D. Ignacio Arias Ubillos

- Unión de Pequeños Agricultores  
de Castilla y León. UPA

D. Julio López Alonso

#### • Asociaciones o Federaciones de Asociaciones de Consumidores de Ámbito Regional

- Unión de Consumidores de Castilla y León. UCE  
D. Prudencio Prieto Cardo

#### • Cooperativas y Sociedades Laborales

- Federación de Cooperativas de Trabajo  
de Castilla y León  
D. Alberto Boronat Martín

## Consejeros Suplentes

### GRUPO I. ORGANIZACIONES SINDICALES MÁS REPRESENTATIVAS

#### • Unión General de Trabajadores. UGT

D. Modesto Chantre Pérez  
D.<sup>a</sup> Luz Blanca Cosío Almeida  
D. Gabriel Gómez Velasco  
D. Manuel López García  
D.<sup>a</sup> Agustina Martín Viñas  
D. Jesús María Sanz Cobos

#### • Comisiones Obreras de Castilla y León. CCOO

D.<sup>a</sup> Elsa Caballero Sancho  
D. Carlos Castedo Garvi  
D.<sup>a</sup> Eva Espeso González  
D.<sup>a</sup> Montserrat Herranz Sáez  
D.<sup>a</sup> Yolanda Rodríguez Valentín  
D.<sup>a</sup> Beatriz Sanz Parra

### GRUPO II. ORGANIZACIONES EMPRESARIALES MÁS REPRESENTATIVAS

#### • Confederación de Organizaciones Empresariales de Castilla y León. CEECAL

D. Vicente Álvarez Delgado  
D.<sup>a</sup> Sofía Andrés Merchán  
D. Bernabé Cascón Nogales  
D. Carlos Galindo Martín  
D.<sup>a</sup> Sonia González Romo  
D.<sup>a</sup> Mercedes Lozano Salazar  
D.<sup>a</sup> Sonia Martínez Fontano  
D.<sup>a</sup> Emiliana Molero Sotillo  
D. Luis Carlos Parra García  
D. Félix Sanz Esteban  
D. José Luis de Vicente Huerta  
D. Jaime Villagrà Herrero

### GRUPO III

#### • Expertos designados por la Junta de Castilla y León

D. Carlos Manuel García Carbayo  
D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> del Rosario García Pascual  
D. Modesto Martín Cebrían  
D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Jesús Maté García  
D. Joaquín Rubio Agenjo  
D.<sup>a</sup> Isabel Villa Santamarta

#### • Organizaciones Profesionales Agrarias

- Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores  
de Castilla y León. ASAJA

D. Lino Rodríguez Velasco  
D.<sup>a</sup> Nuria Ruiz Corral

- Unión de Campesinos de Castilla y León. UCCL  
D. José Ignacio Falces Yoldi

- Unión de Pequeños Agricultores  
de Castilla y León. UPA

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Luisa Pérez San Gerardo

#### • Asociaciones o Federaciones de Asociaciones de Consumidores de Ámbito Regional

- Unión de Consumidores de Castilla y León. UCE  
D.<sup>a</sup> Dolores Vázquez Manzano

#### • Cooperativas y Sociedades Laborales

- Unión Regional de Cooperativas Agrarias  
de Castilla y León. URCACyL  
D. Lucas Ferreras Zamora

# COMPOSICIÓN DE LAS COMISIONES DEL CES

A 8 DE FEBRERO DE 2011

## COMISIÓN PERMANENTE

<b>Presidente</b>	D. José Luis Díez Hoces de la Guardia	EXPERTOS
<b>Vicepresidentes</b>	D. Jesús María Terciado Valls D. Ángel Hernández Lorenzo	CECALE CCOO
<b>Consejeros</b>	D. Juan Carlos Gamazo Chillón D. Héctor García Arias D. Roberto Suárez García D. Agustín Prieto González D. Óscar Mario Lobo San Juan D. Donaciano Dujo Caminero	EXPERTOS CECALE CECALE UGT UGT ASAJA
<b>Secretario General</b>	D. José Carlos Rodríguez Fernández	

## COMISIONES DE TRABAJO

### I. ECONOMÍA

#### Presidente

D. Ángel Herrero Magarzo.  
CECALE

#### Vicepresidente

D. Manuel Soler Martínez.  
CECALE

#### Consejeros

D. Roberto Alonso García. CECALE  
D. Vicente Andrés Granado.  
CCOO  
D. Ignacio Arias Ubillos.  
UCCL  
D. Julio López Alonso. UPA  
D. José Antonio Mayoral Encabo.  
EXPERTOS  
D. Esteban Riera González. CCOO  
D. Régino Sánchez Gonzalo. UGT

#### Secretaria

(por delegación  
del Secretario General)  
D.ª Cristina García Palazuelos.  
CES de Castilla y León

### II. MERCADO LABORAL

#### Presidente

D. Luis Mariano Carranza  
Redondo. UGT

#### Vicepresidente

D.ª Nuria Pérez Aguado. UGT

#### Consejeros

D. Santiago Aparicio Jiménez.  
CECALE  
D. Alberto Boronat Martín.  
COOPERATIVAS  
D. Luis Javier Cepedano Valdeón.  
CECALE  
D. Juan José Esteban García.  
EXPERTOS  
D. Saturnino Fernández de Pedro.  
CCOO  
D. José M.ª Llorente Ayuso. ASAJA  
D. Antonio Primo Sáiz. CECALE

#### Secretaria

(por delegación  
del Secretario General)  
D.ª Beatriz Rosillo Niño.  
CES de Castilla y León

### III. CALIDAD DE VIDA Y PROTECCIÓN SOCIAL

#### Presidenta

D.ª Asunción Orden Recio.  
EXPERTOS

#### Vicepresidente

D. Francisco Albarrán Losada.  
EXPERTOS

#### Consejeros

D. Avelino Fernández Fernández.  
CECALE  
D.ª Bernarda García Córcoba.  
CCOO  
D.ª Patricia García de Paz. UGT  
D. Juan Antonio Martín Mesonero.  
CECALE  
D. Pedro Palomo Hernangómez.  
CECALE  
D. Prudencio Prieto Cardo. UCE  
D.ª Ana M.ª Vallejo Cimarra.  
CCOO

#### Secretaria

(por delegación  
del Secretario General)  
D.ª Susana García Chamorro.  
CES de Castilla y León



# CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL

## COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN

### ÚLTIMAS PUBLICACIONES

#### Informes anuales

Situación Económica y Social de Castilla y León de los años 2003 al 2009

#### Informes a Iniciativa Propia del CES

- IIP 1/03** El empleo de los jóvenes en Castilla y León
- IIP 2/03** Repercusiones y expectativas económicas generadas por la ampliación de la UE en los sectores productivos de Castilla y León
- IIP 3/03** Investigación, desarrollo e innovación en Castilla y León
- IIP 1/04** Las mujeres en el medio rural en Castilla y León
- IIP 2/04** Crecimiento económico e inclusión social en Castilla y León
- IIP 1/05** Las empresas participadas por capital extranjero en Castilla y León
- IIP 2/05** La situación de los nuevos yacimientos de empleo en Castilla y León
- IIP 1/06** La inmigración en Castilla y León tras los procesos de regularización: aspectos poblacionales y jurídicos
- IIP 2/06** La evolución de la financiación autonómica y sus repercusiones para la Comunidad de Castilla y León
- IIP 3/06** La cobertura de la protección por desempleo en Castilla y León
- IIP 4/06** La gripe aviar y su repercusión en Castilla y León
- IIP 1/07** Incidencia y expectativas económicas para los sectores productivos de Castilla y León generadas por "la ampliación a 27" y "el Programa de Perspectivas Financieras 2007-2013" de la Unión Europea
- IIP 2/07** La conciliación de la vida personal, laboral y familiar en Castilla y León
- IIP 1/08** La relevancia de los medios de comunicación en Castilla y León
- IIP 2/08** El régimen impositivo al que están sometidas las empresas de Castilla y León y su relación con el de otras Comunidades Autónomas
- IIP 1/09** Perspectivas del envejecimiento activo en Castilla y León
- IIP 2/09** Expectativas del sector de la bioenergía en Castilla y León
- IIP 1/10** Integración del sector metal-mecánico de Castilla y León en el ámbito de la fabricación de los sectores aeronáutico y ferroviario
- IIP 2/10** Bienestar social y riesgo de pobreza en Castilla y León
- IIP 3/10** Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Aplicación de la Ley 39/2006 en Castilla y León



# CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL

## COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN

### ÚLTIMAS PUBLICACIONES

#### Colección de Estudios

- N.º 6 Aspectos comerciales de los productos agroalimentarios de calidad en Castilla y León
- N.º 7 El sector de automoción en Castilla y León. Componentes e industria auxiliar
- N.º 8 Aplicación del Protocolo de Kioto para Castilla y León
- N.º 9 Desarrollo agroindustrial de biocombustibles en Castilla y León
- N.º 10 Satisfacción de los ciudadanos con el servicio de las Administraciones Públicas
- N.º 11 El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en Castilla y León desde la perspectiva de género. Una propuesta a favor de las mujeres asalariadas
- Nº 12 Sectores y subsectores sin regulación colectiva en Castilla y León
- Nº 13 Impacto de la transposición de la *Directiva de Servicios* en Castilla y León
- Nº 14 Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada

#### Memorias anuales de Actividades

Memoria de actividades de los años 2003 al 2010

#### Revista de Investigación Económica y Social

##### Revista nº 6 Enero/diciembre 2003

*Premio de Investigación 2003*

- Valoración económica de bienes públicos en relación al patrimonio cultural de Castilla y León. Propuesta y aplicación empírica.

##### Revista nº 7 Enero/diciembre 2004

*Premio de Investigación 2004*

- Perfil económico y financiero de los cuidados de larga duración. Análisis de la Situación en Castilla y León.
- *Accésit*: La conciliación de la vida laboral y familiar en Castilla y León.
- *Trabajo seleccionado para publicación*: Distribución y consumo de productos ecológicos en Castilla y León: modelos de canales comerciales, localización y hábitos de consumo. Análisis y evaluación.



## CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN

### ÚLTIMAS PUBLICACIONES

#### Revista de Investigación Económica y Social

##### Revista nº 8 Enero/diciembre 2005

###### Premio de Investigación 2005

- Participación y representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales. Especial referencia a las previsiones al respecto contenidas en los convenios colectivos de Castilla y León.
- *Accésit*: La compraventa on-line de alimentos en Castilla y León. Opiniones de empresas y consumidores.
- *Trabajo seleccionado para su publicación*: Representación de la clase política en Castilla y León. Un estudio de los procuradores (2003-2007).

##### Revista nº 9 Enero/diciembre 2006

###### Premio de Investigación 2006

- Las disparidades territoriales en Castilla y León: Estudio de la convergencia económica a nivel municipal.
- *Trabajo seleccionado*: Análisis de la "burbuja inmobiliaria" en España y su impacto sobre Castilla y León: un estudio jurídico-económico.

##### Revista nº 10 Enero/diciembre 2007

###### Premio de Investigación 2007

- "Las Universidades de Castilla y León ante el reto del Espacio Europeo de Educación Superior. Un análisis de su competitividad y eficiencia".
- *Accésit*: "Los efectos redistributivos del presupuesto municipal en un Estado descentralizado".

##### Revista nº 11 Enero/diciembre 2008

###### Premio de Investigación 2008

- "Estimación de los beneficios de los ecosistemas forestales regionales para los habitantes de la Comunidad Autónoma de Castilla y León".
- *Accésit*: "Principales Líneas programáticas y normativas diseñadas en la Comunidad Autónoma de Castilla y León para la tutela de las situaciones de monoparentalidad".

##### Revista nº 12 Enero/diciembre 2009

###### Premio de Investigación 2009

- *Desierto*
- *Accésit*: "El desarrollo del potencial empresarial de los estudiantes en las Universidades públicas de la Comunidad Autónoma de Castilla y León".

##### Revista nº 13 Enero/diciembre 2010

###### Premio de Investigación 2010

- *Desierto*
- *Accésit*: "Estado actual de los modelos de capital intelectual y su impacto en la creación de valor en empresas de Castilla y León".



# CONSEJO *ECONÓMICO Y SOCIAL*

## *COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN*

### PRÓXIMAS PUBLICACIONES

#### Informes anuales

- Situación Económica y Social de Castilla y León en 2010

#### Informes a Iniciativa Propia del CES

- Evolución de la incorporación de la mujer al mercado laboral de Castilla y León. Retos actuales y oportunidades
- El sistema educativo universitario en Castilla y León
- Población y poblamiento en Castilla y León
- La minería en Castilla y León desde el punto de vista de su sostenibilidad y de su carácter como reserva estratégica

#### Revista de Investigación Económica y Social

- **Nº 14** Premio de Investigación 2011  
*Convocado en BOCyL nº 205, de 22-10-2010*

#### Colección de Estudios

- **Nº 15** Premio Colección de Estudios 2011  
*Convocatoria pendiente de publicación*  
Tema: "La atención social en Castilla y León"

#### Memoria anual de Actividades

- Memoria de Actividades 2011

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	23
<b>CAPÍTULO I.</b>	
<b>Análisis del marco general, estado actual y perspectivas de las fórmulas de colaboración público-privada con especial referencia a la Comunidad de Castilla y León</b> .....	33
<b>I. Breve <i>excursus</i> histórico sobre la evolución de la legislación española en materia de colaboración público-privada</b> .....	35
1. Orígenes de la legislación española de obras públicas .....	36
2. La legislación de obras públicas del siglo XIX .....	41
3. La consolidación gradual de la fórmula concesional durante el siglo XX .....	54
<b>II. El afianzamiento de las fórmulas de colaboración público-privada en el ámbito internacional</b> .....	68
1. La promoción de la participación público-privada por las organizaciones mundiales más representativas: BM, OMC y ONU .....	71
2. Recomendaciones y conclusiones a extraer del fomento internacional, especialmente en el ámbito anglosajón, de la colaboración público-privada .....	80
<b>III. La promoción por la UE de la colaboración público-privada</b> .....	89
1. Los orígenes de la regulación comunitaria de la concesión de obras públicas .....	90
2. Corrección de las disfunciones detectadas en materia de contratación pública .....	94
3. El alumbramiento de las fórmulas de colaboración público-privada en el marco comunitario .....	99
A. Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho comunitario .....	102
B. La reforma comunitaria de 2004 .....	104

4. Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones ...	105
5. El impulso a la colaboración público-privada por la Unión Europea en los últimos años: <i>statu quo</i> de la cuestión .....	108
IV. El resurgir en el ordenamiento jurídico español de la colaboración público-privada para la dotación de obras públicas y la explotación de servicios públicos .....	114
1. Impulso y confirmación de la participación privada en la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas .....	116
2. La apertura de nuevas vías de colaboración entre los sectores público y privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público .....	122
A. Principales novedades introducidas por la LCSP .....	123
B. Algunas reflexiones críticas sobre la LCSP desde la perspectiva del fenómeno de la colaboración público-privada .....	127
V. Especial referencia al reparto competencial en materia de colaboración público-privada en Castilla y León .....	133
1. El artículo 149.1.18º de la Constitución y la legislación básica del Estado sobre contratos y concesiones administrativas .....	140
2. Competencias de la Comunidad Autónoma de Castilla y León en materia de obras públicas e infraestructuras .....	154
A. La definición de la obra pública. Su distinción de la infraestructura .....	157
B. Distribución competencial en materia de infraestructuras y obras públicas en el marco de la Constitución española y la reciente reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León .....	163
a. <i>Título competencial genérico en materia de obras públicas</i> .....	165
b. <i>Interés general vs. interés de la Comunidad Autónoma</i> .....	169
c. <i>El criterio de la territorialidad</i> .....	176
d. <i>Títulos competenciales específicos en materia de infraestructuras y obras públicas</i> .....	179

<i>a'</i> Ferrocarriles, carreteras y caminos .....	181
<i>b'</i> Aeropuertos, helipuertos, muelles e instalaciones de navegación .....	183
<i>c'</i> Aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos.....	186
VIII. Conclusión .....	192
<b>Bibliografía</b> .....	194

## CAPÍTULO II.

<b>Análisis de los problemas derivados de la introducción de consideraciones ambientales en los modelos de colaboración público-privada para la dotación y explotación de obras públicas</b> .....	217
I. Introducción .....	219
II. Las técnicas de protección jurídica del medio ambiente: de las técnicas clásicas a los instrumentos de mercado .....	223
III. Aspectos generales de la introducción de cláusulas ambientales en la contratación pública .....	227
IV. Contratación pública y medio ambiente: actuaciones internacionales .....	229
V. La incorporación de criterios ambientales a los contratos públicos en la Unión Europea .....	233
1. Unión Europea, contratación pública y medio ambiente .....	233
2. El medio ambiente y la contratación pública en los Tratados Europeos, en los Programas Ambientales y en las Estrategias de Desarrollo Sostenible .....	235
3. La no inclusión de criterios ambientales en las primeras normas europeas sobre contratación pública .....	251
4. El régimen vigente de los criterios ambientales en los contratos públicos europeos .....	254
5. Nuevas propuestas .....	268
VI. La legislación española en materia de contratos públicos y el medio ambiente .....	274
1. El régimen histórico y constitucional de la contratación pública y el medio ambiente .....	274
2. La Legislación vigente sobre Contratos de las Administraciones Públicas hasta 2007 .....	279

3. La definitiva incorporación de los criterios ambientales y de sostenibilidad en la contratación pública: la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales .....	283
4. Otros textos normativos que asumen la incorporación de criterios ambientales en la contratación pública .....	299
5. Las actuaciones en materia de contratación pública y medio ambiente en la Comunidad de Castilla y León .....	314
<b>VII. Conclusión</b> .....	323
<b>Bibliografía</b> .....	325

### **CAPÍTULO III.**

<b>La perspectiva social en el marco de la colaboración público-privada. Especial referencia a la contratación del sector público</b> .....	333
I. Planteamiento: la lucha contra la exclusión social y la precariedad laboral desde la Ley de Contratos del Sector Público .....	335
1. La apuesta por la inclusión activa .....	337
2. Las herramientas frente a la nueva "pobreza trabajadora" .....	342
II. La preferencia en las adjudicaciones de los contratos: las quebras del principio de libertad de contratación empresarial a favor de las capas más débiles. Incidencia en Castilla y León .....	344
III. Requisitos para la aplicación del desempate .....	348
1. Inclusión en el pliego de condiciones particulares .....	349
2. Equivalencia entre ofertas .....	353
IV. Sujetos beneficiarios .....	354
1. Empleadores con discapacitados en sus plantillas: la promoción del "empleo selectivo" .....	354
A. La inserción laboral de las personas con discapacidad .....	355
B. Incentivos .....	359
C. El fracaso de los cupos .....	362

D.	El establecimiento de un sistema de cuota indirecta .....	364
a.	<i>La entidad beneficiaria: características</i> .....	365
b.	<i>El umbral mínimo de trabajadores discapacitados exigido</i> ...	367
c.	<i>Aplicación práctica</i> .....	374
E.	Otras medidas de refuerzo a favor de las personas con discapacidad .....	375
a.	<i>Prohibiciones para contratar con la Administración</i> .....	376
b.	<i>Acomodo de las prescripciones técnicas al parámetro del diseño para todos</i> .....	377
c.	<i>Reserva de participación para centros especiales de empleo...</i>	380
d.	<i>La denominada "cláusula de progreso"</i> .....	386
e.	<i>Garantía de accesibilidad</i> .....	389
2.	Las empresas de inserción y su contribución al reclutamiento de marginados sociales .....	390
3.	Entidades sin ánimo de lucro: nuevos yacimientos de empleo para desempleados con dificultades de acceso al mercado de trabajo .....	397
4.	Organizaciones de comercio justo y su actuación en defensa de los trabajadores más vulnerables .....	401
V.	El acomodo del régimen de prioridades en la adjudicación a los principios inspiradores del derecho comunitario de la contratación pública .....	404
VI.	Otros posibles criterios de preferencia tendentes a favorecer la contratación de mujeres .....	415
1.	Intervención estatal .....	416
2.	Iniciativas autonómicas. Especial referencia a Castilla y León .....	427
VII.	Criterios de adjudicación de naturaleza social .....	431
1.	La perspectiva "europeísta" .....	432
2.	Posición del ordenamiento interno .....	436
3.	Límites .....	442
VIII.	Condiciones especiales de ejecución de carácter social .....	451
IX.	Exclusión de licitadores por causas sociales .....	462
1.	No estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones laborales y con la Seguridad Social .....	464
2.	Infracción de la normativa sobre prevención de riesgos laborales .....	466

A. Marco legal .....	466
B. La entidad de la conducta transgresora .....	468
3. Dificultades a la hora de comprobar la concurrencia de las causas de inhabilitación .....	470
X. La acreditación de cualificación técnica y su incidencia en la estabilidad en el empleo .....	473
1. La obligada declaración sobre la plantilla media anual de la empresa licitadora .....	476
2. El número mínimo de contratos indefinidos exigidos en la subcontratación de obras públicas .....	483
XI. Transmisión empresarial del vínculo administrativo: consecuencias para los trabajadores afectados .....	487
1. El principio de continuidad en la prestación del servicio público ....	488
2. Requisitos para la subrogación empresarial desde el punto de vista de la legislación social .....	489
3. Reversión a manos de la Administración de una actividad previamente exteriorizada .....	500
XII. Las garantías de responsabilidad solidaria en materia salarial y de seguridad social en los supuestos de subcontratación de la adjudicación .....	513
1. La permisividad de la Ley de Contratos del Sector Público .....	514
2. La imputabilidad de la Administración .....	517
A. La doctrina de los Tribunales del orden social .....	518
B. Problemas para su aplicación .....	522
C. Sobre el concepto “propia actividad” .....	525
D. La exoneración de responsabilidad de la Administración prevista en los pliegos de condiciones .....	530
XIII. Cesión ilegal de trabajadores. La desaparición de los límites a la intermediación de las empresas de trabajo temporal .....	532
XIV. La huida del contrato de trabajo: la utilización de la contratación administrativa de servicios .....	547
1. Antecedentes .....	548
2. Interpretación judicial .....	556
3. Últimas reformas normativas .....	559
XV. Conclusión .....	562
<b>Bibliografía</b> .....	563

**CAPÍTULO IV.**

<b>Análisis de la regulación por la LCSP de la nueva figura contractual de colaboración entre los sectores público y privado .....</b>	<b>599</b>
<b>I. Los contratos de colaboración público-privados:</b>	
introducción .....	601
<b>II. Concepto y caracteres de la colaboración público-privada:</b>	
ventajas e inconvenientes .....	608
<b>III. Los contratos o acuerdos de colaboración público-privados en el ámbito de la Unión Europea .....</b>	<b>630</b>
<b>IV. La colaboración público-privada en España .....</b>	<b>660</b>
<b>1. Antecedentes .....</b>	<b>660</b>
<b>2. La Ley de Contratos del Sector Público y los contratos de colaboración público-privada .....</b>	<b>666</b>
<b>V. Los contratos de colaboración público-privados en la Comunidad Autónoma de Castilla y León: algunas experiencias .....</b>	<b>688</b>
<b>VI. Conclusión .....</b>	<b>692</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>694</b>





# Introducción



## INTRODUCCIÓN

La Resolución de 11 de junio de 2010, del Presidente del Consejo Económico y Social de Castilla y León, por la que se convoca el Premio «Colección de Estudios del CESCyL» (edición 2010), establece en su base segunda como tema de investigación para la citada convocatoria el del “Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada”, desgranando a continuación, y a modo meramente indicativo, algunas de las cuestiones más actuales, candentes y, por ende, polémicas, que, asociadas a la articulación y funcionamiento de estas fórmulas de cooperación o asociación entre los sectores público y privado, habrían de ser objeto de atención preferente en el proyecto de investigación finalmente seleccionado y galardonado.

La exposición que sigue abordará, en consonancia con el guión propuesto en la convocatoria, un estudio crítico en torno a las claves evolutivas más importantes del fenómeno que se ha dado en denominar en estos últimos tiempos de colaboración, cooperación o asociación público-privada para la contratación de la construcción, financiación y explotación posterior de obras públicas, así como de la gestión de servicios públicos de naturaleza diversa orientados, en última instancia, a la satisfacción de necesidades colectivas básicas. Disertación que habrá de recoger, simultáneamente, las referencias históricas y doctrinales necesarias para la correcta comprensión no sólo de su implantación y su previsible devenir posterior entre nosotros, sino también de las principales implicaciones y los retos más importantes y problemáticos que proyecta en estos momentos para las exigencias y necesidades derivadas del interés general en la materia, no sólo desde una perspectiva general, relativa al ordenamiento jurídico español, sino desde la óptica concreta y particular de las competencias que corresponden en esta materia particular a la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Profundizamos así en un sector, el de la colaboración público-privada en el ámbito de la contratación pública, al que hemos venido prestando especial atención desde hace algún tiempo, más aún desde la aprobación de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

La sustitución del Plan de Infraestructuras de Transporte 2000-2007 (PIT) por el Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte 2005-2020 (PEIT), y la anunciada, y largamente esperada, reforma de la regulación vigente en materia

de contratación pública por Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), no han hecho sino consolidar la tendencia reinante en años anteriores a dar un mayor protagonismo a la intervención cada vez más cualificada del sector privado en la proyección, construcción, gestión y, ante todo, financiación tanto de la obra pública como del servicio público prestado sobre la misma, ahondando así en la línea inaugurada entre nosotros por la reforma de 2003 y desembocando, finalmente, en una ampliación del catálogo de fórmulas e instrumentos dirigidos a articular nuevos mecanismos de colaboración público-privada.

De esta forma, la propia insuficiencia presupuestaria y las dificultades financieras del sector público para acometer la dotación y explotación de las obras y los servicios públicos precisos, han abocado a una evolución imparable de la legislación al respecto en nuestro país, acorde, por otra parte, a los continuos pronunciamientos tanto internacionales como fundamentalmente de la Unión Europea reclamando un mayor protagonismo privado al respecto.

Las novedades sancionadas, en este sentido, por el articulado de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, heredera, simultáneamente, de muchos de los claroscuros de la reforma anterior, efectuada por Ley 13/2003, aconsejan continuar, en definitiva, con la línea de investigación seguida por este equipo desde hace ya algunos años, a fin de elevarse ahora por encima de lo particular, el contrato de concesión de obras públicas, y alzarse a una atalaya superior desde la que divisar el horizonte general en toda su extensión, esto es, las dificultades y retos planteados por la colaboración público-privada en materia de obras públicas considerada desde una perspectiva más amplia, en especial, las incógnitas suscitadas por las diversas fórmulas pergeñadas normativamente para su articulación y los obstáculos concretos a superar para su óptima y eficiente materialización.

Así lo admitió también entre nosotros la reforma efectuada hace unos años por Ley 13/2003, de 23 de mayo, cuya exposición de motivos afirma expresamente que “el desarrollo económico sostenido y la mejora de la calidad de vida no pueden desvincularse de la creación de infraestructuras y de la prestación a los ciudadanos de servicios considerados esenciales”<sup>1</sup>. Pese a admitir

---

<sup>1</sup> No en vano representan, en palabras de GÓMEZ MENDOZA, A.: “Las obras públicas, 1850-1935”, en la obra colectiva dirigida por COMÍN, F. y MARTÍN ACEÑA, P.: *Historia de la empresa pública en España*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, p. 178, “una parte del capital fijo social”.

el protagonismo fundamental de las distintas Administraciones públicas al respecto, en cuanto ambos objetivos “tienen en los poderes públicos los responsables más cualificados”, reconoce y subraya también, sin embargo, el papel preeminente que corresponde, en este sentido, a “la propia sociedad civil en general y, en el plano económico, al empresario privado, colaborador obligado y tradicional de la Administración”.

Con esta referencia expresa a la colaboración necesaria entre los sectores público y privado para la dotación de obras públicas y la gestión de servicios públicos esenciales el legislador español se adhiere en 2003 a una tendencia mucho más amplia de fomento y respaldo en el ámbito internacional a la participación privada en esferas tradicionalmente reservadas al sector público<sup>2</sup>, apostando resueltamente por la participación privada en la provisión de obras públicas a través, en particular, de la recuperación y el decidido impulso de una figura jurídica centenaria y tan arraigada en nuestro ordenamiento jurídico, cual es la concesión de obras públicas.

El legislador pretendía dar respuesta con ello a la nueva realidad socioeconómica, a las exigencias derivadas del desarrollo y crecimiento económicos actuales y a las propias demandas de la sociedad, aprovechando al máximo los beneficios que pudiera reportar la participación privada en la construcción y explotación de infraestructuras. En última instancia, la regulación inaugurada para el nuevo contrato administrativo típico de concesión de obras públicas respondía declaradamente a la inquietud por allegar financiación privada a la construcción y explotación de las grandes obras públicas y, en particular, a la fundamental labor de completar, extender y mantener nuestra actual red de infraestructuras de transporte<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> FUERTES FERNÁNDEZ, A.: “Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructuras y servicios”, *REDETI*, núm. 29, mayo-agosto de 2007, pp. 100 y ss., dedica especial atención a la compleja delimitación entre los fenómenos de colaboración público-privada y privatización, ofreciendo algunas claves para su clarificación.

<sup>3</sup> En efecto, si hace años se daba por cierta la existencia de un acusado déficit de infraestructuras respecto al resto de los Estados miembros de la Unión Europea, hoy se suman a la sentida necesidad de completar definitivamente nuestras redes, los problemas derivados de su adaptación al ritmo de crecimiento actual del tráfico, fundamentalmente por carretera, y de la contrastada insuficiencia de las acciones emprendidas para su adecuada conservación y mantenimiento.

Son muchas las razones aducidas, tanto en el plano interno como en otros ordenamientos comparados, para emprender este nuevo rumbo, todas ellas sumamente variadas, si bien las razones presupuestarias se revelan, en última instancia, como el punto de partida por excelencia y auténtico centro neurálgico, en definitiva, de este movimiento privatizador que ofrece, en principio, como bazas principales a su favor, al menos en el plano estrictamente teórico, el ahorro económico del sector público y una mayor eficiencia del sector privado en la gestión de las necesidades colectivas bajo la supervisión pública<sup>4</sup>.

Se ha señalado ya como la aprobación en los últimos años por el legislador estatal de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, y la asunción incontestada de su enunciado por la actualmente vigente LCSP, ofrecen un ejemplo inmejorable al respecto. Se trata de un régimen jurídico que intenta dar respuesta a la necesidad económica de aportar recursos privados para la financiación de los sucesivos Planes aprobados en materia de infraestructuras, con los que se pretende, a su vez, resolver definitivamente el déficit secular de nuestro país en esta materia<sup>5</sup>.

El propio devenir histórico ha permitido constatar, como se verá *infra*, la conveniencia de estas nuevas fórmulas participativas y de colaboración ante la insuficiencia manifiesta de cualquier sistema de financiación de obras y servicios públicos de procedencia exclusivamente pública o privada. Ambos presentan, en definitiva, serias deficiencias que hacen aconsejable la búsqueda de un régimen mixto de financiación y de una colaboración efectiva entre los sectores público y privado para la construcción, explotación y financiación de

---

<sup>4</sup> En idéntico sentido, sobre la insuficiencia de los recursos presupuestarios para la provisión de obras públicas y el contrato de concesión de obra pública como vía para "articular la contribución de los recursos privados a la creación de infraestructuras mediante una retribución equitativa del esfuerzo empresarial", vid. BERNAL BLAY, M.Á.: "Contrato de concesión de obras públicas", en BERMEJO VERA, J. (Dir.) y BERNAL BLAY, M.Á. (Coord.): *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 161 y ss.

<sup>5</sup> ALLARD, G. y TRABANT, A., *La tercera vía: en la frontera entre público y privado. Public-Private Partnerships*, Centro PwC & IE del Sector Público, Madrid, 2006, pp. 12 y ss., han subrayado las ventajas de los programas de participación público-privada, si bien se muestran simultáneamente críticas, p. 87, con el reduccionismo operado al respecto por el sector público en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto ha transmitido tan sólo el mensaje del "ahorro de gastos públicos", obviando cualquier "proceso de comunicación coherente sobre los motivos de utilizar la Participación Público-Privada y de los beneficios potenciales que puede traer al ciudadano". De ahí la "confusión" que aún cabe apreciar, en su opinión, "a nivel político y público" sobre este tipo de proyectos.

infraestructuras, así como la gestión de servicios básicos prestados a los ciudadanos. En lugar de una separación estricta de papeles entre ámbito público y privado, la nueva filosofía que se ha abierto paso a nivel internacional pretende posibilitar un reparto más flexible de funciones que atraiga a la iniciativa privada sin descuidar por ello el interés general latente en última instancia.

La LCSP reitera, en cualquier caso, y pretende consolidar en buena medida algunas de las técnicas y novedades más importantes introducidas a estos efectos en nuestro ordenamiento jurídico por Ley 13/2003, de 23 de mayo. Recoge, en definitiva, su testigo y está llamada a ser una pieza fundamental para la construcción y explotación de las obras públicas de transporte que se proyecten y ejecuten en nuestro país con independencia de la Administración Pública que las promueva y, señaladamente, para la ejecución, en la medida de lo posible, del PEIT, elaborado por el Ministerio de Fomento y aprobado en Consejo de Ministros el 15 de julio de 2005, y, sobre todo, del Plan Extraordinario de Infraestructuras de Transporte en Colaboración Público-Privada, anunciado por el Ministerio de Fomento en marzo de 2010, ante la gravedad de la recesión económica, la imperiosa e inaplazable necesidad de contener el déficit público y de allegar, en fin, financiación privada adicional para la culminación de ciertos proyectos de infraestructuras por valor de 17.000 millones de euros de inversión.

La peculiaridad de la situación actual, marcada indudablemente por las dudas suscitadas por ambas reformas, carentes aún del necesario desarrollo reglamentario, unida a la amplitud de los lapsos temporales que se manejan hasta poder dar definitivamente por cerrada la modificación emprendida en el ámbito de la contratación de obras públicas aboca, irremediadamente, a una suerte de esquizofrenia normativa, por cuanto a la *vacatio legis* de seis meses prevista por la Disposición final duodécima de la Ley 30/2007 para su entrada en vigor, se ha sumado el plazo de un año de que disponía el Gobierno a partir de ese momento, conforme a la Disposición final décima, para someter al Congreso un Proyecto de Ley sobre el régimen de financiación y garantías de las concesiones de obras públicas y de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, que cerrara definitivamente el círculo de la regulación normativa en nuestro ordenamiento de la colaboración público-privada en la materia.

Encargo que ha sido abordado por el Gobierno de la Nación de forma parcial, en cualquier caso, y con cierto retraso, por cuanto el proyecto de ley finalmente presentado al Congreso de los Diputados el 30 de octubre de 2009, calificado

el 10 de noviembre siguiente, se centra exclusivamente en la captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas, siguiendo muy de cerca los antecedentes normativos y manteniendo la consideración especial de las tres vías de financiación recogidas hasta ahora en los preceptos aún vigentes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP), esto es, la emisión de valores, la hipoteca de la concesión y los créditos participativos<sup>6</sup>.

Las consecuencias e implicaciones prácticas que podrían derivar, en cualquier caso, de esta participación y de su decidido impulso son de tal enjundia que aconsejan una atención pormenorizada a la misma, a las condiciones y requisitos necesarios para que se produzca, a las potestades administrativas implicadas, a los efectos derivados, en fin, de su articulación concreta. El acuerdo contractual de los términos de esa asociación y de la cooperación privada en el ámbito de las obras y los servicios públicos plantea, inevitablemente, dilemas a los que es preciso dar respuesta, incógnitas que exigen de una cuidadosa ponderación y de una solución equilibrada en aras de una mayor seguridad jurídica y un fomento realmente eficaz de la intervención privada en estos ámbitos<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 47-1, de 13 de noviembre de 2009.

<sup>7</sup> Muchas de ellas han sido expuestas, subrayadas e incluso tratadas en profundidad por los miembros de este equipo de investigación en los últimos años. Vid., en este sentido, entre otras, QUINTANA LÓPEZ, T., GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. y CASARES MARCOS, A.: "La iniciativa particular en la creación de infraestructuras y en la oferta de suelo edificable en el sistema concesional español", *Estudios de Construcción y Transportes*, núm. 102, 2005, pp. 99 y ss.; QUINTANA LÓPEZ, T.: "Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 131, 2006, pp. 421 y ss.; QUINTANA LÓPEZ, T.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., GONZÁLEZ IGLESIAS, M.Á. y CASARES MARCOS, A.: "Eficiencia del régimen concesional de obra pública: especialización de la Administración concedente, consideraciones ambientales y sociales y PPP's", *Estudios de Construcción y Transportes*, núm. 109, 2008, pp. 67 y ss.; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "El régimen de la incorporación de criterios ambientales en la contratación del sector público: su plasmación en las nuevas leyes sobre contratación pública de 2007", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 80, noviembre 2008, pp. 41 y ss.; y, GONZÁLEZ IGLESIAS, M.Á.: "Los contratos de colaboración público-privados", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 79, octubre 2008, pp. 37 y ss. Asimismo, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Marcial Pons, Madrid, 2006; de la misma autora, "Concesiones administrativas y prevención de riesgos laborales: problemas jurídicos", en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (Coord.): *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y*

Más aún tras la paralización de buena parte de los proyectos de infraestructuras previstos originariamente en el PEIT y aún no licitados, así como del retraso, suspensión temporal o resolución contractual, incluso, de los ya adjudicados, anunciada el 19 de mayo de 2010 ante la Comisión de Fomento del Congreso de los Diputados por el Ministro de Fomento ante “el nuevo contexto económico y financiero actual” y de la que tan sólo quedan excluidas, en principio, las infraestructuras portuarias y aeroportuarias. En su comparecencia, el Ministro expuso no sólo los nuevos planes de eficiencia, austeridad y ajuste del Ministerio, sino que reafirmó su impulso decidido a la inversión pública a través de un Plan de Colaboración Público-Privada.

La reflexión al respecto debe partir, en cualquier caso, de la propia complejidad y particularidad de nuestra legislación en materia de contratación de obras y servicios públicos, a medio camino entre la incorporación de los postulados comunitarios favorables a la consolidación de las fórmulas de colaboración público-privada y de la recuperación de técnicas e instrumentos jurídicos tradicionales de nuestro Derecho histórico decimonónico si bien teñidos ahora de un cierto halo de modernidad y reforma.

No en vano el resurgir en nuestro ordenamiento jurídico de una colaboración más estrecha entre los sectores público y privado para la dotación de obras públicas e infraestructuras y la gestión de servicios públicos de contenido diverso, enfrenta al operador jurídico a cuestiones complejas y de gran calado.

---

*del trabajo*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2007; *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública*, Cinca-Cermi, Madrid, 2008; “Trabajo y exclusión social en el nuevo sistema de contratación del sector público”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 305-306, 2008, pp. 3 y ss.; y, *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009. Y, en fin, CASARES MARCOS, A.: “La iniciativa privada en el diseño, proyección, ejecución y explotación de infraestructuras. Problemas y perspectivas”, *CEFLEGAL. Revista práctica de Derecho*, núm. 43-44, 2004, pp. 61 y ss.; y, de la misma autora, *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Montecorvo, Madrid, 2007; “Protección y derechos de los viajeros: la calidad de las infraestructuras de transporte objeto de concesión de obra pública”, en MARTÍNEZ SANZ, F. y PETIT LAVALLA, M.<sup>ª</sup> V. (Dirs.) y PÜTZ, A. y SALES PALLARÉS, L. (Coords.): *Aspectos jurídicos y económicos del transporte: hacia un transporte más seguro, sostenible y eficiente*, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, 2007, pp. 3 y ss.; “La calidad del servicio como criterio para la adjudicación de la concesión de obras públicas”, MIGNONE, C., PERICU, G. y ROVERSI-MONACO, F. (Dirs.): *Le esternalizzazioni. Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli*, Bolonia University Press, Bolonia, 2007, pp. 315 y ss.

Algunas de ellas, tratadas de forma más amplia en trabajos anteriores de este equipo, quedan apuntadas de nuevo en este proyecto, si bien actualizando su estudio a la nueva normativa, tanto comunitaria como española, en la materia.

El incremento en número y tipología de las vías disponibles para la colaboración público-privada dirigida a la dotación de obras públicas y el impulso, por otra parte, de otras ya conocidas y tradicionales en nuestro ordenamiento jurídico, enlaza así, en última instancia, con un reto fundamental para su materialización que, a modo de manto envolvente, subyace a todos los demás. No es otro que la necesidad de garantizar la permanente actualización y la máxima profesionalización de los agentes del sector público implicados en la tramitación y ejecución de estos negocios contractuales, por cuanto se concentran en sus manos, en definitiva, funciones y potestades esenciales para la garantía del interés general y de los servicios públicos.

El proyecto que desarrollamos profundiza con mayor detalle, en cualquier caso, en una serie de cuestiones que entendemos capitales para garantizar una adecuada articulación de la asociación entre los sectores público y privado a fin de dispensar, en última instancia, una protección adecuada a los intereses públicos implicados.

Así, en primer lugar, el reparto competencial en la materia, que resulta un tanto complejo, farragoso incluso, por cuanto se entrecruzan y solapan diversos títulos competenciales al respecto, prestando especial atención a la situación y perspectivas de futuro de la colaboración público-privada en la Comunidad Autónoma de Castilla y León. O, de otro lado, el análisis de los problemas derivados de la introducción de consideraciones ambientales en los modelos de colaboración público-privada para la dotación y gestión de obras y servicios públicos, aspecto que cabe calificar de crucial ante la extensión territorial de nuestra Comunidad Autónoma y la cifra total de kilómetros cuadrados sujetos a algún régimen especial de protección ambiental. Destacando, asimismo, el estudio, por otra parte, de las cuestiones planteadas por la incorporación de consideraciones sociales a estos modelos de colaboración público-privada, por cuanto no cabe duda que la contratación pública puede tener un extraordinario poder de conformación social sobre el tejido empresarial castellano y leonés. Y, en fin, entre las cuestiones planteadas por la reforma sustanciada por la LCSP, la atención pormenorizada dispensada a la regulación por la Ley de 2007 a la nueva figura contractual de colaboración entre los sectores público y privado.

Cabe afirmar, en definitiva, a la luz de estas primeras pinceladas introductorias, necesariamente gruesas y a vuelapluma, que el gran reto para el futuro próximo de los poderes públicos respecto a la colaboración público-privada radica, en definitiva, en vigilar y garantizar, de un lado, el equilibrio y la armonía de los intereses del sector privado con el interés general y, particularmente, con los derechos e intereses de los ciudadanos usuarios de las infraestructuras y los servicios públicos y, de otro, en fomentar y orientar la actuación de los operadores privados hacia el servicio y la satisfacción de objetivos generales de interés público cada vez más ambiciosos.

Tomás Quintana López  
*Catedrático de Derecho Administrativo*





## Capítulo I

Análisis del marco general,  
estado actual y perspectivas  
de las fórmulas de  
colaboración público-privada  
con especial referencia  
a la Comunidad  
de Castilla y León



# ANÁLISIS DEL MARCO GENERAL, ESTADO ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE LAS FÓRMULAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA CON ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN

Anabelén Casares Marcos  
Profesora Titular acreditada de Derecho Administrativo  
Universidad de León

## I. BREVE EXCURSUS HISTÓRICO SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Pese a presentarse en estas últimas décadas como una auténtica novedad en el ámbito internacional y, señaladamente, comunitario, lo cierto es que el fenómeno de la colaboración entre los sectores público y privado para la provisión y gestión de infraestructuras, especialmente de transporte, cuenta con una larga tradición en el ordenamiento jurídico español, enlazando con la filosofía concesional y la legislación de la segunda mitad del siglo XIX que, a través de una mayor sistematización jurídica y técnica de la materia, procuró evitar el lastre financiero con que la magnitud de estas obras gravaba a la hacienda pública y contrarrestar, por ende, los efectos perniciosos de las dificultades financieras tradicionales en este ámbito<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> No en vano GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 40, ha tildado de "ahistórico" el problema de la obtención de recursos para la realización de infraestructuras de interés general. Sobre los orígenes de la legislación española de obras públicas y la aproximación, en particular, a la edad de oro de las obras públicas decimonónicas, vid., con mayor profundidad, CASARES MARCOS, A., *La concesión de obras públicas a iniciativa particular...*, op. cit., pp. 33 y ss., así como la bibliografía allí citada.

---

## 1. ORÍGENES DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE OBRAS PÚBLICAS

No existe en España una política de obras públicas en sentido estricto hasta el siglo XVIII, abandonándose en principio esta materia en manos de ciudades y villas. La Tercera Partida declara que “los ríos, e los puertos, e los caminos publicos pertenecen a todos los omes comunalmente”, si bien “son del comun de cada una cibdad o villa, las fuentes e las plaças o fazen las ferias e los mercados e los lugares o se ayuntan a concejo e los arenales que son en las riberras de los ríos, e los otros exidos e las carreras o corren los caballos, e los montes e las dehesas, e todos los otros lugares semejantes destos que son establecidos e otorgados para pro comunal de cada cibdad o villa o castillo u otro lugar”<sup>9</sup>.

Son declarados imprescriptibles, en consecuencia, plazas, caminos, defensas, ejidos y “lugares semejantes” que son “del comun del pueblo”<sup>10</sup>, recayendo sobre las ciudades y villas la obligación de financiar las labores de su mantenimiento, sin perjuicio del deber de guarda e inspección que conserva en todo caso el Rey. Resulta sumamente expresiva, en este sentido, la Ley XX, del Título XXXII de la Tercera Partida, que confía a la “apostura” del Reino la conservación de las obras públicas existentes.

La Novísima Recopilación continúa el *statu quo* anterior, al situar el grueso de las competencias en esta materia en el ámbito local. Reconoce, de un lado, la iniciativa de ciudades y villas, e incluso de “qualesquier personas”, para construir a su costa puentes en los ríos, siempre y cuando se abstengan de cobrar “imposiciones ni tributos algunos”<sup>11</sup>. Nos encontramos, en suma, ante uno de los primeros reconocimientos expresos en Derecho español de la participación de la iniciativa privada en la proyección y construcción de obras públicas, si bien marcada, en principio, por la ausencia de cualquier tipo de control público sobre su contenido y ejecución.

---

<sup>9</sup> Tercera Partida, Título XXVIII, Leyes VI y IX.

<sup>10</sup> Tercera Partida, Título XXIX, Ley VII. Conforme a la Ley VI de este mismo Título es imprescriptible también la “cosa sagrada”, correspondiendo tal consideración, en función del Título XXVIII, Ley XV, a “los muros, e las puertas de las cibdades e de las villas”, obras públicas defensivas por excelencia.

<sup>11</sup> Libro VI, Título XX, Ley VII.

Encomienda, de otro lado, la reparación y el mantenimiento de las torres y muros de villas, ciudades y lugares a sus “vecinos y moradores”<sup>12</sup>, debiendo velar, además, los Asistentes, Gobernadores y Corregidores de los pueblos por la realización y el estado de estas tareas en relación con cercas, puentes y edificios públicos. La Ley faculta así a las autoridades locales, en definitiva, con una auténtica potestad de inspección en materia de obras públicas<sup>13</sup>.

Por lo que se refiere al Título XXXIV de su Libro VII, dedicado íntegramente a la ejecución de las obras públicas, refleja el estado de la cuestión imperante durante los siglos XVI a XVIII, época marcada, fundamentalmente, por la preeminencia de la preocupación económica y del interés por la estética de estas obras sobre sus aspectos propiamente técnicos. Así, junto a las disposiciones orientadas a garantizar que las obras públicas se ejecuten “con el menor gasto y mayor utilidad de los pueblos”, invirtiéndose en ellas el “producto de las condenaciones aplicadas á obras públicas”<sup>14</sup>, destacan especialmente las dirigidas a evitar que “se malgasten caudales en obras públicas, que debiendo servir de ornato y de modelo, existen solo como monumentos de deformidad, de ignorancia y de mal gusto”.

Esta última previsión corresponde, en concreto, a la Ley III del Título, en la que se recoge la Real Orden de Carlos III de 23 de octubre de 1777, por la que se exige consulta previa en la Academia de San Fernando de todo proyecto de obra pública, independientemente de que haya sido costeadado o no con dinero público, con el fin de que aquélla advierta “el mérito ó errores que contengan los diseños, é indique el medio mas proporcionado para el acierto”<sup>15</sup>. Resulta una disposición sumamente reveladora del interés propio de la época por el ornato y la arquitectura en la construcción de la obra pública en detrimento de otras cuestiones propias de la ingeniería en sentido estricto.

---

<sup>12</sup> “A costa de los que han costumbre de contribuir en los dichos reparos”, restaurándose los castillos y fortalezas de las fronteras, por el contrario, “de nuestros dineros”, esto es, de la hacienda real, conforme a la Ley V del Título I, Libro VII.

<sup>13</sup> Libro VII, Título I, Ley VI.

<sup>14</sup> Leyes I y II, en las que se recogen, respectivamente, la Pragmática de 9 de junio de 1500, comprensiva de la Instrucción de Corregidores, Capítulo 32, y la Petición número 38 formulada en Valladolid en 1537.

<sup>15</sup> Reiteran este mandato las Reales Órdenes de 11 de octubre de 1779, por la que se prohíbe invertir caudales en obras públicas cuyos planes no hayan sido revisados por la Academia, de 23 de julio de 1789, de 20 de diciembre de 1798 y de 7 de agosto de 1800, recogidas, respectivamente, en las Leyes IV a VII del Título XXXIV, Libro VII de la Novísima Recopilación.

Frente a esta regulación un tanto general de cuestiones aisladas relativas a la ejecución y conservación de las obras públicas tanto en las Partidas como en la Novísima Recopilación, destaca la atención especial dispensada por este último cuerpo normativo a los caminos y puentes en el Título XXV de su Libro VII. Su trascendencia socioeconómica como vías de comunicación esenciales y prácticamente exclusivas en la época motivan un mayor detalle en su regulación, si bien se sigue la tónica general al confiar al ámbito local, concretamente a Justicias y Concejos, la obligación de “tener abiertos, reparados y corrientes los caminos carreteros de sus términos”<sup>16</sup>.

La evolución jurídica posterior confirmará este protagonismo de caminos y carreteras sobre el resto de las obras públicas, de forma que será la legislación reguladora de estas infraestructuras concretas la que, con clara vocación pionera, vaya incorporando fórmulas jurídicas nuevas a su proyección, construcción, financiación y explotación, siguiendo así la estela del Real Decreto de 10 de junio de 1761, que aprobó el que podría ser calificado de primer “Plan de Carreteras” español<sup>17</sup>. Expedido para hacer Caminos rectos y sólidos en España, que faciliten el Comercio de unas Provincias a otras, dando principio por los de Andalucía, Cataluña, Galicia y Valencia, sienta las bases de la configuración radial de la red que tantas opiniones contradictorias suscitó en su momento y que hemos heredado en nuestros días<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Ley II. Profundiza en ello la Ley V de este Título, estableciéndose en la Ley VI un catálogo de reglas orientadas a garantizar la conservación de los caminos generales. A pesar de ello, ALZOLA Y MINONDO, P., *Historia de las obras públicas en España*, 1899, reeditada por CICCIP, Madrid, 1994, pp. 144 y 195, se hace eco de la escasez y “poca importancia” que tuvieron “las leyes de carácter general para organizar o mejorar el ramo de caminos” durante el reinado de los Austria.

<sup>17</sup> Así bautizado por IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, R.: “Antecedentes históricos y situación actual de la participación de la iniciativa privada en la financiación de los sistemas de transporte”, en la obra colectiva *Encuentros sobre la participación de la iniciativa privada en la financiación de los sistemas de transporte*, CICCIP, Madrid, 1996, p. 23. El Real Decreto de 1761 vincula por vez primera la construcción de obras públicas, en este caso carreteras, a la planificación administrativa, excluyendo la previsión aislada caso por caso. CARRETERO PÉREZ, A.: “Configuración jurídica y presupuestaria de las obras públicas”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 163, julio-septiembre 1969, p. 385, ha insistido también, en este sentido, en la importancia de las obras públicas como “una de las primeras manifestaciones de la planificación administrativa”. Dan noticia del origen, la tramitación y el contenido de este Real Decreto IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, R. (Dir.), RODRÍGUEZ LÁZARO, F.J. y MENÉNDEZ MARTÍNEZ, J.M.<sup>3a</sup>: *Los caminos de la Comunidad de Madrid. De la antigüedad a los orígenes de la red radial*, Comunidad de Madrid, Madrid, 2001, pp. 75 y ss.

<sup>18</sup> Se muestra favorable a la concepción radial de la red, en 1776, WARD, B.: Proyecto económico en que se proponen varias providencias dirigidas a promover los intereses de España, con los medios y fondos necesarios para su planificación, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982,

Hasta entonces las obras públicas se vieron abocadas en nuestro país al abandono y a la decadencia más absolutas, perpetuándose la tradición de que cada población costeara lo suyo sin que existiera realmente una política estatal de obras públicas como tal<sup>19</sup>. Será el siglo XVIII el que marque el punto de inflexión decisivo en esta materia al alumbrar una acción pública sistematizadora en el ramo, impulsada decididamente por la nueva dinastía borbónica y por los reformistas ilustrados, en un claro afán por lograr una mayor articulación territorial de la nación<sup>20</sup>.

---

p. 76, al afirmar categóricamente que “necesita España de seis caminos grandes desde Madrid”, de los que “se deben sacar al mismo tiempo para varios puertos de mar y otras ciudades principales”, precisándose después “diferentes caminos de travesía de unas ciudades a otras”. Más crítica resulta, ya en 1795, la opinión al respecto de DE JOVELLANOS, G.M.: Informe de la Sociedad Económica de Madrid al Real y Supremo Consejo de Castilla en el expediente de Ley Agraria, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1995, p. 209, para quien “no se consideró que la necesidad, y una utilidad mas recomendable y segura, indicaban otro orden enteramente inverso: que era primero restablecer el cultivo interior de cada provincia, y por consiguiente de todo el reino, que pensar en los medios de su mayor prosperidad; y que serian inútiles estas grandes comunicaciones, mientras tanto que los infelices colonos no podian penetrar de pueblo á pueblo, ni de mercado á mercado, sino á costa de apurar su paciencia y las fuerzas de sus ganados, o al riesgo de perder en un atoladero el fruto de su sudor, y la esperanza de su subsistencia”. MENÉNDEZ PIDAL, G.: Los caminos en la historia de España, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1951, p. 124, se ha encargado de subrayar las dificultades de ambas opciones, la primera por los “graves inconvenientes” derivados de su concordancia con la “política centralista de la época”, la segunda por cuanto conlleva “un peregrino aislamiento, una microautarquía provincial”.

<sup>19</sup> Para MUÑOZ MACHADO, S.: “Discurso sobre las ideas de administración de Pedro Rodríguez Campomanes”, *Revista de Administración Pública*, núm. 159, septiembre-diciembre 2002, p. 34, la primera muestra de una “acción pública sistematizada y ordenada” la constituyen las Ordenanzas de Intendentes que se aprueban en los primeros años del siglo XVIII, “especialmente en la de 1749, que fija ya un modelo de intervención administrativa en el sector que se va a recoger por la Administración de Fomento de los primeros años del siglo XIX”.

<sup>20</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: “Discurso sobre las ideas de administración...”, op. cit., p. 34; y, del mismo autor, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 836 y ss. Se refiere, asimismo, al cambio de orientación que supone la llegada de los Borbones en la actuación política en materia de obras públicas, tildando al siglo XVIII como “siglo de las obras públicas por excelencia”, SÁNCHEZ, J.E.: “Los ingenieros militares y las obras públicas del siglo XVII”, *Cuatro conferencias sobre historia de la ingeniería de obras públicas en España*, MOPU, Madrid, 1987, pp. 45 y ss. En sentido contrario, y sumamente crítico con la actitud borbónica ante el desarrollo de las obras públicas españolas, GÓMEZ MENDOZA, A.: “Las obras públicas, 1850-1935”, op. cit., p. 180, para quien “los males del ordenamiento legal borbónico consistieron en colocar a las obras públicas bajo la tutela de un Estado que exhibió una escasa voluntad política por mejorar la red viaria y que disfrutó de unos recursos económicos aún más escasos”.

Reviste gran interés, en este sentido, el pasaje en el que ALZOLA resume la evolución del papel del Estado respecto a las obras públicas españolas hasta bien entrado el siglo XIX. Se transcribe a continuación, a pesar de su extensión, por cuanto refleja la ausencia tradicional de una organización central encargada de su provisión y el arraigado desinterés de la Corona por construir y gestionar este tipo de obras, así como el papel que correspondió históricamente a los sectores tanto público como privado en la promoción de las obras públicas, especialmente de las infraestructuras viarias. Dice así:

«Desde la dominación romana, en que el Gobierno metropolitano tomó parte activa en la apertura de calzadas estratégicas en el territorio ibérico, hasta mediados del siglo XVIII no construyó en España la Corona las obras públicas. Regía el sistema descentralizador –aunque bajo la inspección del Real Consejo en cuanto a la inversión de los arbitrios– ejecutándose los puentes, los caminos y los puertos por los magnates, los obispos, cabildos, ayuntamientos y consulados; las acequias de riego se construían por la iniciativa local, y si en algunos casos acudían al Monarca en demanda de auxilio, a causa de la insuficiencia de los medios, obraba éste como concesionario que adelanta los fondos, obteniendo en compensación *los novales*, ó sea el diezmo del aumento de frutos debido al regadío de las tierras.

El Gobierno español emprendió la construcción de carreteras por cuenta del Tesoro en los reinados de Fernando VI y de Carlos III, y aun en las regiones aforadas abrían las carreteras –según se ha visto– los pueblos o las empresas particulares, limitándose los Regimientos y Diputaciones a aunar las voluntades y a ejercer la alta inspección de los servicios, hasta que al mediar el siglo actual [XIX] centralizaron aquellos servicios»<sup>21</sup>.

El impulso experimentado por la red viaria a lo largo del siglo XVIII y la existencia de una preocupación creciente y cada vez más evidente por la situación de

---

<sup>21</sup> ALZOLA Y MINONDO, P.: *Historia de las obras públicas...*, op. cit., pp. 369 y ss. También COLMEIRO, M.: *Historia de la economía política*, Taurus, Madrid, 1965, pp. 875 y ss., hace hincapié en la evolución histórica y los obstáculos que han impedido tradicionalmente el desarrollo de una red adecuada de vías de comunicación y transporte.

las obras públicas en España, desembocaría finalmente en la adopción de medidas legales y administrativas orientadas a dotar a las infraestructuras de un marco normativo adecuado.

El desarrollo de las obras públicas en España durante el siglo XVIII se puede calificar de espectacular. No tanto en comparación con otros países de nuestro entorno, sino a resultas de la regulación tradicional y del abandono de este ramo bajo el reinado de los Austria. No en vano denuncia JOVELLANOS que la necesidad de mejorar las vías de comunicación españolas ha sido en el pasado "más confesada que atendida entre nosotros"<sup>22</sup>. Destaca, fundamentalmente, el impulso experimentado por la red de comunicación vial; de ahí la abundancia de estudios históricos centrados exclusivamente en este tipo de infraestructuras<sup>23</sup>.

Las bases asentadas durante el siglo XVIII fructificarán a lo largo del XIX, dando lugar a la articulación y consolidación de una serie de principios y técnicas de colaboración entre los sectores público y privado que, con las transformaciones y adaptaciones lógicas, han sobrevivido hasta nuestro días a pesar del vaivén normativo motivado por la inestabilidad política y socioeconómica propia de aquel período.

## 2. LA LEGISLACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS DEL SIGLO XIX

El siglo XIX representa la etapa de mayor esplendor de nuestras obras públicas, en la que se intentará atajar la escasa capacidad técnica mostrada hasta entonces por el Estado para su ejecución. No cabe duda que las medidas adoptadas durante esta época redundaron en una mayor sistematización jurídica y

<sup>22</sup> DE JOVELLANOS, G.M.: *Informe de la Sociedad Económica...*, op. cit., p. 204.

<sup>23</sup> Vid., por todos, ALZOLA Y MINONDO, P.: *Historia de las obras públicas...*, op. cit., pp. 129 y ss.; GARCÍA ORTEGA, P.: *Historia de la legislación española de caminos y carreteras*, MOPU, Madrid, 1982, pp. 43 y ss.; IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, R. (DIR.), RODRÍGUEZ LÁZARO, F. J. y MENÉNDEZ MARTÍNEZ, J. M.<sup>a</sup>: *Los caminos de la Comunidad de Madrid...*, op. cit., pp. 65 y ss.; MADRAZO MADRAZO, S.: *El sistema de comunicaciones en España 1750-1850*, vol. I, CICCIP, Madrid, 1984, pp. 93 y ss.; MENÉNDEZ PIDAL, G.: *Los caminos en la historia...*, op. cit., pp. 115 y ss.; SÁNCHEZ, J.E.: "Los ingenieros militares y...", op. cit., pp. 43 y ss.; y, URIOL SALCEDO, J. I.: *Historia de los caminos de España*, Vol. I "Hasta el siglo XIX", CICCIP, Madrid, 2001, pp. 229 y ss.

técnica de la materia, si bien se revelarían claramente insuficientes para contrarrestar los efectos perniciosos de las dificultades financieras tradicionales en este ámbito<sup>24</sup>.

A pesar de la preocupación mostrada ya a comienzos de siglo, el despertar del Estado español en el ámbito de las obras públicas sería lento, consecuencia inevitable de la inestabilidad política que azota a nuestro país durante el primer tercio de siglo<sup>25</sup>, obteniendo sus frutos más importantes en la segunda mitad del siglo XIX. Se trata, en cualquier caso, de una centuria de prolija y abigarrada legislación en materia de obras públicas, “complicada y en algunos puntos contradictoria”, como consecuencia de los “distintos criterios” empleados en su redacción sobre la participación privada en el sector<sup>26</sup>.

Destaca, en concreto, como arranque de la normativa decimonónica en el ramo, la Instrucción dirigida por Javier de Burgos a los Subdelegados de Fomento para su gobierno en 1833. Acompaña al Real Decreto de 30 de noviembre, por el que se divide el territorio español en provincias<sup>27</sup>, y supone el pistoletazo de salida para la aprobación en cascada de una serie de normas esenciales al objeto de la construcción y gestión de las obras públicas en nuestro país.

Presenta, asimismo, una importancia fundamental el reconocimiento expreso de la participación privada en el ámbito de las obras públicas realizado por la Ley de 17 de julio de 1836, sobre enajenación forzosa de la propiedad particular en beneficio público. Está en el punto de partida de la regulación posterior de la concesión administrativa como técnica orientada fundamentalmente a la colaboración de los particulares en la ejecución y explotación de las grandes infraestructuras. En este sentido, la problemática jurídica planteada en España por el ferrocarril reviste también una notable importancia. Regulada

---

<sup>24</sup> MADRAZO MADRAZO, S.: *El sistema de comunicaciones...*, op. cit., p. 99.

<sup>25</sup> Estudian en profundidad la situación socioeconómica y política del siglo XIX español, M. TUÑÓN DE LARA, *Estudios sobre el siglo XIX español, siglo XXI*, Madrid, 1973; y, VICENS VIVES, J.: *Historia económica de España*, Vicens Vives, Barcelona, 1985, pp. 551 y ss.

<sup>26</sup> Así lo sostiene MARTÍNEZ-ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración española*, Tomo XI, Madrid, 1923, p. 742.

<sup>27</sup> Dispone su artículo 6: “Para desempeñar en el sentido de mis intenciones y de la conveniencia pública su importante encargo, los subdelegados de Fomento se conformarán á la letra y al espíritu de la instrucción, que de mi orden habeis extendido para su gobierno, y que aprobada por Mi va á continuación de este mi Real Decreto”.

por una abundantísima normativa que arranca de la Real Orden de 31 de diciembre de 1844, hubo, no obstante, proyectos anteriores que se remontan a 1829 y 1830, concediendo líneas de ferrocarril que no llegarían finalmente a materializarse<sup>28</sup>.

En este contexto de auténtica ebullición de la actividad administrativa y de la normativa decimonónica en el ramo de las obras públicas, no es de extrañar que solicitara la Administración el informe de una comisión de ingenieros de caminos sobre las propuestas realizadas por algunas empresas para la construcción, en concreto, de líneas de ferrocarril en la península. El dictamen de la comisión, integrada por el Inspector General Juan Subercase y por los Ingenieros primeros Calixto de Santa Cruz y José Subercase, fue emitido el 2 de noviembre de 1844, y adoptado por la Dirección General de Caminos, Canales y Puertos, que lo publica en la Gaceta de Madrid en 1845<sup>29</sup>.

Su importancia estriba en que se eleva por encima de las propuestas concretas de ferrocarril presentadas a la Comisión para entrar en el ámbito de la definición de los principios esenciales y de las condiciones generales que han de regir la concesión de estos novedosos caminos de hierro. Frente a los pronunciamientos generales, como el de la Ley de Expropiación Forzosa de 1836, que se refieren vagamente a la posibilidad de participación privada en la construcción y financiación de las obras públicas sin descender al detalle de su régimen jurídico, el Informe Subercase aboga por una regulación más detallada de las condiciones de la concesión, que permita salvaguardar, en última instancia, los intereses públicos frente a la “codicia” de las empresas privadas.

Hace gala de una desconfianza absoluta frente a los potenciales concesionarios, defendiendo no sólo la titularidad sino la iniciativa pública en la construcción de estas obras, si bien reconoce que “la posición económica de los Gobiernos podrá obligarles algunas veces á admitir condiciones mas ó menos duras de parte de las compañías, á trueque de proporcionar al país, aunque

---

<sup>28</sup> Así sucedió con las líneas de Jerez al muelle del Portal, en 1829, y de Jerez a Sanlúcar de Barrameda o de Reus a Tarragona, en 1830. Sobre el origen de las concesiones ferroviarias, vid., en concreto, BERMEJO VERA, J.: *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de Renfe*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 23 y ss.

<sup>29</sup> Concretamente, en las Gacetas de 28, 29, 30 y 31 de enero, y de 16 de febrero de 1845.

sea incompletamente, este poderoso medio de prosperidad y civilización” que es el ferrocarril<sup>30</sup>.

Se trata de una tendencia en la que se inserta también la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, aprobada por Real Decreto de 10 de octubre de 1845, que tiene por propósito, siguiendo en este punto a MARTÍNEZ-ALCUBILLA, “evitar irregularidades y defectos, facilitando y fomentando las empresas útiles, pero procurando impedir que se malograsen con proyectos poco meditados o quiméricos”<sup>31</sup>.

Esta Instrucción sistematiza, por primera vez en nuestro ordenamiento normativo, el régimen jurídico aplicable a la promoción y construcción de las obras públicas, siendo criticada, sin embargo, por la escasa innovación jurídica que supuso y por la ausencia de originalidad en el planteamiento de soluciones<sup>32</sup>. Entendemos, no obstante, que si bien es cierto que la construcción y explotación de las obras públicas durante el Antiguo Régimen se había ajustado en buena medida a un régimen jurídico muy similar al recogido después en la Instrucción de 1845, no cabe ignorar la trascendencia de esta última en cuanto sistematiza normativa sumamente dispersa y dictada de forma casuística para obras concretas, garantizando así su aplicación general al ramo de las obras públicas en España<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Resulta paradójica su desconfianza total frente a la iniciativa privada si tomamos en consideración que es precisamente este informe el que define los rasgos básicos que habrían de caracterizar al régimen jurídico de la concesión de obra pública. Vid. MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y...*, op. cit., p. 844.

<sup>31</sup> MARTÍNEZ-ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración española*, op. cit., p. 743.

<sup>32</sup> Para GALLEGO ANABITARTE, A.: “El Derecho español de aguas en la historia y ante el Derecho comparado”, en GALLEGO ANABITARTE, A., MENÉNDEZ REXACH, Á. y DÍAZ LEMA, J.M.: *El Derecho de aguas en España*, Tomo I, MOPU, Madrid, 1986, p. 270, “sustancialmente no había nada nuevo”, aunque “cambia la terminología”. En idéntico sentido, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.<sup>a</sup>, “Aspectos básicos sobre su concepto y régimen jurídico”, en la obra colectiva coordinada por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L. y LAGUNA DE PAZ, J.C.: *Contratación pública II. Segundas Jornadas de Valladolid, 25-26 de enero de 1996*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 138.

<sup>33</sup> GARCÍA ORTEGA, P.: *Historia de la legislación española de caminos...*, op. cit., p. 137, da noticia de alguno de los antecedentes inmediatos a su aprobación, concretamente, la Orden de la Regencia de 20 de diciembre de 1840, para la contratación de cuatro puentes colgantes de hierro, la Real Orden de 25 de diciembre de 1843, de aprobación del pliego de condiciones para la construcción del puente de Menjibar, aplicables por extensión a todos los puentes colgados, y la Real Orden de 22 de mayo de 1844, aprobando un pliego de condiciones generales similar al anterior para la construcción de puentes fijos de hierro.

La ejecución por la Administración se presenta, en todo caso, y a los efectos que interesan al objeto de este proyecto, como un sistema residual, gozando de preferencia la contrata y acudiéndose a la empresa, esto es, a la técnica concesional, fundamentalmente como sistema de financiación de las grandes infraestructuras y obras públicas. Aunque en esencia se erige en medio para allegar recursos económicos privados y garantizar su aplicación a grandes empresas públicas, lo cierto es que la concesión comienza a ser perfilada, simultáneamente, como una herramienta eficaz para incentivar la participación y colaboración privada en el desarrollo de las infraestructuras de nuestro país.

Considerado como la “primera norma moderna en materia de contratación administrativa”<sup>34</sup>, el Real Decreto de 27 de febrero de 1852 da paso a la sistematización del régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por las Administraciones públicas, no sólo por “la urgencia que hay de que se regularicen los métodos que hoy se siguen para la celebración de los contratos públicos”, sino por su intención de servir “mas bien para restringir los actos de la Administración y sujetarlos á límites estrechos, que para ampliarlos”<sup>35</sup>.

Se consolida así una de las etapas de mayor auge de las obras públicas españolas. Contribuye decisivamente a ello la desamortización desarrollada durante el siglo XIX, por la que se concentran en manos del sector público importantes medios económicos, cuya inversión en la ejecución de obras públicas está, además, legalmente prevista y garantizada.

El largo y complejo proceso de desvinculación y desamortización de los bienes de las «manos muertas» deriva de la conjunción de diversos factores<sup>36</sup>, entre

<sup>34</sup> SOSA WAGNER, F.: “El Canal de Castilla: alba y aflicción de una obra pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre 2000, p. 452.

<sup>35</sup> Así se declara en su Preámbulo. Para GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: “La mutabilidad de la figura del contrato administrativo”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 5, 1999, pp. 520 y ss., la configuración inicial del contrato administrativo, a mediados del siglo XIX y en plena vigencia del Estado liberal, se produce en forma de contrato privado con modulaciones, desarrollándose a partir de esta concepción la posición jurídica que ha de ostentar la Administración en relación con el contratista.

<sup>36</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El marco político de la desamortización en España*, Ariel, Barcelona, 1972, pp. 46 y ss., hace hincapié en las diferencias existentes entre estos dos procesos, subrayando la importancia del segundo de ellos, el desamortizador, en cuanto instrumento útil a los fines de la incipiente burguesía. La desvinculación supone tan sólo el cambio de régimen jurídico, “de propiedad amortizada y dividida a propiedad libre y plena”. Es la desamortización la que implica, además, la necesaria y simultánea transferencia de la propiedad: “de ahí que fuera necesaria para que pudiera cumplirse la revolución burguesa”.

los que cabe citar el malestar social debido a la acumulación en «manos muertas» de propiedades sustraídas del tráfico jurídico ordinario, así como la inestabilidad política propia de este siglo y, en especial, la necesidad acuciante de dar con algún tipo de remedio para los graves problemas y la deuda galopante que aquejaban a la Hacienda pública española<sup>37</sup>.

Por lo que se refiere a las obras públicas, el Título III de la que es conocida como Ley Madoz de 1 de mayo de 1855, de desamortización civil y eclesiástica, dispuso la inversión obligatoria de una parte del producto obtenido en obras públicas de interés y utilidad general, “sin que pueda dársele otro destino bajo ningún concepto”. ALZOLA da noticia, además, de la emisión de acciones de obras públicas autorizada por la Ley de Presupuestos de 1858 y de la vertiginosa actividad desarrollada, en el ámbito ferroviario, por los concesionarios privados, motivos por los que “parecía España completamente cambiada y lanzada por rumbos desconocidos”<sup>38</sup>.

La Ley de Presupuestos de 1858 autorizó la emisión de estas acciones en cantidad suficiente para producir 58,80 millones de reales con objeto de construir carreteras, canales y puertos, consignando la Ley de 1 de abril de 1859 un crédito extraordinario de mil millones para el mismo destino. A ello habría que añadir la aprobación de normas tan importantes en el ámbito de las obras públicas como la Ley de Carreteras de 22 de julio de 1857, que vino a sustituir a la de 1851; el Plan de Carreteras del Estado, de 7 de septiembre de 1860, revisado posteriormente en 1864; o, el Pliego de Condiciones Generales para las contrata de obras públicas, de 10 de julio de 1861.

La línea de perfeccionamiento y de profundización en la colaboración público-privada emprendida a través tanto de los contratos administrativos de obras, esto es, por contrata, como de la concesión de obras públicas, o por empresa,

---

<sup>37</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F.: “Recientes investigaciones sobre la desamortización: intento de síntesis”, *Obras completas*, Tomo IV, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 3222, recuerda el peso que tuvo la situación de la Hacienda pública en el debate sobre la desamortización y en los diversos textos legales adoptados al respecto. De los dos planteamientos existentes, “desamortizar para hacer una reforma -aunque tímida- de la economía agraria, o desamortizar para hacer frente al pago de intereses y capitales de la deuda pública interior”, se impuso la segunda “ya desde los tiempos de Godoy”.

<sup>38</sup> Vid., al respecto, ALZOLA Y MINONDO, P.: *Historia de las obras públicas...*, op. cit., p. 335.

se romperá, no obstante, como consecuencia de la Revolución de 1868 que abre un paréntesis en uno de los momentos de mayor esplendor de las obras públicas españolas<sup>39</sup>.

COLMEIRO alertaba, ya en 1858, de las funestas consecuencias de la posible implantación en el ámbito de las obras públicas de la ideología liberal que se abría paso. Y así, defendía la subsidiariedad de la concesión frente a la ejecución directa de la Administración allí donde ambas fueran viables, al entender que “la construcción por cuenta del estado es más sólida y más económica, porque el Gobierno no aspira a realizar las ganancias que una empresa, y así después de amortizar el capital o cubrir sus intereses, renuncia a todo gravámen, como no sea rigurosamente necesario para atender a los gastos diarios de conservación y reparación”<sup>40</sup>.

La normativa revolucionaria consagrará para las obras públicas, en consonancia con la filosofía liberal imperante en la época, el ejercicio de la iniciativa particular sin límite, cortapisa o traba alguna, dando lugar así a una confusión sin precedentes en este ámbito. Se trata de un cambio radical, fruto de un auténtico “furor liberal”<sup>41</sup>, introducido por el Decreto de bases de 14 de noviembre de 1868, firmado por RUIZ ZORRILLA, a la sazón Ministro de Fomento, y declarado después Ley y vigente por la de 20 de agosto de 1873.

Conforme se anuncia ya en su Preámbulo, el articulado de la norma establece las bases para la aprobación posterior de la legislación aplicable al ramo de las

<sup>39</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “Aspectos del Derecho administrativo en la Revolución de 1868 (las regulaciones iniciales)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 58, enero-abril 1969, p. 30, no duda de la intención del Decreto de 14 de noviembre de 1868 de “hacer tabla rasa de todo lo anterior”, por lo que “tendrían que pasar muchos años y empeñarse muchos esfuerzos para volver a coger la marcha”. Sobre el “período negro” a que dio paso la Revolución de 1868 en materia de obras públicas y su colapso posterior, entre otros, SÁENZ RIDRUEJO, F.: “Las obras públicas en el siglo XIX”, *Cuatro conferencias sobre historia de la ingeniería de obras públicas en España*, MOPU, Madrid, 1987, pp. 87 y ss.

<sup>40</sup> COLMEIRO, M.: *Derecho Administrativo español*, Tomo II, Madrid, 1858, p. 40.

<sup>41</sup> FERNÁNDEZ, T.R.: “Las obras públicas”, *Revista de Administraciones Públicas*, núms. 100-102, vol. III, enero-diciembre 1983, p. 2442. Tampoco ha dudado VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Civitas, Madrid, 2006, p. 70, al calificarlo, contundentemente, de “encumbriamiento radical del ideario liberal”.

obras públicas, consagrando su artículo 1 la iniciativa particular en su construcción, así como la libertad más absoluta en su explotación posterior, al disponer que:

«Toda obra de las comprendidas bajo la denominación de públicas que se ejecute por los particulares, y para la cual no soliciten estos previa declaración de utilidad, podrá ser proyectada, construida y explotada sin intervención de los agentes administrativos. Queda el dueño libre de fijar las tarifas, peajes, derechos, y en general, los precios que juzgue convenientes por el uso de dicha obra. Las cuestiones que se susciten con las personas á quienes perjudique su establecimiento, se ventilarán ante los Tribunales ordinarios, con exclusion de las Autoridades administrativas»<sup>42</sup>.

Pese a que el tenor literal de su Preámbulo podría hacer presagiar un rápido desarrollo normativo, lo cierto es que tan sólo recoge unas bases que no recibirían continuidad en nuestro ordenamiento jurídico. Sí es cierto, no obstante, que se dictan varias Órdenes dirigidas a las empresas de ferrocarriles, ya concesionarias o interesadas en el establecimiento de líneas nuevas, con el fin de facilitar la aplicación de esta nueva orientación legislativa.

Destacan así las de 3 de diciembre de 1868, para la puesta en vigor de las tarifas y contratos que consideren convenientes; de 15 de febrero de 1869, para la realización de obras de ampliación y mejora; y, de 17 de abril de 1869, sobre replanteos que se aparten de los trazados aprobados, cuya equivalente en materia de carreteras sería aprobada el 17 de diciembre de 1870. Presenta también un interés histórico indudable la Real Orden de 9 de abril de 1872, por la que se pone en conocimiento de una compañía de ferrocarril promotora de la concesión de Madrid a Zaragoza y a Alicante, la innecesariedad de la intervención del Gobierno para el establecimiento de cualquier obra pública que no afecte en todo o en parte al dominio público.

---

<sup>42</sup> El artículo 14 responde, no obstante, al período de “transición” abierto y contemplado por la propia norma en este ramo, al confiar al Estado la financiación total o parcial de las obras afectas a servicios a su cargo, “siempre que ningún particular, empresario o Corporación lo solicite”.

Ante la insuficiencia de su desarrollo normativo, ALZOLA denuncia “el divorcio entre el idealismo de las bases de 1868 y el espíritu positivista de las Cámaras”, así como “la falta de la ley de obras públicas que no llegó a aprobarse y los defectos y contradicciones” apreciables en el ramo durante el período revolucionario, factores que resultan reveladores para el autor del “fracaso de aquellos principios aun antes de la caída de la situación creada en septiembre de 1868”<sup>43</sup>.

A pesar de ello la Revolución del 68 tuvo un efecto devastador sobre las infraestructuras españolas. Es cierto que la nueva regulación canalizaba la iniciativa privada en materia de obras públicas, procurando su auxilio en aquellos sectores de mayor rentabilidad; pero también lo es que desembocó en el abandono más absoluto de los sectores menos rentables o de rentabilidad dilatada en el tiempo<sup>44</sup>.

Costaría mucho tiempo y esfuerzo superar los efectos perniciosos de una legislación que supuso un retroceso considerable en el panorama de las obras públicas españolas, correspondiendo un papel fundamental, en este sentido, a los regeneracionistas que abogaron por superar aquel planteamiento<sup>45</sup>. Las consecuencias del paréntesis revolucionario no son, en todo caso, difíciles de imaginar, destacando especialmente su peso, por lo que se refiere al sector

<sup>43</sup> ALZOLA Y MINONDO, P.: *Historia de las obras públicas...*, op. cit., p. 381.

<sup>44</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “Aspectos del Derecho administrativo...”, op. cit., p. 30.

<sup>45</sup> Cabe citar, entre otros, a CAMBÓ, para quien el Decreto constituía, en palabras de IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, R., *Cambó y su visión de la política ferroviaria (el inicio de un cambio)*, CICCP, Madrid, 2000, p. 58, “un gran paso atrás en el lento y dificultoso proceso que la política ferroviaria estaba siguiendo en España”. También COSTA MARTÍNEZ, J.: *Política hidráulica (misión social de los riegos en España)*, Madrid, 1911, pp. 64 y ss., se mostró crítico con la situación anterior, defendiendo la construcción y explotación pública de canales y pantanos; no en vano, concluye de la experiencia de épocas anteriores que “construidos por empresas o particulares, el remedio sería peor que la enfermedad”. Destaca, especialmente, la aproximación que realiza a su figura y obra MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “Estudio preliminar”, en COSTA, J.: *Reconstitución y europeización de España y otros escritos*, IEAL, Madrid, 1981, pp. IX y ss. Vid., desde la perspectiva de las obras hidráulicas, de este último autor citado, *Aguas públicas y obras hidráulicas. Estudios jurídico-administrativos*, Tecnos, Madrid, 1966, pp. 34 y ss.; y, GALLEGO ANABITARTE, A.: “El Derecho español de aguas en la historia...”, op. cit., pp. 488 y ss. Asimismo, sobre el regeneracionismo de COSTA y la política hidráulica, FERNÁNDEZ, T.R.: “Las obras públicas”, op. cit., pp. 2445 y ss.

de las obras públicas, en la temprana ruptura de la neutralidad con que se concibió originariamente la Restauración<sup>46</sup>.

No podía ser de otra manera. El Estado estaba obligado a intervenir no sólo por los abusos y el abandono que había propiciado, en muchos casos, la legislación anterior en materia de obras públicas, sino también por las reiteradas exigencias que se le iban planteando al respecto. En este contexto, no es de extrañar que las primeras Cortes del reinado de Alfonso XII aprobaran la Ley de 29 de diciembre de 1876, por la que se establecieron las bases para la reorganización de las obras públicas.

Frente al “exagerado radicalismo económico” de la normativa revolucionaria<sup>47</sup>, la nueva Ley opta por un sistema en el que caben tanto la iniciativa pública como privada, si bien sometiendo esta última a la tutela e inspección de los poderes públicos<sup>48</sup>. Las bases 2ª y 10ª no dejan lugar a dudas, las obras públicas dependerán “siempre de la administración, en cualquiera de sus esferas central, provincial o municipal”, siendo ésta la única competente “para el examen y aprobación de los proyectos, vigilancia en la construcción y con-

---

<sup>46</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “Aspectos del Derecho administrativo...”, op. cit., p. 32. A pesar de ello JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J.: *Obras públicas e iniciativa privada*, Montecorvo, Madrid, 1998, p. 72, no duda en atribuirle el mérito de “desvincular el concepto de obra pública tanto del servicio público o servicio administrativo como del dominio público, demostrando que es perfectamente posible -al menos de un modo ideal- afirmar la existencia de una obra pública, de titularidad privada, sujeta al tráfico jurídico-mercantil, y explotada por particulares, sin tener que considerarla como dominio público ni mucho menos como soporte de la prestación de un servicio público o administrativo”.

<sup>47</sup> ROSADO PACHECO, S.: “La Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (una reflexión sobre el concepto de obra pública)”, en la obra colectiva coordinada por GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 1150 y ss., sostiene que la Ley de Bases de 1876 responde a una triple necesidad: la de dar respuesta al radicalismo económico de 1868, la de aclarar la compleja situación de la legislación de obras públicas y de dominio público y la de dotar al ordenamiento de un instrumento capaz de armonizar la intervención de diferentes sujetos en su construcción y explotación. Es preciso recordar que el Decreto fue dictado al poco del triunfo de la Revolución y que, en palabras de NIETO, A.: “La Administración y el Derecho Administrativo durante el Gobierno Provisional de 1868-69”, *Revista de Occidente*, núm. 67, octubre 1968, p. 65, el Gobierno provisional fue ante todo “un modelo hecho realidad, una ideología encarnada en el Poder”.

<sup>48</sup> Responde a lo que MARTÍNEZ-ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración española*, op. cit., p. 743, tilda de espíritu “eclectico” de la Ley, que “no sofoca la iniciativa individual”, pero no le entrega tampoco “en absoluto la construcción de las obras públicas”.

servación de las obras públicas, su policía y uso". Mientras tanto, la libertad privada queda constreñida en exclusiva a la obra "de interés privado", siempre y cuando "no ocupe ni afecte al dominio público o del Estado, ni exija la expropiación forzosa" y se cumplan las restricciones "que impongan los reglamentos de policía, seguridad y salubridad pública"<sup>49</sup>.

El último artículo de la Ley de 1876 autoriza al Ministro de Fomento para que desarrolle estas bases, redactando y publicando la Ley General de Obras Públicas y las especiales de ferrocarriles, carreteras, aguas y puertos. A diferencia del Decreto de 1868, que no fue desarrollado, la Ley de Bases del 76 dio lugar a un período de frenesí normativo en el que se aprueban sucesivamente la Ley General de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877, y el Reglamento para su ejecución, de 6 de julio del mismo año; la Ley de Carreteras, de 4 de mayo de 1877, y su Reglamento de 10 de agosto siguiente; las Leyes de Ferrocarriles y de Policía de Ferrocarriles, de 23 de noviembre de 1877, y el Reglamento en desarrollo de la primera, de 24 de mayo de 1878; la Ley de Expropiación Forzosa, de 10 de enero de 1879, desarrollada por Reglamento de 13 de junio inmediato; la Ley de Aguas, de 13 de junio de 1879; y, por último, la Ley de Puertos, de 7 de mayo de 1880<sup>50</sup>. Es también fruto de este impulso normativo la aprobación de un nuevo pliego de condiciones generales de la contratación, por Real Decreto de 11 de junio de 1886.

La nueva legislación pretende erigirse en un marco normativo estable y suficiente para la construcción, financiación y explotación de las obras públicas, con independencia de que ésta corresponda en exclusiva a los poderes públicos o vaya acompañada, por el contrario, de la colaboración del sector privado. Se sitúa, en consecuencia, en una posición de claro equilibrio frente a regulaciones anteriores mucho más radicales en sus planteamientos, en cuanto aboga por la cooperación de ambos sectores en lugar de asignarles posiciones antagónicas.

---

<sup>49</sup> En consonancia con esta nueva filosofía, la Base 11<sup>a</sup> elimina las concesiones a perpetuidad, estableciendo un límite máximo de 99 años para que la obra pase "a ser propiedad del Gobierno o de la corporación que haya otorgado la concesión". Tan sólo se recoge una excepción a esta regla, y es que "la índole de la obra hiciere conveniente una especial por mayor tiempo, en cuyo caso será objeto de una ley".

<sup>50</sup> Unos días antes de la sanción de la Ley de Bases de 1876, se aprobó la Ley de Ensanche de Poblaciones, de 22 de diciembre de 1876, dictándose el Reglamento para su ejecución el 19 de febrero de 1877.

La Ley General de Obras Públicas de 1877 se asienta, por tanto, sobre dos pilares fundamentales: la colaboración, por un lado, entre la Administración pública y los particulares entendida como una “unión de fuerzas”, no como mero “reparto de competencias”, y la articulación, por otro, de un sistema de control administrativo sobre la ejecución y explotación de las obras públicas con el que garantizar la “tutela del Estado sobre los particulares”<sup>51</sup>.

A diferencia del contrato de obra, la concesión de obra pública carece hasta 1877 de una regulación completa y detallada<sup>52</sup>, limitándose la Instrucción de 1845 a establecer los principios básicos sobre los que se asentará en el futuro el régimen jurídico concesional<sup>53</sup>. La Ley de 13 de abril de 1877, desarrollada por Reglamento de 6 de julio de ese mismo año, desarrolla estos principios y entra en las particularidades y complejidades de la obra pública ejecutada por el sector privado.

Es precisamente esta legislación decimonónica la que dará pie a que las obras públicas se erijan, siguiendo en este punto a FERNÁNDEZ, T.R., en “el principio motriz de la configuración dogmática del Derecho Administrativo de la época”<sup>54</sup>, desatando una labor tanto doctrinal como normativa sumamente profusa, en la que se irán fijando y diferenciando cada vez con mayor claridad

---

<sup>51</sup> A ello se suma, además, un tercer factor decisivo como es la exigencia de planificación en la materia, con el fin de asegurar la adecuada inversión de los caudales públicos. ROSADO PACHECO, S.: “La Ley General de Obras Públicas...”, op. cit., pp. 1151 y ss.

<sup>52</sup> En efecto, el contrato de obra pública se reguló con detalle en los Reales Decretos de 18 de octubre de 1845 y de 27 de febrero de 1852, así como en los sucesivos pliegos de condiciones generales aprobados para los contratos de obras públicas, sin que existiera inicialmente una regulación paralela de la concesión de obra pública. Vid. GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: “El contrato de obras. La concesión de obras públicas como contrato”, en la obra colectiva dirigida por GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 762 y ss.

<sup>53</sup> No en vano el artículo 13 de la Instrucción de 1845 consagraba la libertad más absoluta para su adjudicación, al disponer que “la concesión de las empresas de toda clase de obras públicas, se otorgará por el Gobierno en el modo y forma que para cada caso se estime conveniente”.

<sup>54</sup> Para FERNÁNDEZ, T.R.: “Las obras públicas”, op. cit., p. 2436, no cabe duda alguna que en esta época la “legislación general y especial de obras públicas influye en las instituciones e impulsa su renovación”. En idéntico sentido, CASTELLS ARTECHE, J.M.: “Obra pública (Derecho Administrativo)”, *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, p. 4547.

los contornos de conceptos de gran calado administrativista, destacadamente, los de dominio público, servicio público y contrato administrativo<sup>55</sup>.

En efecto, la transición del Estado liberal al Estado social supondrá la pérdida de protagonismo de la obra pública en beneficio del servicio público y facilitará que los contratos de obras y servicios públicos queden progresivamente sujetos a un régimen jurídico-administrativo establecido por la Ley y normas aplicables, que hace especial énfasis en la consecución del interés general. Esta evolución desemboca finalmente en la construcción de una figura de contrato administrativo sustantivado, inspirado en el modelo del acto administrativo, si bien con las modulaciones propias de su carácter bilateral<sup>56</sup>.

La propia “fuerza expansiva” de la Ley, derivada de su artículo 125, contribuye decisivamente a realzar este protagonismo de la obra pública. El precepto habilita al Ministro de Fomento para que redacte y publique “partiendo de los principios consignados en la presente Ley, las especiales de ferrocarriles, carreteras, aguas y puertos, y los reglamentos e instrucciones para su ejecución”. La Ley General de 1877 se erige así en el marco normativo básico de referencia en materia de obras públicas, prolongándose su vigencia a lo largo

---

<sup>55</sup> Sobre el binomio dominio público-obra pública, vid. DE POSADA DE HERRERA, J., *Lecciones de Administración*, Tomo III, INAP, Madrid, 1978, pp. 98 y ss., quien vincula la intervención pública tradicional en materia de caminos a su propiedad también pública, en cuanto “deben corresponder á la nacion misma”; y, ROSADO PACHECO, S.: “La Ley General de Obras Públicas...”, op. cit., pp. 1155 y ss., para quien la Ley General de Obras Públicas de 1877 se erigió en “Código administrativo del dominio público, quedando relegado por la promulgación del Código Civil, de indiscutible orientación privatista, sobre el cual nuestra doctrina científica ha construido el armazón jurídico del dominio público y del propio servicio público, todo ello a expensas del concepto español de obra pública”. También GALLEGO ANABITARTE, A.: “El Derecho español de aguas en la historia...”, op. cit., pp. 23 y ss., así como 328 y ss., quien dedica gran atención a la interrelación entre los conceptos de dominio público, obra pública y servicio público desde la perspectiva de la legislación de aguas del siglo XIX.

<sup>56</sup> GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: “El contrato de obras...”, op. cit., pp. 761 y ss., da noticia, en este sentido, del proceso de consolidación del criterio del servicio público para delimitar el ámbito del Derecho administrativo. Estudian en profundidad la sustantivación de un concepto diferenciado de contrato administrativo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La figura del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 41, mayo-agosto 1963, pp. 99 y ss.; y, PARADA VÁZQUEZ, J.R.: *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1963, pp. 69 y ss. Más recientemente, ARIÑO ORTIZ, G.: “El enigma del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 172, enero-abril 2007, pp. 79 y ss.; y, MEILÁN GIL, J.L.: *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008.

de más de cientoveinticinco años hasta la aprobación de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, cuya Disposición derogatoria única derogó expresamente los artículos 53 a 105 y 111 de la norma decimonónica.

---

### 3. LA CONSOLIDACIÓN GRADUAL DE LA FÓRMULA CONCESIONAL DURANTE EL SIGLO XX

La nueva centuria se revelará heredera indubitada de las concepciones y técnicas articuladas en el ámbito administrativista durante el período decimonónico. Continuando una tendencia propia del último tercio del siglo XIX, su primera mitad estará presidida por el triunfo y la progresiva ampliación del concepto de servicio público, una noción que, por lo que se refiere en concreto a las obras públicas, acabará por desplazar y englobar las propias peculiaridades de la técnica concesional.

Ésta había nacido íntimamente unida a los grandes servicios públicos de carácter económico del siglo XIX, como fórmula idónea para compatibilizar la abstención en materia económica de un Estado marcadamente liberal con su intervención simultánea en el control efectivo de la gestión de los servicios a fin de asegurar una adecuada prestación. El éxito inicial de la concesión estriba, en definitiva, en que supone una cesión de la gestión del servicio asumiendo y conservando la Administración pública su titularidad<sup>57</sup>.

La concesión se convierte así en la técnica de gestión de servicios “más cara al liberalismo”<sup>58</sup>, ampliándose su ámbito de aplicación a todo aquello susceptible de ser calificado de servicio público en el sentido más dilatado y desmedido de la expresión. La concesión de obras públicas pierde, en consecuencia, cualquier atisbo de autonomía propia y entra en franca decadencia ante el fortalecimiento y la expansión del servicio público. La normativa dictada en la materia no atiende a sus peculiaridades y especialidades más sobresalientes,

---

<sup>57</sup> LÓPEZ PELLICER, J.A.: “La concesión administrativa en general”, en LÓPEZ PELLICER, J.A. y SÁNCHEZ DÍAZ, J.L.: *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público*, IEAL, Madrid, 1976, pp. 15 y ss.

<sup>58</sup> COSCULLUELA MONTANER, L.: *Administración Portuaria*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 273.

resultando claramente insuficiente e inadecuada. Se ve afectada, en definitiva, por el crecimiento imparable de una concesión, la de servicios públicos, que se revela “fagocitadora” en su regulación de otras tendencias, conceptos y técnicas jurídicas.

Se debe, en cualquier caso, a la experiencia francesa el alumbramiento del servicio público, así como el desarrollo inicial y los primeros pasos de su teoría en el Derecho continental. El concepto, al que corresponde un papel fundamental en la evolución posterior del Derecho Administrativo europeo, arrastrará consigo en su triunfo y expansión a la técnica concesional, provocando la confusión absoluta entre la concesión de obras públicas y la de servicios públicos.

Se trata, en todo caso, de una noción de difícil aprehensión y determinación, producto en nuestro ordenamiento jurídico de una compleja evolución que, a diferencia de la experiencia del país galo, se asienta más en la construcción legal que jurisprudencial<sup>59</sup>. Corresponde un protagonismo fundamental, en este sentido, a las inversiones extranjeras del siglo XIX para la construcción de las grandes obras públicas españolas de la época. La legislación aprobada entonces para dar entrada en nuestro país a los capitales foráneos, se revelaría deudora también de las nuevas ideas europeas sobre la fórmula más adecuada para conciliar su gestión, administración y explotación privada con una cierta intervención pública. De ahí que las grandes infraestructuras decimonónicas constituyan el punto de arranque de la regulación y el triunfo del servicio público en nuestro ordenamiento jurídico<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Para VILLAR EZCURRA, J.L.: *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 36, la afirmación de que el servicio público surge por imitación francesa “se ha dicho hasta ahora copiando de libro en libro”, sin que el autor se muestre de acuerdo con ella ante el papel del “fondo social de las inversiones extranjeras, auténticas importadoras de los beneficios y, con ellos, de las ideas”.

<sup>60</sup> En su estudio de la revolución industrial española, VILLAR EZCURRA, J.L.: *Servicio público y técnicas de conexión*, op. cit., pp. 31 y ss., subraya la coincidencia temporal entre esta “invasión extranjera de capitales” y “las fechas en que tuvieron lugar las declaraciones como servicio público de cada una de estas actividades”, llegando a la conclusión de que “el objetivo primordial de esta medida no era tanto la justificación de una intervención administrativa o la creación de un nuevo título de potestad, sino, el control, por parte de la Administración, de unos sectores que, considerados como vitales para la economía de la nación, se encontraban en su gran parte en manos de extranjeros”.

Su consolidación y auge posterior durante la primera mitad del siglo xx deja a las obras en un segundo plano frente a la nueva trascendencia adquirida por el régimen jurídico y las condiciones de explotación del servicio en sí, dando lugar a una cierta confusión y subordinación de aquéllas respecto a este último<sup>61</sup>. Esta situación se revela aún más compleja por la propia indeterminación del concepto y de la naturaleza jurídica de la concesión, derivada, entre otros factores, de la interrelación evidente entre realidades tan confusas y arduas como las de dominio público, servicio público y obra pública<sup>62</sup>.

En efecto, la construcción y explotación de obras públicas pasa a ser considerada, en sí misma, servicio público<sup>63</sup>. La ampliación de este último término trae consigo la confusión conceptual y el empleo de nociones diversas como sinónimos. Da cuenta de ello, en 1927, resultando sumamente revelador al respecto, FERNÁNDEZ DE VELASCO, al procurar diferenciar el término más amplio de "concesión", empleado en sentido procedimental como equivalente a "admisión, autorización, obras públicas, contratos para obras o servicios públicos, etc.", de aquella técnica específica de la "concesión de servicios públicos", referida "más que al medio jurídico y a la calificación del acto administrativo de que parte, a la naturaleza de la actividad desarrollada por quien se compromete a realizar la concesión"<sup>64</sup>.

Más contundente aún se muestra GARCÍA ORTEGA, para quien "el objeto directo de las concesiones de carreteras, en sentido estricto, es la prestación del servicio al usuario, con independencia de que el concesionario tenga, o no, la obligación de construir previamente la obra". La concesión no es más, en definitiva, que una "modalidad típica de gestión indirecta de servicios públicos", en cuanto "la actividad pública dirigida a construir, conservar y explo-

---

<sup>61</sup> ALBI, F.: *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960, p. 503. Así lo refiere también, en fechas más recientes, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: *Ejecución y financiación de obras públicas...*, op. cit., pp. 128 y ss., para quien la relación entre la obra pública y el servicio público no es sino la "crónica de una dependencia subordinada".

<sup>62</sup> Como muestra, la denuncia en 1960 de ALBI, F.: *Tratado de los modos de gestión...*, op. cit., pp. 510 y ss., de la imprecisión terminológica de la legislación vigente que emplea indistintamente los términos "autorización" y "concesión".

<sup>63</sup> Así, para FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: *Los contratos administrativos: doctrina general*, Madrid, 1927, pp. 219 y ss., la obra pública afecta siempre a un "servicio general del Estado", consistente en la "construcción, mantenimiento y reparación de un inmueble".

<sup>64</sup> FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: *Los contratos administrativos...*, op. cit., p. 237.

tar estas vías se enmarca en la denominada actividad administrativa de prestación, o de servicio público”<sup>65</sup>.

La propia legislación aprobada a comienzos del siglo xx es deudora de este enfoque. El Pliego de condiciones generales para la contratación de las obras públicas, aprobado por Real Decreto de 13 de marzo de 1903, parte, en principio, de la contrata y la contempla como única opción posible. Si el artículo 1 del Real Decreto dispone, de forma general, que se “aprueba el adjunto pliego de condiciones generales para la contratación de las obras públicas”, el articulado de este último y, en particular, su artículo 31, no dejan lugar a dudas de su aplicación restringida a los supuestos en que el contratista se limita a ejecutar la obra recibiendo a cambio una contraprestación económica<sup>66</sup>. La concesión queda fuera, en definitiva, del ámbito de la contratación de las obras públicas y es considerada una fórmula más para la gestión indirecta de los servicios públicos.

Resulta curioso constatar, sin embargo, cómo la recuperación progresiva de la significación y de los caracteres específicos de la técnica concesional viene finalmente de la mano de la crisis del Estado liberal y de las necesidades económicas de la propia obra pública. Superada su concepción liberal, la concesión recobra de nuevo vigencia, en especial tras el golpe de estado de 1923, como instrumento decisivo para la financiación de aquellos proyectos que requieren fuertes inversiones de capital que no pueden ser aportados en exclusiva por la Administración<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> GARCÍA ORTEGA, P.: *Historia de la legislación española de caminos...*, op. cit., pp. 135 y ss.

<sup>66</sup> Conforme al artículo 31, que lleva por rúbrica “obras que se abonarán al contratista”, tan sólo “se abonará al contratista la obra que realmente ejecute con sujeción al proyecto que sirvió de base á la subasta, á sus modificaciones autorizadas ó á las órdenes que, con arreglo á sus facultades, le hayan comunicado los ingenieros por escrito, siempre que dicha obra se halle ajustada á los preceptos de las condiciones facultativas, con arreglo á las cuales se hará la medición y valoración de las diversas unidades. Por consiguiente, el número de las de cada clase que se consigne en el presupuesto no podrá servirle de fundamento para entablar reclamaciones de ninguna especie, salvo la expresada en el artículo 52”.

<sup>67</sup> Revelándose incluso, en opinión del Consejo de Estado en su Informe de 5 de diciembre de 2001, relativo al Anteproyecto de Ley reguladora de la Concesión de Obras Públicas, como el sistema “más eficiente para captar la participación de la iniciativa privada empresarial”.

Inspirada declaradamente en los ideales expresados por los regeneracionistas de comienzos de siglo, fundamentalmente Joaquín Costa, la Dictadura de Primo de Rivera se concibe inicialmente con carácter transitorio y urgente, proponiéndose, como objetivo fundamental, restaurar el orden y desarraigar la influencia caciquil de la vida política, a fin de sentar las bases de la ansiada recuperación y desarrollo socioeconómico de España. Corresponde un protagonismo indudable, en este sentido, al ambicioso programa de obras públicas emprendido por el Estado, e impulsado especialmente a partir de 1925 con el paso del Directorio Militar al Directorio Civil y el apoyo del tándem PSOE-UGT a su política económico-social. Su puesta en práctica, al amparo del marco legal vigente desde 1877, se traduce en un importante esfuerzo de creación de infraestructuras, sobre todo por medio de grandes obras públicas, como punto de partida de un relanzamiento económico más amplio, y al que se deben resultados tan importantes como la construcción de embalses, carreteras y el impulso decidido a las obras de regadío.

Las necesidades sentidas en nuestro país en materia de carreteras y la construcción, en especial, de las primeras autopistas de peaje americanas y europeas<sup>68</sup>, se alzarán, a finales del primer tercio de siglo, en un revulsivo fundamental capaz de excitar el entusiasmo y el auxilio privado a tan importante cometido, reclamando con su empuje una normativa cada vez más detallada y adecuada a las necesidades tanto públicas como privadas presentes en toda concesión de obra pública. Es así como la propia peculiaridad y trascendencia del objeto concesional en el ámbito de las obras públicas, en este caso concreto las infraestructuras de transporte terrestre, se sitúan en el punto de partida de la recuperación posterior de esta técnica jurídica y de su desarrollo normativo pomenorizado.

No cabe sino concluir que, independientemente de la postura adoptada en cada época por los poderes públicos al respecto, la legislación histórica vigente en materia de obras públicas no rompe en ningún momento su lento caminar hacia un reconocimiento normativo cada vez más amplio de la colaboración público-privada que venía produciéndose ya *de facto* desde épocas anteriores incluso al siglo XIX, y que llegó a ser fundamental para el desarrollo de las grandes obras públicas no sólo decimonónicas sino también del siglo XX. Una

---

<sup>68</sup> RODRÍGUEZ LÁZARO, F.J.: *Las primeras autopistas españolas (1925/1936)*, CICCP, Madrid, 2004, pp. 183, da noticia del eco que alcanzan en la prensa especializada los primeros proyectos internacionales de autopistas, que datan del primer tercio del siglo XX.

normativa muchas veces rompedora en cuanto a las soluciones aportadas, pero claramente insuficiente en su articulación jurídica concreta y en su desarrollo posterior.

Resulta fundamental, en este sentido, la tarea de deslinde conceptual realizada por la doctrina científica, en su intento de definir con claridad los límites entre una y otra realidad<sup>69</sup>. La sucesión de intentos fallidos de dar una definición al servicio público se debe, esencialmente, a la propia maleabilidad histórica del concepto que ha dado cobertura a realidades muy diversas<sup>70</sup>. Si en un primer momento se trataba de un concepto poco claro, la propia evolución política y económica de nuestro país llevaría a su progresiva y creciente expansión, dando lugar, finalmente, a una extensión del servicio público absolutamente desmesurada que culmina inevitablemente en crisis<sup>71</sup>.

Se abre entonces un proceso lento de individualización y emancipación de servicio, obra y dominio público<sup>72</sup>, nociones interrelacionadas en la legislación decimonónica de obras públicas y abocadas a entrar en conflicto en cuanto la

<sup>69</sup> Se refieren a la naturaleza jurídica contractual de la concesión, LÓPEZ PELLICER, J.A.: "La concesión administrativa en general", op. cit., pp. 24 y ss.; y, DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.: *El incumplimiento en la concesión de servicio público*, Montecorvo, Madrid, 1981, pp. 68 y ss., que estudia en profundidad el procedimiento para su otorgamiento en el ámbito de los servicios locales con el fin de determinar el momento exacto en que nace la relación concesional. También SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2008, pp. 220 y ss., sintetiza las tesis defendidas por la doctrina y la jurisprudencia acerca de la naturaleza de la concesión, concluyendo su carácter contractual. Presta igualmente atención a los criterios demanial y de servicio público como títulos de intervención administrativa en el desarrollo de los transportes RAZQUIN LIZARRAGA, J.A.: *Derecho público del transporte por carretera*, Aranzadi, Cizur el Menor, 1995, pp. 65 y ss.

<sup>70</sup> Sobre los intentos fallidos de una definición total, vid., por todos, VILLAR EZCURRA, J.L.: *Servicio público y técnicas de conexión*, op. cit., pp. 71 y ss.

<sup>71</sup> VILLAR EZCURRA, J.L.: *Servicio público y técnicas de conexión*, op. cit., pp. 45 y ss., se hace eco de la escasa claridad del concepto en "los primeros balbuceos de nuestra doctrina" y de su "desmesurada extensión" posterior a modo de "cajón de sastre", así como del "verdadero caos de sentencias y disposiciones dispersas" que ofrece nuestra jurisprudencia y legislación de principios de siglo "donde se otorga la calificación de servicio público a las actividades más diversas".

<sup>72</sup> Expuesto brillantemente por VILLAR EZCURRA, J.L.: *Servicio público y técnicas de conexión*, op. cit., pp. 52 y ss., que destaca cómo los conceptos de servicio y obra pública se unen en la legislación de Bravo Murillo (1845), ayudando esta última al triunfo del servicio público, si bien pagando como precio de ese auxilio la confusión conceptual. Para el autor tiene una importancia capital el lento proceso de emancipación del concepto de servicio público de los de obras públicas y dominio público, siendo fundamental en este sentido la percepción de la temporalidad de la obra pública como objeto contractual que tiene un principio y un final frente al dominio y al servicio públicos que permanecen y son perspectivas distintas de una misma realidad.

Administración pública comienza a ampliar su ámbito prestacional y a ejercer actividades consideradas hasta entonces como exclusivamente privadas<sup>73</sup>. La confusión de los planos público y privado a mediados del siglo xx supone el derrumbe de los límites que hasta entonces los habían dividido y de las construcciones jurídicas asentadas en una "separación tajante y neta de ambos conceptos"<sup>74</sup>.

La teoría clásica del servicio público sufre, en definitiva, una primera quiebra como consecuencia de la generalización de la actividad empresarial del Estado sujeta al Derecho privado<sup>75</sup>. La fórmula del servicio público como instrumento de conciliación de la ideología liberal dominante en el siglo xix y de la titularidad pública del servicio salta por los aires<sup>76</sup>.

En este contexto, la aprobación en 1955 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio (RSCL), reviste una importancia fundamental, no sólo desde la perspectiva de los servicios públicos locales en sentido estricto, sino también por lo que a la técnica concesional se refiere. Frente al silencio normativo anterior, regula por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico y con vocación de generalidad, el régimen aplicable a la tramitación de la concesión de servicios locales y a las condiciones en que debe producirse su gestión y explotación posterior<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> ALBI, F.: *Tratado de los modos de gestión...*, op. cit., p. 17, achaca la crisis de la teoría del servicio público a las repercusiones de la II Guerra Mundial, que motivarían que la concepción teórica francesa se tambaleara "desde sus cimientos", desmoronándose "en su parte fundamental".

<sup>74</sup> *Ídem*, p. 17.

<sup>75</sup> SOUVIRÓN MORENILLA, J.M.<sup>a</sup>: *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, p. 117.

<sup>76</sup> Sobre la utilidad de la concesión, tanto histórica como actual, en cuanto fórmula intermedia entre el sector público y el privado para la prestación de los servicios, vid. SANZ RUBIALES, I., *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2004, p. 47; y, SOUVIRÓN MORENILLA, J.M.<sup>a</sup>: *La actividad de la Administración y...*, op. cit., pp. 49 y ss.

<sup>77</sup> Así lo subraya también LÓPEZ PELLICER, J.A.: "La concesión de servicios locales", en LÓPEZ PELLICER, J.A. y SÁNCHEZ DÍAZ, J.L.: *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público*, IEAL, Madrid, 1976, p. 44, en cuya opinión el RSCL "establece una ordenación bastante completa", que se vería frenada, no obstante, en sus posibilidades "por las dificultades que la propia regulación ofrece".

Es más, la concesión de obra pública queda expresamente reducida en su articulado a una modalidad de la concesión de servicio en función de lo dispuesto en su artículo 114.2, conforme al cual “la concesión podrá comprender: a) la construcción de una obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicio a que estuvieren afectas, o b) el mero ejercicio del servicio público cuando no requiera obras o instalaciones permanentes o estuvieren ya establecidas”.

Con anterioridad, el pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas, aprobado por Real Decreto de 13 de marzo de 1903, contemplaba exclusivamente el supuesto de la contrata, sin entrar a regular las peculiaridades y el régimen jurídico de la concesión de obras y servicios. Pese a ello, se entiende que entran dentro de su ámbito de aplicación por la definición que realiza el artículo 1 de la figura del contratista, en la que encaja el concesionario conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>78</sup>.

Del mismo modo, la aprobación posterior de la Ley de 1 de julio de 1911, de Administración y Contabilidad, dedica su Capítulo V a la “contratación de servicios y obras públicas” sin hacer referencia expresa a la concesión, aun cuando entrara en su ámbito de aplicación por la consideración del concesionario como contratista<sup>79</sup>. Recoge y perfecciona los preceptos del Real Decreto de 1852 en materia de contratación pública, sin regular, no obstante, las especialidades propias de la concesión y limitándose tan sólo a contemplar la adjudicación contractual de servicios y obras a cuenta del Estado por medio de subasta, como regla general aplicable, o de concurso en los casos expresamente previstos en el artículo 52<sup>80</sup>. Admite, en cualquier caso, la excepción de las formalidades de la subasta o el concurso en ciertos contratos que podrán ser concertados o ejecutados directamente por la Administración, conforme a los artículos 53 y 54 de la Ley.

---

<sup>78</sup> Así lo sostiene DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.: *El incumplimiento en la concesión...*, op. cit., p. 28, que cita al efecto el Auto del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1908 en el que se reconoce que “es doctrina general jurisprudencial que los concesionarios de servicios públicos tienen el carácter de contratistas auténticos”.

<sup>79</sup> DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.: *El incumplimiento en la concesión...*, op. cit., p. 28.

<sup>80</sup> Entre ellos, el apartado 4 del artículo 52 de la Ley admite la celebración de concurso para los contratos “en que la Administración se reserve la facultad de elegir entre los proyectos, modelos o diseños que presenten los establecimientos industriales o fabriles destinados á las construcciones de los efectos objeto del contrato, por no estimarse conveniente la fijación previa de un proyecto o diseño especial técnico, siempre previa audiencia del Consejo de Estado”.

La regulación de 1955 de las modalidades de gestión de los servicios locales contribuye así, en definitiva, al resurgir de la técnica concesional a mediados de siglo, más aún si consideramos el silencio que guarda respecto a la concesión de obras públicas la legislación en materia de contratos administrativos aprobada en la época, en particular, la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado.

Esta última abre una nueva etapa en la regulación de los contratos públicos, en cuanto no pretende romper con el sistema tradicional, sino perfeccionarlo para garantizar una mayor eficacia. Pese a esta declaración de intenciones, ni la Ley de Bases de 1963 ni la Ley de Contratos del Estado de 1965, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril (LCE), realizan mención expresa de la concesión de obras públicas, absteniéndose de regular las peculiaridades y especialidades propias de su contratación.

La Ley, y su Reglamento de desarrollo<sup>81</sup>, someten al régimen jurídico establecido en su propio articulado y al Derecho administrativo, en general, la contratación de “la ejecución de obras o la gestión de servicios del Estado o la prestación de suministros al mismo”. Quedan así subsistentes normas anteriores en materia de concesión de obras públicas, algunas tan antiguas como la Ley General de 1877, vigentes en cuanto no se opusieran a la nueva regulación en materia de contratación administrativa. Esta última se limitaba tan sólo a contemplar, por lo que se refiere al empleo de la técnica concesional, el régimen jurídico aplicable a la concesión de servicios públicos<sup>82</sup>.

No es de extrañar, en consecuencia, que la fórmula concesional viviera, tras su primer período de esplendor con la ejecución de las grandes obras públicas decimonónicas, una segunda etapa de apogeo al amparo esta vez de los servicios públicos y de su gestión indirecta. Curiosamente, la crisis desatada en fechas recientes en el ámbito europeo como consecuencia de una nueva quiebra en la teoría del servicio público, habría de favorecer el proceso abierto de independización y promoción de la concesión considerada en sí misma como

---

<sup>81</sup> Aprobado por Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre.

<sup>82</sup> Vid., en particular, DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.: *El incumplimiento en la concesión...*, op. cit., pp. 30 y ss.

una técnica de amplias posibilidades que excede, en todo caso, del marco limitado de la gestión indirecta de los servicios públicos<sup>83</sup>.

En este contexto, la participación privada se mostró claramente insuficiente e incluso problemática, debido en buena medida a las condiciones económicas vigentes en el momento. El Consejo de Estado cita, en este sentido, en su Informe al Anteproyecto de la Ley 13/2003, la imposibilidad de asumir, “ni siquiera con la colaboración del sector empresarial y financiero privado, el coste de las cuantiosas inversiones requeridas para completar la red” de autopistas de peaje, al amparo de la Ley 8/1972, de 10 de mayo. Esta incapacidad pública, unida al “enorme endeudamiento de las sociedades concesionarias propiciado en buena medida por la exigencia de sólo un 10 por 100 de recursos propios y a las turbulencias económicas provocadas por la denominada crisis del petróleo, que no se vieron atenuados por la asunción de los tipos de cambio por el Estado, implicó la imposibilidad de completar dicha red”<sup>84</sup>.

Ante los resultados de esta experiencia concesional, se produce un cambio notable en la actitud del sector público frente a la provisión de obras públicas y, en particular, de infraestructuras de transporte, optándose, básicamente, por un sistema de financiación presupuestario<sup>85</sup>. Se alega como justificación al mismo, que las infraestructuras son “bienes de capital de carácter público,

---

<sup>83</sup> Se refieren, entre otros, a esta segunda crisis, mucho más actual, del concepto de servicio público, SÁNCHEZ ISAC, J.: *Teoría y práctica de las concesiones de servicios locales*, Bayer Hnos., Barcelona, 1992, pp. 47 y ss., quien la achaca a la propia expansión del término para dar cabida a actividades consideradas importantes “por su utilidad social”, abarcando “figuras contractuales y organizativas” lejanas al servicio público en sentido estricto; SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, op. cit., pp. 57 y ss., que profundiza en la crisis y el nuevo horizonte europeo del servicio público; y, SOUVIRÓN MORENILLA, J.M.<sup>a</sup>: *La actividad de la Administración y...*, op. cit., pp. 138 y ss., para quien la crisis obliga a optar entre una noción “subjetiva” del servicio público y otra “objetiva o funcional”. Asimismo, SANZ RUBIALES, I.: *Poder de autoridad y concesión...*, op. cit., pp. 48 y ss., se hace eco también del papel que ha jugado la concesión “en la historia económica y jurídica del servicio público en nuestro país” y de su resurgir como “técnica netamente actual”.

<sup>84</sup> Informe del Consejo de Estado, de 5 de diciembre de 2001, relativo al Anteproyecto de Ley reguladora de la Concesión de Obras Públicas.

<sup>85</sup> Sobre las dificultades del sistema concesional propio de los años sesenta y setenta, y el cambio posiblemente “demasiado brusco” hacia un sistema absolutamente presupuestario, vid. CÁDIZ, J.C.: “Los problemas actuales de la financiación de infraestructuras”, en la obra colectiva coordinada por RUIZ OJEDA, A.: *La financiación privada de obras públicas. Marco institucional y técnicas aplicativas*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 38 y ss.

que no están directamente vinculados a procesos productivos concretos, sino que están al servicio de múltiples usuarios y, en definitiva, de la sociedad en su conjunto”, apuntándose también otros factores como “su larga vida útil, la magnitud de las inversiones necesarias o su limitado interés como negocio”<sup>86</sup>.

La apuesta decidida por el gasto público se prolongaría durante los años ochenta, dando lugar a un incremento considerable del déficit público y de la presión fiscal al objeto de hacer frente a los Planes de la época, entre otros, el Plan General de Carreteras, el Plan de Puertos, el Plan de Transportes Ferroviarios y el Plan de Costas<sup>87</sup>. Su idoneidad comienza a cuestionarse a raíz del ingreso de España en las Comunidades Europeas y de las nuevas exigencias comunitarias en la materia.

El recurso a los Presupuestos Generales del Estado encuentra con el tiempo un límite infranqueable en los objetivos de convergencia, que hacen aconsejable un cambio de mentalidad y una vuelta a la participación privada en la financiación del sector como solución más adecuada para mantener, por una parte, un elevado ritmo inversor en materia de infraestructuras, sin descuidar, por otra, las obligaciones derivadas de la rigurosa política comunitaria en materia de déficit público. Se impone, en consecuencia, la búsqueda de nuevas fuentes y fórmulas de financiación<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> VIGIL MEDINA, C.: “Financiación de infraestructuras”, *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 97, 1993, p. 433.

<sup>87</sup> Así lo resalta también el Informe del Consejo de Estado, de 5 de diciembre de 2001, relativo al Anteproyecto de Ley reguladora de la Concesión de Obras Públicas.

<sup>88</sup> Sobre los avatares de la política presupuestaria y su incidencia en las inversiones en infraestructuras, vid. VIGIL MEDINA, C.: “Financiación de infraestructuras”, op. cit., pp. 433 y ss. Asimismo, sobre los distintos factores, corrientes históricas y de pensamiento que concluyen con la posibilidad de que el Estado pueda retraerse en la ejecución y gestión de obras públicas en beneficio de la iniciativa privada, vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo* y..., op. cit., pp. 1295 y ss. Por último, vid. también FOLGADO BLANCO, J. y SÁNCHEZ SOLIÑO, A.: “La política presupuestaria y la financiación de las infraestructuras en España”, *Revista de Obras Públicas*, núm. 3391, octubre 1999, pp. 11 y ss.; GONZÁLEZ MARÍN, A.: “Límites y alternativas a la financiación presupuestaria de infraestructuras”, *Nuevas formas de financiación de proyectos públicos*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 15 y ss.; LÓPEZ CORRAL, A.M.: “Infraestructuras y Presupuesto: crisis del modelo de financiación presupuestaria”, *Revista de Obras Públicas*, núm. 3400, julio-agosto 2000, pp. 47 y ss.; y, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “Acerca de las obras públicas: su ejecución y financiación. Perspectivas actuales”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 14, septiembre-diciembre 2001, pp. 232 y ss.

La senda abierta a raíz de la crisis del modelo puramente presupuestario, discurrirá a partir de entonces hacia el reconocimiento, cada vez más amplio y convencido, de la participación y colaboración privada en la proyección, construcción, gestión y, sobre todo, financiación de las obras públicas. La pervivencia de normas decimonónicas en materia de concesión de obras públicas y el silencio, en este sentido, de la legislación vigente aplicable a la contratación administrativa, se irá completando con la aprobación posterior de normas, en muchas ocasiones sectoriales, que explorarán nuevas vías de cooperación entre los sectores público y privado en este ámbito.

Las principales innovaciones se han producido, fundamentalmente, en tres ámbitos<sup>89</sup>. De un lado, en el concesional, flexibilizando el sistema para hacerlo más atractivo a la participación privada e incentivar así el acopio de capitales procedentes de este sector y aplicables a la construcción y explotación, en particular, de infraestructuras de transporte. De otro lado, en el de las personificaciones públicas, al ampliar el espectro al alcance de los poderes públicos, permitiendo la creación de entidades públicas instrumentales dedicadas en exclusiva a la promoción de obras públicas y a su gestión posterior. Y, por último, en el contractual, al abrir la normativa vigente a nuevas modalidades de financiación de obras públicas desconocidas hasta entonces.

Paradójicamente, la rehabilitación de la fórmula concesional en el ámbito de las obras públicas no vendrá de la mano de la herencia jurídica recibida de nuestra propia tradición histórica del siglo XIX, sino, por el contrario, de los compromisos adquiridos con el ingreso de España en las Comunidades Europeas<sup>90</sup>. La adaptación de la legislación contractual pública a las exigencias comunitarias motivará la aprobación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP)<sup>91</sup>, que sienta las bases para el reconocimiento de las particularidades propias del contrato de concesión

---

<sup>89</sup> Siguiendo, en concreto, la síntesis que realiza al respecto el Informe del Consejo de Estado, de 5 de diciembre de 2001, relativo al Anteproyecto de Ley reguladora de la Concesión de Obras Públicas.

<sup>90</sup> Así lo subraya también RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.<sup>a</sup>: "Aspectos básicos sobre su concepto y...", op. cit., pp. 140 y ss. Se volverá *infra* sobre la incidencia del Derecho comunitario en el reconocimiento y la regulación española del contrato de concesión de obras públicas.

<sup>91</sup> Así se reconoce expresamente en su exposición de motivos.

de obras públicas, en el que prima, a diferencia de la concesión de servicios, una problemática particular y diversa, planteada por el contenido esencial que representa la provisión y explotación de la propia obra, sobre el fin próximo o remoto a que pudiera ir destinada<sup>92</sup>.

La LCAP sustituye así a la LCE de 1965, dedicando sus artículos 130 a 134 a la concesión de obras públicas, como modalidad diferenciada dentro del régimen jurídico general aplicable al contrato de obras. No establece, sin embargo, un régimen jurídico acabado y autónomo para el contrato de concesión de obras públicas, sino que se limita tan sólo a regular algunas de sus especialidades más destacables<sup>93</sup>.

Conforme al artículo 130, se considera como contrato de concesión de obras públicas aquel en el que, siendo su objeto alguno de los propios del contrato de obras, definido en el artículo 120<sup>94</sup>, la contraprestación a favor del concesionario consista en el derecho de explotación de la obra, acompañado, en su caso, del de percibir un precio<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Así lo sostiene, en particular, MORELL OCAÑA, L.: "La concesión de marismas y el artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado", *Revista de Administración Pública*, núm. 68, mayo-agosto 1972, p. 174.

<sup>93</sup> Pese a ello RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.<sup>a</sup>: "Aspectos básicos sobre su concepto y...", op. cit., p. 137, ha subrayado la importancia de estos preceptos, con los que se "rinda tributo a una figura de consagrada solera en nuestra tradición jurídica, al tiempo que se rescata de la relativa indefinición con que se encontraba recogida en la legislación de los contratos administrativos hasta ahora vigente".

<sup>94</sup> Conforme al artículo 120 de la LCAP el contrato de obras tiene por objeto:

- «a) La construcción de bienes que tengan naturaleza tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, así como cualquier otra análoga de ingeniería civil.
- b) La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos.
- c) La reforma, reparación, conservación o demolición de los definidos en las letras anteriores.»

<sup>95</sup> Los artículos 131 a 134 de la LCAP recogen, por su parte, algunas especialidades concretas relativas a la subcontratación parcial en las concesiones de obras públicas, los contratos de las Administraciones públicas como concesionarias y los suscritos por los propios concesionarios, así como a las empresas vinculadas al adjudicatario de la concesión.

La LCAP sanciona, en definitiva, la recuperación de la técnica tradicional de la concesión en el ámbito de las obras públicas, si bien excluye su consideración como contrato administrativo típico<sup>96</sup>, al configurarla simplemente como una modalidad contractual de obras. A los elementos propios del contrato de obras, presentes fundamentalmente durante la fase de construcción y ejecución de la obra pública, se suman algunos rasgos característicos, vigentes, por el contrario, durante su explotación posterior, del contrato de gestión de los servicios públicos<sup>97</sup>. Así se desprende, en concreto, del artículo 130.2, que sujeta la concesión de obras públicas a “las normas generales de los contratos de obras”, debiendo acatar el concesionario en su gestión ulterior las obligaciones establecidas en particular por el artículo 162 para la gestión de servicios públicos.

Al acicate que representa, en este sentido, la convergencia comunitaria se unirá, además, la preocupación concreta, desatada a finales de los años ochenta y acentuada durante la década de los noventa, por los problemas de financiación de las obras públicas y la necesidad, cada vez más acuciante ante lo limitado de los recursos del sector público, de articular vías para la participación de la inversión privada en su provisión y gestión.

Responden a esta inquietud las diversas reformas normativas orientadas a introducir nuevas modalidades de financiación de infraestructuras públicas, concretamente, la variante del contrato de obras denominada habitualmente de “llave en mano”, por la que la Administración aplaza el abono total del precio

---

<sup>96</sup> El Libro II de la LCAP tan sólo recoge como contratos administrativos típicos los de obras, gestión de servicios públicos, suministro, consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración.

<sup>97</sup> Para SÁNCHEZ MARÍN, R.: “Del contrato de obras (Título I)”, en la obra colectiva dirigida por SOSA WAGNER, F.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Cedecs, Barcelona, 1995, p. 115, el contrato de concesión de obras públicas es un contrato “de naturaleza mixta, que reúne las prestaciones principales del contrato de obras y de la concesión de dominio público” y en el que no cabe duda de “la primacía que se da a la construcción del inmueble”.

al momento de culminación y puesta a disposición de la obra<sup>98</sup>, así como la modificación del régimen jurídico de los artículos 130 a 134 de la LCAP, aplicables al contrato de concesión de obra pública, por Ley 53/1999, por cuanto altera totalmente el régimen aplicable hasta entonces a este tipo de contratos<sup>99</sup>.

Esta regulación permanecerá invariable tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP) y no se verá afectada hasta la aprobación de la Ley 13/2003, de 23 de mayo. Por lo que interesa al objeto concreto de este estudio, destaca la parquedad de la normativa vigente hasta la reforma de 2003, que guardaba silencio sobre diversos extremos relevantes de la colaboración público-privada para la dotación y gestión de obras públicas e infraestructuras.

## II. EL AFIANZAMIENTO DE LAS FÓRMULAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Las razones aducidas en el plano internacional para emprender un nuevo rumbo favorable a la implementación de fórmulas cada vez más complejas fundadas en la estrecha participación y colaboración de los sectores público y privado para la satisfacción de necesidades colectivas de interés general, son sumamente variadas y dependen, en buena medida, de las circunstancias

---

<sup>98</sup> Modalidad introducida en el ámbito de la contratación pública de obras por el artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por la que el contratista se obliga a financiar la construcción, adelantando las cantidades necesarias hasta que se produzca la recepción de la obra terminada. Podrá ir acompañada del cobro de un peaje o de una tasa por uso de la infraestructura, para financiar todos o parte de los pagos previstos, si así lo acuerda el Gobierno estatal o autonómico. A este mecanismo de "llave en mano", conocido también como "modelo alemán", se suman otras fórmulas alternativas de financiación pública si bien extrapresupuestaria, entre ellas, el peaje en sombra o la creación de fondos especiales para la financiación de proyectos concretos; se refiere a la innovación que suponen y a su papel esencial en la promoción y construcción de obras públicas, el Informe del Consejo de Estado, de 5 de diciembre de 2001, relativo al Anteproyecto de Ley reguladora de la Concesión de Obras Públicas.

<sup>99</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: "El proyecto de Ley reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas", *Revista de Obras Públicas*, núm. 3425, octubre 2002, p. 36, destaca, en este sentido, la virtualidad del contrato de concesión de obras públicas, y entiende que, si bien por razones diversas a las del siglo XIX, podría seguir manteniendo su protagonismo y ser sumamente eficaz para los desafíos del siglo XXI.

socioeconómicas de cada país, si bien existe un motivo reiterado con insistencia en todos los estudios e investigaciones en la materia, que no es otro que la necesidad de hacer frente a la escasez presupuestaria, a las limitaciones financieras existentes para hacer frente desde el sector público a unas necesidades y exigencias de gasto cada vez mayores<sup>100</sup>.

De esta forma, y enlazando con lo expuesto *supra*, cabe afirmar que las razones presupuestarias se erigen, en última instancia, en el punto de partida, mínimo común denominador y auténtico centro neurálgico de este movimiento internacional privatizador, que ofrece, en principio, como bazas principales, el supuesto ahorro económico del sector público y una mayor eficiencia del sector privado, al menos en el plano teórico, en la gestión de la obra y del servicio público resultante.

La experiencia británica es, en este sentido, por su carácter pionero y evolución a lo largo de las últimas décadas, la más significativa y relevante<sup>101</sup>,

<sup>100</sup> Así lo subraya, en particular, ABAD ZORRILLA, J.A.: "La financiación y gestión público-privada de infraestructuras", *Información Comercial Española*, núm. 757, octubre 1996, pp. 41 y ss., quien reclama aunar esfuerzos para "identificar fórmulas imaginativas" que permitan la cofinanciación público-privada de nuevas infraestructuras o el mantenimiento de las existentes.

<sup>101</sup> Ofrecen una visión general de la evolución del sistema británico del *Private Finance Initiative (PFI)*, entre otros muchos, RODEN, N.: "Delivering BOT Projects. The UK experience of design, build, finance and operate projects", *Routes / Roads*, núm. 295, July 1997, pp. 21 y ss.; DIMENT, R.: "Britain's roads: the infrastructure and the service", *Jornada sobre la política británica de transportes*, Ministerio de Fomento, Madrid, 2000; FALCONER, P.K. y MCLAUGHLIN, K.: "Public-private partnerships and the 'New Labour' Government in Britain", en OSBORNE, S.P.: *Public-Private Partnerships. Theory and practice in international perspective*, Routledge, 2000, pp. 120 y ss.; CORNER, D.: "The United Kingdom Private Finance Initiative: the challenge of allocating risk", en HODGE, G. y GREVE, C. (Eds.): *The Challenge of Public-Private Partnerships. Learning from International Experience*, Edward Elgar, 2005, pp. 44 y ss.; en la misma obra, POLLITT, M.: "Learning from UK Private Finance Initiative experience", pp. 207 y ss.; así como, en fin, YESCOMBE, E.R.: *Public-Private Partnerships. Principles of Policy and Finance*, Butterworth-Heinemann, 2007, pp. 33 y ss. Su carácter dinámico, en evolución permanente, y los reajustes experimentados a raíz de la identificación de zonas de riesgo o problemáticas para el sector público han suscitado la atención de la doctrina española, que ha analizado también las aportaciones de este sistema a la luz, en muchas ocasiones, de los proyectos concretos alumbrados a raíz de su puesta en práctica. Vid., entre otros, DE LA CRUZ FERRER, J. y ÓNEGA CARRIÓN, N.: "Financiación y gestión público-privada: experiencia de la iniciativa de financiación privada en el Reino Unido", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núms. 2-3, 2000, pp. 471 y ss.; RUIZ OJEDA, A.: "El Eurotúnel. La provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de concesión", *Revista de Administración Pública*, núm. 132, septiembre-diciembre 1993, pp. 469 y ss.; y, del mismo autor, "London Docklands: una experiencia de financiación privada de dotaciones urbanas y de liberalización de la gestión del suelo. Breve análisis comparativo con el reciente urbanismo español", *Revista de Administración Pública*, núm. 139, enero-abril 1996, pp. 445 y ss.

aunque tampoco un país de tradición económica liberal tan arraigada como la de Estados Unidos ha logrado escapar al debate sobre la conveniencia de fomentar la participación privada en ámbitos habitualmente reservados al sector público, en particular, el de la construcción y gestión de infraestructuras de transporte, educativas o sanitarias, o sobre el alcance real y efectivo de aquellos beneficios y ventajas inicialmente esperados de esta colaboración<sup>102</sup>.

En todo caso, resulta especialmente significativa e ilustrativa, a estos efectos, la tarea emprendida por numerosas organizaciones internacionales y entes supranacionales en pro de la exploración e investigación de nuevas vías para la articulación de la colaboración de los sectores público y privado en la provisión de obras públicas<sup>103</sup>. Destacan, así, los trabajos desarrollados por el

---

<sup>102</sup> Vid., en concreto, GÓMEZ-IBÁÑEZ, J.A., MEYER, J.R. y LUBEROFF, D.E.: "The prospects for privatising infrastructure. Lessons from US roads and solid waste", *Journal of Transport Economics and Policy*, núm. 3, September 1991, pp. 259 y ss., para quienes el debate se debe plantear en sus justos términos, en cuanto no es el coste la única barrera o condicionante a la decisión sobre la provisión pública o privada de las infraestructuras. También sobre la experiencia estadounidense y su aplicación, incluso, a la prestación de servicios sociales o en temas de empleo público, JOHNSTON, J.M. y ROMZEK, B.S.: "Traditional contracts as partnerships: effective accountability in social services contracts in the American states", pp. 117 y ss., MARTIN, L.L.: "United States: human services", pp. 144 y ss. y, BOARDMAN, A.E., POSCHMANN, F. y VINING, A.R.: "North American infrastructure P3s: examples and lessons learned", pp. 162, todos ellos en la obra colectiva HODGE, G. y GREVE, C. (Eds.), *The Challenge of Public-Private Partnerships. Learning from International Experience*, Edward Elgar, 2005; MOULTON, L. y ANHEIER, H.L.: "Public-private partnerships in the United States: historical patterns and current trends", en OSBORNE, S. P., *Public-Private Partnerships. Theory and practice in international perspective*, Routledge, 2000, pp. 105 y ss.; SMITH, A.L.: "Public-private partnership projects in the USA: risks and opportunities", en AKINTOYE, A., BECK, M. y HARDCASTLE, C. (Eds.): *Public-Private Partnerships. Managing risks and opportunities*, Blackwell, 2003, pp. 285 y ss.; VAILLANCOURT ROSENAU, P. (Ed.): *Public-Private Policy Partnerships*, The MIT Press, 2000, *in toto*; y, YESCOMBE, E. R., *Public-Private Partnerships. Principles of Policy and Finance*, Butterworth-Heinemann, 2007, pp. 39 y ss. Ofrece, asimismo, un estudio comparativo de gran interés entre la evolución británica y norteamericana en relación con la promoción y financiación privada de obras públicas de transporte, MEYER, J.R.: "American experience. Private and public", *Financing the transport infrastructure. 4-5 July 1989*, Westminster and City Programmes, 1989, quien subraya, en particular, la trascendencia de las necesidades presupuestarias, "budgetary pressure", como motivo fundamental de este "revival of interest" respecto a la participación privada en su financiación.

<sup>103</sup> IZQUIERDO, R. y VASSALLO, J.M.: *Nuevos sistemas de gestión y financiación de infraestructuras de transporte*, CICCIP, Madrid, 2004, pp. 171 y ss., se hacen eco de esta tendencia mundial hacia una mayor participación de la iniciativa privada en la financiación de las infraestructuras, así como de las razones que justifican la necesidad de sistemas de financiación mixta.

Banco Mundial (BM), la Organización Mundial del Comercio (OMC) o, en especial, la Organización de Naciones Unidas (ONU), que, a partir de la amplia experiencia internacional previa en la materia, permiten extraer conclusiones sumamente valiosas para la articulación de instrumentos de colaboración público-privada dirigidos a la provisión de infraestructuras y la gestión de servicios públicos considerados esenciales para la colectividad.

## 1. LA PROMOCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA POR LAS ORGANIZACIONES MUNDIALES MÁS REPRESENTATIVAS: BM, OMC Y ONU

El fomento de la participación privada en el desempeño de funciones y servicios públicos y, en particular, en el diseño, construcción, gestión y financiación de las obras públicas, especialmente de las infraestructuras de transporte, ha encontrado un respaldo fundamental en el trabajo de varias organizaciones internacionales de ámbito mundial, concretamente, el BM, la OMC y la ONU.

Cada una de ellas aborda el estudio de la cuestión desde la perspectiva más cercana a su propio objetivo, función declarada o razón de ser, ofreciendo en su conjunto una visión amplia del fenómeno a nivel internacional y un exponente inmejorable de la aludida tendencia internacional a la rehabilitación de la colaboración público-privada y, en especial, de la técnica contractual, sobre todo concesional, como fórmula para la incorporación del sector privado a la provisión y explotación de bienes y servicios habitualmente reservados al sector público.

Son incontables los trabajos y proyectos de investigación financiados, en primer lugar, por el BM, en los que se resalta la importancia del sector privado y de su colaboración en la realización de los objetivos públicos<sup>104</sup>. Destaca, en particular, el informe de HEGGIE, I.G., fechado a diciembre de 1991, en el que

<sup>104</sup> Sobresale, en especial, su actividad a través tanto del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) como de la Asociación Internacional de Fomento (AIF), que conforman, en sentido estricto, el BM, otorgando préstamos con intereses bajos, créditos sin intereses y donaciones a países en vías de desarrollo para proyectos en materia, fundamentalmente, de infraestructuras y obras públicas consideradas esenciales. Destaca, asimismo, la promoción de la inversión privada sostenible en estos países a cargo de la Corporación Financiera Internacional (CFI), institución afiliada al Grupo del BM.

se reclama un cambio de perspectiva en la gestión y la financiación de la provisión de carreteras. En él se afirma tajantemente la inexistencia de sustituto adecuado y suficiente a la propia disciplina del mercado privado –*real market discipline*–<sup>105</sup>, situándose como punto de partida de reflexiones posteriores mucho más amplias, en las que se abarcan y tratan temas que exceden, en muchas ocasiones, del ámbito específico de las infraestructuras de transporte terrestre para adentrarse en el de la construcción y financiación de las obras públicas en general<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> HEGGIE, I.G.: *Improving Management and Charging Policies for Roads: an Agenda for Reform*, World Bank, December 1991, p. 42.

<sup>106</sup> En estos trabajos se analizan, en concreto, los problemas y retos planteados por la financiación y gestión privada, conforme a criterios estrictamente empresariales, de obras e infraestructuras públicas. A título de ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, ALEXANDER, I. y MAYER, C.: *Incentives on Private Infrastructure Companies*, World Bank Discussion Paper, January 1997; BURNS, P. y RIECHMANN, C.: *Regulatory Instruments and their Effects on Investment Behavior*, World Bank Policy Research Working Paper 3292, April 2004; CUTTAREE, V., HUMPHREYS, M., MUZIRA, S. y STRAND, J.P.: *Private Participation in the Transport Sector. Lessons from Recent Experience in Europe and Central Asia*, World Bank, 2009; DAILAMI, M. y LEIPZIGER, D.: *Infrastructure Project Finance and Capital Flows: a new perspective*, World Bank, August 1999; DELMON, J., *Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risk*, World Bank, December 2008, publicado por Kluwer Law International en 2009; ESTACHE, A. y MARTIMORT, D.: *Politics, Transaction Costs, and the Design of Regulatory Institutions*, World Bank, March 1999; ESTACHE, A. y SEREBRISKY, T., *Where do we stand on Transport Infrastructure Deregulation and Public-Private Partnership?*, World Bank Policy Research Working Paper 3356, July 2004; ESTACHE, A. y STRONG, J.: *The Rise, the Fall, and... the Emerging Recovery of Project Finance in Transport*, World Bank Policy Research Working Paper 2385, July 2000; HEGGIE, I.G. y VICKERS, D.: *Commercial Management and Financing of Roads*, World Bank Technical Paper 409, May 1998; JACOBSON, C.D. y TARR, J.A.: *Ownership and Financing of Infrastructure. Historical Perspectives*, World Bank Policy Research Working Paper 1466, June 1995; KESSIDES, I.N.: *Reforming Infrastructure. Privatization, Regulation and Competition*, World Bank and Oxford University Press, 2004; KLEIN, M.: *Risk, Taxpayers, and the Role of Government in Project Finance*, World Bank Policy Research Working Paper 1688, December 1996; REINIKKA, R. y SVENSSON, J.: *How Inadequate Provision of Public Infrastructure and Services Affects Private Investment*, World Bank, December 1999; ROGER, N.: "Recent Trends in Private Participation in Infrastructure", *Public Policy for the Private Sector*, No. 196, September 1999; TORRES DE MÄSTLE, C. y IZAGUIRRE, A.K.: "Recent trends in private activity in infrastructure: What the shift away from risk means for policy", *Gridlines No. 31*, World Bank – PPIAF, May 2008; y VAGLIASINDI, M. y IZAGUIRRE, A.K.: "Private participation in infrastructure in Europe and Central Asia: a look at recent trends", *Gridlines No. 26*, World Bank – PPIAF, August 2007. Reviste, asimismo, especial interés el estudio comparativo del sistema concesional europeo desarrollado por BOUSQUET, F. y FAYARD, A.: *Road Infrastructure Concession Practice in Europe*, World Bank Report, September 2001.

En la mayoría de las ocasiones, los estudios citados tienen por finalidad profundizar en la posible aplicación de técnicas y fórmulas innovadoras para la implementación y desarrollo de la red de obras públicas considerada necesaria y esencial para garantizar la competitividad y el crecimiento económico de los países en vías de desarrollo<sup>107</sup>. No en vano, la inexistente o insuficiente dotación en infraestructuras no sólo lastra, en opinión de DELMON, el crecimiento económico de un país y su competitividad en el mercado internacional, sino que aboca, en última instancia, a una pérdida notable en la calidad de vida de sus ciudadanos, contribuyendo, incluso, a una mayor y más fácil propagación de enfermedades, así como a un incremento de su índice de mortalidad. De ahí que la inversión económica tanto en la provisión de infraestructuras como en la gestión de los servicios públicos que sobre ellas se prestan alcance, en opinión del autor citado, la categoría de auténtico “imperativo moral y económico”<sup>108</sup>.

También la OMC ha impulsado la participación y colaboración del sector privado en el ámbito de la contratación pública. A diferencia del BM, los trabajos de la OMC no se centran tanto en el estudio del desarrollo económico de los países implicados, si bien toma en consideración sus necesidades al respecto, como en la garantía, por el contrario, de una auténtica liberalización y expansión del comercio internacional.

En este sentido, la Ronda de negociaciones celebrada en Uruguay culminó con la firma en 1994 de más de 50 Acuerdos entre los que destaca, en particular, el alcanzado en materia de contratación pública. Se trata, en concreto, de un ámbito para el que no habían existido tradicionalmente compromisos internacionales en materia de acceso a los mercados<sup>109</sup>. Es por este motivo, que el Acuerdo citado pretende, ante todo, fijar un marco regulador claro y estable para la contratación pública, al que puedan someterse voluntariamente

<sup>107</sup> Destaca así, a título de ejemplo, la fundación de la *Public-Private Infrastructure Advisory Facility* (PPIAF), creada a iniciativa conjunta de Japón y el Reino Unido. Vinculada en su actividad al BM, se propone canalizar la asistencia de todo tipo, y en particular técnica, a los países en vías de desarrollo con el fin de fomentar la adopción de las garantías adecuadas para asegurar la inversión privada en sus redes de infraestructuras.

<sup>108</sup> DELMON, J.: *Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risk*, op. cit., p. 1.

<sup>109</sup> La contratación pública ha estado tradicionalmente fuera del ámbito de aplicación de las normas de la OMC relativas al comercio de bienes y servicios, en virtud, fundamentalmente, de los artículos III.8 a) y XVII.2 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, versión consolidada), así como XIII.1 del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) de 1994.

los Estados firmantes. Aspira, en consecuencia, a “mejorar el marco internacional en que éste se desarrolla”<sup>110</sup>, fundándose para ello en la reivindicación de la necesaria transparencia de las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a la contratación pública.

Firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994<sup>111</sup>, se ha erigido en el punto de partida de la labor de la OMC en materia de contratación pública, que abarca otras dos esferas al margen de la representada por este primer Acuerdo plurilateral. De un lado, la encarnada en la constitución de un grupo de trabajo multilateral, establecido por la Conferencia Ministerial de 1996 celebrada en Singapur, para estudiar la transparencia de las prácticas de contratación pública de los Estados miembros, con el objetivo de preparar elementos, en su caso, para un futuro acuerdo multilateral en la materia, si bien su trabajo ha sido finalmente excluido, por decisión del Consejo General de 1 de agosto de 2004, del Programa de Trabajo de Doha<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> No en vano, la OMC califica a la contratación pública de faceta o vertiente fundamental del comercio internacional, dado el considerable tamaño del mercado al respecto, que alcanza con frecuencia porcentajes entre el 10 y el 15 por 100 del PIB de los países correspondientes. Vid., en este sentido, [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gproc\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm).

<sup>111</sup> En cualquier caso, el compromiso de entablar nuevas negociaciones al respecto fue incorporado en el artículo XXIV, párrafo 7, apartados b) y c) del Acuerdo y con una triple finalidad. De un lado, mejorar y actualizar el Acuerdo sobre Contratación Pública a la luz, entre otras, de la evolución de la tecnología de la información y los métodos de contratación; de otro, ampliar el ámbito de aplicación del Acuerdo; y, en fin, eliminar las medidas discriminatorias restantes. Las negociaciones buscan propiciar, asimismo, la adhesión de nuevas partes al Acuerdo, en particular, de los países en vías de desarrollo, y si bien se han sustanciado durante varios años, dando lugar, en diciembre de 2006, a un primer entendimiento sobre el texto de un Acuerdo revisado de Contratación Pública (GPA/W/297, de 11 de diciembre de 2006), éste es aún provisional, estando sujeto a verificación jurídica definitiva y a la obtención de un resultado mutuamente satisfactorio en las negociaciones sobre su ámbito de aplicación. En cualquier caso, las negociaciones al respecto han sido expresamente excluidas de la actual Ronda de Doha.

<sup>112</sup> Esta decisión (WT/L/579), conocida también como el “paquete de julio”, establece la agenda, el plan de trabajo y los acuerdos alcanzados como punto de partida para las negociaciones a desarrollar en el futuro en el marco del Programa de Doha para el Desarrollo. Y así, dispone en su punto 1 g), respecto a la “relación entre comercio e inversiones, interacción entre comercio y política de competencia y transparencia de la contratación pública”, que “el Consejo acuerda que estos temas, mencionados en los párrafos 20-22, 23-25 y 26, respectivamente, de la Declaración Ministerial de Doha, no formarán parte del Programa de Trabajo establecido en dicha Declaración y por consiguiente durante la Ronda de Doha no se llevarán a cabo en la OMC trabajos encaminados a la celebración de negociaciones sobre ninguno de estos temas”. Desde la adopción de esta decisión, motivada en última instancia por la imposibilidad de los Estados miembros de alcanzar un acuerdo sobre la puesta en marcha de las negociaciones en el transcurso de la Quinta Conferencia Ministerial, celebrada en Cancún en septiembre de 2003, el Grupo de Trabajo sobre la Transparencia de la Contratación Pública se ha mantenido inactivo.

Y, de otro, el establecimiento por el Consejo del Comercio de Servicios de un segundo grupo de trabajo, sobre las normas aplicables a la contratación pública de servicios, conforme a la exigencia formulada al respecto por el propio Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) de 1994, que en el segundo párrafo de su artículo XIII abre un plazo de dos años desde su entrada en vigor para la celebración de “negociaciones multilaterales sobre la contratación pública en materia de servicios en el marco del presente Acuerdo”<sup>113</sup>.

Los Acuerdos y trabajos de la OMC no descienden, en particular, al ámbito específico de la provisión de obras o servicios públicos en régimen de colaboración público-privada, si bien no cabe negar su incidencia en la tendencia internacional favorable a estas fórmulas en sectores habitualmente reservados a las Administraciones públicas<sup>114</sup>. Resulta fundamental, en este sentido, su actitud reivindicativa, favorable a la adopción de marcos legales estables y adecuados, que coadyuven a garantizar la transparencia de los procedimientos públicos de licitación y adjudicación contractual, así como la eficiencia del contratista privado en el desempeño de su prestación.

La cuestión ha sido abordada con mayor detalle por la ONU, destacando, concretamente, la incidencia directa e inmediata en materia de provisión de obras públicas de dos de las líneas de trabajo adoptadas en el seno de la institución. De un lado, la emprendida en relación al régimen jurídico general aplicable a la contratación pública, con la aprobación, incluso, de Leyes Modelo para la contratación administrativa de bienes, obras y servicios. De otro, la seguida, en particular, en materia de fomento y regulación de los contratos específicos de construcción, explotación y traspaso de infraestructuras.

---

<sup>113</sup> Vid. en este sentido, el Informe S/WPGR/11, de 30 de junio de 2003, del Presidente del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS para informar sobre la marcha de los trabajos, así como las observaciones recapitulativas recogidas en la Nota de la Secretaría S/WPGR/W/51, de 11 de noviembre de 2004, sobre los principales enfoques para contraer compromisos sobre contratación pública en los acuerdos de integración económica o, en fin, los Informes anuales del Grupo de Trabajo al Consejo del Comercio de Servicios.

<sup>114</sup> Cabe citar, a título de ejemplo, la celebración en enero de 2003 de un taller regional conjunto OMC-BM sobre reforma y transparencia de la contratación pública, destinado a países africanos de lengua inglesa, en el que se insiste en la necesidad de garantizar la competitividad en la licitación contractual y la participación del sector privado en los procedimientos de contratación pública. La OMC da noticia de su contenido en [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/gproc\\_s/wkshop\\_tanz\\_jan03\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/wkshop_tanz_jan03_s.htm).

En efecto, el 16 de julio de 1993 la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprueba la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes y Obras, completada un año más tarde, el 15 de junio de 1994, con una nueva versión de la Ley Modelo, que, sin privar de su validez al texto originario, introduce ciertas previsiones y cambios para que resulte asimismo aplicable a la contratación pública de servicios. Sendas Leyes van acompañadas por las guías correspondientes para su incorporación eventual al Derecho interno. La Asamblea General de la ONU acoge favorablemente su aprobación y recomienda encarecidamente su difusión, al entender que los procedimientos de adjudicación articulados por la Ley Modelo fomentan “la integridad, la confianza, la imparcialidad y la transparencia en el proceso de contratación pública”<sup>115</sup>.

La finalidad de la Ley, conforme a la introducción de la guía que la acompaña, es “servir de modelo a los países para evaluar y modernizar su régimen y prácticas de la contratación pública o para establecer un régimen legal en la materia de no disponer de uno”, razón por la que se limita a establecer tan sólo los “rasgos mínimos esenciales de un régimen moderno de la contratación pública”, fundado en la participación del sector privado, la transparencia y el trato equitativo y objetivo a todos los potenciales contratistas, detallando, en concreto, los procedimientos y requerimientos para la selección y adjudicación contractual sin entrar a desarrollar, en cambio, el régimen aplicable a su ejecución posterior<sup>116</sup>.

Ahora bien, la problemática particular planteada en el ámbito de las infraestructuras y la evolución histórica del papel que corresponde a los sectores público y privado en relación a su provisión, lleva a la CNUDMI a dedicar también especial atención a la regulación de estas cuestiones, entrando decidida-

---

<sup>115</sup> Vid. sendas Resoluciones aprobadas por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1993 (A/RES/48/33) y el 9 de diciembre de 1994 (A/RES/49/54) a la vista de los textos acordados por la CNUDMI.

<sup>116</sup> Actualmente se trabaja en una puesta al día de ciertos aspectos de la Ley Modelo. Destacan, en este sentido, los documentos del Grupo de Trabajo I sobre la evolución reciente del Derecho en materia de contratación pública y las cuestiones que ha planteado hasta la fecha la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios disponibles en la página web [www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working\\_groups/1/Procurement.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/1/Procurement.html).

mente en su análisis con la publicación en el año 2000 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*<sup>117</sup>.

La Guía trae causa, a su vez, del examen realizado por la Comisión, a raíz de una Nota de la Secretaría en 1996, de la labor que cabría llevar a cabo en relación con este tipo de proyectos<sup>118</sup>, y recoge el testigo del trabajo desarrollado hasta entonces por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) en materia de contratos de construcción, explotación y traspaso de infraestructuras.

Esta última Organización había dedicado buena parte de su esfuerzo a la promoción de los mecanismos de financiación privada de infraestructuras, en cuanto vía para la materialización de una competitividad internacional real y de un desarrollo económico e industrial sostenible. Su atractivo como alternativa a la financiación exclusiva o mayoritariamente pública, sobre la que había recaído hasta entonces la ejecución de buena parte de los proyectos de infraestructura radicados en países en vías de desarrollo, resulta evidente, en opinión de la ONUDI, de ahí sus trabajos en la materia y su programa de asistencia al respecto en aspectos legales, procedimentales, formativos y técnicos, entre otros<sup>119</sup>.

<sup>117</sup> Ref. A/CN.9/SER.B/4, ONU, Nueva York, 2000.

<sup>118</sup> La Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en proyectos de construcción, explotación y traspaso de infraestructuras (A/CN.9/424) detalla el proceso seguido hasta la aprobación de la citada *Guía Legislativa*. Tras considerar en su 27º período de sesiones (1994) una primera Nota preparada al respecto por la Secretaría (A/CN.9/399), la Comisión insistió en la importancia de los proyectos de construcción, explotación y traspaso, pidiendo a la Secretaría la preparación de una nueva Nota acerca de la posible labor futura sobre estos proyectos (A/CN.9/414), cuya consideración posterior en su 28º período de sesiones (1995) daría lugar a una nueva solicitud de preparación de un informe sobre las cuestiones consideradas como posible objeto de esta labor con miras a facilitar las deliberaciones al respecto durante el 29º período de sesiones (1996) de la Comisión. A esta solicitud responde la Nota A/CN.9/424 de la que trae causa, en sentido estricto, la *Guía Legislativa* aprobada en 2000.

<sup>119</sup> Destacan, en particular, por su repercusión en el ámbito internacional, las *Directrices sobre la formulación, negociación y contratación de proyectos de construcción, explotación y traspaso*, formuladas por la ONUDI en 1996 y en las que se procura dar respuesta a las incógnitas financieras y jurídicas planteadas por estos contratos, identificados habitualmente por las siglas de su nombre en inglés *Build-Operate-Transfer (BOT) Projects*. Entre los resultados obtenidos, en este sentido, por la Organización, cabe citar su participación en la aprobación del marco legal adecuado para facilitar la entrada de la financiación privada, nacional e internacional, en numerosos proyectos de obras públicas e infraestructuras de interés en China, dentro de un ambicioso Plan de mejora y ampliación de las infraestructuras industriales y de transporte chinas a través de la inversión privada internacional (<https://www.unido.org/doc/4190>).

La CNUDMI profundiza a partir de 2000 en esta línea de estudio, erigiéndose su *Guía Legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada* en el punto de partida para la labor del Grupo de Trabajo I, dedicado durante sus períodos de sesiones 4º y 5º, que comprenden los años 2001-2003, al estudio de los proyectos de infraestructura con financiación privada<sup>120</sup>.

Abre la Guía Legislativa una introducción en la que se reconoce expresamente la inversión actual de aquella tendencia propia del siglo xx de publicación del suministro de infraestructuras y servicios públicos, y se subrayan, incluso, algunos de los factores que motivaron a comienzos de la década de los ochenta la “apertura a la competencia en los sectores de infraestructura”<sup>121</sup>. Admite, asimismo, la complejidad de la ejecución de este tipo de proyectos, dada la variedad de temas afectados y de las medidas requeridas para su éxito, por lo que se afirma que la Guía “está destinada a ser utilizada por las autoridades y órganos legislativos nacionales como obra de consulta para preparar nueva legislación o examinar la idoneidad de las leyes y reglamentos existentes”<sup>122</sup>.

La aprobación de la Guía y de las recomendaciones legislativas que contiene no agota, sin embargo, el trabajo de la CNUDMI al respecto, en cuanto considera necesario continuar la labor iniciada hasta llegar a formular directrices más concretas, en forma de disposiciones legislativas o Ley Modelo, dedicadas a las cuestiones concretas, tanto financieras como no financieras, que

---

<sup>120</sup> Desde el 2004 el esfuerzo desarrollado por el Grupo de Trabajo I se ha alejado del ámbito de la financiación privada de las infraestructuras para centrarse, en cambio, en la adjudicación de los contratos públicos.

<sup>121</sup> *Guía Legislativa de la CNUDMI...*, op. cit., pp. 1 y ss. La Nota de la Secretaría A/CN.9/424, de la que trae causa la Guía, se refiere también a los factores que justifican el interés y desarrollo de estos proyectos, y, en particular, a su capacidad “para movilizar recursos privados”, lo que la convierte en una fórmula atractiva tanto para “grandes proyectos de infraestructura” como para “pequeños y medianos proyectos”.

<sup>122</sup> *Guía Legislativa de la CNUDMI...*, op. cit., p. 3. La Guía ha cumplido sobradamente con esta función, destacando, en particular, el estudio realizado por un grupo de expertos nombrado por el Centro Multilateral para el Desarrollo del Sector Privado ubicado en Estambul (Multilateral Centre for Private Sector Development Istanbul), bajo el patrocinio de la OCDE, que, tomando como punto de partida la Guía Legislativa de la CNUDMI, acuerda una redacción legal de los elementos básicos y esenciales de todo contrato de concesión, completando su modelo legislativo con las explicaciones pertinentes sobre el enunciado propuesto. El resultado es publicado bajo el título *Basic Elements of a Law on Concession Agreements*, OECD, 2002.

podiera suscitar la puesta en práctica de estos proyectos financiados por el sector privado<sup>123</sup>.

Se acuerda, en consecuencia, dedicar un Grupo de Trabajo a la elaboración de disposiciones legislativas modelo en la materia, para su adición posterior a la Guía Legislativa en forma de complemento necesario y compatible con aquélla. El encargo fue abordado y debatido durante el 34º período de sesiones de la Comisión, dando lugar a la redacción y aprobación definitiva en 2002 del proyecto de suplemento de la Guía<sup>124</sup>. La Asamblea General de la ONU valora positivamente el resultado, recogido en las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada, destacando como función esencial de la colaboración entre los sectores público y privado, la de “mejorar el suministro de infraestructura y servicios públicos y su gestión acertada en interés del desarrollo económico y social sostenible”, y abogando, además, por la supresión de las “restricciones inconvenientes” que impidan o dificulten la participación del sector privado en el ámbito de las infraestructuras<sup>125</sup>.

No cabe, por tanto, sino concluir, a la luz de estos antecedentes internacionales, la inserción de las reformas españolas emprendidas por las Leyes 13/2003, de 23 de mayo, y 30/2007, de 30 de octubre, en un marco más amplio de promoción y fomento mundial de la participación privada en la proyección, construcción, financiación y explotación posterior de infraestructuras y servicios públicos tradicionalmente a cargo de los poderes públicos, y no sólo en el caso de las obras públicas de gran dimensión o infraestructuras de transporte, abiertas tempranamente a la colaboración privada por la dificultad ancestral para su financiación exclusivamente pública, sino también para los servicios e infraestructuras de otros tamaños, entidad o ámbitos materiales diversos, dado el potencial que presentan, en principio, estas fórmulas de incorporación de

---

<sup>123</sup> Así se sostiene en la Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada (A/CN.9/488), adoptada al comienzo del 34º período de sesiones de la Comisión en 2001.

<sup>124</sup> A/CN.9/WG.I/WP.29 (Add. 1 y Add. 2).

<sup>125</sup> En línea con lo dispuesto ya por la Recomendación legislativa núm. 1 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI...*, op. cit., p. XI, en la que se afirma tajantemente que “debe eliminarse toda restricción que obstaculice la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras”. Resolución aprobada el 9 de diciembre de 2003 (A/RES/58/76).

la inversión y los modos de gestión privados al ámbito público como vía para conciliar la necesaria contención de la deuda pública con un desarrollo económico sostenido y sostenible<sup>126</sup>.

---

## 2. RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES A EXTRAER DEL FOMENTO INTERNACIONAL, ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO ANGLOSAJÓN, DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

La promoción de las fórmulas de colaboración o participación público-privada en el ámbito internacional resulta esencial para entender el interés que han despertado en el ordenamiento jurídico español en estos últimos años. La experiencia comparada y, en particular, la normativa internacional alumbrada al respecto, señaladamente la derivada de la Unión Europea, consolidan su empleo y abren la tendencia a la elaboración progresiva de una serie de principios básicos que habrían de erigirse en una suerte de Derecho común, a modo de mínimo común denominador de todo marco normativo regulador del fenómeno de la colaboración entre los sectores público y privado<sup>127</sup>.

En este sentido, el fomento internacional de las experiencias fundadas en la colaboración entre ambos sectores para la provisión de infraestructuras y servicios públicos esenciales a la colectividad ha supuesto, en última instancia, una decidida expansión en el empleo de estas fórmulas, no sólo en términos cuantitativos, sino especialmente en términos cualitativos, en la medida en que alcanzan una significación y repercusión cada vez mayor, extendiéndose a sectores nuevos y sumamente diversos<sup>128</sup>. Se trata de un desarrollo acom-

---

<sup>126</sup> Ya en 1996 la Nota de la Secretaría de la CNUDMI sobre la posible labor futura en proyectos de construcción, explotación y traspaso (A/CN.9/424), subraya la virtualidad de esta colaboración y las posibilidades de su expansión a nuevos ámbitos.

<sup>127</sup> En idéntico sentido, BRUNETE DE LA LLAVE, M.<sup>a</sup> T.: Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público..., op. cit., p. 341.

<sup>128</sup> Así, a título de ejemplo, la experiencia británica, ordenamiento que ha utilizado el *Private Finance Initiative* como una de las vías para sustanciar una reforma más profunda de los servicios públicos. Vid. a este respecto, HM TREASURY, *PFI: strengthening long-term partnerships*, Londres, 2006, pp. 2 y ss., donde se da noticia del aumento hasta 200 del número de proyectos a desarrollar en el Reino Unido durante los cinco años siguientes bajo fórmulas de colaboración público-privada, por un montante total de 26 billones de libras, representando un 10-15 por 100 de la inversión total en servicios públicos.

pañado, en cualquier caso, de la correlativa ampliación de las fórmulas o instrumentos concretos de articulación en que se plasma esta colaboración.

Las razones que subyacen, en última instancia, a este fenómeno de crecimiento y propagación imparable de cometidos públicos dotados y gestionados en colaboración entre los sectores público y privado, enlazan, como no podía ser de otra manera, con las necesidades financieras que atenazan al sector público impidiéndole garantizar la inversión necesaria para la satisfacción de cuantas necesidades colectivas cabe calificar, en última instancia, de esenciales<sup>129</sup>.

Ahora bien, estos motivos, pese a su legitimidad, entrañan, asimismo, un grave riesgo, por cuanto el sector público puede verse tentado a sobredimensionar el ámbito confiado a la colaboración público-privada en un intento desesperado por garantizar el ahorro y el equilibrio en las cuentas públicas. No en vano, se ha denunciado el exceso de creatividad que supone el recurso en este ámbito a complejas operaciones de ingeniería financiera o *creative accounting* que implican habitualmente estas operaciones<sup>130</sup>.

<sup>129</sup> No en vano, HM TREASURY, *PFI: strengthening long-term partnerships*, op. cit., p. 3, sitúa la fortaleza y eficiencia del servicio público en la base de una economía flexible y productiva. SLUGER, L., SATTERFIELD, S. y CASEY, L. (Coord.): *How Do You Like Your Infrastructure: Public or Private?*, SMPS, Alexandria, 2010, p. 1, ligan, incluso, la infraestructura y el servicio público que sobre ella se presta a la "reputación internacional" del país en cuestión. Sobre el papel fundamental que desempeñan en el ámbito internacional las necesidades financieras del sector público en el nacimiento de estas nuevas fórmulas de colaboración y financiación público-privada de infraestructuras, vid., en particular, la obra colectiva *Financing Tomorrow's Infrastructure. Challenges and Issues. Proceedings of a Colloquium October 20, 1995*, National Academy Press, Washington, D.C., 1996.

<sup>130</sup> BENITO, B., MONTESINOS, V. y BASTIDA, F.: "An example of creative accounting in public sector: The private financing of infrastructures in Spain", *Critical Perspectives on Accounting*, núm. 19, 2008, pp. 963 y ss., denuncian, en este sentido, la incoherencia de calificar como fórmulas de financiación privada algunas de las vías adoptadas en estos últimos años para financiar obras públicas en nuestro país, por cuanto los pagos recaen sobre el sector público, en última instancia, comprometiendo recursos presupuestarios. De ahí que sean calificadas por estos autores como ejemplos claros de *creative accounting*, por cuanto representan fórmulas creadas con el fin exclusivo de cumplir con los criterios de convergencia impuestos por nuestra pertenencia a la Unión Europea. Asimismo, sobre el riesgo de que las ventajas de contar con inversión privada a corto plazo enturbie la decisión pública, nublando el criterio de los gestores públicos sobre la conveniencia de acudir en cada caso particular a las fórmulas de colaboración entre los sectores público y privado y abocando, en última instancia a costes públicos inicialmente no previstos, vid. BUDINA, N., POLACKOVA BRIXI, H. y IRWIN, T.: *Public-Private Partnerships in the New EU Member States. Managing Fiscal Risks*, World Bank Working Paper 114, June 2007, pp. 5 y ss.

Y así, pese a la lógica disparidad de tradiciones jurídicas e institucionales entre ordenamientos, no cabe duda alguna que es pertinente la reflexión sobre las distintas experiencias comparadas al respecto y, en particular, sobre las ventajas y riesgos que comporta la articulación de este tipo de fórmulas de colaboración entre los sectores público y privado<sup>131</sup>. Se hace precisa una evaluación pormenorizada, seria y exhaustiva de sus implicaciones y consecuencias, por cuanto representan, indudablemente, una oportunidad para ambos sectores, esto es, tanto el público como el privado, si bien siempre que concurren ciertas condiciones y requisitos que garanticen que tal participación es no sólo posible sino realmente beneficiosa para ambos y conveniente para la satisfacción del interés general implicado<sup>132</sup>.

La experiencia británica, mucho más depurada en lo que se refiere a la tramitación en este sentido de proyectos derivados de la propia iniciativa del sector privado, ha puesto de relieve la conveniencia de que exista algún tipo de índice que sirva para comparar de forma efectiva y lo más objetiva posible la utilidad y el ahorro público que supondría, en su caso, la financiación a iniciativa particular frente al gasto público que representaría, por el contrario, la adopción e implementación presupuestaria de ese mismo proyecto por parte de la propia Administración<sup>133</sup>.

El sistema de la *Private Finance Initiative* (PFI) cuenta así con el llamado *public sector comparator*, un índice elaborado caso por caso por la Administración pública antes de la apertura del proceso de selección del contratista y para cuyo cálculo se toman en cuenta los costes de construcción, explotación y

---

<sup>131</sup> Inciden en ello SLUGER, L., SATTERFIELD, S. y CASEY, L. (Coord.): *How Do You Like Your Infrastructure: Public or Private?*, op. cit., pp. 8 y ss.

<sup>132</sup> SCLAR, E.: *You Don't Always Get What You Pay For: The Economics of Privatization*, Cornell University Press, Ithaca y Londres, 2000, *in toto*, profundiza en la equivocación que supone, a su juicio, la asunción indiscutida de que la colaboración público-privada supone siempre un ahorro de gasto público, citando numerosos ejemplos de la práctica estadounidense que se han convertido con el tiempo en paradigmas de los errores a evitar si se quiere garantizar realmente el éxito de la colaboración entre ambos sectores. Asimismo, sobre los retos planteados por el empleo de fórmulas de PPP y su posible atenuación, vid. el Informe de PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Delivering the PPP promise. A review of PPP issues and activity*, 2005, pp. 27 y ss.

<sup>133</sup> Vid. el análisis que realiza en tal sentido HALL, J.: "Private Opportunity, Public Benefit?", *Fiscal Studies*, vol. 19, núm. 2, 1998, pp. 121 y ss.

mantenimiento a que tendría que hacer frente el sector público en caso de no concederse a la iniciativa privada la posibilidad de intervenir en la provisión de la obra o el servicio público, así como el coste o el ahorro que habría de representar para la Administración la asunción o transmisión, en su caso, de los diversos riesgos inherentes al contrato.

El valor resultante se caracteriza por ser, en consecuencia, sumamente variable, ya que plasma el reparto concreto de riesgos que se propone para un contrato específico y se compara con el coste total resultante de la asunción y ejecución del objeto del contrato por la propia Administración pública. Sólo si la primera magnitud resulta significativamente más baja que la segunda prosperará la iniciativa particular<sup>134</sup>. Y es que tan sólo en este caso se asegura de forma efectiva que el rendimiento o valor obtenido a cambio del dinero público comprometido, esto es, el conocido como *value for money*, es el máximo<sup>135</sup>.

En el ámbito comparado destaca tempranamente esta experiencia británica del *Best Value*, procedimiento implantado originariamente en la Administración local como "riguroso sistema de prestación de servicios receptivos de alta calidad basado en objetivos determinados desde el ámbito local y amparado

<sup>134</sup> Vid. el exhaustivo análisis realizado al respecto por COULSON, A.: "Value for Money in PFI Proposals: a commentary on the UK Treasury Guidelines for Public Sector Comparators", *Public Administration*, vol. 86, núm. 2, 2008, pp. 483 y ss. Sobre el cálculo y la aplicación concreta del *public sector comparator* a las infraestructuras viarias del Reino Unido, vid. RODEN, N.: "Delivering BOT Projects. The UK experience of design, build, finance and operate projects", op. cit., p. 30.

<sup>135</sup> Para DE LA CRUZ FERRER, J. y ÓNEGA CARRIÓN, N.: "Financiación y gestión público-privada: experiencia de la iniciativa de financiación privada en el Reino Unido", op. cit., pp. 473 y ss., el índice de *value for money* "constituye uno de los estándares más empleados por el sector público anglosajón para introducir criterios de eficiencia en la adquisición de recursos y en la producción de bienes y servicios, tanto para el uso de la Administración como para el uso del público", partiéndose de la idea de que "el precio más bajo no siempre refleja el mejor *value for money*, valorándose especialmente que se produzca una óptima asignación de los riesgos del proyecto" en función de los diversos tipos de contenido que pueden corresponder al objeto del contrato y a las distintas prestaciones y formas de intervención que podrían recaer, en consecuencia, en el sector público. Sobre la articulación y aplicación de los indicadores concretos que permiten evaluar este índice en relación con cada proyecto particular de colaboración público-privada, vid. el Informe de ARTHUR ANDERSEN AND ENTERPRISE LSE, *Value for Money Drivers in the Private Finance Initiative*, realizado por encargo de *The Treasury Taskforce*, 17 de enero de 2000.

en la medición del rendimiento y la inspección y auditoría independientes para lograr la mejora permanente"<sup>136</sup>. La filosofía que inspira y define sus postulados básicos termina por desbordar los límites estrictamente locales, impregnando también la regulación aplicable a la proyección, construcción y gestión de las grandes obras públicas y, en particular, de las infraestructuras de transporte, y a la gestión de los servicios públicos por medio de la colaboración público-privada, de acuerdo, por otra parte, con la tendencia internacional vigente en esta materia, abierta a la definición, implementación y empleo de indicadores de calidad eficaces y concluyentes en este sentido<sup>137</sup>.

El análisis de esta experiencia comparada y la propia complejidad que incorpora la articulación de la colaboración público-privada y la determinación de su objeto, aconsejan la adopción de algún sistema reglado que excluya la mera discrecionalidad administrativa y que sirva para evitar el rechazo de tal colaboración en proyectos social y económicamente acertados o su aceptación, por el contrario, en otros de consecuencias desastrosas desde el punto de vista de las arcas públicas. No discutimos, en este sentido, la libertad de la Administración para decidir sobre la oportunidad o conveniencia de la infraestructura o el servicio público de que se trate, pero sí la ausencia de controles o de un procedimiento tasado que asegure que, una vez adoptada la decisión de proveer el bien o servicio correspondiente, la valoración de las alternativas existentes y la articulación concreta tanto de la fórmula de colaboración como del reparto de riesgos que conlleva sea la óptima para los intereses públicos<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> "Modernizar la Administración. Libro Blanco del Gobierno Británico", *Documentos INAP*, núm. 23, febrero 2001, p. 73.

<sup>137</sup> Sobre la articulación de vías concretas que permitan garantizar una calidad mínima en la provisión de la infraestructura o del servicio público gestionados por colaboración público-privada, vid. CASARES MARCOS, A., *La concesión de obras públicas a iniciativa particular...*, op. cit. Resulta, asimismo, de especial utilidad la guía que contiene el documento de trabajo metodológico número 3 de la Dirección General XVI de Política Regional y Cohesión, de la Comisión Europea, sobre *Indicadores de Seguimiento y Evaluación: Orientaciones metodológicas*, donde se abordan, desde una perspectiva eminentemente empírica, algunos de los principales problemas derivados de la utilización de indicadores de seguimiento y evaluación en la implementación de programas que impliquen la gestión de los Fondos Estructurales de la Unión Europea.

<sup>138</sup> Así lo subrayan también LINDER, S.H. y VAILLANCOURT ROSENAU, P.: "Mapping the Terrain of the Public-Private Policy Partnership", en VAILLANCOURT ROSENAU, P. (Ed.): *Public-Private Policy Partnerships*, The MIT Press, 2000, pp. 15 y ss.; y, RUIZ OJEDA, A. (Dir.), GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J., PALMA FERNÁNDEZ, J.L., BENÍTEZ MORCILLO, G., HERNÁNDEZ DEL CASTILLO, A. y MARÍN HORTELANO, H.:

No en vano, el éxito de las fórmulas de colaboración público-privada depende, en última instancia, de la adecuada valoración por parte del sector público de las ventajas que habría de reportar al interés general la dotación, gestión y financiación privada de la infraestructura o servicio público correspondiente. No cabe duda que la estabilidad política del país participante en la colaboración y la seguridad jurídica en que redundan, en fin, la existencia de un marco legislativo consistente, estable y arraigado, representan, en este sentido, factores primordiales para el éxito de estas fórmulas<sup>139</sup>, por cuanto coadyuvan a que disminuyan de forma significativa, al menos en este capítulo concreto, los riesgos asumidos de forma efectiva por el sector privado, contribuyendo así a hacer más atractiva la inversión para el operador ajeno al sector público.

Ahora bien, la estabilidad política y legislativa debe ir acompañada, en todo caso, de un grado suficiente de formación y especialización de los agentes encargados de representar al sector público en la regulación, negociación, articulación, gestión y control de la colaboración público-privada, por cuanto no cabe afirmar el éxito de la operación ni su aprovechamiento óptimo para ambos sectores sin la presencia de un *political champion* que lidere el proyecto velando por que los intereses públicos comprometidos se encuentren en adecuado y justo equilibrio con los privados<sup>140</sup>.

---

*Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Civitas, Madrid, 2004, p. 1038. Se refieren, asimismo, a la trascendencia del análisis y reparto de riesgos, procurando ofrecer respuestas al problema de su adecuada transferencia, RUIZ OJEDA, A.: *La concesión de obra pública*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 253 y ss.; y, GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: "Contrato de colaboración público-privada", *Revista de Administración Pública*, núm. 170, mayo-agosto 2006, pp. 13 y ss. Desde una perspectiva internacional, entre otros muchos, HALL, J.: "Private Opportunity, Public Benefit?", op. cit., pp. 129 y ss.; o, SLUGER, L., SATTERFIELD, S. y CASEY, L. (Coord.): *How Do You Like Your Infrastructure: Public or Private?*, op. cit., pp. 12 y ss.

<sup>139</sup> Vid., en este sentido, HENISZ, W.J. y ZELNER, B.A.: "Political Risk and Infrastructure Investment", en *Infrastructure for Development: Confronting Political and Regulatory Risks*, The Government of Italy y The World Bank Group, September 8-10, 1999, Roma. EGGERS, W.D. y STARTUP, T.: *Closing the Infrastructure Gap: The Role of Public-Private Partnerships*, Deloitte Research, 2009, p. 2, se refieren también a la necesidad de un régimen jurídico claro para estas fórmulas de participación que confiera atención adecuada a todas y cada una de las fases de su desarrollo, a fin de evitar los problemas derivados de "a poor PPP framework, lack of clarity about outcomes, inadequate government capacity to manage the process, and an overly narrow transaction focus".

<sup>140</sup> Expresión tomada del Informe de la US General Accounting Office, *Privatization. Lessons Learned by State and Local Governments*, 1997 (GAO/GGD-97-48).

La necesidad de alcanzar este alto grado de especialización por parte de la Administración y la convivencia en esta materia de funciones administrativas muy dispares, entre otras, de fomento, control, o regulación, han contribuido decisivamente a avivar el debate sobre la necesidad de una Administración independiente capaz de dar respuesta a los múltiples interrogantes que es capaz de suscitar el contrato desde el planteamiento inicial del proyecto de colaboración hasta su ejecución final<sup>141</sup>. Esta cuestión, sumamente discutida en nuestro ordenamiento jurídico durante la tramitación tanto del Anteproyecto como del Proyecto de la aprobada posteriormente como Ley 13/2003, 23 de mayo, se ha zanjado finalmente con un silencio absoluto por parte del legislador, que ha declinado la posibilidad de introducir una reforma de estas características en nuestro ordenamiento<sup>142</sup>.

No se pueden descartar sin más, no obstante, las propuestas realizadas en este sentido, sobre todo si tomamos en consideración la experiencia británica de la PFI. El estudio de este ejemplo comparado resulta fundamental para el ordenamiento jurídico español, por cuanto tiene un período de vigencia lo

---

<sup>141</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: "Público y privado en la construcción y gestión de grandes infraestructuras públicas", *XI Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Barcelona-Girona, 26, 27 y 28 de septiembre de 1996*, Cedecs, Barcelona, 1998, p. 96, sostiene que la trascendencia, en particular, del tema de las infraestructuras y sus enormes implicaciones financieras reclaman la "mayor sincronización de todos los mecanismos de control habituales en un Estado Social de Derecho". Por ello afirma que "acaso no fuera ocioso" intentar lograr una cierta especialización en la materia, plasmada en una oficina independiente "a modo de comisionado parlamentario para una supervisión general de todo lo referente a las infraestructuras, a modo de Vigilante o Controlador de las Infraestructuras".

<sup>142</sup> Una decisión saludada como un acierto indudable por parte de MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: "La financiación privada de la construcción de obras públicas y la nueva regulación del contrato de concesión en su contexto social y económico", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (DIR.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Civitas, Madrid, 2003, p. 27, por tres motivos que se desprenden, fundamentalmente, de la "problemática incardinación constitucional en nuestro sistema" de las Administraciones independientes. Así, en primer lugar, porque "para que la Administración desarrolle eficazmente su papel regulador lo importante es dotarla de las potestades jurídicas acordes con ese papel, además de los medios humanos y materiales necesarios"; en segundo lugar, porque "la independencia puramente orgánica en relación con el poder político de esas nuevas administraciones es relativa y al contrario, en ocasiones, pueden ser potencialmente más permeables que la magnífica y sufrida función pública española al entrismo de ciertos intereses de los sectores regulados"; y, por último, porque "la relación que une a la Administración concedente con el concesionario de la obra es una relación contractual en sentido estricto" por lo que no aprecia en absoluto "la necesidad de crear un órgano regulatorio independiente en este contexto".

suficientemente dilatado, desde 1992, como para poder apreciar su compleja evolución y aprender de los múltiples errores que en un primer momento amenazaron al propio sistema por suponer un desplazamiento del equilibrio económico del contrato excesivamente favorable, en muchas ocasiones, al concesionario<sup>143</sup>.

A esta situación se llegaba, fundamentalmente, por la posición de desventaja en que se encontraba en los orígenes del sistema el órgano de contratación, que carecía de los conocimientos y de las aptitudes suficientes para realizar una evaluación en profundidad de las propuestas que se le presentaban en toda su extensión y complejidad. De esta forma, la selección del contratista y la negociación de los términos del contrato nacían viciadas por cuanto estaban en manos, fundamentalmente, de los empresarios privados<sup>144</sup>.

Ha dedicado una especial atención al caso británico y a sus implicaciones para el Derecho administrativo español RUIZ OJEDA que, dejando al margen las críticas vertidas habitualmente sobre la propia existencia e incardinación constitucional de las Administraciones independientes, constata, desde un pragmatismo absoluto, un hecho innegable, que no es otro que “la incapacidad de las

---

<sup>143</sup> DE LA CRUZ FERRER, J.: “Hacia un nuevo modelo de regulación de las infraestructuras”, en URGOITI, J.M. (Coord.): *Infraestructuras y crecimiento económico*, Papeles de la Fundación para el análisis y los estudios sociales, Madrid, 1999, pp. 549 y ss., pone de relieve los factores que contribuyeron a dificultar aún más los comienzos de la PFI: “En primer lugar, existen diferencias entre la «cultura» del Sector público y del privado, y recelos recíprocos. En segundo lugar, los proyectos son grandes y complejos y los costes de presentarse a las licitaciones también son altos. Muchos de los sectores son nuevos para el mercado de capitales al asumir la financiación de proyectos. La asignación de riesgos tiene que ser cuidadosamente negociada, antes de comprometerse. Los estudios legales para diseñar los contratos a largo plazo, con sistemas complejos de rendimientos y de pagos y de asignación de riesgos, tienen que desarrollarse”. Sobre los problemas y obstáculos identificados inicialmente en la aplicación de la PFI y la profunda revisión de las bases del sistema británico en 1997, vid. DE LA CRUZ FERRER, J. y ÓNEGA CARRIÓN, N.: “Financiación y gestión público-privada: experiencia de la iniciativa de financiación privada en el Reino Unido”, op. cit., pp. 480 y ss.

<sup>144</sup> Se ha hecho eco de ello en nuestro ordenamiento jurídico RUIZ OJEDA, A.: “Análisis jurídico del futuro marco regulador de la concesión de obra pública. Algunas propuestas para el sector de carreteras”, en FERNÁNDEZ MEDRANO, C. (Coord.): *Jornadas sobre contratación, construcción y explotación de carreteras en España. Palma de Mallorca, 15, 16 y 17 de mayo de 2002*, Asociación Española de la Carretera, Madrid, 2002, p. 98, para quien “aunque esto pueda parecer una simplificación, la realidad nos enseña que atribuir esa función a la Administración contratante [función de regulación], además de la incompatibilidad entre la función de fomento y de regulación, equivale en gran medida a confiar el cuidado del contrato al contratista”.

Administraciones Públicas para alcanzar y, sobre todo, para mantener compromisos duraderos". Teniendo en cuenta que "los contratos concesionales son contratos de tracto muy prolongado, cuya virtualidad depende inevitablemente de decisiones ecuanímes, sustraídas del juego político y de la confrontación de los intereses del momento", concluye afirmando que "la carencia de mecanismos e instancias reguladoras constituye la razón del fracaso de cualquier intento de transferencia de riesgos al sector privado", razonamiento plenamente aplicable a cualquier otra fórmula de colaboración público-privada. Quizá sea por esta razón que entiende que la independencia, tanto del organismo público responsable de la adjudicación como del sector privado implicado, es compatible "con diversos grados de separación orgánica"<sup>145</sup>.

La regulación y el desarrollo de las vías más adecuadas para la satisfacción de estos objetivos debe partir, en todo caso, del estudio y la valoración de aquellos ordenamientos jurídicos comparados que, anticipándose al legislador español, se han erigido en pioneros en materia de colaboración público-privada, y que, al dar entrada a la iniciativa y a la participación privada en la proyección, construcción y explotación de infraestructuras o en la gestión de servicios públicos esenciales para la comunidad, se han visto obligados a enfrentar graves problemas de eficiencia en el sector correspondiente<sup>146</sup>. Se revelará

---

<sup>145</sup> RUIZ OJEDA, A.: "Análisis jurídico del futuro marco regulador de la concesión de obra pública...", op. cit., pp. 98 y ss., se pregunta, en este sentido, "¿cómo va a existir una auténtica asignación de riesgos al sector privado si no hay nadie que se ocupe con un mínimo de independencia de verificar su control, de cuantificar objetivamente las consecuencias de su materialización y de solventar con ecuanimidad –es decir, libre de contaminación de intereses– los conflictos que, en relación con la estructura de transferencia de riesgos del contrato, se planteen a lo largo y ancho de su ejecución?".

<sup>146</sup> Sobre los problemas planteados por la desregulación a que ha abocado en el ámbito internacional la creciente participación público-privada en el sector de las infraestructuras y la necesidad, en última instancia, de una nueva "re-regulation" del sector, vid. ESTACHE, A. y SEREBRISKY, T.: "Where Do We Stand on Transport Infrastructure Deregulation and Public-Private Partnership?", op. cit., pp. 18 y ss.; y, en este mismo sentido, subrayando expresivamente la necesidad de alejarse de "the loud noise of cheerleader squads", p. 554, esto es, de la posición habitualmente favorable y acrítica, en definitiva, con las fórmulas de participación público-privada, para subrayar, en cambio, las indudables ventajas de una adecuada evaluación pública *a priori* del proyecto a ejecutar en colaboración entre los sectores público y privado, HODGE, G.A. y GREVE, C.: "Public-Private Partnerships: An International Performance Review", *Public Administration Review*, May-June 2007, pp. 545 y ss. Asimismo, sobre los inconvenientes y problemas que han puesto en entredicho proyectos de colaboración público-privada en el pasado y que es preciso evitar a efectos de poder avanzar en "the maturity curve" de la PPP, vid. EGGERS, W.D. y STARTUP, T.: *Closing the Infrastructure Gap: The Role of Public-Private Partnerships*, op. cit., pp. 10 y ss.

paradigmática, en este sentido, la experiencia británica, que tras un dilatado período de aplicación de la iniciativa privada a estos cometidos públicos, ha logrado articular y definir con precisión un sistema de colaboración público-privado en el que la adecuada preparación y formación de quienes están al servicio de la Administración Pública juegan un papel fundamental en la salvaguarda de la calidad mínima exigible a los servicios públicos.

### III. LA PROMOCIÓN POR LA UE DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Resulta, asimismo, de gran interés, por su repercusión particular en España, el respaldo de la Unión Europea a la colaboración público-privada y su esfuerzo por procurar a los países miembros instrumentos que permitan asegurar una mayor eficiencia en la sustanciación de fórmulas de esta naturaleza para la provisión de infraestructuras y servicios públicos considerados esenciales

Curiosamente, y pese a la tradición histórica de la concesión de obras públicas en el ordenamiento jurídico español, en nuestra legislación el resurgir de esta última en tiempos recientes se debe, en buena medida, a la propia evolución de su regulación en el acervo jurídico comunitario, así como a la política de infraestructuras y a las exigencias de contención del déficit derivadas de la pertenencia de España a la Unión Europea<sup>147</sup>.

En efecto, la normativa europea ha evolucionado significativamente desde la exclusión total y expresa de la concesión de obras públicas del ámbito de aplicación de las primeras Directivas aprobadas en materia de contratación pública, hasta su reconocimiento e incluso regulación por las reformas posteriores habidas al respecto. No en vano, las Comunidades Europeas, primero, y la Unión Europea, después, han reconocido, ante la ausencia de previsiones específicas sobre la materia en los Tratados constitutivos, el potencial de la contratación pública y de sus principios informadores como instrumento vertebrador del mercado común y de la realización efectiva de un mercado

---

<sup>147</sup> Así lo subraya también el Consejo de Estado en su Informe de 5 de diciembre de 2001, relativo al Anteproyecto de Ley reguladora de la Concesión de Obras Públicas.

interior sin barreras u obstáculos que impidan la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales<sup>148</sup>.

De ahí que también la Unión Europea haya centrado su atención, durante los últimos años, en el fenómeno de la asociación entre los sectores público y privado para la construcción de obras públicas y la explotación eficiente de los servicios a los que sirven de soporte, erigiéndose, incluso, en promotora, al menos indirecta, de una colaboración cada vez más estrecha entre ambos, como consecuencia, fundamentalmente, de la línea de trabajo emprendida desde el año 2000 en la materia, así como de las sucesivas reformas de la normativa europea en materia de contratación pública.

---

## 1. LOS ORÍGENES DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

El afán armonizador, en ocasiones incluso uniformador, en su empeño de aproximar las legislaciones nacionales de los Estados miembros, que acompaña a esta materia de contratación pública<sup>149</sup>, desde comienzos de la década de los setenta<sup>150</sup>, se traducirá, en un primer estadio, en la aprobación de la Directiva

---

<sup>148</sup> Sobre el marco de Derecho originario y los principios básicos de la Comunidad Europea aplicables a los contratos públicos, vid. MORENO MOLINA, J.A.: *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 71 y ss.; PIÑAR MAÑAS, J.L.: "El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley", en la obra colectiva dirigida por GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 27 y ss.; y, RAZQUIN LIZARRAGA, M.M.<sup>a</sup>: *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 19 y ss.

<sup>149</sup> En idéntico sentido, GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup>: El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España), Civitas, Madrid, 1995, p. 31.

<sup>150</sup> Para FERNÁNDEZ GARCÍA, M.<sup>a</sup> Y.: "La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo", *Revista de Administración Pública*, núm. 166, enero-abril 2005, p. 284, el objeto de este proceso no era sino "paliar las barreras a la contratación pública en la Comunidad", abriéndola a la "competencia intracomunitaria entre los distintos operadores". También BASSOLS COMA, M.: "Aproximación a la normativa comunitaria europea sobre contratación administrativa", *Noticias CEE*, núm. 21, octubre 1986, p. 30, se refiere al alcance efectivo de este proceso de coordinación, entendido en el "sentido más lato" de la expresión.

71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras<sup>151</sup>.

Su artículo 3.1 excluye expresamente del ámbito de aplicación de las disposiciones de la Directiva al “contrato llamado «de concesión»”, es decir, aquél en el que si bien las características del contrato coinciden con las establecidas en el artículo 1 a) para los contratos públicos de obras, la “concesión de las obras a efectuar consista únicamente en el derecho de explotación de la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”<sup>152</sup>.

De esta forma, la Directiva excluye expresamente a la concesión de obras públicas de su ámbito de aplicación, sin hacer referencia a umbral económico alguno, por lo que, en principio, el procedimiento para la adjudicación concesional quedaría totalmente al margen de las disposiciones comunitarias, limitándose tan sólo a cumplir con los requisitos establecidos, en cada caso, por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

El propio precepto matiza, no obstante, en sus párrafos 2 y 3, la rotundidad de esta salvedad inicial, al recoger ciertas disposiciones de cumplimiento obligatorio por quienes se erijan en adjudicadores, ya sean públicos o privados, de las subcontrataciones de obras que pudieran llevarse a cabo en el marco del negocio concesional. De una parte, somete a los procedimientos de adjudicación y a las exigencias de publicidad de la Directiva la adjudicación de “las obras a ejecutar por terceros” cuando resulte concesionario “uno de los adjudicadores”, esto es, alguna de las personas jurídicas de Derecho público relacionadas en el

<sup>151</sup> Sobre el proceso de adaptación de la LCE de 1965 al ordenamiento jurídico comunitario resultante de la aprobación de las Directivas 71/304/CEE y 71/305/CEE del Consejo, ambas de 26 de julio de 1971, relativas, respectivamente, a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales, y a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, vid., entre otros, JURISTO, R.: “La adaptación de la regulación española del contrato de obra pública a las Directivas de la Comunidad Económica Europea”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 49, enero-marzo 1986, pp. 85 y ss.; PIÑAR MAÑAS, J.L.: “El Derecho comunitario de la contratación pública...”, op. cit., pp. 57 y ss.; y, RAZQUIN LIZARRAGA, M.M.<sup>a</sup>: *Contratos públicos y Derecho comunitario*, op. cit., pp. 103 y ss.

<sup>152</sup> Quedaba abierta así, en opinión de MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “El proyecto de Ley...”, op. cit., p. 38, una “importante vía de escape del Derecho comunitario que difícilmente podía justificarse”.

Anexo I de la norma. De otra, sujeta al principio de no discriminación a causa de la nacionalidad “las obras que contrate con terceros” el concesionario privado, distinto, por tanto, de los poderes adjudicadores<sup>153</sup>.

Este será, en definitiva, el punto de partida de las reformas que con el transcurso del tiempo habrán de ir precisando y concretando el concepto, las características y el régimen aplicable a la adjudicación de los contratos de concesión de obras públicas, quedando, por tanto, circunscrita a unos términos algo más reducidos esa exclusión inicial de la normativa comunitaria en materia de contratación pública.

El enunciado ambiguo y un tanto contradictorio de este precepto no es sino el resultado de un amplio debate en el propio seno de la Comunidad entre quienes abogaban por la inclusión de la concesión de obras públicas en el ámbito de los contratos públicos regulados por las Directivas comunitarias y quienes, por el contrario, caso fundamentalmente de Francia e Italia, se oponían a la sujeción a la disciplina comunitaria, fundándose tanto en razones doctrinales como de mera defensa de los intereses nacionales, de un contrato tan habitual y significativo en el ámbito interno de sus respectivos ordenamientos para la construcción y explotación de grandes obras públicas y, en particular, de infraestructuras de transporte<sup>154</sup>.

Una vez aprobado el texto definitivo, continuará vigente la polémica sobre posibles problemas de interpretación en relación con el régimen jurídico finalmente acordado para la adjudicación de los contratos de obras, así como la controversia sobre su aplicabilidad y la exigibilidad de los principios comunitarios en los supuestos de empleo de la técnica concesional en el ámbito de las obras públicas<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup> Destaca, en este sentido, la regulación que contiene al respecto la Directiva 72/277/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1972, relativa a las modalidades y condiciones de publicación de los anuncios de contratos y de concesiones de obras públicas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

<sup>154</sup> Da amplia noticia de este debate, así como de las posturas defendidas por cada una de las partes y del sistema finalmente adoptado, BASSOLS COMA, M.: “Aproximación a la normativa comunitaria...”, op. cit., pp. 31 y ss.

<sup>155</sup> El problema de fondo, al debatir la sujeción de este tipo de concesiones a la concurrencia intracomunitaria, es doble, en opinión de BASSOLS COMA, M.: “Aproximación a la normativa comunitaria...”, op. cit., pp. 31 y ss., doctrinal y de “defensa de los intereses nacionales”.

No en vano, el régimen jurídico resultante es un tanto confuso, por cuanto consagra un procedimiento y unos requerimientos contractuales totalmente particularizados, que dependen, concretamente, de que el objeto del contrato sea la concesión de obras públicas o la mera subcontratación de su construcción, así como, por lo que se refiere a este último supuesto, de la propia personalidad jurídica, pública o privada, del adjudicatario. Todo ello, unido a la ambigüedad de la propia definición de la concesión de obras públicas por el artículo 3 de la Directiva, redundará en una mayor complejidad para la concreción de los límites de este contrato y su distinción de otras figuras afines.

Y así, los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, acuerdan y hacen pública, el 16 de agosto de 1971, una Declaración acerca de los procedimientos a seguir en materia de concesión de obras públicas, con la que pretenden completar el enunciado de la Directiva y zanjar, en última instancia, el debate hasta entonces reinante, al someter su apartado I a publicidad la concesión de obras públicas “cuando el importe global de las obras sobrepase un millón de unidades de cuenta”. Es más, establece expresamente, a continuación, que “todo contrato de concesión, concluido en las condiciones que establece el párrafo 1, artículo 3 de la Directiva [...], necesitará que se haya efectuado la publicidad a la que alude el párrafo anterior, para alcanzar su plena validez”.

De esta forma, la Declaración de 1971 consagra un umbral a partir del cual todo contrato de concesión de obra pública deberá ser objeto de publicidad conforme a la normativa comunitaria<sup>156</sup>, a la vez que especifica aún más el régimen jurídico aplicable al supuesto de subcontratación de obras por el concesionario<sup>157</sup>, confiando al Comité consultivo para los contratos administrativos,

---

<sup>156</sup> El régimen de publicidad acordado en la Declaración de 1971 se traduce con posterioridad en las disposiciones de la Directiva 72/277/CEE, de 26 de julio de 1972, relativa a las modalidades y condiciones de publicación de los anuncios de contratos y de concesiones de obras públicas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

<sup>157</sup> Al exigir, en particular, que el poder adjudicador opte por imponer al concesionario la subcontratación de un porcentaje mínimo del 30% del valor global de las obras que son objeto de la concesión, o por invitar a los candidatos a que indiquen ellos mismos, en sus ofertas, el porcentaje mínimo del valor global de las obras objeto de la concesión que esperan confiar a terceros, tomándose en consideración como elemento positivo, en cualquiera de las dos modalidades, el valor del porcentaje para la elección del concesionario.

instituido en el seno de la Comisión por Decisión 71/306/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, el examen y la deliberación de cualquier problema o incógnita derivados de su aplicación<sup>158</sup>.

La Directiva 71/305/CEE, interpretada y aclarada en lo que se refiere a la concesión de obras públicas por la Declaración de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros adoptada al poco de su aprobación, implica, en todo caso, la apertura del ordenamiento jurídico comunitario a la regulación de la contratación pública de obras y la sujeción de esta última, en consecuencia, a la concurrencia y a los principios básicos del Derecho comunitario. Se abre con ello un primer período en la larga y compleja evolución experimentada con posterioridad por el régimen jurídico de los contratos administrativos en el Derecho europeo. Una etapa orientada, fundamentalmente, a la armonización de las legislaciones nacionales en la materia y a la supresión de los obstáculos que habían impedido hasta entonces la realización efectiva en este ámbito de la libre competencia, en el convencimiento de que sólo así se daría satisfacción a aquel objetivo último de articulación de un mercado interior común.

---

## 2. CORRECCIÓN DE LAS DISFUNCIONES DETECTADAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Sobre estos primeros cimientos se edificará todo el acervo comunitario posterior en materia de contratación del sector público. Presenta un valor indudable, en este sentido, la Comunicación de la Comisión al Consejo de 10 de febrero de 1987. Bajo el título “La contratación pública en la Comunidad”<sup>159</sup>, realiza una radiografía certera de la situación vigente en la materia, relacionando y evaluando el alcance de los diversos problemas apreciados en la aplicación de las Directivas entonces vigentes en la materia.

---

<sup>158</sup> Sobre la naturaleza y caracteres de sus funciones al momento de aprobarse la Declaración de 16 de agosto de 1971, vid. BASSOLS COMA, M.: “Aproximación a la normativa comunitaria...”, op. cit., pp. 33 y ss.

<sup>159</sup> COM (86) 375 final.

Partiendo de la estimación de que “la apertura de procedimientos de contratación pública es un elemento esencial de la voluntad de realización del mercado interior”, la Comunicación esboza un programa de acción orientado, precisamente, a dar cumplida respuesta a la dimensión e importancia industrial de la contratación pública, a la que considera insuficientemente atendida en la Comunidad a la luz de los inconvenientes detectados en la aplicación de las Directivas vigentes, condensados, sintéticamente, en cinco. En concreto, la existencia de obstáculos a la cooperación entre empresas de Estados miembros diferentes, la escasa interpenetración de los mercados existente en el sector público, las interpretaciones poco respetuosas con la letra y el espíritu de las Directivas aprobadas, la inadecuación de las disposiciones vigentes para alcanzar los objetivos propuestos y, por último, la exclusión del ámbito de aplicación de las primeras Directivas de algunos de los sectores en que los contratos públicos son más importantes desde el punto de vista industrial.

De ahí que el programa de acción diseñado por la Comunicación proponga una serie de medidas orientadas no sólo a garantizar la estricta aplicación de las Directivas conforme a su “espíritu y letra”, sino también su modificación y perfeccionamiento para, entre otros objetivos, dar cobertura a los sectores en aquel momento excluidos, así como promover una creciente liberalización en el sector de los servicios utilizados por los poderes adjudicatarios.

Esta inquietud comunitaria por las deficiencias detectadas en la aplicación de las Directivas aprobadas durante la década de los setenta en materia de contratación pública, desemboca finalmente, por lo que interesa a la concesión de obras públicas y, por ende, a la colaboración público-privada, en la aprobación de la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, por la que se modifica, a su vez, la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obras.

En su Preámbulo reflexiona sobre la conveniencia de “dar mayor precisión” a la noción de contrato de obras públicas y de incluir en la Directiva 71/305/CEE normas relativas a la publicidad de la concesión de obras públicas, habida cuenta su “importancia creciente”. Con ello justifica la modificación del artículo 1 de la Directiva de 1971 para incluir expresamente una definición de la concesión de obras públicas mucho más precisa que la vigente hasta entonces en virtud de lo dispuesto en el enunciado original de su artículo 3.1.

A tenor de lo dispuesto por la nueva redacción del artículo 1, en su apartado d), se entenderá por “concesión de obras públicas” el contrato que presente

los caracteres propios del contrato de obras públicas<sup>160</sup>, “con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”. Se enuncia así, por vez primera, una idea que será recurrente a partir de entonces en el Derecho comunitario, convirtiéndose la remuneración contractual en la diferencia esencial entre los contratos de obras y de concesión de obras públicas.

A ello se suma, además, la ampliación operada en el ámbito de aplicación de la Directiva de 1971 por la incorporación a su articulado de un nuevo artículo 1 bis que somete a la normativa comunitaria el “contrato de infraestructura con fines de interés público” que no sea adjudicado por el propio Estado, si bien se encuentre subvencionado por el mismo en más del 50 por 100. Comienza a abrirse paso el fenómeno de la asociación y colaboración entre los sectores público y privado, respondiendo el interés de la modificación de 1989 por definir con mayor nitidez estos supuestos al interés creciente de los poderes públicos y del propio sector privado en la promoción de las fórmulas concesionales y asociativas para la construcción y explotación de infraestructuras y obras públicas de interés general<sup>161</sup>.

En cualquier caso, la reforma de 1989 incorpora el régimen jurídico aplicable a la concesión de obras públicas al texto de la propia Directiva 71/305/CEE, poniendo fin a la dispersión normativa hasta entonces vigente, así como a las posibles dudas interpretativas acerca de la obligatoriedad de lo dispuesto en

---

<sup>160</sup> A los que se refiere el apartado a) del mismo precepto, que define como “contratos de obras públicas” a los “contratos a título oneroso, formalizados por escrito entre un empresario, por una parte, y por la otra, un poder adjudicador [...], que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y la concepción de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra definida en la letra c) [en virtud de cuyo enunciado se entiende por “obra” el “resultado de un conjunto de trabajos de construcción o ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica”], bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador”.

<sup>161</sup> Muestra de esa mayor precisión es el apartado 2 del artículo 1 bis en el que se dispone que “el apartado 1 sólo se entenderá referido a los contratos de la clase 50, grupo 502 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE) y a los contratos que afecten a las obras de construcción relativas a hospitales, a equipamientos deportivos, recreativos y de ocio, a edificios escolares y universitarios y a edificios de uso administrativo”.

la Declaración adoptada al poco de su aprobación o del alcance de lo dispuesto en la Directiva 72/277/CEE<sup>162</sup>. Y así, la adición en 1989 del artículo 1 ter a la Directiva de 26 de julio de 1971 sanciona la extensión del régimen y las normas de publicidad a estos contratos, realizándose las modificaciones oportunas en el régimen hasta entonces vigente, en relación, fundamentalmente, al umbral de aplicación de la normativa comunitaria<sup>163</sup>.

Si la primera fase, de inauguración de la regulación comunitaria en el ámbito de la contratación pública, está representada por la normativa liberalizadora y de remoción de posibles obstáculos aprobada a comienzos de la década de los setenta y modificada durante los años ochenta, la siguiente se encarnará, en cambio, en una segunda generación de Directivas que obedecen, por el contrario, al propósito de corregir las disfunciones detectadas en la aplicación de la normativa comunitaria vigente hasta entonces con el fin de profundizar aún más y garantizar, de forma real y efectiva, la apertura de la contratación pública a la concurrencia comunitaria como vía para la instauración de un auténtico mercado interior<sup>164</sup>.

<sup>162</sup> Para SANTÍAS VIADA, J.A., SANTAMARÍA DE PAREDES, V. y LÓPEZ BLANCO, C.: *El Derecho comunitario de la contratación pública*, Escuela de la Hacienda Pública, Madrid, 1991, p. 117, no cabe duda que lo relativo a este contrato es objeto de un "tratamiento más exhaustivo", resultando "más nítida" su inclusión en el texto de 1989. También RAZQUIN LIZARRAGA, M.M.ª: *Contratos públicos y Derecho comunitario*, op. cit., p. 58, se refiere al propósito de la Directiva de 89/440/CEE de dar "mayor precisión" a los conceptos de contrato y concesión de obras públicas.

<sup>163</sup> En virtud del artículo 1 ter, los contratos de concesión de obras de importe igual o superior a 5.000.000 de ecus quedan sujetos a las normas de publicidad de los artículos 12, apartados 3, 6, 7 y 9 a 13, así como 15 bis de la Directiva, sometiéndose también a un régimen de publicidad diverso en función de la personalidad del concesionario la subcontratación posterior de obras cuyo importe supere el umbral establecido.

<sup>164</sup> MORENO MOLINA, J.A.: *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, op. cit., pp. 113 y ss., distingue al efecto entre las primeras Directivas sobre la materia, a las que tilda de "Directivas de liberalización", y una "segunda generación" de Directivas, integrada por las Directivas 93/36/CEE, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, 93/37/CEE, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y 93/38/CEE, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, todas de 14 de junio de 1993, que traen causa, fundamentalmente, de la ratificación de la apertura de la contratación pública como uno de los objetivos prioritarios del *Libro Blanco de la Comisión para la realización del mercado interior*, COM (85) 310 final. En este mismo sentido, RAZQUIN LIZARRAGA, M.M.ª: *Contratos públicos y Derecho comunitario*, op. cit., pp. 39 y ss.; y, SANTÍAS VIADA, J.A., SANTAMARÍA DE PAREDES, V. y LÓPEZ BLANCO, C.: *El Derecho comunitario de la contratación pública*, op. cit., pp. 31 y ss.

Responde a esta preocupación la refundición realizada por Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, cuyo Preámbulo insiste de nuevo en la necesidad de eliminar restricciones y coordinar los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos de obras, así como en la "importancia creciente de la concesión de obras públicas y su naturaleza específica"<sup>165</sup>. Su artículo 1 d) recoge y reitera la definición que ofrecía del contrato la reforma de 1989, desgranando el artículo 3 las reglas de publicidad aplicables a su adjudicación<sup>166</sup>.

No cabe duda que la Directiva de 1993 representa un hito importante en la recuperación de la técnica concesional en el ámbito europeo, pese a que se limita, en la práctica, a refundir disposiciones anteriores que habían sido objeto a su vez, en diversas ocasiones, de reinterpretaciones y modificaciones. Subraya, por un lado, la importancia creciente de los contratos de concesión de obras públicas, erigiéndose en el punto de partida de una corriente de opinión favorable a la aplicación sin ambages de los principios comunitarios a su celebración<sup>167</sup>. Ratifica, por otro, la referencia al modo de retribución como criterio fundamental para la diferenciación de la concesión y del contrato de obras<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> La publicación por la Comisión de la Guide to the community rules on public works contracts other than in the water, energy, transport and telecommunications sectors, tras la aprobación de la Directiva 93/37/CEE, no es sino expresión de los esfuerzos realizados en el ámbito comunitario por dar satisfacción a estas inquietudes.

<sup>166</sup> MORENO MOLINA, J.A.: Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, La Ley, Madrid, 2000, p. 491, llama la atención sobre el error a que pudiera inducir el apartado 5 del modelo de anuncio de concesión de obras públicas que contiene el Anexo V de la Directiva, al hacer referencia a otras disposiciones de la misma, distintas a las aplicables a la mera publicidad del contrato, y de las que queda, en consecuencia, excluida la concesión en virtud de su artículo 3.1. En sentido similar, BOUSQUET, F. y FAYARD, A.: Road Infrastructure Concession Practice in Europe, op. cit., pp. 43 y ss.

<sup>167</sup> Enlaza así con ciertas interpretaciones en idéntico sentido del apartado I de la Declaración de 16 de agosto de 1971, cuyo inciso final resulta un tanto ambiguo al someter a publicidad "todo contrato de concesión, concluido en las condiciones que establece el párrafo 1, artículo 3 de la Directiva anteriormente citada". Encaja, en definitiva, en la categoría de "lightly regulated contracts" a que hace referencia ARROWSMITH, S.: "Public private partnerships and the European procurement rules: EU policies in conflict?", *Common Market Law Review*, núm. 37, vol. 3, June 2000, p. 713, en su clasificación de las categorías de asociación público-privada a la luz de las disposiciones de las Directivas 92/50, 93/36, 93/37 y 93/38, en cuanto está sujeto tan sólo a un número limitado de exigencias y obligaciones comunitarias, y no, por el contrario, al procedimiento de adjudicación previsto para los contratos "full regime".

<sup>168</sup> Criterio retomado, posteriormente, por el TJCE en su célebre Sentencia de 7 de diciembre de 2000, asunto *Telaustria*.

Todo ello en un momento en que cabe afirmar que los Estados miembros de la Unión Europea se encontraban en una auténtica encrucijada ante la escasez de los medios económicos disponibles para la ejecución de infraestructuras de interés general y la acuciante necesidad de completar las redes transeuropeas de transporte, básicas para alcanzar las condiciones mínimas y los objetivos esenciales propugnados por el Derecho comunitario<sup>169</sup>.

### 3. EL ALUMBRAMIENTO DE LAS FÓRMULAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL MARCO COMUNITARIO

La toma de conciencia sobre la importancia y repercusión económica de obras públicas e infraestructuras, unida a las limitaciones impuestas por la política comunitaria de estabilidad presupuestaria y las restricciones consiguientes a la capacidad de endeudamiento de los Estados miembros, sirve de acicate a la articulación paralela de fórmulas innovadoras que facilitan y fomentan la participación de los sectores público y privado en su construcción y explotación posterior<sup>170</sup>.

La Directiva de 1993 se erige así en fin de etapa y punto de partida de una nueva época, centrada, a su vez, en el perfeccionamiento de un sistema inédito capaz de allegar financiación privada y de incorporar la colaboración del sector privado en la política de provisión y gestión de infraestructuras de interés público. Se abren, en definitiva, “nuevos horizontes”<sup>171</sup>, de complejidad

<sup>169</sup> En este sentido, GONZÁLEZ FINAT, A. y PEDRET CUSCÓ, V.: “La política de financiación de transportes en la Unión Europea”, *Información Comercial Española*, núm. 757, octubre 1996, pp. 61 y ss.; y, SÁNCHEZ MELERO, M.: “Las redes transeuropeas: una visión desde la periferia española”, *Información Comercial Española*, núm. 757, octubre 1996, pp. 73 y ss.

<sup>170</sup> Resulta paradigmático, en este sentido, el trabajo de GAS, T.: “Die Finanzierung von Public Private Partnerships unter dem Blickwinkel des EG-Beihilferechts”, *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 2, Januar 2004, pp. 56 y ss., en el que se analizan la repercusión y virtualidad de cada una de ellas a la luz del Derecho comunitario en materia de estabilidad presupuestaria y de la prohibición que establece el artículo 87.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de otorgar ayudas “por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”.

<sup>171</sup> En terminología de RAZQUIN LIZARRAGA, M.M.<sup>a</sup>: *Contratos públicos y Derecho comunitario*, op. cit., p. 44.

creciente a la luz de la multiplicación de instrumentos y cauces para la materialización de este tipo de asociaciones y la aparición, en consecuencia, de una variada tipología de las que se han dado en llamar fórmulas de PPP o APP.

Las siglas PPP responden tanto a la expresión anglosajona “Public-Private Partnerships” como a la acuñada posteriormente en español “Participación Público-Privada”, correspondiendo las siglas APP a la expresión española “Asociación Público-Privada”. Dedicamos especial atención a su tipología ARROWSMITH, quien reduce a dos las cuestiones fundamentales que plantean a la luz de la normativa comunitaria, de un lado, la necesidad de perfilar con mayor nitidez el ámbito objetivo de las Directivas en materia de contratación pública, de otro, los perjuicios derivados de la excesiva rigidez de los procedimientos de adjudicación comunitarios para el empleo de estas fórmulas<sup>172</sup>.

Son varios los factores que han abocado a la Unión Europea a esta nueva etapa de revisión y reforma de la regulación comunitaria de la contratación pública<sup>173</sup>. Corresponde un protagonismo fundamental, entre todos ellos, a la percepción comunitaria de la conveniencia, elevada incluso con el tiempo a auténtica exigencia, de incorporar la financiación privada al proceso de proyección, dotación y explotación de infraestructuras de transporte. No en vano, los Estados miembros se enfrentan, en el marco de la reciente ampliación y de unas restricciones presupuestarias cada vez más estrictas, a la necesidad de acopiar fondos que permitan hacer frente a proyectos de interés público pero de necesidades económicas muy superiores a las disponibles o a las permitidas en función de la estabilidad presupuestaria propugnada desde la Unión.

Son varios también los Consejos Europeos que despejan definitivamente el camino a la mayor intervención de la financiación privada en el desarrollo de

---

<sup>172</sup> ARROWSMITH, S.: “Public private partnerships...”, op. cit., pp. 709 y ss. Sobre los motivos que justifican el auge actual de estas fórmulas en el ámbito comunitario, vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: “Contrato de colaboración público-privada”, op. cit., pp. 8 y ss.

<sup>173</sup> RAZQUIN LIZARRAGA, M.M.<sup>a</sup>: *Contratos públicos y Derecho comunitario*, op. cit., pp. 44 y ss., cita, en particular, el impulso del Acta Única Europea y, en especial, del Tratado de la Unión Europea, así como la aprobación del Tratado sobre el Espacio Económico Europeo, recogido en las Decisiones del Consejo y de la Comisión 94/1/CECA, CE y 94/2/CECA, CE, y las sucesivas ampliaciones de la Comunidad Europea tras la aprobación de los textos refundidos de 1993, refiriendo, además, la relevancia de las propuestas de liberalización y expansión del comercio mundial provenientes del Acuerdo GATT, incorporadas a la Decisión del Consejo 94/800/CE.

estos proyectos. Sus directrices penetran en la labor legislativa comunitaria desarrollada con posterioridad, marcando una tendencia favorable a la apertura del ordenamiento comunitario a nuevas fórmulas de colaboración público-privada<sup>174</sup>.

Esta y otras inquietudes aparecen finalmente reflejadas en el Libro Verde de la Comisión, *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*<sup>175</sup>, en el que se insiste en la necesidad de simplificar el marco jurídico hasta entonces vigente en pro de una política efectiva y mucho más abierta de contratación pública. La reflexión inicial de la Comisión se centra, en particular, en los dos problemas que considera más acuciantes en la materia, esto es, la incorporación parcial e incompleta de las Directivas de contratación pública por los Estados miembros y el débil impacto económico de la política desarrollada en este ámbito, erigiéndose en el marco de un amplio debate que daría lugar, finalmente, a la Comunicación de la Comisión sobre *Public procurement in the European Union*<sup>176</sup>.

Las respuestas al Libro Verde de 1996 ponen de relieve la trascendencia otorgada, ya por aquella época, a las fórmulas de participación público-privadas, incorporándose a la Comunicación posterior una nueva línea de reflexión al efecto, sobre la necesidad de un marco regulador adecuado para la colaboración de los sectores público y privado. Se impone, en definitiva, un replanteamiento de la normativa comunitaria en materia de contratación pública al objeto de simplificarla y favorecer su adaptación flexible al propio desarrollo del mercado, clarificando y ajustando el régimen jurídico vigente allí donde la mera reinterpretación no resultara suficiente<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> Son fundamentales, en este sentido, los Consejos Europeos de Bruselas, diciembre de 1993, de Corfú, junio de 1994, y de Essen, diciembre de 1994. Dan noticia de sus conclusiones y de su influencia posterior en el diseño comunitario de un modelo alternativo a la tradicional financiación pública de infraestructuras, GONZÁLEZ FINAT, A. y PEDRET CUSCÓ, V.: "La política de financiación de transportes...", op. cit., pp. 69 y ss.

<sup>175</sup> COM (96) 583 final, de 27 de noviembre de 1996.

<sup>176</sup> COM (98) 143, de 11 de marzo de 1998.

<sup>177</sup> La propia Comunicación aclara, p. 5, el significado en este contexto del término "simplificación", que abarca "both the clarification of provisions which are obscure or complex and adjustment of the rules in force where the problems to be addressed cannot be resolved through interpretation of the provisions".

Entre las medidas legislativas que contempla la Comunicación se encuentra la presentación de propuestas sobre el régimen jurídico de los contratos de concesión y de otras formas de participación público-privada<sup>178</sup>. La Comisión se mantiene al margen de la decisión particular de cada Estado miembro sobre la conveniencia y oportunidad de acudir a este tipo de instrumentos para la financiación y gestión de infraestructuras o servicios, al juzgar que la opción entre la gestión pública y la privada debe ser exclusivamente nacional, si bien se considera vinculada por la obligación de diseñar un marco legal que permita el desarrollo de estas nuevas fórmulas asociativas sin quebranto de las reglas de libre competencia y de los principios comunitarios básicos en la materia.

De ahí que proponga un calendario de trabajo dividido en dos fases centradas, respectivamente, en la elaboración, de una parte, de un documento interpretativo sobre el régimen jurídico aplicable a las concesiones a la luz del Derecho comunitario vigente, en el que se analizaría, además, la aplicabilidad de la regulación existente a otras formas de asociación público-privada, y en la presentación, de otra, de aquellas propuestas de modificación legislativa que habrían de permitir ampliar el ámbito de aplicación de las Directivas en materia de contratación pública a fórmulas concesionales hasta entonces excluidas del Derecho europeo<sup>179</sup>.

## **A. Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho comunitario**

El primero de estos hitos está representado por la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario, que, pese a lo enunciado por su precedente, se centra tan sólo, de forma sesgada y parcial, en las concesiones, dejando de lado el tema más amplio, y por ende más complejo y difícil, de otras fórmulas, al margen de las estrictamente concesionales, de colaboración entre los sectores público y privado. Pese a la trascendencia de los temas planteados en 1996 por el Libro Verde y al anuncio

---

<sup>178</sup> Ya que no está claro, como recuerda GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: "Las concesiones ante el Derecho comunitario", *UE Aranzadi*, núm. 2, febrero 2003, p. 17, que este tipo de fórmulas puedan "hacerse encajar" siempre dentro del contrato de concesión de obra pública.

<sup>179</sup> En particular, pp. 9 y ss.

efectuado por la Comunicación de 1998, la interpretación que ofrece en el año 2000 la Comisión del régimen jurídico concesional resulta un tanto limitado y, precisamente por ello, decepcionante<sup>180</sup>.

Haciéndose eco del resurgir reciente de la concesión y de las repetidas quejas recibidas por la Comisión ante el incumplimiento del Derecho comunitario aplicable a las mismas, la Comunicación se propone “aclarar la normativa actual, a la luz de la experiencia adquirida en el tratamiento de los casos examinados” hasta el momento. Aborda la compleja cuestión de la definición, clasificación y distinción de la variada tipología concesional, detallando el régimen jurídico aplicable a cada tipo de concesión. Sostiene, en este sentido, que la ausencia de mención expresa a otro tipo concesional que no sea el de obras públicas en las Directivas de contratación pública “no significa, sin embargo, que las concesiones queden fuera de las normas y principios del Tratado”, extendiéndoles, en consecuencia, a todas ellas “las disposiciones pertinentes del Tratado” y “los principios establecidos por la jurisprudencia” del TJCE.

Una interpretación respaldada decididamente por el TJCE en su célebre Sentencia de 7 de diciembre de 2000, asunto *Telaustria*, donde afirma que pese a la exclusión del contrato particular de concesión de servicios públicos de que trae causa el litigio del ámbito de las Directivas comunitarias, “las entidades contratantes que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CEE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, principio que implica, en particular, una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicadora se asegure de que dicho principio es respetado”<sup>181</sup>.

<sup>180</sup> Así lo sostiene también ARROWSMITH, S.: “Public private partnerships...”, op. cit., p. 711, para quien la comunicación no aborda muchos de los principales problemas planteados en la materia, centrándose exclusivamente en las incógnitas planteadas por el régimen jurídico aplicable al precio a abonar por terceros.

<sup>181</sup> Vid. sobre esta Sentencia el interesante comentario de RICHER, L.: *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 1, 2001, pp. 106 y ss. Asimismo, FERNÁNDEZ MONTALVO, R.: “Artículos 130 a 134”, en la obra colectiva coordinada por JIMÉNEZ APARICIO, E.: *Comentarios a la legislación de contratos de las Administraciones públicas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 1036 y ss., quien detalla las normas del Tratado y los principios establecidos por la jurisprudencia del TJCE de aplicación necesaria a la técnica concesional y a otras formas similares de asociación dentro de los sectores público y privado. También SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, op. cit., pp. 222 y ss., analiza el contenido de esta Comunicación desde la perspectiva de la concesión de servicios públicos subrayando sus vaivenes y su aparente contradicción en algunos aspectos relativos a la aplicabilidad a este contrato de las reglas de la libre competencia.

Defrauda, por lo demás, el silencio de la Comisión sobre otras formas de participación y financiación del sector privado en cometidos tradicionalmente públicos. La ausencia de un marco comunitario adecuado y claro, contrarresta en parte la pujanza y tendencia internacional a la expansión del empleo de estas nuevas fórmulas, que exceden ampliamente del ámbito meramente concesional<sup>182</sup>.

## B. La reforma comunitaria de 2004

La aprobación de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, ambas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativas, respectivamente, a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, representan un paso adelante indudable en cuanto contienen aportaciones importantes por lo que se refiere al ámbito concesional, sin que quepa hablar al respecto de una auténtica renovación de la normativa anterior y sin llegar a abordar, en cualquier caso, el marco más amplio de las diversas formas de colaboración público-privada en su conjunto.

Y así, la Directiva 2004/17/CE excluye de su ámbito de aplicación, en el artículo 18, a las concesiones de obras o de servicios, dedicando la Directiva 2004/18/CE su Título III a las normas sobre concesiones de obras públicas. Los artículos 56 a 65 recogen y sistematizan las disposiciones incorporadas ya a la Directiva anterior de 1993, así como las interpretaciones sentadas al respecto por el TJCE<sup>183</sup>. De ahí que no quepa sino reconocer la utilidad de las preciso-

---

<sup>182</sup> No en vano TORRES, L. y PINA, V.: "Public-private partnership and private finance initiatives in the EU and Spanish local governments", *The European Accounting Review*, núm. 10, vol. 3, 2001, p. 602, destacan la complejidad inherente a este tipo de asociaciones, cuya experiencia, fundamentalmente británica, demuestra que la existencia de un marco jurídico adecuado y de una buena gestión es una exigencia irrenunciable para su éxito, en la medida en que "savings and other benefits do not flow automatically from outsourcing; the process, like any other, must be well managed".

<sup>183</sup> URÍA FERNÁNDEZ, F.: "Apuntes para una reforma de la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas", *Revista de Administración Pública*, núm. 165, septiembre-diciembre 2004, p. 303, destaca, en este sentido, la "cuidadosa delimitación" que realiza la Directiva entre contratos de concesión de obras públicas y de concesión de servicios.

nes que realizan estas Directivas, que contribuyen significativamente a crear nuevas oportunidades para los operadores a ellas sujetos, sin haber logrado traer consigo, sin embargo, una “exhaustiva renovación e innovación” del Derecho de la contratación pública<sup>184</sup>.

Los trabajos encaminados a la auténtica reforma, innovación y actualización del marco comunitario en materia concesional y de asociación de los sectores público y privado siguen un ritmo mucho más pausado, ante la convicción, expresada posteriormente en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de noviembre de 2005, sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de que aquella “no es una solución milagrosa”, siendo preciso “evaluar, proyecto por proyecto, si realmente añade valor al servicio específico o a la obra pública en cuestión en comparación con otras opciones como la celebración de un contrato más tradicional”<sup>185</sup>.

---

#### 4. LIBRO VERDE SOBRE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y EL DERECHO COMUNITARIO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CONCESIONES<sup>186</sup>

Pese al mutismo en materia de colaboración público-privada y sobre las fórmulas concretas para su articulación de la Comunicación sobre concesiones del año 2000, la aprobación de un nuevo régimen jurídico al respecto se convierte en una necesidad sentida y reivindicada en el propio seno de la Unión Europea como se desprende, entre otros, del Dictamen del Comité Económico y Social sobre *El refuerzo del Derecho de concesiones y de contratos de asociación entre los sectores público y privado (APP)*<sup>187</sup> o del Libro Blanco *La política Europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad*<sup>188</sup>.

---

<sup>184</sup> Así lo afirma literalmente FERNÁNDEZ GARCÍA, M.<sup>a</sup> Y.: “La nueva regulación de la contratación pública...”, op. cit., p. 315.

<sup>185</sup> COM (2005) 569 final, de 15 de noviembre de 2005.

<sup>186</sup> COM (2004) 327 final, de 30 de abril de 2004.

<sup>187</sup> 2001/C 14/19, de 18 y 19 de octubre de 2000.

<sup>188</sup> COM (2001) 370 final, de 12 de septiembre de 2001.

Ambos documentos se muestran sumamente críticos con la situación de la legislación comunitaria en materia de contratación pública entonces vigente, abogando por la supresión de los obstáculos jurídicos y económicos a las asociaciones público-privadas, así como por la adopción de soluciones innovadoras en materia de financiación de infraestructuras y de una normativa armonizadora en la materia. Estas reivindicaciones enlazan, por lo demás, con la segunda de las etapas previstas en el calendario de trabajo propuesto por la Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 1998 sobre la situación de la contratación pública en la Unión Europea.

Los esfuerzos realizados en esta segunda fase cristalizarán finalmente en la consolidación de una línea de trabajo cuyos frutos más significativos son la Guía aprobada por la Comisión en marzo de 2003, *Guidelines for successful public-private partnerships*<sup>189</sup>, en la que se analiza en profundidad el fenómeno de las asociaciones público-privadas, las razones por las que surgen, sus características comunes, tipología, riesgos, régimen jurídico y procedimientos de adjudicación más adecuados, etc., y el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*<sup>190</sup>, que se hace eco de la expansión y el desarrollo de estas fórmulas “en un gran número de ámbitos del sector público”, ofreciendo una primera aproximación a su posible sistematización a partir de la distinción entre colaboraciones público-privadas puramente contractuales, entre ellas la técnica concesional, y, por el contrario, aquellas otras de naturaleza propiamente institucional.

Así, la CPP de tipo puramente contractual es la que “se refiere a una colaboración basada únicamente en vínculos contractuales entre las diferentes partes”, siendo la concesional una de sus manifestaciones más conocidas y frecuentes. La CPP de tipo institucionalizado implica, en cambio, la “creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el privado”, ya sea a través de la creación de una entidad *ad hoc* o de la toma del control de una entidad pública por parte de un operador privado<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> Disponible en [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docgener/guides/ppp\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf).

<sup>190</sup> COM (2004) 327 final, de 30 de abril de 2004.

<sup>191</sup> Sobre la proliferación, implicaciones y riesgos de estas entidades desde la perspectiva del Derecho español, vid. la reflexión desarrollada al respecto por FUERTES LÓPEZ, M.: *Grupos públicos de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Parte, en este sentido, de la ausencia de definición en el ámbito comunitario para la expresión “colaboración público-privada”, si bien la reconduce, en general, a las “diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio”<sup>192</sup>. De ahí que subraye la trascendencia de cuatro elementos claves en su configuración y articulación: la dilatada duración del proyecto, el papel cualificado del sector privado en el modo de financiación del proyecto, su importante papel en cuanto operador económico que participa en las diferentes fases de su diseño, realización, ejecución y financiación, y, por último, el complejo y delicado reparto de los riesgos entre los socios público y privado, que habrá de redundar en la asunción por este último de riesgos que habitualmente soporta el sector público a cambio de una determinada prima de riesgo<sup>193</sup>.

El Libro se plantea, como objetivo principal, abrir el debate sobre el fenómeno y la conveniencia de su regulación por la Unión Europea, a la luz de la posible aplicación al mismo del Derecho comunitario actualmente vigente en materia de contratación pública y concesiones, con el fin último de garantizar el reto fundamental del mercado interior en esta materia, que no es otro, en definitiva, que garantizar el desarrollo de la colaboración público-privada en condiciones de competencia real y seguridad jurídica.

Las reacciones al Libro Verde son, sin embargo, sumamente reveladoras de la reticencia de los Estados miembros ante la posible aprobación de un marco jurídico común en materia concesional. Pese a la gran variedad de asuntos

---

<sup>192</sup> Sobre los primeros intentos de definición comunitaria de la colaboración público-privada y su importante desarrollo en los últimos años, vid. MORENO MOLINA, J.A.: “Las concesiones de obra pública en el Derecho comunitario europeo”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 39, febrero 2005, pp. 23 y ss.

<sup>193</sup> A estos cuatro FATÁS MONFORTE, J.M., MAGIDE HERRERO, M. y MASSÓ, G.: Informe sobre Modelos de Cooperación Público-Privada para la financiación de Infraestructuras Públicas. Tratamiento en términos de contabilidad pública (SEC 95) y viabilidad jurídica, PwC y Uría&Menéndez, Madrid, 2005, p. 31, suman un quinto elemento de justificación de la colaboración entre los sectores público y privado, el de las “ventajas asociadas a la participación del sector privado (por recursos, know how y capacidad de gestión)” en tareas tradicionalmente prestadas o financiadas por el ámbito público.

planteados, las respuestas de los participantes en el debate del Libro Verde reducen tan sólo a dos los temas que requerirían de la adopción de iniciativas de seguimiento en el ámbito de la Unión, concretamente, el proceso de adjudicación de concesiones y, por otra parte, la creación de empresas con participación conjunta de socio público y privado para la prestación de servicios públicos.

No se propone, en cambio, iniciativa comunitaria separada, al menos por el momento, en relación a las fórmulas de colaboración público-privada de tipo contractual, rechazándose también la adopción de iniciativas comunitarias para aclarar su marco regulador comunitario, ya sea general o en relación a otros aspectos específicos tales como la procedencia de la iniciativa del sector privado para su constitución o las normas aplicables a la subcontratación<sup>194</sup>.

---

## 5. EL IMPULSO A LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA POR LA UNIÓN EUROPEA EN LOS ÚLTIMOS AÑOS: STATU QUO DE LA CUESTIÓN

A pesar de las reticencias mostradas por los Estados miembros ante la posibilidad de un marco normativo europeo común para el impulso de la colaboración público-privada, la Unión Europea ha realizado un importante esfuerzo durante estos últimos años por ir avanzando en la comprensión, definición, delimitación y distinción de estas fórmulas de colaboración público-privada respecto de otras figuras afines, procurando trazar la senda no sólo para su reconocimiento formal sino para su progresiva regulación por las instituciones comunitarias. No en vano, se han erigido en fórmulas complejas de financia-

---

<sup>194</sup> Para IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, R. y VASSALLO MAGRO, J.M.: "La participación público privada en el nuevo proyecto de ley de contratos del sector público", *Revista de Obras Públicas*, núm. 3478, 2007, pp. 7 y ss., son dos las principales razones que explican las "serias dificultades para promover un marco general común que sea aceptado por los Estados miembros"; de un lado, las diferencias entre los marcos jurídicos de los diversos países miembros, de otro, el "estilo personal" con que cuentan ya algunos países para promover proyectos de participación público-privada, cuyos esquemas, que funcionan correctamente desde hace años, podrían verse afectados en profundidad por la iniciativa comunitaria.

ción cruzada, procedente tanto de los sectores público como privado, para la provisión de todo tipo de infraestructuras, obras y servicios públicos<sup>195</sup>.

En efecto, la utilización cada vez más frecuente de estas fórmulas agrava las dudas interpretativas sobre el régimen jurídico y financiero que les resulta de aplicación, lo que lleva a la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas a adoptar la Decisión 18/2004, de 11 de febrero, relativa al tratamiento contable en las cuentas nacionales de los contratos firmados por entidades públicas en el marco de operaciones de colaboración con entidades privadas, precisando su impacto en el déficit o superávit público y en la deuda pública<sup>196</sup>.

La reflexión desarrollada al respecto en las instituciones europeas no se encuentra, sin embargo, lo suficientemente madura como para ser incluida en la reforma de la regulación europea de la contratación pública del año 2004. De ahí el silencio al respecto de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, ambas de 31 de marzo de 2004.

Y así, mientras las respuestas a la consulta de la Comisión en materia de concesiones reflejan la insatisfacción generalizada por la insuficiencia de la Comunicación interpretativa de 2000 y apuntan a la conveniencia de la iniciativa legislativa para incrementar la seguridad jurídica en este ámbito, no parece desembocar en idéntica conclusión la reflexión relativa al marco más amplio

---

<sup>195</sup> Sobre este particular, vid. el pormenorizado trabajo de FATÁS MONFORTE, J.M., MAGIDE HERRERO, M. y MASSÓ, G.: *Informe sobre Modelos de Cooperación Público-Privada...*, op. cit., in toto, así como la obra de GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, op. cit., p. 193, que se muestra especialmente crítico con el sistema articulado al respecto por cuanto desemboca, a su parecer, en "desigualdad y competencia entre Administraciones públicas, en función de la capacidad que tenga cada ente público para el recurso a entidades de consultoría capaces de configurar la operación para que resulte ajustada a los objetivos que se proponen". De ahí que entienda que muchas de estas fórmulas contribuyen a "poner en duda la realidad de la estabilidad presupuestaria, más allá de que se siga jugando a la ficción de su realidad".

<sup>196</sup> Eurostat recomienda en la misma que los activos incluidos en una asociación público-privada se clasifiquen como activos no públicos y sean contabilizados, por tanto, fuera del balance de las Administraciones públicas siempre que el socio privado asuma, al menos, dos riesgos fundamentales. De un lado, el de construcción; de otro, el de disponibilidad y/o, en su caso, el de demanda. Vid., en este sentido, la Parte IV, apartado 4, relativo a las infraestructuras públicas financiadas y explotadas por el sector sociedades, del *Manual del SEC95 sobre el déficit público y la deuda pública* publicado por la Comisión Europea.

de la colaboración público-privada, donde la Comisión renuncia, de un lado, a una nueva legislación que regule el procedimiento de adjudicación de todas las de tipo contractual, a la vez que impulsa, de otro, los debates y el diálogo permanente sobre las mismas, a efectos de solventar cualquier deficiencia que se detecte en el marco jurídico vigente, la aclaración de la articulación y las disposiciones aplicables a la sustanciación del diálogo competitivo y la redacción, en fin, de una comunicación interpretativa sobre las de naturaleza institucional.

La Comisión se sitúa así en línea con las respuestas recibidas en el proceso de las consultas realizadas sobre el Libro Verde, recogidas en el informe final SEC (2005) 629, de 3 de mayo de 2005, y sintetizadas en su Comunicación al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 15 de noviembre de 2005, sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones<sup>197</sup>, en la que expone no sólo las conclusiones derivadas de la consulta emprendida a raíz del Libro Verde citado, sino las opciones políticas planteadas al respecto a fin de “garantizar una competencia real por las CPP sin limitar en exceso la flexibilidad necesaria para el diseño de proyectos innovadores y a menudo complejos”.

El Parlamento europeo aprueba, a resultas de este movimiento de auténtica ebullición en las instituciones comunitarias sobre las fórmulas de colaboración y asociación entre los sectores público y privado, la Resolución de 26 de octubre de 2006 sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones<sup>198</sup>, en la que sostiene, entre otros extremos, que resulta “prematureo juzgar las repercusiones de las Directivas en materia de contratación pública”, por lo que se manifiesta “en contra de una revisión de esas Directivas” y del “establecimiento de un régimen jurídico propio para la colaboración público-privada”, si bien considera “necesario prever una iniciativa jurídica en el ámbito de las concesiones en la que se respeten los principios del mercado interior y los valores umbral y se prevean reglas sencillas para el procedimiento de licitación, al tiempo que se clarifica el ámbito de las colaboraciones público-privadas institucionalizadas”.

---

<sup>197</sup> COM (2005) 569 final.

<sup>198</sup> T6-0462/2006.

En cualquier caso, los tres últimos objetivos enunciados *supra* han encontrado cumplida respuesta. En efecto, la Comisión aprueba, de un lado, una nota explicativa sobre el nuevo procedimiento de adjudicación del diálogo competitivo introducido por la Directiva 2004/18/CE<sup>199</sup>, a fin de acotar de forma más adecuada y precisa su ámbito de aplicación, a través de la interpretación, en particular, del requerimiento de mayor complejidad objetiva que ha de suponer el cometido contractual para acudir a este procedimiento, y de dilucidar, en fin, aquellos aspectos procedimentales que plantean mayores dudas en relación con su sustanciación.

En la Comunicación de 15 de noviembre de 2005, sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, alienta, de otro lado, la continuación a nivel comunitario de los trabajos sobre la colaboración público-privada, en su sentido más amplio. A estos efectos, la negativa de la Comisión a promover cualquier posible iniciativa legislativa sobre un marco general común para las fórmulas de colaboración público-privada o sobre la adjudicación de las de naturaleza contractual, no debe interpretarse como un rechazo al debate sobre la cuestión. Al contrario, la Comisión se muestra consciente de que “la experiencia con CPP continúa aumentando”<sup>200</sup>, por lo que, al margen de posibles “iniciativas para subsanar cualquier deficiencia que se detecte en el marco jurídico vigente”, considera necesario “que los debates entre los departamentos de la Comisión y las partes interesadas implicados en el desarrollo de las CPP sigan adelante a todos los niveles”<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> CC/2005/04\_rev 1, de 5 de octubre de 2005.

<sup>200</sup> BLANC-BRUDE, F., GOLDSMITH, H. y VÄLILÄ, T.: “Public-Private Partnerships in Europe: an update”, *Economic and Financial Report EIB*, núm. 3, 2007, realizan, en este sentido, un esfuerzo encomiable por cuantificar y sistematizar el impacto macroeconómico, así como la significación sectorial del empleo de estas fórmulas por parte de los Estados miembros de la Unión Europea.

<sup>201</sup> Y así, continúa afirmando la Comunicación de 15 de noviembre de 2005, que “seguirán los debates en comités a nivel de la Comisión, en los que se reúnen expertos en contratación pública y representantes de los Estados miembros, a través de la participación en conferencias sobre CPP y contratación pública y mediante contactos directos entre funcionarios de la Comisión y expertos en CPP. Por otro lado, parece existir un consenso general entre los grupos operativos nacionales de CPP en cuanto a que el desarrollo de las infraestructuras podría seguir mejorando si el sector público dispusiera de un método más eficaz para compartir las experiencias existentes en materia de política de CPP, desarrollo de programas y puesta en marcha de proyectos. Por ello, los grupos operativos están pensando, junto con el Banco Europeo de Inversiones, en crear un centro europeo de expertos en CPP. La Comisión, en principio, estaría de acuerdo con esta iniciativa”.

En cuanto al anhelo, en última instancia, sobre la clarificación normativa de las fórmulas de colaboración público-privada de naturaleza propiamente institucional, se ha traducido finalmente en la Comunicación interpretativa adoptada por la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)<sup>202</sup>. Su objetivo es reforzar la seguridad jurídica en la materia, respondiendo a las dudas planteadas por la aplicación del Derecho comunitario a estas fórmulas, a fin de evitar que las incógnitas en torno a su articulación las convierta “en poco atractivas o, incluso, resulten imposibles”<sup>203</sup>. Desgrana, a estos efectos, los principios esenciales que deben presidir su proceso de creación, así como las normas a que debe ajustarse, en particular, la selección de los socios privados para la colaboración de que se trate, sin olvidar, en última instancia, la aclaración de aquellos requerimientos comunitarios aplicables a la fase posterior a su creación *stricto sensu*.

La crisis económica actual no supone, en cualquier caso, el desfallecimiento del interés comunitario por el fenómeno de la colaboración público-privada. Antes al contrario, en el Plan Europeo de Recuperación Económica, remitido por la Comisión al Consejo Europeo en noviembre de 2008<sup>204</sup>, se da cabida a tres iniciativas clave de colaboración entre los sectores público y privado, dirigidas, declaradamente, a “apoyar la innovación en el sector manufacturero, y en especial en los sectores de la construcción y del automóvil en los que la demanda ha caído en picado recientemente debido a la crisis y que también se enfrentan a retos considerables en su transición a la economía verde”. Se trata, en concreto, de la “Iniciativa europea por unos coches verdes”, relativa tanto a tecnologías como a infraestructuras energéticas inteligentes, la “Iniciativa europea por unos edificios energéticamente eficientes”, a fin de fomentar las

---

<sup>202</sup> C (2007) 6661, de 5 de febrero de 2008. Se refiere a las circunstancias que motivaron la imperiosa necesidad de su adopción, McCREEVY, Ch.: “Public-Private Partnerships. Options to ensure effective competition”, *PPP Global Summit. The 6<sup>th</sup> Annual Government-Industry Forum on Public-Private Partnership. Copenhagen, 17 November 2005*, pp. 4 y ss.

<sup>203</sup> La Comisión cumple con ello el compromiso asumido no sólo en materia de colaboración público-privada, sino también en el ámbito de los servicios de interés general, según lo afirmado en la Comunicación sobre los servicios de interés general, incluidos los servicios sociales de interés general, COM (2007) 725, de 20 de noviembre de 2007.

<sup>204</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo, *Un Plan Europeo de Recuperación Económica*, de 26 de noviembre de 2008, COM (2008) 800 final.

tecnologías verdes y el desarrollo de materiales y sistemas energéticamente eficientes, y, en fin, la “Iniciativa para las fábricas del futuro”, orientada a ayudar a todos los sectores manufactureros de la Unión, en especial a las PYME, a incrementar su base tecnológica<sup>205</sup>.

La Comisión pretende dar con ello nuevo auge a un instrumento, el de la asociación público-privada, susceptible de aportar beneficios considerables a ambos sectores. Al privado, por cuanto supone de revitalización e ímpetu a la actividad económica privada en un marco económico actualmente frágil e incierto; al público, en la medida en que ofrece soluciones de financiación pública innovadoras que habrían de permitir una mejor y más eficiente gestión de las necesidades colectivas en un momento en que los presupuestos nacionales se encuentran irremediabilmente sometidos a importantes recortes y drásticos ajustes.

A este fin, se adopta en noviembre de 2009 una Comunicación para la movilización de la inversión público-privada orientada a la recuperación y transformación estructural a largo plazo a través de la promoción y el desarrollo de las fórmulas de colaboración público-privada<sup>206</sup>. Con ella se pretende garantizar, en definitiva, el máximo aprovechamiento del gran potencial que ofrecen las asociaciones público-privadas para la revitalización de la economía de los Estados miembros, erigiéndose su fomento en una prioridad política indudable para la Comisión, que si bien descarta la aprobación de un nuevo marco

---

<sup>205</sup> Esta triple orientación, unida a la articulación comunitaria de las Iniciativas Tecnológicas Conjuntas o *Joint Technology Initiatives* (JTI) como colaboraciones público-privadas en sectores de la investigación fundamental, sanciona la expansión definitiva del fenómeno de la participación y colaboración entre los sectores público y privado más allá de sus fronteras originarias, esto es, la estricta provisión y gestión de infraestructuras y obras públicas, señaladamente de transporte. En cualquier caso, estas tres iniciativas propuestas en el Plan Europeo de Recuperación Económica presentan especificidades propias que contribuyen a individualizarlas frente a las JTI y PPP *stricto sensu*, tratándose más bien de colaboraciones público-privadas orientadas a la investigación interdisciplinar a lo largo de varios años de temáticas concretas de especial impacto en el sector industrial. A estas tres se une en octubre de 2009 una cuarta línea de colaboración centrada en el “Internet del futuro”.

<sup>206</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Mobilising private and public investment for recovery and long term structural change: developing Public Private Partnerships*, COM (2009) 615 final, de 19 de noviembre de 2009.

normativo al respecto, propone, no obstante, cinco líneas de acción fundamentales para su consolidación.

Así, en concreto, el incremento en la financiación disponible para la articulación de estas fórmulas en colaboración con el Banco Europeo de Inversiones, la homogeneización de los requerimientos y procedimientos necesarios para su correcto funcionamiento con aquellos aplicables, por otro lado, a los proyectos de financiación enteramente pública, la introducción de una regulación más flexible en cuanto a la posibilidad de financiación o participación institucional de la propia Unión Europea en proyectos de esta naturaleza, la evaluación de la posibilidad y el contenido, en su caso, de una nueva regulación normativa en materia de publicidad, selección y adjudicación del contratista en las fórmulas concesionales, y, en última instancia, la promoción de un avance significativo en el intercambio de información y buenas prácticas respecto a la sustanciación de proyectos en colaboración público-privada, incentivando, en este sentido, la creación de un grupo de expertos en la materia.

#### **IV. EL RESURGIR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA DOTACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y LA EXPLOTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS**

La realización efectiva de los beneficios esperados de una infraestructura o de un servicio público proyectado depende de múltiples variables de difícil definición *ex ante*. No hay que olvidar que, por sus propias características, la vida útil de la obra pública en construcción o del servicio público cuya explotación se proyecta es larga y está marcada, en numerosas ocasiones, por la inexistencia de posibles usos alternativos, a lo que acompaña habitualmente un coste económico importante y una demanda de uso impredecible para períodos de tiempo muy prolongados. A estas dificultades de predicción y de cálculo del riesgo, contra las que poco puede hacerse ya que va a resultar imposible su erradicación completa, se sumarían, además, aquéllas otras derivadas de la propia regulación y configuración legal de las diversas fórmulas de colaboración público-privada previstas por el ordenamiento jurídico.

La posición de la Unión Europea, favorable al debate sobre las posibles consecuencias que podrían derivarse de la articulación y puesta en práctica de fórmulas jurídicas, ya fueran contractuales o, por el contrario, de naturaleza institucional, para la colaboración entre sectores tan dispares y, en principio, de

objetivos tan contrapuestos como son, teóricamente, el público y el privado, regido el primero por su vinculación al logro del interés general y sujeto, en cambio, el segundo a criterios de rentabilidad particular, ha favorecido la senda abierta también por el ordenamiento jurídico español, que a lo largo de los últimos años ha optado por remozar y actualizar la legislación decimonónica que continuaba vigente en materia de obras públicas.

Resulta fundamental, en este sentido, la aprobación de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, cuyo articulado resulta deudor de una cierta tensión entre dos extremos un tanto dispares, obligando al legislador a introducir ciertas técnicas novedosas, o a reformar incluso las ya existentes, con el fin de buscar el equilibrio más adecuado entre los intereses públicos y privados en juego.

Se trata, en cualquier caso, de una reforma comprensible al socaire de los vientos favorables a la iniciativa y colaboración del sector privado en la realización de cometidos y funciones públicas que soplan actualmente en el ámbito internacional y, más en concreto, comunitario, tomando en consideración, además, el contexto concreto en que ve la luz la Ley 13/2003, marcado, fundamentalmente, por la insuficiencia presupuestaria para hacer frente desde el sector público a las grandes infraestructuras proyectadas para años sucesivos.

No en vano, el Plan Director de Infraestructuras 1993-2007 y el Plan de Infraestructuras de Transporte 2000-2007, dieron paso, finalmente, al PEIT, documento de referencia hasta hace bien poco en materia de planificación de infraestructuras de transporte para el Ministerio de Fomento, en el que la inversión total prevista superaba, hasta el inicio de la crisis financiera y los drásticos recortes anunciados personalmente en rueda de prensa por el Ministro al respecto, los 200.000 millones de euros. Se contaba con que casi el 60 por 100 de esa cantidad proviniera de la financiación presupuestaria, confiando el 40 por 100 restante a la extrapresupuestaria y cediendo, dentro de esta última, un mayor protagonismo a la iniciativa privada, a la que correspondería aportar cerca del 20 por 100 del total<sup>207</sup>.

---

<sup>207</sup> Cfr. el marco económico y financiero del PEIT recogido en la publicación del Plan realizada al efecto por el Ministerio de Fomento.

La propia formulación de la Ley persigue captar, en última instancia, el interés de la iniciativa privada al objeto de asegurar su inversión efectiva en las infraestructuras contempladas en la planificación en aquel momento vigente. A este fin introduce la regulación del contrato de concesión de obras públicas en el entonces vigente TRLCAP, convirtiéndolo así en un contrato típico, si bien sumamente singularizado.

La Ley 13/2003, de 23 de mayo, sanciona, en definitiva, la recuperación del contrato de concesión de obras públicas en el ordenamiento jurídico español, inaugurando una nueva página de esplendor para este tipo contractual, por lo que desde su aprobación cabe decir que la concesión de obras públicas y, por ende, la colaboración público-privada están “de moda”<sup>208</sup>.

---

## **1. IMPULSO Y CONFIRMACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA LEY 13/2003, DE 23 DE MAYO, REGULADORA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS**

La exposición de motivos de la Ley 13/2003 parte de la trascendencia histórica y de los logros obtenidos por la institución concesional para subrayar la necesidad de su actualización y puesta al día en nuestro ordenamiento jurídico. Sostiene que “en el umbral del siglo XXI, parece razonable, si no obligado –y éste es el objetivo de la Ley, recuperar los rasgos definidores de la figura centenaria de la concesión de obras públicas –contribución de los recursos privados a la creación de infraestructuras y equitativa retribución del esfuerzo empresarial–, figura insustituible en el actuar de los poderes públicos, si bien ajustando los mismos al modelo administrativo y social de nuestros días, es decir, haciendo útil de nuevo la institución, en función de sus características esenciales, en todos los campos en que está llamada a operar”.

Aun reconociendo el indudable mérito y el importante paso adelante que supone la Ley de 2003 para la recuperación de la fórmula concesional y el fomento de nuevas fórmulas de colaboración público-privada en nuestro ordenamiento jurídico, es preciso reconocer que son muchos los puntos polémicos

---

<sup>208</sup> Así lo afirma expresivamente VILLAR ROJAS, F.J.: “La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios”, *Derecho y Salud*, vol. 14, núm. extr. 1, 2006, p. 1, al referirse a la expansión reciente de esta modalidad contractual.

y los inconvenientes que se le han señalado desde el momento, incluso, de su presentación como proyecto de ley<sup>209</sup>. Disfunciones que afectan a la articulación de algunas de las técnicas e instrumentos que incorpora la propia reforma como vía, precisamente, para garantizar la adecuada conciliación de intereses públicos y privados presentes en la provisión y gestión de la obra pública<sup>210</sup>.

De una parte, los que enlazan con motivos de estricta técnica jurídica. Concebido el proyecto de ley en sus orígenes como texto legal autónomo, las críticas vertidas, especialmente desde el Consejo de Estado, por su aprobación al margen de la legislación vigente en materia de contratación pública llevaron al legislador a incorporar finalmente el articulado del proyecto al propio TRLCAP. Pese a la rectificación, la refundición no estuvo acompañada del estudio necesario y de la modificación correspondiente del texto inicialmente alumbrado, por lo que el nuevo Título V del Libro II del Texto Refundido presenta una sucesión de reiteraciones, en ocasiones literales, de otros preceptos recogidos en la parte general de ese mismo cuerpo normativo.

---

<sup>209</sup> Para EMBID IRUJO, A. y COLOM PIAZUELO, E.: Comentarios a la Ley reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas (Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas), Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 40, no cabe duda que hay en la Ley "una voluntad consciente de favorecer el desempeño del contrato de concesión de obras públicas con el otorgamiento de ayudas públicas y el favorecimiento, en general, de las condiciones de participación del capital privado en la construcción y explotación de obras públicas", lo que podría llegar a poner en peligro alguno de sus elementos esenciales como, por ejemplo, el principio de riesgo y ventura que debe acompañar en todo momento a la gestión empresarial del concesionario.

<sup>210</sup> Nos remitimos en este punto a las contribuciones de este equipo en el pasado sobre la Ley 13/2003, de 23 de mayo, y las novedades que incorpora en el régimen concesional de la obra pública, en particular, la implementación de la cláusula de progreso o los indicadores de calidad, el diseño de las vías más adecuadas para garantizar la eficiencia concesional en materia de obras públicas o la problemática planteada, desde la perspectiva laboral, por la ejecución en lapsos temporales dilatados del contrato de concesión de obras públicas. Vid., en este sentido, entre otras, QUINTANA LÓPEZ, T.: "Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso...", op. cit., pp. 421 y ss.; QUINTANA LÓPEZ, T., GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. y CASARES MARCOS, A.: "La iniciativa particular en la creación de infraestructuras y en la oferta de suelo edificable...", op. cit., pp. 99 y ss.; CASARES MARCOS, A.: *La concesión de obras públicas a iniciativa particular...*, op. cit.; y, de esta última autora, "La iniciativa privada en el diseño, proyección, ejecución y explotación de infraestructuras...", op. cit., pp. 61 y ss. Asimismo, desde una perspectiva laboral, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas. Problemas laborales*, op. cit.; y, de esta misma autora, *Responsabilidades de régimen laboral de la Administración en las concesiones de obra pública*, TREA, Gijón, 2007.

Eran muchos los artículos innecesarios por reiterativos, pero también muchos los que precisaban de un mayor desarrollo y concreción para habilitar la puesta en práctica y eficacia de instituciones y técnicas que, si bien se presentaron en su momento como novedosas y de consecuencias fundamentales para el mercado de la contratación pública, se dejaron, sin embargo, a los pliegos de contratación para su aclaración y determinación<sup>211</sup>.

De ahí la dura crítica de GIMENO FELIÚ a la reforma legal de 2003. Pese a su extensión transcribimos a continuación las conclusiones a que llega el autor, por tratarse de un compendio inmejorable de cuantas dificultades, imprecisiones e incertidumbres ha identificado la doctrina en su análisis y comentario al texto legal citado. Para el autor en cuestión no cabe sino concluir que:

“La legislación española de concesión de obra pública no es compatible con el derecho comunitario al «confundir su propia esencia» y presenta efectos perversos. La práctica diaria que se constata en nuestros Boletines avala esta afirmación y demuestra que el contrato de concesión de obra pública se asemeja a un «caballo de Troya», recibido con triunfalismos, pero que desde sus entrañas introduce los elementos que están desmontando a la Administración pública. Los complejos pliegos, especialmente en sus condiciones económicas, obliga a que sean encargados a empresas externas (que viven una «edad de oro» del negocio de la consultoría) lo que se está traduciendo, amén de una restricción a la competencia, en una privatización encubierta de la Administración pública; la limitación del riesgo está convirtiendo a estos contratos en una hipoteca presupuestaria de futuras generaciones al establecerse habitualmente endeudamientos a largo plazo para que esas concesiones puedan ser rentables y susceptibles por ello de explotación”<sup>212</sup>.

---

<sup>211</sup> Sobre las dificultades interpretativas planteadas en este sentido por la reforma efectuada por Ley 13/2003, de 23 de mayo, vid., por todos, CASARES MARCOS, A.: *La concesión de obras públicas a iniciativa particular...*, op. cit.; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: “Contratos y concesiones de obras: la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 16, mayo-agosto de 2003, pp. 11 y ss.; y, GIMENO FELIÚ, J.M.<sup>a</sup>: *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Civitas, Madrid, 2006, p. 162.

<sup>212</sup> GIMENO FELIÚ, J.M.<sup>a</sup>: *La nueva contratación pública europea...*, op. cit., pp. 174 y ss.

Pero no sólo eso. Cabe criticar también, de otra parte, el reducido alcance del texto legal finalmente aprobado respecto del proyecto inicial. La tramitación parlamentaria recortó, en este sentido, buena parte de las previsiones recogidas originariamente con el fin de garantizar un adecuado reparto de riesgos entre los sectores público y privado en la dotación y explotación de obras públicas.

En este sentido, la Ley nació con indudable vocación de legislación básica y general, abierta al fenómeno concesional en ámbitos muy diversos e incluso alejados del tradicional de las infraestructuras de transporte. Su alcance se vio, sin embargo, seriamente comprometido, e incluso recortado, respecto a la redacción, ciertamente ambiciosa, de los primeros borradores del texto, introduciéndose cambios y modificaciones significativas que terminan por imprimir a su enunciado definitivo un “nuevo sesgo” y un “alcance más modesto”<sup>213</sup>.

El texto legal finalmente aprobado en 2003 se enmarca así, consecuentemente, en la tendencia internacional y comunitaria favorable a la promoción de la participación privada en el proceso de proyección, construcción, gestión y financiación de cualesquiera infraestructuras y obras públicas consideradas de interés general, si bien pierde en buena medida su vocación originariamente transgresora, limitándose tan sólo a incorporar algunos elementos nuevos y fórmulas de participación privada esencialmente a la financiación de las obras públicas dentro de un marco normativo más amplio claramente continuista de nuestra tradición histórica concesional<sup>214</sup>. Se trata, en definitiva, de una puesta al día de la tradición e institución concesional de nuestro Derecho decimonónico<sup>215</sup>.

<sup>213</sup> Vid. RUIZ OJEDA, A.: “Análisis jurídico del futuro marco regulador de la concesión de obra pública. Algunas propuestas para el sector de carreteras”, en la obra colectiva coordinada por FERNÁNDEZ MEDRANO, C.: *Jornadas sobre contratación, construcción y explotación de carreteras en España. Palma de Mallorca, 15, 16 y 17 de mayo de 2002*, Asociación Española de la Carretera, Madrid, 2002, p. 85.

<sup>214</sup> No en vano, la concesión de obras públicas se ha mostrado tradicionalmente, tal y como subrayan DE ANDRÉS GUIJARRO, F.J. y HERRERO PRIETO, A.: “El contrato de concesión de obras públicas: análisis de su actual regulación”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 3, mayo 2004, p. 81, como un “mecanismo adecuado” para la conciliación de intereses públicos y privados de una “manera eficaz”.

<sup>215</sup> En idéntico sentido, RUIZ OJEDA, A.: “El futuro marco legal de la financiación privada de infraestructuras: algunas propuestas”, *La nueva era de la gestión privada de las infraestructuras. XXIII Semana de la Carretera. IV Encuentro Nacional de la Carretera. Isla de La Toja, 23-27 octubre de 2000*, Asociación Española de la Carretera, Madrid, 2000, p. 448; y, SIERRA RODRÍGUEZ, J.: “Reflexiones en torno a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 21, 2003, p. 417.

La Ley se quedó corta, por tanto, respecto al marco comunitario en cuanto que no llegó a recoger ni a referirse siquiera a otras fórmulas de colaboración entre los sectores público y privado para la construcción y explotación de obras públicas que no fueran la estrictamente concesional, pero es que además puso en riesgo la concepción tradicional de esta última vía al modificar sus límites habituales para dar cabida a supuestos alejados y extraños hasta ese momento al concepto tradicional<sup>216</sup>; introduciendo, asimismo, numerosas cortapisas y salvaguardas en su regulación que restringen de manera significativa la operatividad y eficacia del principio de riesgo y ventura a cargo del contratista, en orden a garantizar el buen puerto en todo caso del negocio concesional y, por ende, el interés del sector privado por participar en su financiación y realización.

Son muchos los claroscuros en este sentido de la Ley de 2003<sup>217</sup>, sometida, como se ha referido ya, a una tensión constante entre dos extremos de muy difícil conciliación. De un lado, la necesidad de resguardar y no desdibujar en exceso la herencia recibida, es decir, los caracteres originarios y propios de la construcción histórica de la concesión administrativa; y, de otro, la aspiración por incrementar significativamente la intervención privada, esencialmente financiera, en el ámbito particular de las obras públicas<sup>218</sup>.

---

<sup>216</sup> Así, señaladamente, la ampliación del objeto tradicional del contrato de concesión de obras públicas para dar cabida a supuestos de mera "explotación" de la obra pública, sin cometido previo de construcción y provisión de la infraestructura a cargo del concesionario. Para GIMENO FELIÚ, J.M.<sup>a</sup>: *La nueva contratación pública europea...*, op. cit., p. 168, no cabe duda que se trata de una perversión de las categorías existentes, por cuanto "parte de un concepto de concesión de obra pública manifiestamente erróneo y puede servir de cauce para la fuga de las reglas y principios de la contratación pública". Sobre la confusión introducida por esta nueva modalidad contractual y la dificultad de su deslinde con otras figuras afines, vid. CASARES MARCOS, A.: *La concesión de obras públicas a iniciativa particular...*, op. cit.; y, de la misma autora, "La iniciativa privada en el diseño, proyección, ejecución y explotación de infraestructuras...", op. cit.; así como la doctrina allí citada.

<sup>217</sup> Y que han llevado a GIMENO FELIÚ, J.M.<sup>a</sup>: *La nueva contratación pública europea...*, op. cit., p. 171, a calificar la reforma de "ocasión perdida" ante los "serios problemas interpretativos" que plantea.

<sup>218</sup> Hereda, en consecuencia, la vocación conciliadora que caracteriza a la concesión administrativa en sus orígenes, en cuanto fórmula arbitrada por la concepción liberal, siguiendo a LÓPEZ PELLICER, J.A.: "La concesión administrativa en general", op. cit., p. 15, para armonizar "la abstención del Estado en materia económica –puesto que el mismo no podía ser empresario– con la necesidad real de intervenir para asegurar la prestación adecuada de los servicios públicos económicos".

A las dudas sembradas al poco de su aprobación por la ausencia de cualquier tipo de desarrollo reglamentario del texto legal de 2003, se sumarían poco después aquellas otras surgidas a raíz de la tramitación de la actualmente vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Si bien no supone una reforma en profundidad del enunciado de los preceptos del TRLCAP incorporados en su momento por la Ley 13/2003, está llamada a tener un impacto claro, qué duda cabe, en la regulación y articulación concreta de los contratos de concesión de obras públicas, así como en otras posibles vías de colaboración entre los sectores público y privado.

La peculiaridad de la situación actual unida a la amplitud de los lapsos temporales que se manejan hasta poder dar definitivamente por cerrada la modificación emprendida en el ámbito de la contratación pública y, en particular, de la colaboración público-privada aboca, irremediablemente, a una suerte de esquizofrenia normativa, por cuanto a la *vacatio legis* de seis meses para su entrada en vigor, dispuesta por la Disposición final duodécima de la LCSP, se une, en todo caso, el plazo de un año de que dispone el Gobierno, conforme a su Disposición final décima, para someter al Congreso de los Diputados un proyecto de ley sobre el régimen de financiación de las concesiones de obras públicas y de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como el régimen de garantías que puede aplicarse a dicha financiación.

Encargo que ha sido abordado por el Gobierno, en todo caso, como se ha subrayado *supra*, de forma parcial y con cierto retraso, por medio del proyecto de ley presentado al Congreso de los Diputados el 30 de octubre de 2009, centrado en la captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas<sup>219</sup>.

En este sentido, el marco normativo actualmente vigente en materia de contratación de obras públicas, a raíz de la reforma efectuada por Ley de 2003 y de la sustitución del TRLCAP por la LCSP, obliga a denunciar la necesidad, patente y sentida, del desarrollo reglamentario de las cuestiones que en este proyecto se identifican como principales retos para la colaboración público-privada, con el fin de superar las contradicciones y vaguedades legislativas existentes en aras a una adecuada conciliación de los intereses tanto públicos como privados efectivamente implicados.

---

<sup>219</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 47-1, de 13 de noviembre de 2009.

---

## 2. LA APERTURA DE NUEVAS VÍAS DE COLABORACIÓN ENTRE LOS SECTORES PÚBLICO Y PRIVADO EN LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La LCSP continúa en la línea de la reforma de 2003, erigiéndose en heredera de las innovaciones introducidas por Ley 13/2003, de 23 de mayo, en la regulación por el TRLCAP del contrato de concesión de obras públicas. Su aprobación inaugura un nuevo marco normativo, resultando no sólo oportuno sino absolutamente necesario el desarrollo general de la misma, en el que se habrán de abordar y plantear cuestiones prácticas de gran calado para la materialización y el mejor aprovechamiento tanto de las novedades incorporadas al régimen jurídico del contrato de concesión de obras públicas en 2003 como de las nuevas fórmulas previstas para la colaboración de los sectores público y privado.

En cualquier caso, a diferencia de la reforma sustanciada en 2003, cabe destacar que la LCSP no se limita tan sólo a regular el régimen aplicable a la concesión de obras públicas, sino que se rige por un objetivo más ambicioso de reforma global de la legislación vigente en materia de contratación pública. Responde *stricto sensu* a la obligación de nuestro legislador de transponer antes del 31 de enero de 2006 la Directiva comunitaria 2004/18/CE y, en particular, las novedades que ésta recoge en cuanto a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos<sup>220</sup>, si bien la propia exposición de motivos de la Ley subraya expresamente que el punto de partida que supone este referente obligado en la materia, esto es, la normativa europea aprobada en 2004, no opera “como límite o condicionante” de su alcance, por lo que el texto legal no se constriñe tan sólo a transponer las nuevas directrices comunitarias, sino que aspira a introducir, en definitiva, “modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación, en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y

---

<sup>220</sup> Así lo exige el artículo 80.1 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Sobre las consecuencias derivadas del vencimiento del plazo de trasposición, vid. GIMENO FELIÚ, J.M.ª: “Observaciones al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y consecuencias del vencimiento del plazo de trasposición de la Directiva 18/2004”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 52, abril 2006, en particular, pp. 42 y ss.

empresariales) de introducir diversas mejoras en la misma y dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ido poniendo de relieve”.

En efecto, la presentación al Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y su tramitación posterior responde no sólo a la exigencia de incorporar a nuestro Derecho interno las reformas comunitarias de 2004 en materia de contratación pública, sino también a la sentida necesidad de una reforma en profundidad de esta regulación para avanzar en su flexibilización y racionalización, al objeto de adaptar, en última instancia, su régimen jurídico a la complejidad creciente de las relaciones contractuales del sector público. De ahí que junto a otras modificaciones de la regulación de la gestión contractual y conforme al tenor literal de la exposición de motivos de la Ley, su pretensión última sea, en líneas generales, “avanzar en su simplificación y racionalización, y disminuir los costes y cargas que recaen sobre la entidad contratante y los contratistas particulares”.

### **A. Principales novedades introducidas por la LCSP**

Conforme a la nota que acompaña a la aprobación en Consejo de Ministros de la remisión al Congreso del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, las principales novedades del texto planteado se orientan a la satisfacción de tres propósitos esenciales, concretamente, el fomento de la productividad, eliminando en lo posible las barreras de entrada al mercado de la contratación pública, el aumento, en consecuencia, de la competencia en este ámbito y la introducción, finalmente, de la utilización de criterios sociales y medioambientales en los procesos de licitación y adjudicación de los contratos públicos.

La propia exposición de motivos de la Ley finalmente aprobada resalta, en este sentido, las novedades más importantes introducidas a este fin, reconduciéndolas a cinco ámbitos fundamentales:

- la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa vigente en materia de contratación pública; se quiere zanjar así la problemática jurídica planteada por la defectuosa transposición española hasta el momento de las disposiciones comunitarias en la materia. El artículo 3.1

de la LCSP se inspira, a estos efectos, en la definición de sector público que establece la Ley General Presupuestaria, cerrando el sistema con un último apartado h), a modo de cláusula residual, en el que se reproduce literalmente la definición de “organismo público” que ofrece en este sentido la Directiva 2004/18/CE<sup>221</sup>.

- la singularización de las normas que derivan directamente del Derecho comunitario, acuñándose la categoría legal de “contratos sujetos a regulación armonizada” para definir a aquellos negocios, que por razón de la entidad contratante, de su objeto y cuantía, se encuentren sometidos a las directrices europeas; la exposición de motivos da noticia, no obstante, de la minoración y simultánea ampliación por la Ley de esta categoría respecto a lo dispuesto en sentido estricto por la normativa comunitaria. Por un lado, quedan fuera de esta clasificación los contratos de servicios a los que la regulación comunitaria declara aplicable tan sólo la normativa europea sobre establecimiento de prescripciones técnicas y publicidad de las adjudicaciones. Y así, “en la medida en que el ámbito de la exención supera con mucho al de la sujeción, se ha optado por dejarlos fuera de la categoría [...] y establecer su sometimiento a las mismas reglas que éstos en los lugares pertinentes de la ley”. Por otro, se adelanta el legislador español a la Unión Europea al calificar como contratos de regulación armonizada, en todo caso, a los contratos de colaboración entre los sectores público y privado. Pese a no haber sido todavía objeto de regulación por el Derecho comunitario, se ha considerado que debían formar parte de la nueva categoría y quedar sujetos a regulación armonizada “en atención a su complejidad, cuantía y peculiar configuración”.

---

<sup>221</sup> La reforma del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa en materia de contratación pública se ha revelado especialmente compleja, farragosa incluso, planteando una serie de dificultades interpretativas sintetizadas por SOSA WAGNER, F. y FUERTES, M.: “La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 743, de 17 de enero de 2008; y subrayadas también, entre otros muchos, por DEL SAZ, S.: “La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre 2007, pp. 335 y ss. No en vano supone el abandono de la categoría tradicional del contrato administrativo como eje de la legislación aplicable en la materia y la apertura a la regulación de la contratación de otros entes, organismos y entidades del sector público o, incluso, de poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administración pública y tan sólo puedan considerarse indirectamente incluidos en el sector público a estos efectos.

- la incorporación de las nuevas regulaciones sobre contratación pública que introduce la Directiva 2004/18/CE, y que afectan, fundamentalmente, a la preparación y adjudicación de los negocios contractuales sujetos a la misma<sup>222</sup>; destacando, en particular, la posible incorporación y evaluación de consideraciones de tipo social y ambiental, ya sea como criterios de valoración de las ofertas presentadas por los licitadores o como condiciones especiales de ejecución contractual tras la adjudicación, la articulación de un nuevo procedimiento de adjudicación, nominado como diálogo competitivo, y de un nuevo recurso administrativo especial en la materia, la regulación de técnicas innovadoras para racionalizar la adquisición de bienes y servicios, o la implementación de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de la contratación pública.
- la simplificación y mejora de la gestión contractual, a fin de “disminuir los costes y cargas que recaen sobre la entidad contratante y los contratistas particulares”; la LCSP reforma, en este sentido, el sistema de clasificación de contratistas, los medios de acreditación de los requisitos de aptitud exigidos para contratar con el sector público, así como las cuantías que marcan los límites superiores de los procedimientos de adjudicación negociado y correspondiente a contratos menores, articulándose incluso un nuevo procedimiento negociado con publicidad para contratos no sujetos a regulación armonizada que no superen cierta cuantía.
- y, por último, la tipificación de una nueva modalidad contractual, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que podrá utilizarse –en términos, asimismo, de la propia exposición de motivos– “para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompañarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto”<sup>223</sup>.

---

<sup>222</sup> Dedicar una especial atención a la valoración de la reforma comunitaria de 2004, realizando propuestas concretas desde la perspectiva de nuestro Derecho interno para su mejor adaptación y transposición, GIMENO FELIÚ, J.M.ª: *La nueva contratación pública europea...*, op. cit., *in toto*.

<sup>223</sup> BERNAL BLAY, M.Á.: “Contrato de concesión de obras públicas”, op. cit., pp. 171 y ss., denuncia la tipificación del nuevo contrato administrativo “en términos cuasi omnicomprendivos”, abocando a la compleja tarea de su adecuada delimitación y distinción de otras figuras contractuales afines, en particular, del contrato de concesión de obras públicas.

Para la articulación legislativa de todas estas novedades el texto legal opta por abandonar el planteamiento que había estado hasta entonces vigente, que traía causa, a su vez, de la LCE de 1965<sup>224</sup>, y que giraba, fundamentalmente, en torno a la figura del contrato administrativo celebrado por una Administración pública, regulando, en cambio, un abanico más amplio de posibles destinatarios de su regulación, insertos en la categoría más lata de “sector público”. Se da, asimismo, un tratamiento claramente diferenciado a las normas que son transposición de las de la Unión Europea, con el fin confesado de rescatar a muchos contratos del sector público de su estado de “indefinición” bajo la vigencia del TRLCAP.

Un rasgo que entiende el legislador, conforme a la exposición de motivos de la Ley, “especialmente notorio en el caso de los contratos no sujetos a las directivas comunitarias”, y predicable incluso de los sometidos a sus previsiones, dado que la legislación vigente al amparo del TRLCAP renunciaba a “efectuar una modulación de las diferentes normas de ese régimen para ajustarlas a las características propias de los distintos sujetos que debían aplicarlo”, trasladando en bloque, “y sin interposición de una deseable actividad de adecuación”, las disposiciones pensadas inicialmente para el caso de que la contratante fuera una Administración pública.

La LCSP supera, en consecuencia, la estructura bipolar propia del TRLCAP, “parte general” *versus* “parte especial”; una elección que si bien no tiene por qué ser perjudicial en sí misma, no ha sido, sin embargo, bien instrumentada desde una perspectiva de estricta técnica jurídica. La ruptura con el esquema legislativo tradicional en la materia dificulta no sólo su lectura sino su correcta comprensión y, como cabe aventurar, su futura aplicación por los operadores jurídicos llamados a ponerla en práctica<sup>225</sup>.

---

<sup>224</sup> Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril.

<sup>225</sup> Así lo subrayan, entre otros, LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, M. y MESTRE DELGADO, J.F.: *Contratos públicos: Análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, Centro PwC & IE del Sector Público, Madrid, 2006, p. 48. En sentido contrario, en cambio, CHINCHILLA MARÍN, C.: “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, octubre-diciembre 2006, p. 611, para quien la nueva estructura permite una “aplicación más segura de la ley”, ya que sustituye la remisión a “conceptos genéricos” por referencias a “preceptos concretos”.

El articulado de la Ley resulta, en este sentido, complejo, no sólo por la superación de la estructura normativa considerada ya tradicional por los iuspublicistas en la regulación de la contratación pública, sino por lo farragosa que se revela, en concreto, su lectura ante las continuas remisiones de unos preceptos a otros.

El texto abusa de este último recurso, circunstancia que impide su lectura pausada y reflexiva, abocando al intérprete a continuos saltos, especialmente si desea consultar el régimen jurídico aplicable a una concreta figura contractual, ya que el legislador ha optado por eliminar la regulación singularizada de cada contrato, al término de una primera parte o Libro general, para estructurarse, por el contrario, en torno a los distintos elementos y trámites de la vida contractual, recogiendo, en su caso, al final de cada Libro o Título concreto las particularidades específicas que resulten de aplicación a determinados contratos en función de su sujeción a la normativa comunitaria, del órgano contratante del que surja la iniciativa y de su propio objeto contractual.

La LCSP se estructura, en consecuencia, en torno a un Título Preliminar y cinco Libros en los que se abordan, sucesivamente, la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, la preparación de los contratos, la selección del contratista y adjudicación contractual, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos y, en última instancia, la organización administrativa para la gestión de la contratación.

## **B. Algunas reflexiones críticas sobre la LCSP desde la perspectiva del fenómeno de la colaboración público-privada**

Entre las novedades más importantes que incorpora la Ley 30/2007 y que afectan directamente al objeto de este estudio, es preciso subrayar la concreción en su artículo 1 del propio objeto y finalidad de la Ley, dando acogida en su enunciado a una serie de principios que, si bien de aplicación a la contratación pública en nuestro ordenamiento jurídico a raíz de su consolidación e interpretación jurisprudencial, tanto interna como fundamentalmente comunitaria, no habían encontrado hasta ahora acomodo y un desarrollo expreso en nuestro sistema normativo.

Reviste una importancia fundamental, en este sentido, la detallada exposición que realiza el precepto citado de los principios aplicables a la contratación pública, concretamente, los de “libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”, con el fin de asegurar “en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Su reconocimiento debe contribuir, desde la perspectiva aquí analizada, a garantizar la adjudicación, en particular, de la concesión de obras públicas a la oferta que ofrezca mayores ventajas al interés general afectado, sin perjuicio de la conciliación, en este sentido, de las necesidades colectivas con la satisfacción de los intereses propios del concesionario privado. No en vano, corresponde a la Administración concedente la delicada tarea de redactar y/o evaluar el estudio de viabilidad para decidir en cada supuesto concreto sobre las necesidades a satisfacer y la elección de la vía o fórmula más adecuada, en su caso, para darles respuesta.

Hay que felicitar, asimismo, por la supresión del enunciado del artículo 7 de la Ley, que define el ámbito objetivo del contrato de concesión de obras públicas, de la variante o modalidad concesional centrada en la mera explotación de la obra pública que había instaurado la reforma de 2003, para optar, en cambio, por una concepción más tradicional del contrato, dirigido, en definitiva, a “la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 [relativo al contrato de obras], incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio”<sup>226</sup>.

---

<sup>226</sup> El contrato de concesión de obras públicas integrará, además, la categoría de contratos sujetos a una regulación armonizada en los supuestos contemplados por el artículo 14 de la Ley, esto es, cuando su valor estimado, calculado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 76, sea igual o superior a 5.278.000 euros. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: *Ejecución y financiación de obras públicas...*, op. cit., p. 425, se ha referido, en este sentido, a la modificación de la definición de obra pública que operó en el enunciado de su artículo 6 el entonces Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, al dejar fuera de esta noción todos los trabajos que venían siendo considerados obras públicas naturales.

Se evitan así los problemas de interpretación planteados por la Ley 13/2003, que si bien acogía la mera explotación de la obra pública como posible objeto de la concesión, apenas desarrollaba su régimen jurídico, lo que dificultaba el deslinde de aquella nueva modalidad contractual y el contrato de gestión de servicios públicos, abriendo, en consecuencia, incógnitas jurídicas de gran trascendencia en la materia<sup>227</sup>.

Merece también una evaluación positiva la corrección de la situación originada por la reforma de 2003 al sancionar, respecto a la concesión de obras públicas, la ruptura absolutamente injustificada de la prelación normativa hasta entonces vigente y aplicable en materia de contratación pública. Frente a la regla general del artículo 7.1 del TRLCAP, la reforma de 2003 sancionó, modificando su párrafo 2, la sujeción del contrato de concesión de obras públicas, "con carácter preferente a lo dispuesto en el apartado anterior", a "las disposiciones contenidas en el Título V del Libro II de esta Ley, sus disposiciones de desarrollo y [...] la legislación sectorial específica en cuanto no se oponga a dicho Título", todo ello sin perjuicio de lo establecido para las obras públicas hidráulicas en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (TRLA).

A diferencia del TRLCAP, que consagra un régimen jurídico exclusivo y particularizado para estos contratos, el artículo 19 de la LCSP sanciona el carácter administrativo del contrato de concesión de obras públicas, siempre que se celebre por una Administración Pública, sujetando su régimen jurídico, al igual que el del resto de los contratos de este tipo, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, a su propio articulado y disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las de Derecho privado. Se reconduce con ello, en definitiva, el régimen aplicable a la concesión de obras públicas a lo dispuesto con carácter general para el resto de los contratos administrativos.

---

<sup>227</sup> Vid. en este momento, por todos, la postura crítica mantenida por GIMENO FELIÚ, J.M.<sup>ª</sup>: *La nueva contratación pública europea...*, op. cit., pp. 168 y ss. Igualmente crítica se muestra VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *Ejecución y financiación de obras públicas...*, op. cit., p. 427, para quien el artículo 7 del entonces Proyecto de Ley implica "una vuelta a la normalidad". Vid. asimismo al respecto, CASARES MARCOS, A.: "La iniciativa privada en el diseño, proyección, ejecución y explotación de infraestructuras...", op. cit.

Esta última modificación responde, sin duda alguna, a la vocación apreciable en la LCSP por reconducir las distintas modalidades contractuales a disposiciones generales y, en consecuencia, a un régimen común, en la medida de lo posible, especificando tan sólo aquellas particularidades concretas que deriven en cada caso particular del objeto contractual específico de que se trate.

Ahora bien, al margen de las novedades citadas hasta aquí, el texto legal recientemente aprobado hereda buena parte del articulado, y, por tanto, de las consiguientes dudas interpretativas, introducido en el TRLCAP por la reforma de 2003, reiterando incluso en muchas ocasiones su enunciado literal, si bien elimina ciertas disposiciones relativas, en concreto, a su preparación y adjudicación o a su ejecución posterior, por entenderlas suficientemente explícitas en las disposiciones generales aplicables al contrato, recogiendo tan sólo aquellas especialidades propias que implican una mayor concreción o alguna divergencia de lo dispuesto con carácter general para el resto de los contratos públicos. Se elimina así la reiteración innecesaria de preceptos en que incurría la Ley 13/2003, de 23 de mayo, al especificar para el contrato de concesión de obras públicas, en el Título V del Libro II del TRLCAP, disposiciones recogidas con carácter general en el Libro I de la norma<sup>228</sup>.

Las divergencias son, en consecuencia, mínimas. La más importante es la ya citada supresión de la modalidad concesional fundada en la mera explotación de una obra pública previamente construida. En lo demás se sigue, con carácter general, la línea inaugurada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, respaldando decisivamente la participación y colaboración privada en el ámbito de las obras públicas, hasta el punto de contemplar también su posible adjudicación y ejecución a consecuencia de un procedimiento de licitación abierto a iniciativa exclusivamente particular.

Hasta tal punto es así, que la Disposición derogatoria de la LCSP contempla la derogación del TRLCAP en toda su extensión a excepción, tan sólo, del Capítulo IV, relativo a la financiación privada de obras públicas, del Título V introducido por reforma de 2003 en el Libro II del TRLCAP. La subsistencia de estos preceptos, artículos 253 a 260, se justifica no sólo por la aceptación

---

<sup>228</sup> Repetición que había sido denunciada también, por considerarla resultado de "una técnica legislativa desacertada", por GIMENO FELIÚ, J.M.<sup>a</sup>: *La nueva contratación pública europea...*, op. cit., p. 162.

generalizada por la Ley de 2007 de los postulados de la Ley 13/2003, sino, en particular, por la previsión de su Disposición final 10ª, que otorga al Gobierno el plazo de un año desde la entrada en vigor de la nueva Ley, para presentar al Congreso un proyecto sobre el régimen de financiación de las concesiones de obras públicas y de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Resulta extraña, a nuestro entender, y un tanto inadecuada esta remisión a un nuevo *corpus* normativo. Con ello se ponen en entredicho exigencias básicas y fundamentales del principio de seguridad jurídica, por cuanto se incurre en una especie de esquizofrenia normativa, al extraer de la legislación aplicable a la contratación de obras públicas la concreta regulación de la financiación a la que podrá acudir el contratista en el desempeño de su cometido y en la ejecución, por tanto, del objeto contractual que se le ha confiado, para remitirla a otro texto normativo diverso<sup>229</sup>.

Ahora bien, al margen de estas apreciaciones concretas sobre la técnica concesional en el ámbito de las obras públicas, conviene subrayar que la LCSP no sólo hereda sino que, además, profundiza en el respaldo y decidido fomento a la participación privada que sanciona en esta materia la Ley de 2003. Así se desprende no sólo de la subsistencia de buena parte de las innovaciones y técnicas articuladas al respecto en 2003, sino, en particular, de la introducción de dos novedades esenciales a estos efectos, concretamente, el procedimiento de adjudicación del diálogo competitivo y el contrato de colaboración entre los sectores público y privado<sup>230</sup>.

<sup>229</sup> En idéntico sentido, CHINCHILLA MARÍN, C.: "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", op. cit., p. 610; y, LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, M. y MESTRE DELGADO, J.F.: *Contratos públicos: Análisis de la regulación en España y...*, op. cit., p. 125, por cuanto la dispersión normativa "hará más difícil para el operador conocer las posibilidades de las que dispone".

<sup>230</sup> Conviene recordar, no obstante, que la transposición al Derecho interno de la regulación del diálogo competitivo recogida por las Directivas comunitarias de 2004 cuenta en nuestro país con un precedente autonómico importante en los artículos 75 y 76 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos. Se volverá *infra* con mayor detalle sobre la tipificación del contrato de colaboración entre los sectores público y privado, si bien se deja constancia aquí de la abundante bibliografía aparecida al respecto desde su alumbramiento. Destacan así, por todos, GARCÍA-CAPDEPÓN, P.: "El contrato de colaboración público-privada", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 3, enero-junio 2005, pp. 89 y ss.; SERRA GONZÁLEZ, M.: "El nuevo contrato

de colaboración entre el sector público y el sector privado en el proyecto de ley de contratos del sector público", *Análisis Local*, núm. 69, 2006, pp. 51 y ss.; CHINCHILLA MARÍN, C.: "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", op. cit., pp. 609 y ss. y, de la misma autora, "La nueva Ley de Contratos del Sector Público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas. Especial referencia al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)", en ORTEGA MARTÍN, E. (DIR.): *Derecho Administrativo del siglo XXI*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 189 y ss.; IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, R. y VASSALLO MAGRO, J.M.: "La participación público-privada en el nuevo proyecto de ley de contratos del sector público", op. cit., pp. 7 y ss.; GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: "Contrato de colaboración público-privada", op. cit., pp. 7 y ss.; JUAN LOZANO, A.M.<sup>a</sup>, y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006; TER-MINASSIAN, T. y RUIZ, J.L.: "Aspectos económicos en la colaboración público-privada", *Presupuesto y gasto público*, núm. 45, 2006, pp. 41 y ss.; VALDIVIELSO CAÑAS, A.: "El marco legal de la colaboración público-privada en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público", *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 45, 2006, pp. 11 y ss.; PEÑA OCHOA, A.: "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", en GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup>, (Ed.), *El Derecho de los contratos del sector público. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2008, pp. 87 y ss.; MÍGUEZ MACHO, L.: "Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español", *Revista de Administración Pública*, núm. 175, enero-abril 2008, pp. 157 y ss.; HUERTA BARAJAS, J.A.: "Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en los programas y contratos de defensa", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 78, septiembre 2008, pp. 32 y ss.; RUIZ DE CASTRO CÁCERES, A.: "El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre", *Reflexiones. Revista de Obras públicas, Transportes y Ordenación Territorial*, núm. 6, vol. II, 2008, pp. 71 y ss.; GONZÁLEZ IGLESIAS, M.Á.: "Los contratos de colaboración público-privados", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. octubre 79, 2008, pp. 37 y ss.; LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. y GÓMEZ JARAMILLO, M.: "Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado", en BERMEJO VERA, J. (Dir.) y BERNAL BLAY, M.Á. (Coord.): *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 224 y ss.; GARCÍA RUBIO, F.: "Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", *Actualidad Administrativa*, núm. 10, mayo 2009, pp. 1237 y ss.; JIMÉNEZ DÍAZ, A.: "Técnicas contractuales de colaboración público-privada (II): el contrato de colaboración público-privada en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", en DORREGO DE CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (DIR.) y VILLARINO MARZO, J. (COORD.): *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 263 y ss.; PADRÓS REIG, C.: "La articulación del concepto de «colaboración» desde el punto de vista del ordenamiento administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 142, abril-junio 2009, pp. 251 y ss.; BRUNETE DE LA LLAVE, M.<sup>a</sup> T.: *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Especial aplicación a las entidades locales*, La Ley, Madrid, 2009, y, de la misma autora, "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (I). Configuración y actuaciones preparatorias del contrato de CPP", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 96, abril 2010, pp. 32 y ss. y "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (y II). Selección del socio privado y condiciones del contrato", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 97, mayo 2010, pp. 39 y ss.

La aprobación de la LCSP plantea, en consecuencia, una serie de incógnitas jurídicas de gran calado respecto a la colaboración entre los sectores público y privado para la satisfacción de necesidades colectivas a través de la dotación de obras públicas y/o la gestión de servicios netamente públicos, que exigen del pormenorizado estudio y atención de la doctrina científica administrativa, por cuanto se erigen en auténticos retos para la materialización y satisfacción del interés general afectado.

## V. ESPECIAL REFERENCIA AL REPARTO COMPETENCIAL EN MATERIA DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN CASTILLA Y LEÓN

No cabe duda de la trascendencia y repercusión de las fórmulas de colaboración entre los sectores público y privado también desde la perspectiva particular de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, ni del protagonismo fundamental que están llamadas a asumir en este ámbito territorial a corto y medio plazo, ante la gravedad de los recortes en inversión pública anunciados recientemente desde el Ministerio de Fomento en relación con infraestructuras consideradas básicas para el desarrollo y la vertebración territorial de la Comunidad<sup>231</sup>.

Reviste una especial importancia, en este sentido, el reparto competencial que obra el texto constitucional entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia no sólo de contratos públicos y concesiones administrativas, sino también, en particular, en los ámbitos concretos de obras públicas e infraestructuras que sirven de soporte a servicios públicos de competencia autonómica prestados para la satisfacción de necesidades colectivas consideradas básicas y de primer orden, distribución que se concreta, por lo que se refiere a la Comunidad de Castilla y León, en su Estatuto de Autonomía, aprobado por

---

<sup>231</sup> La gravedad de la crisis financiera desatada en el ámbito internacional, la imperiosa e inaplazable necesidad de contener el déficit público y de allegar, en fin, financiación privada adicional para la culminación de ciertos proyectos de infraestructuras, conducen al Ministerio de Fomento a anunciar en marzo de 2010 un Plan Extraordinario de Infraestructuras de Transporte en Colaboración Público-Privada por valor de 17.000 millones de euros de inversión. A ello se suma, en cualquier caso, el drástico recorte presupuestario previsto en materia de infraestructuras en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el próximo año 2011 (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-98-1, de 2 de octubre de 2010).

Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, y afectado por sucesivas reformas, la última de ellas por Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre.

No pretendemos abordar aquí el complejo asunto de la organización territorial del Estado español y de las posibles interpretaciones y opciones a que da pie, en este sentido, el texto constitucional de 1978 en su Título VIII<sup>232</sup>, sino tan sólo esbozar aquellos rasgos esenciales que, a modo de grandes pinceladas, configuran en sentido amplio la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de contratos públicos y concesiones administrativas.

El punto de partida ha de situarse, necesariamente, en los artículos 148 y 149 de la Constitución. En ellos se establece el sistema general de reparto de competencias, caracterizado fundamentalmente por su imprecisión y por la ambigüedad que encierra en la mayor parte de sus enunciados. Es, de un lado, un reparto incierto y abstracto, abierto incluso, en cuanto que la Constitución renuncia a la uniformidad en esta materia y desgrana sencillamente una serie de títulos competenciales que podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, pero sin imponer su asunción efectiva, lo que exige acudir, por tanto, en última instancia, a cada uno de los Estatutos de Autonomía para delimitar con precisión las competencias y facultades asumidas en su texto<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> Vid., en este sentido, sin afán exhaustivo: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: "El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", *Revista Española de Vida Local*, núm. 201, enero-marzo 1978, pp. 9 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S. (DIR.): *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1979; COSCULLUELA MONTANER, L.: "La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas", *Revista de Administración Pública*, núm. 89, mayo-agosto 1979, pp. 7 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Dir.): *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980; LEGUINA VILLA, J.: "Las Comunidades Autónomas", en PREDIERI, A. y E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Dir.), *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 739 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Estudios sobre autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1985; AJA, E., TORNOS, J., FONT, T., PERULLES, J.M. y ALBERTÍ, E.: *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985; MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho autonómico*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1986; MARTÍN REBOLLO, L. (DIR.): *El futuro de las autonomías territoriales. Comunidades Autónomas: balance y perspectivas*, Universidad de Cantabria y Asamblea Regional de Cantabria, Santander, 1991; y, LEGUINA VILLA, J.: *Escritos sobre autonomías territoriales*, Tecnos, Madrid, 1995.

<sup>233</sup> A lo que habría que añadir, además, la posible ampliación del techo competencial de las Comunidades Autónomas como consecuencia de la aprobación de leyes de transferencia o delegación contempladas en el artículo 150.2 de la Constitución. TONOS MAS, J.: "La distribución

Constituye, de otro lado, una distribución marcada, además, por la necesaria conjugación de dos perspectivas distintas pero complementarias, una objetiva, relativa al reparto de sectores y ámbitos materiales diversos, y otra funcional, concerniente a la distinción, en el seno de cada una de aquellas materias, de diferentes facultades de actuación e intervención por parte de los poderes públicos, y de la que surge, en consecuencia, una variada tipología de competencias que distingue entre las exclusivas, plenas o no plenas, las de desarrollo legislativo y las de mera ejecución<sup>234</sup>.

No resulta en absoluto sencilla la traslación de este esquema teórico a la práctica, ya que en la realidad “no es posible encajar unívoca y pacíficamente la concreta acción de los poderes públicos” en la previsión constitucional, “necesariamente abstracta y compleja”, de “facultades o funciones que recaen sobre materias o sectores de actuación pública”<sup>235</sup>. Una dificultad que se plantea con especial virulencia en el ámbito de la provisión, dotación y gestión

---

de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: problemas de articulación”, en MARTÍN REBOLLO, L. (DIR.): *El futuro de las autonomías territoriales. Comunidades Autónomas: balance y perspectivas*, Universidad de Cantabria y Asamblea Regional de Cantabria, Santander, 1991, p. 48, afirma, en este sentido, que “la Constitución sólo contiene el marco de posibilidades dentro del cual cada Estatuto deberá fijar el concreto nivel competencial que efectivamente asume su respectiva Comunidad Autónoma”. Para LEGUINA VILLA, J.: “Las Comunidades Autónomas”, op. cit., p. 774, esta situación tiene indudables connotaciones y raíces políticas. Tras considerar el “tema competencial” como “pieza clave de todo el edificio autonómico”, sostiene que “los constituyentes españoles han adoptado un sistema de distribución de competencias deliberadamente ambiguo y, en buena medida, confuso e impreciso, lo que probablemente denota la escasa confianza depositada en el propio modelo teórico de Estado regional como solución estable al problema de la distribución territorial del poder político”.

<sup>234</sup> Para MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982, Tomo I, p. 333, la conclusión al respecto es clara, por cuanto de la “complejidad y concentración” de estas listas de competencias se colige que “nuestra Constitución ha renunciado a asignar un régimen uniforme a las competencias recogidas en cada una de las listas de los artículos 148 y 149”.

<sup>235</sup> Sobre el marcado casuismo a que conduce esta situación, abocando al Tribunal Constitucional en caso de conflicto a la primera y muchas veces sumamente compleja tarea de concretar el título competencial aplicable al supuesto particular, AJA, E., CARRILLO, M. y ALBERTI, E.: *Manual de jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1990, p. 482; o, TONOS MAS, J.: “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: problemas de articulación”, op. cit., p. 50.

tanto de obras como de servicios públicos por medio de los instrumentos de colaboración público-privada. No en vano, las competencias al respecto se infieren de una multiplicidad de pronunciamientos constitucionales diversos, entre los que cabría citar al artículo 148, apartados 1º, 4º, 5º, 6º y 10º, en relación con el 149, apartados 18º, 21º, 22º y 24º.

En efecto, el artículo 148 de la Constitución se hace eco, en su párrafo primero, de las materias sobre las que “podrán asumir competencias” las Comunidades Autónomas, sin que figure en su texto pronunciamiento alguno que aluda de forma directa a los contratos celebrados por el sector público. Tan sólo destacan las referencias de sus apartados 4º, 5º, 6º y 10º a obras públicas e infraestructuras concretas de interés de la Comunidad Autónoma correspondiente<sup>236</sup>, así como la mención genérica de su apartado 13º al “fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional”.

Sí alude expresamente, en cambio, el artículo 149, en su párrafo primero, a los contratos y concesiones administrativas entre aquellas materias sobre las que tiene el Estado “competencia exclusiva”<sup>237</sup>, sumándose, además, a este título competencial, desde la perspectiva concreta de las fórmulas de colaboración público-privada, las citas de los apartados 21º, 22º y 24º de obras públicas diversas de interés general.

Parece claro que respecto a la colaboración público-privada en otros ámbitos materiales no incluidos expresamente en los preceptos constitucionales citados, entraría en juego la cláusula del párrafo tercero del mismo artículo 149 de la Constitución, conforme a la que “las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos”, quedando en manos

---

<sup>236</sup> Sobre las que se volverá *infra*.

<sup>237</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La primacía normativa del Título VIII de la Constitución. Introducción al estudio del artículo 149 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 33, abril-junio 1982, p. 292, defiende, en este sentido, que la importancia del artículo 149 de la Constitución radica, precisamente, en que “define el contenido nuclear e indelegable del Estado, en su sentido de poder central, al enunciar sus «competencias exclusivas»”.

del Estado “la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía”<sup>238</sup>.

En todo caso, aun cuando el artículo 149 no cite expresamente la colaboración o participación público-privada entre los títulos competenciales que recoge su párrafo primero, sí atribuye al Estado, en su apartado 18, la competencia exclusiva sobre “las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas” y la “legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas”, por lo que, a raíz de su estrecha relación, cualquier competencia asumida por las Comunidades Autónomas respecto a la regulación o articulación y gestión de las fórmulas de colaboración entre los sectores público y privado, ya sean de naturaleza institucional o contractual, tendrá que partir necesariamente del respeto a las facultades que corresponden al Estado en estas materias.

Es posible diferenciar, en un primer momento, y a consecuencia de lo expuesto hasta este punto, dos títulos competenciales diversos esgrimidos por las Comunidades Autónomas para asumir, en sus textos estatutarios, competencias en materia de colaboración público-privada y en el ámbito concreto de la dotación de infraestructuras y gestión de los servicios públicos que sobre ellas se prestan. La invocación de uno u otro no sería casual, sino que estaría en función de las dos vías de acceso a la autonomía que establece el texto constitucional en sus artículos 143 y 151.

---

<sup>238</sup> El artículo 149.3 de la Constitución se completa, además, afirmando la prevalencia del Derecho estatal y de sus normas “en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas”, siendo, “en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas”. LÓPEZ GUERRA, L.: *Las Sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1998, p. 535, se ha hecho eco de la interpretación constitucional de la supletoriedad del Derecho estatal, conforme a la cual no cabe que el Estado dicte normas a efectos meramente de Derecho supletorio, ni que las eventuales lagunas en los ordenamientos autonómicos se completen acudiendo a un Derecho estatal emitido a estos fines, prescindiendo de los métodos usuales de integración del ordenamiento. Se remite el autor, en este sentido, a las Sentencias del Tribunal Constitucional 147/1991, de 4 de julio, y 61/1997, de 20 de marzo. Sobre la cláusula de supletoriedad establecida por este precepto constitucional, vid., asimismo, GOIG MARTÍNEZ, J.M.: “La supletoriedad como instrumento de garantía en el cumplimiento de funciones constitucionales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, enero-junio 2000, pp. 177 y ss.; TAJADURA TEJADA, J.: “La cláusula de supletoriedad en la jurisprudencia constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 56, enero-abril 2000, pp. 297 y ss.; y, de este mismo autor, *La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal respecto del autonómico*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

Las Comunidades Autónomas de autonomía plena, constituidas al amparo del artículo 151 y facultadas desde sus orígenes para asumir competencias en el marco del artículo 149.1 de la Constitución, plasman en sus Estatutos títulos competenciales relativos a estas materias como concreción específica de las competencias autonómicas de desarrollo de la legislación básica en materia de contratos y concesiones administrativas que acoge el artículo 149.1.18º de la Constitución.

Las Autonomías restantes se constituyen, por el contrario, al abrigo del artículo 143 y se caracterizan por una autonomía originariamente más limitada, sujeta para su ampliación a un plazo mínimo de espera de cinco años por el artículo 148.2 de la Constitución, lo que limita sus posibilidades de asunción de competencias al listado que establece el primer párrafo de este precepto.

La tónica general, entre estas últimas Comunidades, estuvo marcada desde un principio por la asunción de competencias en materia de obras públicas e infraestructuras concretas de interés para la Comunidad y de algunas competencias esenciales en materia de contratación pública, articuladas, estas últimas, de forma un tanto indirecta por su difícil encaje en el ámbito de alguno de los enunciados del artículo 148.1 de la Constitución. Se trata, en todo caso, de una asunción competencial comprensible si tenemos en cuenta que se realizó al amparo del título competencial comprendido en el artículo 148.1.1º de la Constitución y se limitó en la práctica a la regulación de los aspectos organizativos de la contratación pública desde la perspectiva de la propia Comunidad Autónoma; problemática zanjada hoy día, en fin, tras las modificaciones estatutarias que han ampliado el techo competencial de las Comunidades constituidas al amparo del artículo 143 de la Constitución, superando con ello la división tradicional entre las de autonomía plena y menos plena<sup>239</sup>.

En definitiva, tras la equiparación autonómica derivada del propio transcurso del tiempo y de las sucesivas reformas estatutarias, cabe, de un lado, la posible asunción autonómica de competencias en materia de contratos y concesiones administrativas al amparo del artículo 149.1.18º de la Constitución,

---

<sup>239</sup> Entre los preceptos estatutarios que recogen o se relacionan actualmente, tras las últimas modificaciones estatutarias, con las competencias autonómicas de desarrollo legislativo y ejecución en materia de contratos y concesiones administrativas destacan los siguientes:

- artículo 11.1 b) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre;

complementada, de otro, con el reparto competencial operado en materia de obras públicas e infraestructuras en virtud de una pléyade de apartados correspondientes tanto al artículo 148 como 149 de la Constitución y referidos,

- artículo 28.2 del Estatuto de Autonomía para Galicia, aprobado por Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril;
- artículo 15.3 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, aprobado por Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre;
- artículo 35.3 del Estatuto de Autonomía para Cantabria, aprobado por Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre;
- artículo 31.5 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, aprobado por Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio;
- artículo 50.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, aprobado por Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio;
- artículo 39.3 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, aprobado por Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto;
- artículo 32.11 del Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto;
- artículo 49.1 d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra;
- artículo 31.5 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, aprobado por Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero;
- artículo 27.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero;
- artículo 32.3 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, aprobado por Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero.
- artículo 159.3 del actual Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio;
- artículo 47.2.3ª del actual Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo; y, por último,
- artículo 75.11ª del actual Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril.
- Por lo que se refiere, en particular, a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, los artículos 30 de los Estatutos de Autonomía de Ceuta, aprobado por Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, y Melilla, aprobado por Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, disponen que se regirán en materia de contratos y concesiones por lo establecido con carácter general por la legislación del Estado sobre Régimen Local, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de estas Ciudades establecidas por los citados Estatutos.

No establecen de forma expresa nada al respecto, sin embargo, los Estatutos de Autonomía para la Región de Murcia, aprobado por Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, o de Extremadura, aprobado por Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero.

entre otras, a obras públicas de interés general o regional, infraestructuras hidráulicas o de telecomunicaciones, ferrocarriles, carreteras, puertos o aeropuertos.

En cualquier caso, aun cuando se realicen referencias explícitas a la exclusividad de tales facultades en los encabezamientos del artículo 149.1 de la Constitución o de los textos estatutarios correspondientes, lo cierto es que no cabe duda alguna que estos títulos competenciales se encuentran en la práctica sumamente interconectados y, en consecuencia, condicionados entre sí, dando lugar, en última instancia, a supuestos complejos de competencias concurrentes que se entrecruzan en materia de colaboración público-privada para la dotación de infraestructuras y gestión de servicios públicos<sup>240</sup>.

---

## 1. EL ARTÍCULO 149.1.18º DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEGISLACIÓN BÁSICA DEL ESTADO SOBRE CONTRATOS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

El encabezamiento del precepto parte, en primer lugar, de la afirmación de una competencia exclusiva del Estado en las materias listadas a continuación, exclusividad que en el caso concreto de los contratos y concesiones administrativas queda circunscrita tan sólo a la legislación básica en este ámbito. Se une así a la equivocidad derivada de la multiplicidad de enunciados constitucionales y estatutarios en materia de obras e infraestructuras públicas, la propia de esta declaración constitucional de exclusividad<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> El Tribunal Constitucional ha reiterado en distintas ocasiones el “sentido marcadamente equívoco” con que se emplea en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía el adjetivo “exclusivo”. Así, en las Sentencias 37/1981, de 16 de noviembre, y, 5/1982, de 8 de febrero. En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La primacía normativa del Título VIII de la Constitución. Introducción al estudio del artículo 149 de la Constitución”, op. cit., p. 294.

<sup>241</sup> Comienza el artículo 149, en su párrafo primero, afirmando: “el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias”. Una expresión que MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, op. cit., Tomo I, p. 337, considera equívoca por dos razones, “primera, porque no es exacto que el artículo 149.1 contenga una simple relación de materias, sino más bien de competencias o atribuciones que, naturalmente, tienen un substrato material en cuanto que se refieren a objetos o actividades concretas; y, segunda, que la aparente uniformidad de régimen de las competencias que reconoce al Estado (declaradas, sin otros matices, de «exclusivas») no existe, ya que, en verdad, es variada la tipología y el alcance de las atribuciones que aquel precepto recoge”.

A esta imprecisión inicial hay que añadir, además, las dificultades concretas que derivan de cualquier intento de precisar de forma satisfactoria el contenido de la legislación básica en materia de contratos y concesiones administrativas. El Consejo de Estado ha subrayado, en este sentido, cómo el artículo 149.1.18º “expresa el designio constitucional de que, en lo básico, un mismo sistema contractual rija para todas las Administraciones públicas”, en tanto pretende establecer “un sistema común de contratación, sin que el dato diferencial subjetivo lleve a sistemas distintos de contratación”<sup>242</sup>.

Es fundamental, en definitiva, la labor interpretativa desarrollada a estos efectos por el Tribunal Constitucional desde sus primeras Sentencias, ya sea desde un punto de vista general, al objeto de profundizar en los conceptos de “bases” y “legislación básica”, o desde uno más específico, con el fin último de proceder a su aplicación concreta al ámbito público contractual y concesional<sup>243</sup>.

El Alto Tribunal se ha manifestado siempre consciente, y así lo reconoce expresamente en su Sentencia 69/1988, de 19 de abril, de la complejidad innata a estas competencias concurrentes, en cuanto “los artículos 148 y 149 de la Constitución, y los preceptos estatutarios de asunción de competencias que los concretan en relación con cada Comunidad Autónoma establecen un delicado sistema de distribución competencial, cuya equilibrada aplicación se hace especialmente difícil en los supuestos en que las competencias legislativas autonómicas entran en concurrencia con las que al Estado corresponden para

---

<sup>242</sup> Dictámenes de 24 de noviembre de 1988, expediente 51.924, y de 25 de mayo de 2006, expediente 514.

<sup>243</sup> Enfrentados al problema de las competencias concurrentes y de la atribución al Estado en el artículo 149.1 de la competencia para dictar normas básicas sobre ciertas materias, sostienen AJA, E., CARRILLO, M. y ALBERTI, E.: *Manual de jurisprudencia constitucional*, op. cit., p. 527, que “la determinación del contenido de esta competencia estatal, la forma en que debe ejercerse y su relación con las correspondientes facultades de desarrollo de las Comunidades Autónomas han constituido y constituyen aún una fuente de numerosos conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que han ocupado largamente al Tribunal Constitucional, quien ha elaborado una extensa, matizada, compleja y a veces zigzagueante e incluso contradictoria doctrina interpretativa sobre dicha fórmula constitucional de distribución de poderes”. Vid., asimismo, en este sentido, GUTIÉRREZ LLAMAS, A., *La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. Estudio jurisprudencial de la técnica bases más desarrollo*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 37 y ss.; y, TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 100 y ss.

definir el marco básico dentro del cual deben aquéllas ejercitarse, pues la atribución al Estado de estas competencias deja el sistema abierto en el sentido de que aun careciendo las normas básicas estatales de efectos atributivos de competencias que pueda alterar el sistema constitucional y estatutario, tiene por objeto delimitar, con alcance general, el espacio normativo al que las Comunidades Autónomas deben circunscribirse cuando ejercitan en defensa de sus intereses peculiares, las competencias propias que tengan en relación con la materia que resulte delimitada por dichas normas básicas”<sup>244</sup>.

El alto intérprete constitucional se ha ocupado, en consecuencia, de elaborar y ofrecer, en sus diversas Sentencias al respecto, un completo cuerpo doctrinal en el que da respuesta de forma detallada a los diversos conflictos planteados desde el comienzo de la nueva etapa constitucional en 1978, entre Estado y Comunidades Autónomas en relación al deslinde de este tipo de títulos competenciales.

Y así, destaca, en primer lugar, su insistencia por configurar la noción de “bases” desde una perspectiva eminentemente material. En sus primeras Sentencias se esfuerza por separar el ámbito de la legislación básica de la promulgación de las leyes de bases o de las leyes marco, subrayando, además, que “la noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente”<sup>245</sup>.

Lo esencial es, en definitiva, “que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia”<sup>246</sup>.

---

<sup>244</sup> FJ 5.

<sup>245</sup> FJ 6 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio.

<sup>246</sup> FJ 1 de la Sentencia 1/1982, de 28 de enero.

Luego la fijación por el Estado de estas condiciones básicas “debe permitir opciones diversas, ya que la potestad normativa de las Comunidades Autónomas no es en estos supuestos de carácter reglamentario”<sup>247</sup>, sin que pueda llegar “a tal grado de desarrollo que deje vacía de contenido la correlativa competencia de la Comunidad”<sup>248</sup>.

Prima, por tanto, en un primer momento, la defensa de las implicaciones derivadas de esta concepción material de las bases, de la que “se infiere que unas normas no son básicas por el mero hecho de estar contenidas en una ley y ser en ella calificadas como tales (lo cual sería consecuencia lógica de una noción formal de bases), sino que lo esencial del concepto de bases es su contenido”<sup>249</sup>. Se quiere justificar, con ello, el recurso a ciertas normas reglamentarias para definir y concretar las bases, si bien con un carácter marcadamente excepcional. La importancia del elemento material en las bases no supone, en ningún caso, la anulación absoluta de su vertiente formal, por lo que el Tribunal se cuida de dejar patente la exigencia de una norma con rango de Ley para la fijación de su contenido, aun cuando admita ciertas salvedades en circunstancias especiales.

La primera de estas excepciones, y la más significativa, es propia de los primeros pronunciamientos del Tribunal por la situación histórica en que se encontraba nuestro ordenamiento jurídico a la entrada en vigor de la Constitución. La transición entre el régimen anterior y el nuevo marco constitucional, operada también, lógicamente, en el ámbito normativo, supuso la pervivencia de normas preconstitucionales en ámbitos en los que las recién constituidas Comunidades Autónomas habían asumido competencias de desarrollo de la legislación básica dictada por el Estado, planteándose, por consiguiente, el valor de aquella regulación originaria, contenida en normas

---

<sup>247</sup> FJ 5 de la Sentencia 32/1981, de 28 de julio.

<sup>248</sup> FJ 1 de la Sentencia 1/1982, de 28 de enero.

<sup>249</sup> FJ 1 de la Sentencia 1/1982, de 28 de enero. Esta doctrina del Tribunal Constitucional sobre la noción material de las bases a las que se refiere el artículo 149.1 en varios de sus apartados aparece reiterada en Sentencias posteriores, entre las que cabría citar, a título de ejemplo, las Sentencias 5/1982, de 8 de febrero; 56/1983, de 28 de junio; 24/1985, de 21 de febrero; 24/1985, de 21 de febrero; 77/1985, de 27 de junio; 49/1988, de 22 de marzo; 56/1989, de 16 de marzo; 149/1991, de 4 de julio; 331/1993, de 12 de noviembre; 385/1993, de 23 de diciembre; 16/1997, de 30 de enero; 61/1997, de 20 de marzo; 206/1997, de 27 de noviembre; 22/1999, de 25 de febrero; o, en fin, 90/2000, de 30 de marzo.

de rango legal o reglamentario, que aún no había sido desplazada por la normativa estatal.

Resulta paradigmática, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio, dictada como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad planteado por el Estado contra la Ley 6/1980, de 17 de diciembre, por la que se regula la transferencia urgente y plena de las Diputaciones catalanas a la entonces Generalidad. En ella, se enfrenta el Tribunal a la disyuntiva que le plantean el Estado y la Comunidad Autónoma catalana, en el sentido que “o bien las Comunidades Autónomas deben abstenerse de legislar sobre estas materias en tanto que el legislador constitucional promulga leyes que establezcan los correspondientes principios o bases, o bien que, en ausencia de legislación estatal postconstitucional, pueden legislar respetando simplemente los principios que inmediatamente se derivan de la Constitución”. Ambas soluciones son finalmente rechazadas por el Tribunal Constitucional, al entender que también en estos casos en que el Estado no ha hecho uso de su competencia sobre la legislación básica, “deben las Comunidades Autónomas respetar las bases establecidas por la legislación vigente”, aun cuando sea preconstitucional y pueda suponer “algunos inconvenientes que son, sin embargo, ineludibles”<sup>250</sup>.

Avanza en esta misma dirección la Sentencia 1/1982, de 28 de enero, cuyo fundamento jurídico 1 establece de forma expresa que “dado el carácter fun-

---

<sup>250</sup> Desecha el Tribunal Constitucional, en el FJ 6 de la Sentencia, las dos opciones que le ofrecen las partes implicadas, si bien por distintas razones. “La primera de ellas, en efecto, implicaría como consecuencia ineludible la de que la Generalidad de Cataluña se vería privada de las competencias que el Estatuto le atribuye hasta el momento, más próximo, o más lejano en que el legislador estatal hubiere utilizado la suya para derogar, modificar o sustituir la legislación anterior; la segunda supondría que, moviéndose en un vacío normativo, el legislador de la Comunidad Autónoma hace suya la competencia que sólo corresponde al legislador del Estado para establecer las bases o principios a que debe ajustarse la regulación de una determinada materia, que no son los que respecto de la misma fija, en un plano de mayor abstracción y generalidad la propia Constitución, sino los que dentro de los amplios límites que esos principios constitucionales marcan, considere más adecuados según su propio juicio el legislador competente, que es sin duda el legislador estatal”. Con ello se permite, además, desde un primer momento, en palabras de LÓPEZ GUERRA, L., *Las Sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 458, “el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias estatutarias de desarrollo”, por lo que “cabe suponer que sin esta sentencia [...] la construcción del Estado de las Autonomías hubiera sido mucho más lenta”.

damental y general de las normas básicas, el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la Ley”, si bien “puede haber algunos supuestos en los que el Gobierno podrá hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Real Decreto, y de modo complementario, alguno de los aspectos básicos de una materia determinada”. Entre ellos, el supuesto que se da “cuando en la legislación preconstitucional (sea en leyes o en normas de rango inferior) se regulan las bases de una materia que por razón de su contenido no son incompatibles con la Constitución y que, sin embargo, conviene complementar o adecuar a situaciones nuevas derivadas del ordenamiento constitucional, como, por ejemplo, la estructura territorial del Estado”. En este caso, y en tanto “las Cortes Generales no procedan a establecer una regulación completa e innovadora de las bases de la materia en cuestión, el Gobierno podrá hacer uso de un Real Decreto para cumplir la finalidad antedicha, partiendo de la legislación preconstitucional”.

No es ésta, sin embargo, la única ocasión en que se excepciona la exigencia de rango de Ley para la regulación de las bases en una determinada materia. Y es así que el Tribunal Constitucional pone de relieve la estabilidad intrínseca a la legislación básica por su carácter general y fundamental, afirmando también, no obstante, la posibilidad de que, en ocasiones, las bases en una determinada materia afecten a aspectos coyunturales y no estructurales, lo que daría pie a una intervención del Gobierno por vía reglamentaria.

Así se recoge en la Sentencia 1/1982, de 28 de enero, que ciñéndose, en concreto, “a la ordenación de sectores económicos como el crédito”, sostiene que “la consecución de aquellos intereses generales perseguidos por la regulación estatal de las bases del crédito exigirá que, atendiendo a circunstancias coyunturales y a objetivos de política monetaria y financiera, el Gobierno de la Nación proceda a la concreción e incluso a la cuantificación de medidas contenidas en la regulación básica del crédito, pues al Gobierno de la Nación le corresponden tanto la dirección de la política financiera nacional y de la política monetaria general [...], en cuanto partes de la política económica general (artículo 97 de la Constitución), como la coordinación de las mismas con las que pueda tener cada Comunidad en su ámbito respectivo”<sup>251</sup>.

---

<sup>251</sup> FJ 1. Con ello se produce “una relevante adición”, en opinión de LÓPEZ GUERRA, L.: *Las Sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 477, a la doctrina contenida en la Sentencia 32/1981, de 28 de julio.

Incide en esta doctrina la Sentencia 32/1983, de 28 de abril, al manifestar que “en algunas materias ciertas decisiones y actuaciones de tipo aparentemente coyuntural, que tienen como objeto la regulación inmediata de situaciones concretas, pueden tener sin duda un carácter básico por la independencia de éstas en todo el territorio nacional y por su incidencia en los fundamentos mismos del sistema normativo”<sup>252</sup>.

Ahora bien, los peligros que suponía esta interpretación doctrinal al dejar abiertos, de un lado, ciertos resquicios que permitían burlar la exigencia de Ley formal para la determinación y concreción de la legislación básica en un ámbito material específico, favoreciendo, de otro, la inseguridad jurídica respecto a la identificación de su contenido exacto, han acabado por desembocar en una moderación progresiva de esta postura constitucional, de tal forma que junto a la noción “material” de las bases se propugna ahora también la necesidad de respetar las exigencias “formales” que éstas conllevan.

Es claro exponente de este cambio de rumbo la Sentencia 69/1988, de 19 de abril, en la que se afirma que superada la inicial situación, propia de los primeros años de vigencia de la Constitución, “por la realidad actual de un orden distributivo competencial en avanzado estado de construcción, este componente formal adquiere una mayor trascendencia como garantía de certidumbre jurídica en la articulación de las competencias estatales y autonómicas, lo cual se manifiesta imprescindible en logro de una clara y segura delimitación de las mismas a través de instrumentos normativos que reduzcan, de manera inequívoca, la indeterminación formal de las normas básicas hasta el nivel que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica, que proclame el artículo 9.3 de la Constitución y cuya presencia efectiva en el ordenamiento jurídico, especialmente en el tan complicado e importante de la organización y funcionamiento del Estado de las Autonomías, es esencial al Estado de Derecho que la propia Constitución consagra en su artículo 1.1”. De ahí que el

---

<sup>252</sup> FJ 2, en el que se aplica expresamente este razonamiento al “campo económico”, extendiéndolo también al “ámbito de la sanidad interior”. En idéntico sentido se pronuncian las Sentencias 91/1984, de 9 de octubre, FFJJ 5 y 6; 96/1984, de 19 de octubre, FJ 3; 48/1988, de 22 de marzo, FJ 3; 186/1988, de 17 de octubre, FJ 5; y, 178/1992, de 13 de noviembre, FJ 2. Destaca, en este sentido, la asunción de la doctrina del Tribunal Constitucional en varias Sentencias del Tribunal Supremo, algunas de ellas referidas de forma específica a este ámbito de la sanidad. Así, en concreto, las Sentencias de 22 de marzo (Ar. 2275) o 26 de julio de 1988 (Ar. 6329).

Tribunal disponga que, “manteniendo el concepto material de lo básico como núcleo sustancial de la doctrina de este Tribunal, procede exigir con mayor rigor la condición formal de que la «norma básica» venga incluida en Ley votada en Cortes que designe expresamente su carácter de básica o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad, debiendo también cumplirse esta condición en el supuesto excepcional de que la norma básica se introduzca por el Gobierno de la Nación en ejercicio de su potestad de reglamento”.

Así lo sanciona también, en particular, desde la perspectiva concreta de las normas reguladoras de la contratación pública, la Sentencia 179/1992, de 13 de noviembre, en la que se afirma de forma tajante que “la calificación expresa, de entre las normas estatales, de las que tienen carácter básico y de las que no lo tienen no es una mera facultad o posibilidad abierta al titular de la potestad normativa correspondiente”, sino que es, por el contrario, “un deber general inherente a su función”. Se trata, en cualquier caso, de una exigencia formal que “no sólo pesa sobre el Legislador o sobre la Ley votada en Cortes, que es el instrumento normal para la determinación de las normas básicas, sino también [...] sobre el Gobierno de la Nación cuando, con carácter excepcional, pueda hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia”<sup>253</sup>.

Este fortalecimiento de los requisitos formales a cumplir por las bases supone una llamada de atención que conviene tomar en consideración. El Tribunal Constitucional admite la existencia de supuestos particulares en los que está justificado el empleo del reglamento para la especificación de la normativa básica en ese sector, tratándose de una medida plenamente constitucional siempre y cuando sean, efectivamente, excepcionales y estén referidos de forma señalada a aspectos coyunturales que exigen necesariamente la inmediatez y versatilidad que admite la norma reglamentaria.

La propia realidad de los hechos se ha encargado de demostrar, no obstante, que a pesar de los criterios interpretativos y de las diversas cautelas que fija

---

<sup>253</sup> FJ 2, careciendo de trascendencia para el Tribunal Constitucional, FJ 3, que la Ley de Bases que faculta al Gobierno a aprobar un Decreto Legislativo no le habilite expresamente para dotar de carácter básico a los preceptos de la norma resultante, “pues aquél no precisa de tal habilitación para el cumplimiento de sus deberes al respecto”.

en su doctrina el Tribunal Constitucional con el fin de favorecer la delimitación y separación exacta de competencias “básicas” del Estado y autonómicas de “desarrollo”, tal reparto es sumamente complejo y polémico por la propia incertidumbre que plantea el traslado de esquemas meramente conceptuales al ámbito concreto de cada una de las materias afectadas por una distribución competencial semejante.

Así lo anticipaba el propio Tribunal en su Sentencia 32/1981, de 28 de julio, al poner de manifiesto que “ciertamente no será siempre fácil la determinación de qué es lo que haya de entenderse por regulación de las condiciones básicas o establecimiento de las bases del régimen jurídico y parece imposible la definición precisa y apriorística de ese concepto”. De ahí, en definitiva, su recordatorio y afirmación de que “las Cortes deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, y en caso necesario será este Tribunal el competente para decidirlo, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución”<sup>254</sup>.

Por lo que se refiere, en particular, a la determinación de la legislación básica o a la delimitación, en definitiva, a efectos de lo dispuesto en el artículo 149.1.18º de la Constitución, del alcance de las bases del régimen jurídico sobre contratos y concesiones administrativas, recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de septiembre de 1985 (Ar. 4205) que ha de abarcar “las disposiciones más importantes de las que constituyen su regulación normativa y que componen por ello su contenido fundamental o primordial”<sup>255</sup>.

---

<sup>254</sup> FJ 5. Hay que sumar, además, a esta afirmación genérica otra advertencia más específica, recogida en el FJ 1 de la Sentencia 1/1982, de 28 de enero, y relacionada con la diversa situación competencial en que pueden hallarse las Comunidades Autónomas, ya que “el hecho de que en una materia determinada la Constitución sólo atribuya al Estado la fijación de sus bases no significa, en modo alguno, que a una Comunidad determinada le corresponda ya, sin más, la regulación de todo lo que no sea básico, pues a cada Comunidad sólo le corresponderán aquellas competencias que haya asumido en su Estatuto, perteneciendo las demás al Estado, tal como dispone, en términos inequívocos, el 149.3 de la Constitución”. BLASCO ESTEVE, A.: “Normas básicas estatales y Leyes de desarrollo de las Comunidades Autónomas: jurisprudencia constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 33, abril-junio 1982, p. 305, concluye, en consecuencia, que “lo esencial para determinar si una norma tiene el carácter de básica o no es su contenido intrínseco”, si bien “el Tribunal Constitucional no precisa qué tipo de contenido convierte a una norma en norma básica, ni tampoco qué características son las propias de ésta”, por lo que “remite a una noción indeterminada que habrá que precisar caso por caso”.

<sup>255</sup> Sentencia que califica, por lo demás, la regulación de la clasificación y registro de los empresarios contratistas como “una de las bases sobre las que se estructura el régimen jurídico regulador de la contratación administrativa de obras y suministros”.

Y así, si la Comunidad Autónoma de Castilla y León carecía en un principio de competencias estatutarias en esta materia, limitándose su regulación al respecto a disponer estructuras públicas propias, determinando su planta organizativa en materia contractual, al amparo de su competencia y poder de autorganización, el enunciado del actualmente vigente artículo 32.3 de su Estatuto de Autonomía dispone expresamente que “en el ejercicio de la competencia de organización, régimen y funcionamiento, prevista en el artículo 70.1.1º del presente Estatuto, y de acuerdo con la legislación del Estado, corresponde a la Comunidad Autónoma, entre otras materias, [...] la regulación [...] de los contratos y concesiones administrativas en su ámbito”<sup>256</sup>.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance de la normativa básica en materia de contratación pública? Conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/1993, de 22 de abril<sup>257</sup>, la legislación de bases en este ámbito tiene principalmente por objeto “proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones públicas”, por lo que todas las regulaciones “que tiendan directamente, en complemento necesario de la Ley de Contratos a dotar de efectividad práctica a aquellos principios básicos de la contratación administrativa deben ser razonablemente considerados como normas básicas. Mientras que no lo serán aquellas otras prescripciones de detalle o de procedimiento que, sin merma de la eficacia de tales principios básicos pudieran ser sustituidas por otras regulaciones asimismo complementarias o de detalle, elaboradas por las Comunidades Autónomas con competencia para ello”<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> Esta competencia, unida a la asumida para el desarrollo normativo y la ejecución en materia de régimen local en el artículo 71.1.1º del Estatuto de Autonomía, implica, lógicamente, la posibilidad de que la legislación autonómica de Castilla y León de régimen local pueda introducir normas específicas sobre la contratación de los entes locales de la Comunidad. Se refieren, en este sentido, a las especialidades que supone, desde una perspectiva competencial, la contratación local, PADRÓS, X. y FORTUNY, J.M.: *Legislació bàsica sobre contractes: la Llei de Contractes de les Administracions Públiques*, Institut d'Estudis Autònòmics, Barcelona, 1995, pp. 40 y ss.

<sup>257</sup> Calificado de *leading case* en la materia por PADRÓS, X. y FORTUNY, J. M.: *Legislació bàsica sobre contractes: la Llei de Contractes de les Administracions Públiques*, op. cit., p. 48.

<sup>258</sup> FJ 5.

De esta forma, la normativa básica en materia de contratación pública se mueve, en última instancia, en el campo de los grandes principios aplicables en la materia, alejándose de prescripciones excesivamente concretas, por cuanto las normas meramente auxiliares, formalistas o de procedimiento caen dentro, en fin, de la competencia autonómica de desarrollo normativo de estas bases<sup>259</sup>.

En este sentido se pronuncia también la Sentencia 331/1993, de 12 de noviembre, que considera básicas las normas reguladoras de la clasificación de los contratistas, por cuanto "afectan a los intereses de éstos y, más en general, a las condiciones de la contratación administrativa y al desarrollo de las actividades económicas privadas en régimen de libre competencia", siendo "normas que tienen por objeto garantizar la igualdad y la seguridad jurídica en la contratación pública, asegurando a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones, lo que las convierte en un elemento básico de la legislación sobre contratos"<sup>260</sup>. O la Sentencia 162/2009, de 29 de junio, que entiende básica la determinación de las formas de adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes patrimoniales de las Administraciones públicas, en atención a "la vinculación de las bases estatales con las garantías de publicidad, libre concurrencia y seguridad jurídica, que rigen la contratación pública, a fin de asegurar a los ciudadanos un tratamiento uniforme en sus relaciones con las Administraciones públicas, que se vería comprometido, en lo que aquí importa, si las formas de adjudicación [contractual] pudieran ser diferentes en las distintas partes del territorio nacional"<sup>261</sup>.

El Consejo de Estado ha pormenorizado en la aplicación de esta doctrina al ámbito contractual, "entendiendo como cuestiones cuya regulación debe tener carácter básico las relativas a la configuración misma del contrato administrativo; a su objeto y a sus requisitos; a su forma y documentación; a los sis-

---

<sup>259</sup> En idéntico sentido, PADRÓS, X. y FORTUNY, J.M.: *Legislació bàsica sobre contractes: la Llei de Contractes de les Administracions Públiques*, op. cit., p. 50. Conclusión que TONOS MAS, J.: "Legislación básica y doctrina del Tribunal Constitucional (junio 1991-junio 1993)", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 36, vol. II, mayo-agosto 1993, p. 131, extiende a todos aquellos sectores materiales que no constituyen, en sentido estricto, un tipo de actividad económica.

<sup>260</sup> FJ 6 b).

<sup>261</sup> FJ 4.

temas de contratación y al régimen de publicidad; a las prerrogativas de la Administración; a la ineficacia del contrato; o a la ejecución del contrato”<sup>262</sup>.

La LCSP establece, de forma consecuente con esta doctrina constitucional y al amparo del título competencial que recoge al respecto el artículo 149.1.18º de la Constitución, la consideración, en su caso, como legislación básica o no de cada uno de los preceptos de la Ley en su Disposición final séptima<sup>263</sup>.

<sup>262</sup> Así se establece, en particular, en el Dictamen de 25 de mayo de 2006, expediente 514, en reiteración de las consideraciones realizadas en los Dictámenes de 24 de noviembre de 1988, expediente 51.924, y de 24 de noviembre de 1993, expediente 1.270. No obsta a esta doctrina el hecho de que el contenido de una Directiva esté llamado a coincidir *a priori* con el concepto de “bases” en el supuesto de competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pudiendo darse, en consecuencia, el caso de cuestiones que no estén reguladas en las Directivas comunitarias aplicables a la contratación pública y que, sin embargo, tengan carácter básico. Del mismo modo, es posible ampliar con el tiempo el alcance de la legislación básica. Y así, el Consejo de Estado admite la ampliación operada al respecto por la LCSP, en relación con el anterior TRLCAP, y si bien reconoce que de aprobarse incidiría sobre la normativa autonómica entonces vigente, sostiene que esta circunstancia “no ha de constituir obstáculo para que se produzca una más correcta redefinición del alcance básico de la ley [...] a fin de garantizar, en lo básico, un mismo sistema contractual para todas las Administraciones Públicas de forma más completa que el Texto Refundido vigente”.

<sup>263</sup> El apartado 1 de esta Disposición final se remite a la competencia estatal exclusiva que establece el artículo 149.1.6º de la Constitución en materia de legislación mercantil, penal y penitenciaria, y de legislación procesal, sin perjuicio de las especialidades que se deriven en este orden de las particularidades de Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas, para dictar el artículo 21 y las Disposiciones finales tercera y cuarta de la Ley, que constituyen así normas de aplicación general. El apartado 2 establece, por lo demás, que los restantes artículos de la LCSP constituyen legislación básica y son, en consecuencia, de general aplicación a todas las Administraciones públicas y organismos y entidades dependientes de ellas, con la sola excepción de algunos artículos o partes de los mismos que carecen de esta consideración básica y que son: letra a) del apartado 1 del artículo 15; letra a) del apartado 1 del artículo 16; apartados 1 a 5 del artículo 24; artículo 29.4; artículo 48.2; artículo 49.2.c); artículo 53; artículo 60; artículo 71; artículo 81; artículo 82; párrafo segundo del apartado 1 del artículo 83; segundo párrafo del apartado 3 y apartado 5 del artículo 93; artículo 95.2; letras a) y c) del apartado 2 del artículo 96; letras b) y c) del artículo 97.1; apartados 1 y 2 del artículo 98; apartados 4, 5 y 6 del artículo 99; artículo 100; apartados 1.e) y 4 del artículo 107; artículo 108; artículo 109; artículo 110; apartados e), g), h), i), j) y 1) del artículo 120; segundo párrafo del apartado 3 del artículo 136; artículo 140; apartado 2 del artículo 189; artículo 190; artículo 191; artículo 195.2; apartados 3 a 8, ambos inclusive, del artículo 196; segundo inciso del artículo 205.2; apartados 3 y 5 del artículo 207; artículo 212; artículo 213.2; artículo 215; apartado 1 del artículo 216; apartados 3, salvo la previsión de la letra b), y 4 del artículo 217; artículo 218; apartado 1 del artículo 224; artículo 227; artículo 231; apartados 2 y 3 del artículo 234; artículo 237; apartado 5 del artículo 238; artículo 239; artículo 263 artículo 266; apartados 2 y 3 del artículo 268; artículo 270; artículo 271; artículo 273;

Asimismo, tendrán consideración de básicas, conforme a la doctrina constitucional expuesta *supra*, las normas reglamentarias que se promulguen en desarrollo de la Ley cuando constituyan el complemento necesario e indispensable de preceptos legales que tengan atribuido dicho carácter y así se señale en la propia norma de desarrollo<sup>264</sup>.

En cualquier caso, conviene recordar que la Disposición derogatoria única de la LCSP deroga el TRLCAP anterior a excepción del Capítulo IV del Título V de su Libro II, comprensivo de los artículos 253 a 260, ambos inclusive, relativos a la financiación privada del concesionario de obras públicas. Habrá que estar, por tanto, en cuanto al carácter básico de tales preceptos y de su posible desarrollo reglamentario, a lo dispuesto por las Disposiciones finales 1ª y 2ª de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que incorpora al TRLCAP los preceptos citados y aún vigentes.

La LCSP dispone, asimismo, la derogación de los preceptos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que establecían y regulaban hasta ese momento las especialidades y particularidades propias de la contratación de las corporaciones locales, para recoger, en cambio, en

---

artículo 274; apartados 2 y 3 del artículo 276; apartado 3 del artículo 277; apartados 2 y 3 del artículo 285; apartados 3, 4, 5 y 6 del artículo 286; artículo 287; artículos 291 a 293; artículos 295 a 299, ambos inclusive; artículo 309; artículo 311.1 y 3; letra a) del apartado 1 de la Disposición Adicional primera; Disposición Adicional cuarta; Disposición Adicional vigésima; Disposición Adicional vigésimo tercera; Disposición Adicional vigésimo cuarta; Disposición Adicional vigésimo quinta; Disposición Adicional vigésimo sexta; Disposición Adicional vigésimo séptima; Disposición Adicional vigésimo octava; Disposición Adicional trigésima; Disposición Transitoria tercera; Disposición Transitoria cuarta; Disposición Final segunda; Disposición Final quinta; Disposición Final sexta; Disposición Final octava, y Disposición Final novena. A estos mismos efectos se considera, además, que tienen la consideración de mínimas las exigencias que para los contratos menores se establecen en el artículo 95.1 y tendrán la consideración de máximos los siguientes porcentajes, cuantías o plazos: el porcentaje del 5 por 100 del artículo 83.1 y 2; el porcentaje del 3 por 100 del artículo 91.2; las cuantías del artículo 122.3; y, los plazos de un mes establecidos en los apartados 2 y 4 del artículo 205.

<sup>264</sup> Vid., en este sentido, las Disposiciones finales 1ª del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y, asimismo, 1ª del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

su Disposición adicional 2<sup>a265</sup>, las normas específicas de contratación en las entidades locales.

Se simplifica de esta manera, en última instancia, la legislación básica del Estado, que se reduce y concentra ahora, fundamentalmente, en la propia LCSP, complementada en materia de financiación privada del contrato de concesión de obra pública por los artículos aún vigentes del TRLCAP, y en su desarrollo reglamentario<sup>266</sup>.

Las Comunidades Autónomas, por su parte, se han alineado en torno a dos tipos de soluciones en lo que al desarrollo legislativo de estas bases se refiere. De un lado, las Comunidades que han dedicado el grueso de su actividad normativa en la materia a la concreción y clarificación de aspectos organizativos relacionados con la contratación pública en el ámbito autonómico correspondiente<sup>267</sup>; de otro, las Autonomías que han dado un paso más a fin de aprobar normas realmente sustantivas al respecto<sup>268</sup>.

---

<sup>265</sup> De carácter básico, conforme a lo dispuesto en la Disposición final 7<sup>a</sup> del LCSP. Se trata, en cualquier caso, de una opción criticada por el Consejo de Estado, que no se muestra favorable en su Dictamen de 25 de mayo de 2006, expediente 514, a la regulación de esta cuestión en una única Disposición adicional de la complejidad y extensión de ésta.

<sup>266</sup> IVARS BAÑÜLS, J.A.: "Fuentes en materia de contratación de las entidades locales", en CATALÁ MARTÍ, J. V. (Coord.), *La contratación de las Administraciones públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Civitas, Madrid, 2008, p. 19.

<sup>267</sup> Opción seguida por la mayor parte de las Comunidades Autónomas. Se refiere a ello también IVARS BAÑÜLS, J.A.: "Fuentes en materia de contratación de las entidades locales", op. cit., p. 25, para quien la normativa autonómica dictada en la materia "ha sido escasa, limitándose, en la mayor parte de los casos, a establecer las peculiaridades orgánicas y procedimentales que la respectiva Comunidad Autónoma ha estimado pertinentes y también a dictar regulaciones en materia de calificación y clasificación empresarial". En idéntico sentido, *Memento práctico Francis Lefebvre. Contratos públicos 2008-2009*, Madrid, 2009, p. 51.

<sup>268</sup> Así la Ley 4/1997, de 24 de julio, de construcción y explotación de infraestructuras de la Región de Murcia, el Reglamento General de Contratación Pública de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, o la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra; o, las previsiones más concretas que contienen, a este respecto, el pionero artículo 28 de la Ley 21/2001, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de Cataluña, en materia de financiación de obras públicas mediante la concesión de dominio público, o, en materia de construcción, explotación y financiación de infraestructuras concretas, las Leyes Forales 21/2001, de 18 de octubre, respecto a la vía de gran capacidad Pamplona-Logroño, y 12/2005, de 22 de noviembre, respecto a infraestructuras de interés general de la zona regable del Canal de Navarra.

En el supuesto particular de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, no cabe duda que su potencial al respecto, y, en particular, para la concreción y desarrollo de los instrumentos de colaboración público-privada, resulta amplísimo, por cuanto se ha insertado, hasta ahora, en la tradición de las Comunidades Autónomas adscritas a la primera de las soluciones citadas. Y así, nuestra Comunidad carece actualmente de cualquier norma con rango legal que desarrolle pormenorizadamente y adapte a las peculiaridades propias de Castilla y León las bases estatales contenidas en la LCSP, destacando tan sólo algunas normas reglamentarias que matizan, de forma puntual y sesgada, detalles y aspectos concretos, muchas veces meramente organizativos, relacionados con la regulación de todos o tan sólo ciertos tipos de contratos públicos<sup>269</sup>.

---

## **2. COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN EN MATERIA DE OBRAS PÚBLICAS E INFRAESTRUCTURAS**

Destaca, en particular, la presencia en la Constitución de una multiplicidad de títulos competenciales susceptibles de dar cobijo, con distinto alcance, a la articulación de competencias autonómicas sumamente diversas en materia de obras públicas. Así, a la competencia genérica de posible asunción autonómica que reconoce el artículo 148.1, apartado 4º, en el ámbito de las “obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio”, se suman las recogidas en los apartados 5º, 6º y 10º de este precepto respecto a ferro-

---

<sup>269</sup> Así, el Decreto 51/2003, de 30 de abril, por el que se regula la adquisición centralizada en la Administración de la Comunidad de Castilla y León, desarrollado por Orden HAC/1357/2007, de 13 de agosto; la Orden EYH/754/2003, de 30 de mayo, por la que se regula el Registro Público de Contratos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León; el Decreto 33/2006, de 11 de mayo, por el que se aprueba el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Castilla y León; la Orden HAC/1102/2007, de 31 de mayo, por la que se regula el Registro de Licitadores de la Administración de la Comunidad de Castilla y León; el Acuerdo 39/2009, de 8 de abril, por el que se aprueban directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración de la Comunidad en materia de contratación de obras; o, el Acuerdo relativo a la definición y concreción del modo de envío de la información de los contratos adjudicados de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Resolución de 26 de noviembre de 2009.

carriles, carreteras, puertos, aeropuertos y aprovechamientos hidráulicos, reservándose, en cambio, en el artículo 149.1 de la Constitución a la competencia exclusiva del Estado, en su apartado 24º, las “obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma” y, en idéntico sentido, ciertas competencias en materia de ferrocarriles, transportes terrestres y aprovechamientos hidráulicos, cuando la infraestructura o, en su caso, las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma.

La Constitución sienta con ello las bases para un reparto competencial complejo, un tanto farragoso incluso, en el que se entrecruzan y solapan diversos títulos competenciales. Nuestra Carta Magna se revela deudora, en este sentido, de la evolución histórica de la legislación aplicable al ámbito de las obras públicas, que ha dotado de gran entidad a subconceptos tales como ferrocarriles, carreteras o puertos, en detrimento de la propia categoría general de obra pública, ante la dificultad que ha acompañado tradicionalmente a la tarea de concretar y definir *stricto sensu* este último concepto<sup>270</sup>.

En efecto, el vaivén normativo en materia de obras públicas propio del siglo XIX culmina con la aprobación de la Ley de Bases de 29 de diciembre de 1876, para la reorganización de las obras públicas. Su último artículo autoriza al Ministro de Fomento para que desarrolle estas bases, mediante la redacción y publicación de la Ley General de Obras Públicas y las especiales de ferrocarriles, carreteras, aguas y puertos.

Y así, la Ley General de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877, dictada en desarrollo de aquellas bases, pretende erigirse en un marco normativo estable y suficiente para la construcción, financiación y explotación de las obras públicas. La “fuerza expansiva” de la Ley, derivada de su artículo 125, contribuye decisivamente a ello. El precepto reitera la habilitación al Ministro de Fomento para que redacte y publique “partiendo de los principios consignados en la presente Ley, las especiales de ferrocarriles, carreteras, aguas y puertos, y los reglamentos e instrucciones para su ejecución”.

---

<sup>270</sup> Sobre los orígenes de la legislación española de obras públicas y su aproximación a un primer concepto formal de obra pública, vid. CASARES MARCOS, A., *La concesión de obras públicas a iniciativa particular...*, op. cit.

Se inicia con ello un período de frenesí normativo en el que se aprueban sucesivamente, a partir de la Ley de Bases del 76, la Ley General de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877, y el Reglamento para su ejecución, de 6 de julio del mismo año; la Ley de Carreteras, de 4 de mayo de 1877, y su Reglamento de 10 de agosto siguiente; las Leyes de Ferrocarriles y de Policía de Ferrocarriles, de 23 de noviembre de 1877, y el Reglamento en desarrollo de la primera, de 24 de mayo de 1878; la Ley de Expropiación Forzosa, de 10 de enero de 1879, desarrollada por Reglamento de 13 de junio inmediato; la Ley de Aguas, de 13 de junio de 1879; y, por último, la Ley de Puertos, de 7 de mayo de 1880<sup>271</sup>. Es también fruto de este impulso normativo la aprobación de un nuevo pliego de condiciones generales de la contratación, por Real Decreto de 11 de junio de 1886.

La amplitud del ámbito objetivo de la “obra pública”, término sumamente polifacético y de contornos jurídicamente imprecisos, y la propia entidad que alcanza el espectacular desarrollo normativo de las Bases de 1876 y, en particular, la Ley General de Obras Públicas de 1877, se encuentran en la base del desgaste, ya desde el siglo XIX, de aquella categoría o concepto general en detrimento de otras subcategorías de obras o infraestructuras concretas a que se refiere en un primer momento la legislación decimonónica vigente y después la Constitución de 1978 para delimitar las competencias de las distintas Administraciones públicas implicadas en su provisión y gestión<sup>272</sup>.

Es así como la obra pública se convierte en un “concepto residual”<sup>273</sup>, abocando la multiplicidad y complejidad de los títulos competenciales que inciden actualmente en la materia a una precisión casuística, para cada subconcepto en particular, de las competencias que cabe atribuir, al amparo de la Constitución, a la titularidad estatal y autonómica.

---

<sup>271</sup> Unos días antes de la sanción de la Ley de Bases de 1876, se aprobó la Ley de Enanche de Poblaciones, de 22 de diciembre de 1876, dictándose el Reglamento para su ejecución el 19 de febrero de 1877.

<sup>272</sup> Cabe recordar, en este sentido, que la Ley General de 1877 se autoerige en marco normativo básico de referencia en materia de obras públicas, prolongándose su vigencia a lo largo de más de cientoveinticinco años hasta la aprobación, en fechas relativamente recientes, de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, cuya Disposición derogatoria única deroga los artículos 53 a 105 y 111 de la norma decimonónica.

<sup>273</sup> COLOM PASTOR, B.: “Obras públicas”, *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1990, Tomo I, p. 634.

## A. La definición de la obra pública. Su distinción de la infraestructura

La incertidumbre que acompaña en nuestro Derecho histórico a la definición jurídica de la obra pública deriva, en esencia, de la propia adopción del vocablo del lenguaje común. A fuerza de recurrente y manido termina por asentarse en el ordenamiento jurídico español, fundándose incluso en motor de la evolución de nuestro Derecho administrativo durante la segunda mitad del siglo XIX<sup>274</sup>. A pesar de ello, su significado se sobreentiende, sin que el legislador o el intérprete jurídico hayan dedicado excesivo esfuerzo a su aclaración y exégesis pormenorizada<sup>275</sup>.

¿Cómo conceptualizar y delimitar entonces la obra pública? No existen, en principio, diferencias sustanciales entre esta última y la obra privada desde la perspectiva de su ejecución material. La obra es, en sí misma considerada, “cosa hecha o producida por un agente”, conforme a la definición que ofrece al respecto la Real Academia Española. Se compone, por tanto, de dos elementos inescindibles, la actividad, entendida como un medio, y el resultado finalmente alcanzado<sup>276</sup>.

La separación entre ambas se asienta, en consecuencia, sobre las previsiones que recoge al respecto el propio ordenamiento jurídico. No existen caracteres predicables *a priori* de una u otra categoría, sino que es la propia regulación vigente la que establece en cada momento histórico los rasgos que deben confluir en una obra para que adquiera, además, la condición de pública.

Recogida en el artículo 2 de la Ley de 17 de julio de 1836, sobre enajenación forzosa de la propiedad particular en beneficio público, la primera definición normativa de la obra pública está imbuida de una orientación esencialmente

<sup>274</sup> FERNÁNDEZ, T.R.: “Las obras públicas”, op. cit., p. 2438.

<sup>275</sup> Para VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “Acerca de las obras públicas: su ejecución y financiación. Perspectivas actuales”, op. cit., p. 228, se trata, sin duda alguna, de un auténtico “macroconcepto”, reivindicando la autora su autonomía e interés propio al entender que pese a ser “una de las categorías que se puede decir más conspicuas de nuestra disciplina, no ha recibido una atención independiente o en sí misma considerada”. Profundiza e insiste de nuevo en ello en su trabajo *Ejecución y financiación de obras públicas...*, op. cit., pp. 83 y ss.

<sup>276</sup> CARRETERO PÉREZ, A.: “Configuración jurídica y presupuestaria de las obras públicas”, op. cit., p. 396. En idéntico sentido, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “Acerca de las obras públicas: su ejecución y financiación. Perspectivas actuales”, op. cit., p. 229, para quien la obra es la “realización de una actividad que, acometida por el ser humano, dará lugar a un resultado”.

finalista. Y así, es obra pública aquélla que tiene “por objeto directo proporcionar al Estado en general, á una ó mas provincias ó á uno ó mas pueblos cualesquiera usos ó disfrutes de beneficio comun”.

A esta primera noción se contraponen una segunda tendencia, iniciada posteriormente por la Instrucción de 10 de octubre de 1845, para promover y ejecutar las obras públicas, que opta, en cambio, por la tipificación expresa y la enumeración exhaustiva de las obras susceptibles de ser calificadas como públicas. Esta nueva línea continuará vigente hasta desembocar en el enunciado del artículo 1 de la Ley General de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877, que profundizando en el espíritu finalista de la Ley de Bases de 1876 de la que trae causa, combina ambas concepciones, tipificando las obras concretas que forman parte de cada una de las dos categorías generales en que clasifica a las obras públicas en atención al fin que persiguen.

Contempla, en consecuencia, la existencia de un primer grupo de obras “de general uso o aprovechamiento”, en el que se integran “los caminos, así ordinarios como de hierro, los puertos, los faros, los grandes canales de riego, los de navegación, y los trabajos relativos al régimen, aprovechamiento y policía de las aguas, encauzamiento de los ríos, desecación de lagunas y pantanos y saneamiento de terrenos”<sup>277</sup>. La segunda categoría está formada, en cambio, por las “construcciones destinadas a servicios que se hallan a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos”, e incluye, en particular, “los edificios públicos destinados á servicios que dependan del Ministerio de Fomento”<sup>278</sup>.

Esta definición descriptiva, sancionada en 1877, gozará de una extraordinaria vigencia, marcando decisivamente la evolución posterior de la obra pública, a la que se exigirá un plus teleológico respecto a otras obras emprendidas y financiadas por la Administración pública<sup>279</sup>. De esta forma, y paralelamente

---

<sup>277</sup> A lo que se suma con posterioridad la ordenación de los montes públicos en virtud de la Ley de 1 de junio de 1894.

<sup>278</sup> A la vista de esta evolución histórica, BASSOLS COMA, M.: *Las obras públicas y el urbanismo. Los actos de uso del suelo y la ejecución de obras promovidas por la Administración del Estado*, MOPTMA, Madrid, 1994, p. 20, concluye la vinculación del concepto de obras públicas a una serie de elementos definitorios, algunos de ellos típicamente jurídicos, tales como el dominio público, servicio público, expropiación forzosa, interés general, financiación pública, y otros, por el contrario, extrajurídicos, como la descripción naturalista de bienes y la realización de actividades constructivas o de transformación sobre los mismos.

<sup>279</sup> El artículo 1 de la Ley General de Obras Públicas de 1877 continúa, en principio, vigente en cuanto no ha sido expresamente derogado por la legislación posterior.

a la consolidación de las nociones jurídicas de dominio público y servicio público, se afianza la conceptualización de la obra pública como el resultado de una actividad de transformación realizada por la Administración o por vicarios suyos sobre un bien inmueble que, destinado al aprovechamiento o uso general, y en particular, a la prestación de un servicio público o satisfacción de un interés colectivo, se integra en el dominio público artificial<sup>280</sup>.

No se sanciona desde entonces otra definición legal de obra pública, limitándose las reformas normativas posteriores a ampliar o modular su concepto a través de la delimitación del ámbito objetivo del contrato de concesión de obras públicas. De esta forma, la aprobación de la LCAP en 1995 no sólo ratifica este concepto sino que lo extiende al reconducir el objeto de la concesión de obras públicas al ámbito objetivo del contrato de obra, esto es, a la realización de una actividad de resultado sobre bien inmueble que cabe clasificar en tres categorías, esto es, de construcción, de modificación de la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, y, en última instancia, de reforma, reparación, conservación o demolición<sup>281</sup>. El resultado inmediato de esta modificación será una ampliación desmesurada del concepto de obra pública que viene a identificarse en la práctica con cualquier obra promovida o instada por el sector público<sup>282</sup>.

---

<sup>280</sup> Pese a hacerse eco de la posible distinción entre obras públicas, entendidas como el conjunto de operaciones destinadas a la producción de la obra en sentido estricto, y obra pública, en cuanto resultado de esa actividad, FERNÁNDEZ, T.R.: "Las obras públicas", op. cit., pp. 2.447 y ss., opta por desecharla al entender que implica el "corte abrupto de una realidad que se presenta en un bloque, cuya disección es siempre convencional". A la vista de la evolución del concepto de obra pública y de la legislación contractual vigente la define como "una operación de transformación material de un inmueble demanial, hecha por la Administración por sí o por vicarios suyos".

<sup>281</sup> La redacción originaria del precepto continúa en buena medida la tradición descriptiva de la legislación anterior ejemplificando las dos primeras categorías. Y así, cita entre los supuestos de construcción de bienes de naturaleza inmueble, carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, así como cualquier otra análoga de ingeniería civil. Menciona, asimismo, entre los trabajos de modificación de la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto ambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos. Cierra el enunciado de la disposición la referencia a la reforma, reparación, conservación o demolición de cualquiera de los anteriores.

<sup>282</sup> BASSOLS COMA, M.: *Las obras públicas y el urbanismo...*, op. cit., p. 22, cita, en este sentido, la "gran dilatación" experimentada por el concepto de obra pública.

La situación permanece invariable hasta la reforma del TRLCAP por Ley 13/2003, de 23 de mayo, que amplía de nuevo el objeto de la concesión de obras públicas al dar entrada en su régimen jurídico a modalidades prestacionales desconocidas hasta ahora en nuestro ordenamiento jurídico. Así, conforme al artículo 220.1 del TRLCAP, la Administración puede conceder “la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general”, con lo que se sanciona una innovación que plantea importantes problemas de interpretación al dificultar, en particular, el deslinde de la modalidad contractual centrada en la sola explotación de la obra del ámbito objetivo del contrato de gestión de servicios públicos.

Las críticas vertidas ante la expansión injustificada del ámbito objetivo de la obra pública a su mera explotación o gestión, ha motivado la recuperación por la LCSP de la senda tradicional de identificación y calificación de la concesión de obras públicas a partir del objeto contractual *stricto sensu* del contrato de obras, diferenciándose esencialmente ambos contratos en la retribución a percibir por el contratista.

El artículo 5 de la Ley mantiene, en consecuencia, la configuración de la concesión de obras públicas como tipo contractual autónomo, definiéndose en el artículo 7 como “un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 [relativo al contrato de obras], incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio”.

Pese a este devenir legislativo ni las reformas efectuadas por la LCAP, la Ley 13/2003, de 23 de mayo, o la LCSP, y en la que se restringe de nuevo el objeto concesional eliminando aquellas modalidades problemáticas introducidas en 2003, han venido a colmar la laguna existente, incorporando al articulado de la legislación vigente en materia de contratación pública una definición acabada de la obra pública en sí misma considerada.

A las cuestiones planteadas hasta aquí se unen, además, las incógnitas suscitadas por la tendencia a emplear indistintamente los términos “obra pública” e “infraestructura”. Definida por la Real Academia Española, en su segunda

acepción, como el “conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización cualquiera”, la consolidación del vocablo infraestructura enlaza con la trascendencia que se atribuye desde un punto de vista socioeconómico a las obras públicas, siendo así que hoy día colectividades completas –ciudades, pueblos, provincias e incluso regiones– las han convertido en su aspiración primera y principal<sup>283</sup>.

De ahí que el ámbito reservado a las obras públicas pueda ser calificado hoy de prácticamente inabarcable, ya que a su contenido tradicional cabe sumar en la actualidad aquél que deriva del carácter finalista propio de la infraestructura, susceptible de englobar también aquellos “elementos o servicios” intangibles que resulten indispensables para que funcione una organización<sup>284</sup>. De ahí también el protagonismo indudable que han asumido en esta materia los poderes públicos, llamados a intervenir en defensa y garantía de la multiplicidad de exigencias sociales, de bienes y servicios, en definitiva, que la colectividad demanda y espera de las infraestructuras, soporte en muchas ocasiones de servicios liberalizados y prestados, por tanto, en régimen de libre competencia<sup>285</sup>.

<sup>283</sup> La reivindicación de infraestructuras responde, fundamentalmente, a las expectativas de desarrollo económico que genera la perspectiva de su posible construcción. Son consideradas, en definitiva, como un medio y no un fin en sí mismas. En este sentido, GUASCH, J.L.: *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien*, Antoni Bosch, Barcelona, 2005, pp. 20 y ss.

<sup>284</sup> En este sentido, VILLAR EZCURRA, J.L.: “La construcción y financiación de las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos”, *REDETI*, núm. 10, 2001, pp. 92 y ss. Asimismo, sobre la evolución del concepto de infraestructura y su interacción con los de servicio público y dominio público, destaca, en particular, el interesante y novedoso estudio de GONZÁLEZ SANFIEL, A.M.: *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Montecorvo, Madrid, 2000, *in toto*, especialmente, pp. 243 y ss.

<sup>285</sup> Para MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “Público y privado en la construcción y gestión de grandes infraestructuras públicas”, op. cit., p. 87, “el panorama resulta sin duda vastísimo”. Y así, suma a las ya citadas otro tipo de infraestructuras como las sanitarias, comerciales, deportivas, culturales o artísticas, o del espectáculo. En idéntico sentido, IZQUIERDO, R. y VASSALLO, J.M.: *Nuevos sistemas de gestión y financiación de infraestructuras de transporte*, op. cit., p. 455, para quienes la Ley de 2003 pretende abandonar el “modelo de autopistas de peaje” anteriormente vigente para consolidar un nuevo “modelo universal”. DE LA CRUZ FERRER, J. “Hacia un nuevo modelo de regulación de las infraestructuras”, op. cit., p. 502, sostiene la insuficiencia del funcionamiento del mercado en este ámbito, reclamando como imprescindible “una actuación primaria del Estado”, una regulación de estas materias que establezca “obligaciones para los operadores que garanticen niveles adecuados de seguridad, calidad y protección medioambiental”, respondiendo así a las demandas sociales de “calidad de vida” y de “crecimiento sostenido”.

No cabe, en cualquier caso, una identificación total y absoluta entre obra pública e infraestructura. Es cierto que algunas de las infraestructuras más importantes, señaladamente las de transporte, son exponentes cualificados del modelo de concesión de obras públicas vigente en nuestro ordenamiento jurídico durante los siglos XIX y XX, de ahí la *vis attractiva* que ejerce en este ámbito el vocablo infraestructura, si bien son tan sólo un tipo o especie de obra pública. Habrá infraestructuras que difícilmente puedan catalogarse como obras públicas, en el sentido más tradicional de esta última expresión, y obras públicas que en ningún caso puedan clasificarse como infraestructuras, en la medida en que no representen un resultado adaptado y óptimo para facilitar el funcionamiento de una organización predefinida del tipo que sea<sup>286</sup>.

De esta forma, la progresiva aceptación del vocablo infraestructura conecta, en última instancia, con la paulatina expansión y diversificación que se propugna para el objeto tradicional de la obra pública a partir de finales del siglo XX. La Ley 13/2003, de 23 de mayo, a diferencia de la actualmente vigente LCSP, se insertaba también en esta tendencia, en la medida en que, si bien no recogía expresamente el término, conservando, en cambio, el más tradicional de obra pública, sancionaba la ampliación de esta última noción “en términos que no se compadecen con el artículo 120 de la LCAP” y que exceden del concepto tradicional de obra pública derivado de la legislación decimonónica<sup>287</sup>.

Frente a la ampliación operada en su momento por Ley 13/2003, de 23 de mayo, la LCSP recupera una línea tradicional, ciertamente más ortodoxa, en la definición del objeto contractual de la concesión de obras públicas, dejando abierta, en cambio, la concreción del ámbito objetivo de la nueva modalidad contractual de colaboración entre los sectores público y privado; una indefi-

---

<sup>286</sup> Tampoco cabe la oposición de ambas categorías por razones meramente temporales, alegando la conversión de la obra pública en infraestructura una vez culminada la construcción, como pretendía la Generalitat de Cataluña y fue expresamente desestimado por Sentencia del Tribunal Constitucional 65/1998, de 18 de marzo, en la que se afirma que “la Constitución no impone una interpretación que relegue el título relativo a las obras públicas a su mera construcción o financiación”, y que no permita comprender otros aspectos como la planificación, proyección, conservación, uso y explotación.

<sup>287</sup> Informe del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 2001, relativo al Anteproyecto de Ley reguladora de la Concesión de Obras Públicas.

nición que podría llegar a plantear importantes dudas interpretativas o de deslinde si el contrato se refiriera a una obra pública proyectada o ya existente.

## **B. Distribución competencial en materia de infraestructuras y obras públicas en el marco de la Constitución española y la reciente reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León**

La complejidad inherente a la delimitación y definición de un término tan amplio y polifacético como el de obras públicas se extiende también, qué duda cabe, al sistema constitucional de reparto de competencias en la materia, abocando al intérprete jurídico a un deslinde competencial casuístico, dada la multiplicidad y variedad de manifestaciones que encierra el concepto, si no se quiere desembocar en una “difuminación o dispersión inservible”<sup>288</sup>.

De ahí que el propósito de este trabajo no pueda ser el de fijar definitivamente el ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León en relación con todas y cada una de las obras públicas que pudieran emprenderse y/o gestionarse en su territorio, dado lo inabarcable de la tarea, sino el de identificar y analizar aquellos mimbres que, convenientemente entretejidos, habrán de delimitar las competencias tanto autonómicas como estatales en este ámbito particular.

Conviene reiterar de nuevo, en tal sentido, que el constituyente de 1978 se revela deudor, en materia de obras públicas, de la dualidad propia de nuestro Derecho histórico al incluir, en los listados competenciales de los artículos 148 y 149 de la Constitución, referencias a infraestructuras y obras públicas concretas y específicas junto a un título más amplio y genérico en la materia<sup>289</sup>.

<sup>288</sup> En expresión de VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: *Ejecución y financiación de obras públicas...*, op. cit., p. 153.

<sup>289</sup> De ahí que, siguiendo a SÁNCHEZ LAMELAS, A.: “Régimen de las infraestructuras: en especial las carreteras”, en MARTÍN REBOLLO, L. (Ed.): *Derecho Público de Cantabria*, Parlamento de Cantabria, Santander, 2003, p. 767, no quepa hablar, en materia de infraestructuras, de “un bloque material autónomo a efectos de su distribución competencial”.

Esta pervivencia del concepto general de obra pública junto a la sanción explícita de subconceptos o subcategorías que forman parte de su contenido dará lugar a la temprana calificación del título competencial que afecta al primero como “instrumental”, frente a los segundos de naturaleza, en cambio, “sustantiva”.

Gozarían, en consecuencia, conforme a este planteamiento, de un carácter en principio meramente instrumental los artículos 148.1.4º y 149.1.24º, en los que se permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias en materia de “obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio”, reservando al Estado, en cambio, la competencia exclusiva en aquellas otras “de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma”.

Así lo ha destacado, en particular, MUÑOZ MACHADO, para quien los preceptos citados no acotan para el Estado o las Comunidades Autónomas un campo concreto de la intervención de los poderes públicos, sino que hacen referencia, más bien, a un instrumento de actuación. La obra pública se erige así en “uno de los instrumentos que utilizarán el Estado o las Comunidades Autónomas para ejercer muchas de las competencias que aparecen consignadas en la Constitución y los Estatutos”, concretándose en tales casos el ámbito material de la competencia “por referencia a un objeto o asunto específico (desde la ordenación del territorio a la agricultura, desde los aprovechamientos hidráulicos a los aeropuertos, etc.)”<sup>290</sup>.

Y es que, al margen de estos preceptos, abundan también las referencias constitucionales a títulos sustantivos más concretos en materia de obras públicas e infraestructuras. Así, la mención expresa a ferrocarriles y carreteras (artículos 148.1.5º y 149.1.21º), iluminación de costas y señales marítimas, puertos y aeropuertos, control del espacio aéreo (artículos 148.1.6º y 149.1.20º) o aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos (artículos 148.1.10º y 149.1.22º).

Todo ello se completa, además, con el reconocimiento y la sanción constitucional de otros títulos competenciales de incidencia innegable en este ámbito, en particular, el reparto competencial en materia de ordenación del territorio y urbanismo (artículo 148.1.3º), montes y aprovechamientos forestales

---

<sup>290</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, op. cit., pp. 538 y ss.

(artículos 148.1.8º y 149.1.23º), protección del medio ambiente (artículos 148.1.9º y 149.1.23º), fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma de acuerdo con las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículos 148.1.13º y 149.1.13º) o el referido *supra* en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas (artículo 149.1.18º).

Esta amalgama de títulos competenciales, unida a la dificultad de precisar el contenido y la significación exacta de la expresión “obra pública”, aboca a una concreción competencial en función de cada caso particular, de la infraestructura de que se trate, en definitiva, y de los títulos que asistan en cada caso a la Comunidad Autónoma implicada para ejercer competencias en su planificación, construcción, explotación y/o financiación. El resultado podrá variar, en consecuencia, en función no sólo de la obra pública concretamente afectada sino del cierre de la distribución constitucional de competencias por que haya optado el Estatuto de Autonomía correspondiente.

Por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, corresponde a su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, desarrollar y delimitar con mayor precisión las competencias asumidas por la Comunidad en el marco de lo dispuesto, con carácter general, por los artículos 148 y 149 de la Constitución. Las sucesivas reformas que han afectado al texto estatutario, efectuadas por Leyes Orgánicas 11/1994, de 24 de marzo, 4/1999, de 8 de enero, y 14/2007, de 30 de noviembre, han incidido también, como no podía ser de otra forma, en el ámbito concreto de las competencias de la Comunidad en materia de obras públicas e infraestructuras, experimentándose en esta materia una lenta pero progresiva concreción, e incluso ampliación, de las competencias tanto legislativas como ejecutivas de la Región al respecto.

### **a. Título competencial genérico en materia de obras públicas**

La instrumentalidad del título competencial en materia de obras públicas que establece la Constitución en sus artículos 148.1.4º y 149.1.24º implica, en líneas generales, su desplazamiento en aquellos supuestos en que resulta aplicable un título de contenido sustantivo, esto es, aquellos títulos concretos, a los que se ha hecho ya referencia, en materia de infraestructuras y obras públicas determinadas o, en un sentido más amplio, aquellos otros que referidos a

materias genéricas engloban, sin citarlas y por la amplitud de su enunciado, todas las competencias en relación a la ejecución y explotación de las obras públicas precisas para la adecuada gestión competencial. Tanto en uno como en otro caso, la competencia sobre las obras públicas e infraestructuras correspondientes recae, en definitiva, sobre quien se erija en titular de la competencia sustantiva, ya sea en materia de aeropuertos, ferrocarriles, educación, sanidad, etc.<sup>291</sup>

Ahora bien, el ámbito material de las obras públicas e infraestructuras excede decididamente de los estrechos márgenes definidos por estos títulos sustantivos que acoge de forma expresa el texto constitucional, lo que dota, asimismo, de cierta "sustantividad" al título genérico de obras públicas recogido en los preceptos 148.1.4º y 149.1.24º<sup>292</sup>. En otras palabras, cabe imaginar supuestos concretos de obras públicas que no encajen en ninguno de los títulos competenciales específicos dispuestos al efecto por los artículos 148 y 149 de la Constitución, alzándose en este caso el reparto competencial en el ámbito abstracto o genérico de las "obras públicas" en el criterio efectivo para el deslinde de las correspondientes facultades estatales y autonómicas<sup>293</sup>. De esta manera, el título competencial genérico en materia de obras públicas se erige en un criterio supletorio o subsidiario, aplicable tan sólo en aquellos supuestos concretos en que no exista otro título, más específico, aplicable al reparto competencial en relación a la obra pública correspondiente.

De ahí que todos los Estatutos de Autonomía, también, como es lógico, el de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, hayan asumido expresamente en su articulado competencias en materia de obras públicas, tildadas de forma explícita en muchas ocasiones como exclusivas.

---

<sup>291</sup> Así, sostiene en idéntico sentido MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, op. cit., p. 539, que "cuando la competencia material específica es más amplia que la instrumental referida a las obras públicas el alcance de la competencia autonómica hay que medirla con arreglo a aquél patrón y no conforme a este". También en esta línea, BASOLS COMA, M.: *Las obras públicas y el urbanismo...*, op. cit., p. 26.

<sup>292</sup> Así lo subraya también la STC 65/1998, de 18 de marzo, FJ 8.

<sup>293</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, op. cit., p. 539. En este mismo sentido, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: *Ejecución y financiación de obras públicas...*, op. cit., p. 155.

Y así, el artículo 26.1.3º de la versión originaria del Estatuto de Autonomía de Castilla y León reconoce a la Comunidad competencia exclusiva respecto a las “obras públicas dentro de su territorio y que no sean de interés general del Estado ni afecten a otra Comunidad Autónoma”, sancionando expresamente en su artículo 29.1.8º la posibilidad de una futura ampliación competencial de la Comunidad en materia de “obras públicas y transportes terrestres no incluidos en el artículo 26 de este Estatuto”.

La primera reforma del Estatuto de Autonomía, en 1994, no supone, en este sentido, modificación alguna en cuanto al primero de los preceptos citados, si bien elimina el listado de competencias de posible asunción autonómica recogida hasta entonces en el artículo 29, dejando la ampliación competencial de la Comunidad a otras materias diversas a las enunciadas estatutariamente a discreción de la iniciativa autonómica o estatal, caso de optar, en este último supuesto, por la puesta en práctica de alguno de los instrumentos previstos en el artículo 150 de la Constitución.

La reforma posterior, llevada a cabo en 1999, sí supuso, en cambio, una matización del enunciado de las competencias exclusivas de la Comunidad en materia de obras públicas, al confiarle, ahora en el artículo 32.1.7º del Estatuto, las “obras públicas de interés para la Comunidad Autónoma dentro de su propio territorio”.

La actual redacción estatutaria sigue la estela iniciada por esta última modificación, al exigir también que las obras públicas de competencia autonómica sean de “interés para la Comunidad Autónoma”. Se incorpora con ello al Estatuto el doble criterio empleado por la Constitución para el reparto competencial en la materia. De un lado, la concreción del interés general o autonómico de la obra pública; de otro, el criterio de su territorialidad.

El Estatuto de Autonomía actualmente vigente conserva no sólo el enunciado de este apartado concreto, reconvertido ahora en el artículo 70.1.7º, sino también, por otra parte, la referencia expresa del artículo a las facultades que correspondería asumir a la Comunidad Autónoma en las materias que lista. Dada la asunción de competencias exclusivas por la Comunidad en los ámbitos a que se refiere el precepto, recaen sobre la Autonomía de Castilla y León las potestades legislativa y reglamentaria, así como la función ejecutiva al efecto, incluida, en este último caso, la inspección.

Ahora bien, conviene subrayar el carácter “marcadamente equívoco” con el que el adjetivo exclusivo ha sido empleado tanto en la Constitución como en

los Estatutos de Autonomía<sup>294</sup>. En este sentido, la afirmación por el texto estatutario de competencias exclusivas para la Comunidad Autónoma de Castilla y León en materia de obras públicas no ha de suponer, en ningún caso, la exclusión de competencias estatales al respecto, sino más bien su afirmación como punto de partida para el deslinde del ámbito competencial de la Comunidad<sup>295</sup>. Corresponden al Estado, en efecto, competencias que cabría calificar de esenciales, no sólo por la permanencia en su ámbito competencial de aquellas obras públicas que presentan un valor añadido de cara a la satisfacción de un interés general o nacional, como se verá *infra*, sino por la atribución, asimismo, al ámbito estatal de competencias que tienen una incidencia directa y fundamental en la materia, señaladamente, la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas.

En síntesis, corresponden a la Comunidad de Castilla y León competencias tanto normativas como ejecutivas en materia de obras públicas, si bien condicionadas, en primer lugar, por la incidencia en la materia de otros títulos competenciales<sup>296</sup>, ya sean títulos especiales de aplicación preferente, en particular, los títulos específicos para obras públicas concretas que recogen la Constitución y el texto estatutario, u horizontales referidos a materias conectadas directamente a su ejecución y explotación, concretamente, las competencias esenciales que corresponden al Estado en la regulación ambiental, urbanística o contractual y concesional. Asimismo, las competencias que corresponden a la Comunidad en aplicación del título genérico en materia de obras públicas se ven limitadas también, en segundo lugar, por el doble crite-

---

<sup>294</sup> Vid., en este sentido, la crítica efectuada por VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: *Ejecución y financiación de obras públicas...*, op. cit., pp. 156 y ss., quien denuncia la "indefinición constitucional" y el "oscurantismo" sobre la naturaleza de las competencias en materia de obras públicas, así como la doctrina citada al efecto por la autora.

<sup>295</sup> Destaca, en este sentido, el estudio sobre el contenido del artículo 149 de la Constitución de GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, 1982, *in toto*, y en particular, p. 74, donde subraya la funcionalidad de las competencias del artículo 149.1 de la Constitución como "determinantes de la estructura conjunta del sistema", esto es, "como factores de integración supraterritoriales capaces de articular y de mantener el conjunto".

<sup>296</sup> Razón por la que LÓPEZ RAMÓN, F.: "Artículo 35.1.5º", en BERMEJO VERA, J. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Ministerio de Administración Territorial e IEAL, Madrid, 1985, p. 378, alude al "marcado carácter residual" de esta competencia.

rio constitucional que establecen los artículos 148.1.4º y 149.1.24º en relación con el interés concreto de la obra y su ámbito territorial específico.

Dentro de los márgenes así dispuestos por la Constitución y el Estatuto de Autonomía no cabe duda alguna que la Comunidad Autónoma de Castilla y León goza tanto de la posibilidad de legislar, en sentido estricto, como de ejecutar la normativa aplicable en materia de obras públicas<sup>297</sup>, si bien haya declinado hacer uso, hasta el momento, de su potestad legislativa en materia de obras públicas, resultando, por tanto, de aplicación supletoria en el ámbito de la Comunidad lo dispuesto al efecto en la legislación estatal para la contratación, construcción, financiación y explotación de las obras públicas de competencia autonómica<sup>298</sup>.

## b. Interés general vs. interés de la Comunidad Autónoma

El reparto competencial en materia de infraestructuras y obras públicas resultado de la aplicación del título competencial genérico sancionado al efecto por los artículos 148.1.4º y 149.1.24º de la Constitución, pivota sobre dos condicionamientos esenciales: el alcance general, esto es, nacional, o meramente

<sup>297</sup> Así lo subraya, en particular, GARCÍA FERNÁNDEZ, J.: "Artículo 7", en TORRES DEL MORAL, A. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Extremadura*, UNED, Madrid, 1985, p. 92, quien insiste en las razones que avalan la reserva de potestades legislativas en materia de obras públicas, en este caso a la Comunidad de Extremadura, en el marco de la distribución competencial sancionada por la Constitución. Destaca al efecto, en cambio, la opinión de BASSOLS COMA, M.: *Las obras públicas y el urbanismo...*, op. cit., p. 26, para quien, si bien nada impide que Estado y Autonomías legislen, en el marco del reparto competencial en materia de obras públicas, sobre su "régimen jurídico o procedimental genérico", "habrá que presumir" que la Constitución contempla fundamentalmente su "faceta ejecutiva o de realización material".

<sup>298</sup> Tal y como se ha referenciado *supra*, han sido pocas las Comunidades que han optado por regular un régimen propio de construcción, explotación y financiación de obras públicas, apartándose de aquellos aspectos o regulaciones estatales no básicas en la materia. Destacan, en particular, la Ley 4/1997, de 24 de julio, de la Asamblea Regional de Murcia, de construcción y explotación de infraestructuras, pionera en la modernización y rehabilitación de la concesión de obra pública en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley 3/1991, de 7 de marzo, de Carreteras de la Comunidad de Madrid, o la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, que dedica al contrato de concesión de obras públicas uno de sus Capítulos. Vid., en este sentido, JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J.: *Obras públicas e iniciativa privada*, op. cit., pp. 280 y ss.; y RUIZ OJEDA, A.: *Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos. Un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 120 y ss.

autonómico del interés inherente a la obra, así como el ámbito territorial afectado en concreto por su construcción y explotación.

En efecto, de la interpretación conjunta de ambos preceptos constitucionales se desprende que el criterio básico de atribución de competencias en la materia es el del interés general o, por el contrario, puramente regional de la obra pública correspondiente, sin que quepa interpretar tal interés en clave exclusivamente territorial, pues de acuerdo al enunciado del último de los preceptos citados, si la obra "afecta" a más de una Comunidad Autónoma, independientemente de su ubicación concreta, la competencia será, en todo caso, estatal.

La apreciación del interés general de la obra pública correspondiente actúa, por tanto, como título de atribución de competencias al Estado, quedando abierto con ello el reparto competencial que establece la Constitución en la materia en tanto no exista una declaración formal del interés general o, por el contrario, meramente regional, de la obra pública o infraestructura de que se trate. Así lo reconoce y sanciona el Tribunal Constitucional en su Sentencia 68/1984, de 11 de junio, para el supuesto, en particular, de los aeropuertos declarados de interés general<sup>299</sup>.

Ante la ausencia de concreción constitucional, son varias las definiciones y construcciones doctrinales propuestas al efecto con el fin de aprehender el contenido y alcance del concepto. Así, la que ofrece, con carácter general, PIÑAR MAÑAS, al identificarlo con "la conveniencia o necesidad de carácter colectivo, en el orden material o de otro tipo que hace valer como propias el Estado-ordenamiento en el ámbito de lo dispuesto por la Constitución formal o sustancial"<sup>300</sup>. COSCULLUELA MONTANER hace hincapié, por su parte, en la diversidad de componentes que lo integran y en la dificultad de aislarlos unos de otros, lo que impide, en su opinión, "formular apriorísticamente una única definición cerrada del interés nacional, ni un catálogo exhaustivo de intereses nacionales"<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup> FJ 3.

<sup>300</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L.: *Las relaciones entre el Estado y las Regiones. La experiencia italiana*, Ministerio de Administración Territorial e IEAL, Madrid, 1986, p. 125.

<sup>301</sup> Si bien entiende, COSCULLUELA MONTANER, L.: "La determinación constitucional de las competencias...", op. cit., pp. 34 y ss., que entran en este concepto "los principios políticos básicos que define la Constitución, y particularmente el principio de unidad nacional, política, jurídica y económica; los principios en que se inspira la ordenación económica y social, o la contradicción de los fines perseguidos por una Región respecto de los señalados por los órganos del Estado para el conjunto de la nación en materia de su competencia".

Por lo que se refiere, en cualquier caso, al ámbito concreto de las obras públicas, no cabe sino subrayar la especial función de un criterio, el interés general, que, siguiendo a FERNÁNDEZ, T.R.: “incorpora, más bien, elementos cualitativos que hacen referencia a la importancia, alcance y trascendencia de la obra de que se trate y a la proyección de sus concretos efectos”<sup>302</sup>.

Ante el silencio del constituyente, no hay duda, y así ha sido subrayado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que corresponde al Estado un poder declarativo en la materia, en cuanto recae sobre él la apreciación y concreción en cada supuesto particular del concepto jurídico indeterminado de que se vale la Constitución, el interés general, para reservar al Estado competencias en materia de obras públicas, si bien lo parco del enunciado del artículo 149.1.24º al respecto plantea cuestiones de gran calado sobre la articulación concreta de esa declaración estatal<sup>303</sup>.

Son muchos los interrogantes abiertos, en este sentido, por la ausencia de una mayor concreción constitucional al efecto y, en particular, por las dificultades de control de ese poder declarativo del Estado. Destaca, entre todos ellos, fundamentalmente uno: ¿cabe la definición de obras públicas de interés general a través de normas reglamentarias o es precisa la aprobación en cada caso de una Ley para su declaración? El Estatuto de Autonomía de Castilla y León parece inclinarse por esta última opción, al diferir a la competencia estatal las obras públicas que tengan “la calificación legal de interés general del Estado”.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha subrayado al efecto el papel preponderante que corresponde, señaladamente, al legislador estatal, entre todos los poderes y órganos estatales, para identificar y concretar, discrecionalmente, la aplicación práctica de la expresión, en absoluto unívoca, del interés general

<sup>302</sup> FERNÁNDEZ, T.R.: “Las obras públicas”, op. cit., p. 2468.

<sup>303</sup> Así lo subrayan también, entre otros, BERNADÍ GIL, X.: “Los nuevos poderes de las Comunidades Autónomas sobre los puertos de interés general”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 52, septiembre-diciembre 1998, pp. 107 y ss.; SANZ GANDÁSEGUI, F.: “La articulación de las competencias del Estado en materia de obras públicas de interés general destinadas a infraestructuras de transporte con las competencias de las Comunidades Autónomas y las entidades locales; en especial la proyección de las competencias estatales en la ordenación del territorio y urbanismo: las Disposiciones adicionales segunda y tercera de la Ley de concesiones”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 341 y ss.; y, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: *Ejecución y financiación de obras públicas...*, op. cit., pp. 159 y ss.

a una obra pública en particular<sup>304</sup>. Así, la STC 40/1998, de 19 de febrero, sostiene, en relación a la infraestructura portuaria, que “puesto que el constituyente no ha precisado qué deba entenderse por «puerto de interés general», sin que pueda darse a la expresión un sentido unívoco, los órganos estatales –y muy singularmente el legislador– disponen de un margen de libertad para determinar en qué supuestos concurren las circunstancias que permiten calificar a un puerto como de interés general”<sup>305</sup>.

Discrecionalidad, que no arbitrariedad, por lo que la doctrina reivindica para el legislador estatal, en el juego de la jerarquía normativa entre Ley y Reglamento, la función de detallar y definir legalmente las condiciones objetivas que deben concurrir para que una obra pública sea declarada posteriormente por la Administración, bien a través de una norma reglamentaria, bien por un acto aplicativo de los requisitos legales fijados *ex ante*, como de interés general y, por tanto, de competencia estatal<sup>306</sup>.

El Tribunal Constitucional ha mantenido, en todo caso, una postura de cierta ambigüedad al respecto por cuanto afirma que la determinación competencial del Estado no se produce en tanto no se califique una obra pública o infraestructura concreta como de interés general, pudiendo las Comunidades Autónomas “impugnar eventualmente las calificaciones” si entienden que implican “extralimitación”, razón por la que sostiene que la concreta fijación de los criterios con los que haya de hacerse la calificación no supone delimitación competencial en sentido estricto e impide “entrar a examinar aquí si la fijación de los criterios de calificación ha de hacerse o no por ley”<sup>307</sup>.

Es más, en la medida en que no se desprende de los artículos 148 y 149 de la Constitución que la determinación del interés general corresponda tan sólo al legislador, “parece incluso posible”, en expresión del Alto Tribunal, “que, sin la determinación previa de criterios por parte de éste, el ejecutivo pueda calificar un puerto como de interés general”, en la medida en que si el Estado hiciera un uso extensivo de esta facultad que resultara contrario al orden cons-

---

<sup>304</sup> En particular, FFJJ 3 y 7 de la STC 227/1988, de 29 de noviembre.

<sup>305</sup> STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 17, reiterado de nuevo, respecto a las carreteras, por la STC 65/1998, de 18 de marzo.

<sup>306</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, op. cit., p. 541.

<sup>307</sup> STC 68/1984, de 11 de junio, FJ 3.

titucional de competencias “siempre cabrá, lógicamente, su impugnación jurisdiccional”<sup>308</sup>.

En efecto, la amplitud y flexibilidad con que se concibe, en principio, esta potestad estatal no impiden el control posterior de la decisión adoptada, “pues no cabe desconocer que la facultad atribuida por la Constitución al Estado para definir el interés general, concepto abierto e indeterminado llamado a ser aplicado a las respectivas materias, puede ser controlada, frente a posibles abusos y *a posteriori*” por el Tribunal Constitucional<sup>309</sup>, si bien esta labor de verificación resulta, precisamente por ello, mucho más difícil, quedando empañada la funcionalidad de este criterio del interés como parámetro constitucional por la ausencia de normas constitucionales que lo disciplinen y desarrollen<sup>310</sup>.

Y es que la indeterminación constitucional al respecto condena al sistema, y por ende al intérprete jurídico, a un continuo replanteamiento del reparto competencial en la materia, en cuanto no hay por qué concebir el interés general de la obra pública como un criterio estático e inmutable, pudiendo variar con el tiempo el reparto originariamente sancionado en función de que cambie la apreciación de su posible concurrencia<sup>311</sup>.

Ahora bien, la declaración, en cualquier caso, del interés general de una obra pública no implica, bajo ningún concepto, su absorción por el ámbito

---

<sup>308</sup> STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 19. Y así, concluye el Tribunal, FJ 21, que la mera enumeración de los puertos de interés general, sin concretar la circunstancia o circunstancias que concurren en cada uno de ellos, “no supone, por sí mismo, vulneración alguna de la Constitución, ni quebranto del principio de seguridad jurídica, pues nada impide a las Comunidades Autónomas afectadas su impugnación si consideran que alguno de los puertos mencionados no reúne ninguna de las referidas circunstancias”.

<sup>309</sup> STC 68/1984, de 11 de junio, FJ 4. En idéntico sentido, STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 17, en la que se afirma que corresponde al Tribunal tan sólo “un control externo, en el sentido de que su intervención se limita a determinar si se han transgredido los márgenes dentro de los cuales los órganos del Estado pueden actuar con libertad”.

<sup>310</sup> De ahí las críticas vertidas por BERNADÍ GIL, X.: “Los nuevos poderes de las Comunidades Autónomas...”, op. cit., pp. 110 y ss., para quien el criterio “genera un alto grado de inseguridad, encierra una indudable *vis* expansiva y, en la práctica, despoja a las Comunidades Autónomas de medios efectivos de defensa”. Se ha mostrado también crítico con este criterio de reparto competencial, BERMEJO VERA, J.: “El «interés general» como parámetro de la jurisprudencia constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 10, vol. 2, 1984, pp. 103 y ss.

<sup>311</sup> En idéntico sentido, BAYONA I ROCAMORA, A.: “Interés, distribución de competencias y armonización en el sistema autonómico español”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 10, vol. 1, 1984, p. 28; y MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas...*, op. cit., p. 542.

competencial del Estado y la exclusión de cualquier posibilidad de actuación autonómica al respecto. No hay que olvidar que sobre un mismo espacio físico recaen distintos títulos competenciales, lo que exige compatibilizar intereses estatales y autonómicos cuando confluyen competencias materialmente autonómicas<sup>312</sup>. Esta confluencia competencial ha sido admitida por el Tribunal Constitucional, que la entiende posible “cuando recayendo sobre el mismo espacio físico las competencias concurrentes tienen distinto objeto jurídico”, si bien la restringe a los supuestos en que “el ejercicio de la competencia de la Comunidad Autónoma no se interfiera en el ejercicio de la competencia estatal ni lo perturbe”<sup>313</sup>.

No en vano, corresponde al ordenamiento jurídico en su conjunto, esto es, a la legislación tanto general, en materia de contratación, expropiación, medio ambiente, etc., como sectorial, referida, entre otros, a carreteras, puertos, aeropuertos, ferrocarriles o aguas, definir el alcance de las competencias reservadas al Estado y de las posibles atribuciones autonómicas que, derivadas de otros títulos competenciales diversos, pudieran influir sobre la categoría de obras públicas de interés general<sup>314</sup>.

---

<sup>312</sup> Así lo sanciona tempranamente el Tribunal Constitucional en su Sentencia 68/1984, de 11 de junio, FJ 6, al sostener que “el ejercicio de las competencias estatales”, en este caso en materia aeronáutica, “no puede ir en detrimento” de otras competencias autonómicas. De ahí que BELADIEZ ROJO, M.: “Grandes infraestructuras. Régimen general”, en JIMÉNEZ-BLANCO, A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J.: *El Estado de las Autonomías. Los sectores productivos y la organización territorial del Estado*, SOPEC, Madrid, 1997, Tomo IV, p. 3375, haya propuesto la identificación del concepto “interés general” con el de interés suprarregional, delimitándose este último en función de lo dispuesto en los artículos 148 y 149 de la Constitución, al entender la autora que en estos preceptos se ha efectuado ya “la determinación de las materias que son de interés regional o las que superan este ámbito”. De lo contrario, se podrían vulnerar, a su juicio, las competencias autonómicas, “ya que, por el fácil mecanismo de declarar una obra de interés general, el Estado podría privar a una Comunidad Autónoma de llevar a cabo una actuación sobre materias que son de su competencia”.

<sup>313</sup> STC 77/1984, de 3 de julio, FJ 2.

<sup>314</sup> Así lo resalta, en particular, BASSOLS COMA, M.: *Las obras públicas y el urbanismo...*, op. cit., p. 27. En cualquier caso, la concurrencia y compatibilización de competencias estatales y autonómicas en materia de obras públicas debe respetar, siempre y en todo caso, el reducto mínimo que corresponde, respectivamente, a cada instancia territorial, tratándose de competencias irrenunciables que no podrá asumir, aun en caso de su no ejercicio, quien no se erija en titular, a la luz del texto constitucional y estatutario correspondiente, de esas funciones. Así lo ha sancionado recientemente el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 30 de abril de 2003 (Ar. 3758), al confirmar la anulación del Acuerdo de la Comisión de Urbanismo de Tarragona, de 28 de junio de 1995, relativo a formulación de Plan Especial de infraestructura ferroviaria para el tren de alta velocidad Madrid-Barcelona-Frontera Francesa, de adaptaciones al planeamiento de municipios afectados y suspensión de licencias.

De ahí el papel absolutamente preponderante que corresponde en este ámbito a la colaboración y coordinación interadministrativa, principios sancionados expresamente por la Disposición adicional segunda de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora de la Concesión de Obras Públicas, que reconoce e impone a las diferentes Administraciones Públicas “deberes de recíproca información y de colaboración y cooperación mutuas en el ejercicio de sus actuaciones de planificación y construcción de obras públicas, según lo establecido por el ordenamiento vigente”<sup>315</sup>.

No obstante, la tutela del interés general que atribuye la Constitución a la competencia estatal en materia de obras públicas tiene también su reflejo en esta materia, en cuanto el segundo párrafo del primer apartado de la Disposición adicional citada, atribuye al Estado el poder de dirimir conflictos coordinando planes estatales y autonómicos en la materia, al disponer que “si los procedimientos de colaboración resultaran ineficaces, y cuando se justifique por la incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, el Estado, en el ejercicio de su competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, podrá coordinar los planes de obras públicas competencia de las Comunidades Autónomas con los planes de obras públicas de interés general”<sup>316</sup>.

<sup>315</sup> Subraya especialmente el significado e implicaciones de la coordinación entre las competencias estatales, autonómicas y locales en materia de obras públicas, SANZ GANDÁSEGUI, F.: “La articulación de las competencias del Estado en materia de obras públicas de interés general...”, op. cit., pp. 340 y ss.

<sup>316</sup> La atribución al Estado de un poder de coordinación en la materia y el recurso a los títulos competenciales citados de forma expresa por la Disposición adicional segunda de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, han sido sancionados por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 118/1996, de 27 de junio, sobre la constitucionalidad de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, 40/1998, de 19 de febrero, sobre la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y 65/1998, de 18 de marzo, sobre la adecuación constitucional de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras. Conforme a la primera de ellas, FJ 11, la competencia de coordinación que se reserva al Estado “persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema”, por lo que “la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema”. Todo ello con el límite infranqueable, de acuerdo con el FJ 9 de la STC 103/1989, de 8 de junio, de que “en el ejercicio de dicha competencia no resulten vaciadas de contenido o limitadas irrazonablemente las correspondientes competencias autonómicas”.

### c. El criterio de la territorialidad

Conforme al artículo 70.1.7º de nuestro Estatuto de Autonomía, la Comunidad de Castilla y León tiene “competencia exclusiva” en materia de “obras públicas de interés para la Comunidad Autónoma dentro de su propio territorio que no tengan la calificación legal de interés general del Estado ni afecten a otra Comunidad Autónoma”.

El texto estatutario recoge así los dos criterios básicos de reparto competencial que establecen en este ámbito los artículos 148.1.4º y 149.1.24º de la Constitución. De un lado, el interés innato a la obra, recayendo en el ámbito competencial del Estado aquellas obras públicas que, independientemente de su ámbito territorial concreto, fueran declaradas de interés general del Estado, y de otro, el criterio de territorialidad que confía a la competencia autonómica las obras públicas realizadas dentro de los límites de su territorio.

De la lectura conjunta de los citados preceptos constitucionales y estatutarios se infiere, no obstante, la imposibilidad de separar de forma estricta ambos criterios, que se entrecruzan para dar lugar a un sistema único en el que no caben interpretaciones absolutas de ninguno de los dos. Así, por lo que se refiere a la competencia estatal, abarca no sólo las obras públicas expresamente calificadas de interés general, independientemente de su ubicación territorial concreta, sino también aquellas otras que, sin necesidad de contar con esta declaración, excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma para adentrarse en otra o que, sin exceder del ámbito de una Autonomía, afecten directamente a otra<sup>317</sup>. Por el contrario, las obras que, sin exceder del estricto perímetro territorial de una Autonomía y sin afectar a otra Comunidad Autónoma, carezcan de la declaración formal de su interés general,

---

<sup>317</sup> Sobre la interpretación del término “afección” y la exigencia del Tribunal Constitucional de que su aplicación no suponga un vaciamiento competencial o de funciones en el ámbito material correspondiente, vid., en particular, la STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8. COSCULLUELA MONTANER, L.: “La determinación constitucional de las competencias...”, op. cit., p. 38, se refiere, por su parte, al concepto de interés suprarregional o interregional, que alude “a la incidencia de determinadas competencias regionales en intereses de otras Comunidades Autónomas”, lo que remite su “composición” a la competencia estatal.

revelándose, por tanto, de interés meramente regional<sup>318</sup>, se integran dentro del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, en este caso concreto de la Comunidad de Castilla y León.

Se unen, por tanto, en un mismo ámbito material dos criterios de reparto competencial fundados, respectivamente, en la calificación y la territorialidad de la obra. Las cuestiones planteadas por el primero han sido analizadas ya; menos problemas plantea el segundo, que no cabe interpretar, sin embargo, en términos absolutos. No sólo por la posibilidad de que una obra intraautonómica sea declarada de interés general y excepcionada, por tanto, de la competencia autonómica, sino por la necesidad, sentida y declarada en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional, de que las competencias autonómicas en la materia se ordenen de tal forma que hagan posible la unidad de mercado y faciliten los servicios interterritoriales o nacionales de la misma clase<sup>319</sup>.

Es un hecho indudable que las obras públicas e infraestructuras, señaladamente de transporte, tienden a integrarse en redes más amplias, lo que supone necesariamente, en expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA, "un cierto grado de articulación, aun cuando no sea estrictamente jerárquica"<sup>320</sup>. De ahí que la doctrina haya criticado, con razón, la técnica de distribución competencial sobre concretas infraestructuras de transporte y comunicaciones que realizan diversos

---

<sup>318</sup> La exigencia expresa de un interés autonómico o regional implica la existencia de un interés específico para la Comunidad, independientemente del interés no sólo nacional, sino también provincial o municipal de la obra pública o infraestructura de que se trate. Se trata, en opinión de CORNO CAPARRÓS, L.: "Artículo 31.13", en MARTÍN MATEO, R. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma Valenciana*, Ministerio de Administración Territorial e IEAL, Madrid, 1985, p. 271, de una concreción del criterio general de atribución competencial que figura en el artículo 137 de la Constitución, confirmado por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia. En idéntico sentido, condicionando el interés regional de la obra a que tenga por objeto alguna de las materias expresamente atribuidas a la Comunidad Autónoma por su Estatuto, COSCULLUELA MONTANER, L.: "La determinación constitucional de las competencias...", op. cit., p. 15.

<sup>319</sup> Así, señaladamente, respecto a las infraestructuras y servicios tanto de transporte terrestre, en particular carreteras, como portuario, SSTC 118/1996, de 27 de junio, 40/1998, de 19 de febrero, y 65/1998, de 18 de marzo.

<sup>320</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "La significación de las competencias exclusivas...", op. cit., p. 90.

apartados de los artículos 148 y 149 de la Constitución en función del territorio sobre el que discurren, en la medida en que aquéllas se integran en redes que deben reputarse ininterrumpidas<sup>321</sup>.

De ahí también, que el régimen de reparto competencial en la materia y consiguiente traspaso de funciones y servicios a las Comunidades Autónomas se haya asentado, en la práctica, en un sistema que altera, ligeramente, las consecuencias derivadas de una interpretación literal de los criterios constitucionales enunciados, al menos en el ámbito concreto de las infraestructuras de transporte terrestre, por cuanto se ha procedido a transferir a las Autonomías la gestión de los tramos que transcurren por sus territorios, independientemente, en muchas ocasiones, de sus puntos de origen y destino, situados *stricto sensu* fuera del ámbito territorial de la Comunidad, reteniendo el Estado íntegras sus facultades de planificación, proyección y construcción de nuevas vías de interés nacional y asumiendo a cambio las Comunidades Autónomas la obligación de observar las normas técnicas del Estado sobre construcción, conservación y explotación, no sólo en la gestión de las cedidas sino en la construcción de las nuevas que emprendieran, así como de coordinar con el Estado sus proyectos por cuanto se integran en una red con vocación de continuidad y homogeneidad<sup>322</sup>.

---

<sup>321</sup> Vid., por todos, ÁLVAREZ PABLOS, A.: "Artículo 27.8", en CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*, MAP, Madrid, 1991, pp. 385 y ss.; BLASCO, A.: "Artículo 13.10", en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Ministerio para las Administraciones Públicas e IEAL, Madrid, 1987, p. 161; y, en particular, MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas...*, op. cit., pp. 542 y ss., quien califica al criterio de deslinde territorial, de complicado y "apurando las calificaciones", de "un poco absurdo desde la perspectiva de la correcta administración de los servicios".

<sup>322</sup> Así lo destaca, tempranamente, MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas...*, op. cit., p. 543. Por lo demás, este esquema de distribución competencial se traduce, en el ámbito de las carreteras y por lo que se refiere al caso concreto de la Comunidad de Castilla y León, en el Real Decreto 956/1984, de 11 de abril, de traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de carreteras, que se completa, en materia de cooperación y coordinación interterritorial, con la modificación de medios materiales adscritos a los servicios del Estado traspasados en materia de carreteras, efectuada por Real Decreto 470/1989, de 28 de abril.

#### d. Títulos competenciales específicos en materia de infraestructuras y obras públicas

Junto al título competencial genérico que sanciona la Constitución española en materia de obras públicas, los artículos 148 y 149 del texto constitucional recogen otros referidos, en particular, a obras e infraestructuras concretas, fundamentalmente de transporte, continuando así la tradición iniciada por la legislación decimonónica liberal de reservar a la competencia de los poderes públicos y otorgar, por tanto, especial significado y consideración, por su repercusión indudable sobre el progreso económico, a aquellas obras públicas destinadas al transporte de personas o mercancías<sup>323</sup>.

Sobresalen así, en particular, los artículos 148.1, apartados 5º, 6º y 10º, y 149.1, 21º y 22º, de la Constitución. Conforme al primero de estos preceptos, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de “ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios o por cable”, “los puertos de refugio, los puertos y aeropuertos deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales”, así como “los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma: las aguas minerales y termales”.

El artículo 149 reserva, en cambio, a la competencia exclusiva del Estado los “ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; régimen general de comunicaciones: tráfico y circulación de vehículos a motor: correos y telecomunicaciones: cables aéreos, submarinos y radiocomunicación”, junto con “la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran

---

<sup>323</sup> Así lo subraya también, en concreto, GARRIDO, N.: “El régimen de las obras públicas, las carreteras y los transportes terrestres en Castilla-La Mancha”, en ORTEGA, L. (Dir.): *Derecho Administrativo autonómico de Castilla-La Mancha*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, p. 544. Sobre la legislación de obras públicas del siglo XIX, en particular, la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, su filosofía inspiradora y protagonismo otorgado, en este sentido, a las infraestructuras de transporte, vid. CASARES MARCOS, A.: *La concesión de obras públicas a iniciativa particular...*, op. cit.

por más de una Comunidad Autónoma y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial”.

La asunción de competencias al respecto por parte de la Comunidad Autónoma de Castilla y León encuentra acomodo en su Estatuto de Autonomía, cuyos artículos 70.1, apartados 8º y 9º, y 75.4 atribuyen a la competencia exclusiva de la Comunidad los “ferrocarriles, carreteras y caminos que transcurran íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, los transportes terrestres, fluviales, por cable o tubería. Centros de transporte, logística y distribución en el ámbito de la Comunidad”, “aeropuertos, helipuertos, muelles e instalaciones de navegación de carácter deportivo y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales” y, en última instancia, los “proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; aguas minerales, termales y subterráneas, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos”, cuando las aguas “discurran íntegramente dentro del territorio de Castilla y León”. Asimismo, el artículo 76.10º, confía a la Comunidad, “en los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que en su desarrollo dicte el Estado”, la función ejecutiva sobre los “aeropuertos y helipuertos con calificación de interés general cuya gestión directa no se reserve el Estado”.

Las obras citadas explícitamente en el Estatuto –ferrocarriles, carreteras y caminos, aeropuertos y helipuertos, aprovechamientos hidráulicos y canales– constituyen títulos competenciales independientes entre sí, si bien indudablemente unidos por su vocación y naturaleza como infraestructuras destinadas al transporte. No todas tienen, no obstante, la misma importancia y trascendencia práctica para la Comunidad. Algunas por razones evidentes, así, la decadencia del Canal de Castilla como vía de transporte fluvial de mercancías y la inexistencia de alternativas válidas en idéntico sentido, otras, en cambio, por su escasa entidad práctica, señaladamente, la ausencia de transportes ferroviarios o por cable exclusivamente intraautonómicos y la reducida repercusión de los pequeños aeródromos deportivos que caen dentro del ámbito competencial de la Comunidad. En definitiva, en Castilla y León ocupa un lugar preeminente y primordial, desde hace tiempo, el transporte por carretera, motivo que explica y justifica la atención, asimismo relevante, que le ha dispensado el legislador autonómico con la aprobación de la Ley 2/1990, de 16 de marzo, de Carreteras de la Comunidad de Castilla y León.

## a' Ferrocarriles, carreteras y caminos

El enunciado del artículo 70.1.8º del actual Estatuto de Autonomía de Castilla y León conjuga, en particular, el criterio de la territorialidad para atribuir a la competencia exclusiva de la Comunidad los ferrocarriles, carreteras y caminos que transcurran íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma.

La integración, sin embargo, de la infraestructura ferroviaria de la Comunidad en una red de alcance nacional y la inexistencia, por tanto, de vías ferroviarias de trazado meramente intraautonómico restan, por el momento, virtualidad al reparto competencial en la primera de las materias citadas.

No ocurre así, no obstante, con el título relativo a carreteras y caminos, al que el legislador autonómico ha prestado una atención especial con la aprobación de la Ley 10/2008, de 9 de diciembre, de Carreteras de Castilla y León, que sustituye a la anterior 2/1990, de 16 de marzo<sup>324</sup>. Modificada en parte de su enunciado por Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León, regula la planificación, proyección, construcción, conservación, financiación, uso y explotación de las vías autonómicas, provinciales y municipales de competencia regional, esto es, de todas las carreteras con itinerario comprendido íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, que no estén reservadas a la titularidad del Estado<sup>325</sup>.

Además de establecer el régimen de estas carreteras, la Ley se refiere expresamente a la coordinación administrativa en la materia, regulándose la Comisión de Carreteras de Castilla y León, formada por representantes de la Junta de Castilla y León y de las corporaciones locales de la Comunidad, elegidos por la Federación Regional de Municipios y Provincias de Castilla y León.

<sup>324</sup> El texto legal de 1990 responde a la derogación de la Ley 51/1974, de 19 de diciembre, de Carreteras, y del Reglamento para su aplicación, de 8 de febrero de 1977, y pretende evitar la aparición de un vacío legal al fin de su vigencia.

<sup>325</sup> Su objeto está definido de forma muy amplia, considerándose carreteras, en el artículo 1, "las vías de dominio y uso público proyectadas y construidas fundamentalmente para la circulación de vehículos automóviles".

Ahora bien, al margen de lo expuesto hasta aquí, el Tribunal Constitucional ha sancionado el particular reparto competencial del que parte en la materia la legislación estatal, concretamente, la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, al separarse del criterio exclusivamente territorial alojado en los artículos 148.1.5º y 149.1.21º de la Constitución, e incorporado al artículo 70.1.8º del Estatuto de Autonomía, para asumir el del interés general de la carretera correspondiente, ratificando así lo enunciado *supra* respecto al reparto competencial genérico en materia de obras públicas.

Y así, recuerda, en su Sentencia 132/1996, de 22 de julio, la configuración del territorio “como elemento delimitador de las competencias de los poderes públicos territoriales [...], y, en concreto, como delimitador de las competencias de las Comunidades Autónomas en su relación con las demás Comunidades y con el Estado (STC 99/1986)”, afirmando la atribución competencial en el supuesto de las redes viarias de transporte (ferrocarriles y carreteras) “por la concurrencia de dos criterios, el territorio y el interés, que, eventualmente, pueden yuxtaponerse, aun cuando, igualmente, puedan operar de modo autónomo o no convergente”<sup>326</sup>.

Por lo demás, sostiene el Alto Tribunal, en la STC 65/1998, de 18 de marzo, que “resulta conforme con el orden constitucional y estatutario de «competencias en materia de carreteras», una distribución que venga a reconocer la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas sobre todas aquellas carreteras que pasen o discurran por su territorio (superando el criterio rígido de la integridad del itinerario), a excepción de las integradas en la Red de Carreteras del Estado por razones de interés general”, señalando, por lo demás, que “esta materia resulta especialmente idónea para el establecimiento de fórmulas de colaboración, tanto entre las propias Comunidades Autónomas como entre las Comunidades Autónomas y el Estado, dentro del mutuo respeto de las respectivas competencias en el marco flexible establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía”<sup>327</sup>.

---

<sup>326</sup> FJ 4.

<sup>327</sup> FJ 11. Este principio de colaboración había sido reivindicado ya explícitamente por el Tribunal Constitucional al hilo del conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de Castilla y León frente al Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria por el que se ponían en conocimiento de aquél diversos extremos atinentes a la construcción de la carretera C-628, Reinosa-Potes, dando origen a la STC 132/1996, de 22 de julio.

## b' Aeropuertos, helipuertos, muelles e instalaciones de navegación

Conforme al artículo 148.1.6º de la Constitución las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en puertos de refugio, puertos y aeropuertos deportivos y los que, en líneas generales, no desarrollen actividades comerciales. Consiguientemente, el Estatuto de Autonomía de Castilla y León atribuye a la Comunidad en su redacción originaria de 1983 competencias exclusivas sobre “aeropuertos y helipuertos” que cumplan este requisito particular, guardando silencio, por razones obvias, sobre las infraestructuras portuarias.

El enunciado de este título competencial permanece invariable hasta la última reforma estatutaria, que ha optado por su ampliación al sancionar de manera decidida en el artículo 70.1.9º la competencia exclusiva de la Autonomía en materia de “aeropuertos, helipuertos, muelles e instalaciones de navegación de carácter deportivo y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales”. Además, corresponde también a la Comunidad, en función del artículo 76.10º del Estatuto, la función ejecutiva respecto a los “aeropuertos y helipuertos con calificación de interés general cuya gestión directa no se reserve el Estado”<sup>328</sup>.

Cabe constatar, en consecuencia, una tendencia constante a la asunción progresiva de mayores competencias en materia aeroportuaria y portuaria acorde, por otra parte, con el nuevo y destacado papel que vienen desempeñando desde fechas recientes este tipo de infraestructuras en el crecimiento de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, desde una perspectiva que no atañe exclusivamente al transporte de pasajeros o mercancías sino que afecta también, muy especialmente, al potencial turístico y a la promoción de la Comunidad.

Así, con la última incorporación del aeropuerto de Villafraía, en Burgos, a la red de aeropuertos de interés general gestionados por AENA, son cuatro los aeropuertos públicos de estas características operativos en la Comunidad, en

<sup>328</sup> El Real Decreto 2858/1981, de 27 de noviembre, sobre calificación y gestión de aeropuertos civiles, regula las condiciones que deben cumplir los aeropuertos civiles para recibir la calificación de aeropuertos de interés general, a efectos de lo dispuesto en el artículo 149.1.20º de la Constitución.

particular, y junto al citado aeródromo burgalés, los de la Virgen del Camino, en la provincia de León, Villanubla, en Valladolid, y Matacán, en Salamanca.

No cabe duda del gran impulso experimentado por estos aeropuertos en los últimos años, consecuencia, entre otros factores, de la importante política de modernización emprendida en este sentido, al amparo del Protocolo Viaria 2001-2010, suscrito con el entonces Ministerio de Fomento, y asumida personalmente por el Consejero de Fomento, durante su exposición en el Parlamento regional de las líneas maestras que habrían de presidir su actuación a lo largo de la anterior legislatura<sup>329</sup>. A ello se suma, además, el importante fomento que ha supuesto para estas infraestructuras en particular y para la Comunidad en general, la constitución de sendos consorcios para la gestión de la promoción de los aeropuertos de León y Valladolid, que han redundado, indudablemente, en una estrecha colaboración entre las Administraciones territoriales, locales y autonómica, implicadas en su funcionamiento y dinamización<sup>330</sup>.

En cualquier caso, AIP España, publicación básica de la División de Información Aeronáutica de AENA<sup>331</sup>, recoge en sus páginas, actualizadas a 21 de octubre de 2010, el índice de aeródromos y helipuertos existentes en la Comunidad. Clasificados en distintos grupos, cabe apreciar, junto a los cuatro aeropuertos públicos de interés general de la Comunidad, la existencia de diversos aeródromos privados<sup>332</sup> y la coexistencia, en León, Salamanca y Valladolid, de

---

<sup>329</sup> Diario de Sesiones de las Cortes de Castilla y León, VI Legislatura, Comisiones, núm. 21 de 2003.

<sup>330</sup> Vid., en este sentido, el Decreto 206/2000, de 5 de octubre, por el que se aprueban los Estatutos del Consorcio para la Gestión de la Promoción del Aeropuerto de León, así como el Acuerdo 16/2003, de 30 de enero, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban los Estatutos del Consorcio para la Promoción del Aeropuerto de Valladolid y se le concede una subvención directa.

<sup>331</sup> Dependiente, a su vez, de la Dirección de Navegación Aérea.

<sup>332</sup> Entre los aeródromos privados radicados en Castilla y León relacionados en *AIP España*, actualizada a 21 de octubre de 2010, destacan los segovianos de Campolara, E. Castellanos-Villacastín, Fuentemilanos, La Nava-Corral de Ayllón y Santo Tomé del Puerto, así como los vallisoletanos de El Carrascal, Matilla de los Caños y Torozos, Garray en Soria o el de Madrigalejo del Monte en Burgos.

los usos civil y militar que ha implicado la apertura de las correspondientes bases militares aéreas, administradas por el Ejército del Aire, al tráfico civil<sup>333</sup>.

La última reforma estatutaria amplía, en cualquier caso, el enunciado del título competencial hasta entonces vigente en materia aeroportuaria para referirse de forma expresa, al margen de aquellas infraestructuras concretas, a los muelles e instalaciones de navegación de carácter deportivo y, en general, a los que no desarrollen actividades comerciales. Si bien es cierto que la ausencia de litoral en la Comunidad implica la forzosa inexistencia de puertos marítimos, no cabe olvidar el significado que ha tenido en Castilla el transporte fluvial ni la proliferación en fechas recientes de instalaciones deportivas en aguas continentales, señaladamente en pantanos, para el aprendizaje y la práctica de diversos deportes acuáticos<sup>334</sup>.

Cabe augurar el crecimiento y la expansión de esta última faceta en detrimento de la primera, que si bien reivindicada por la Unión Europea por sus menores costes ambientales frente al transporte por carretera, ha caído hoy en desuso en Castilla y León tras el auge decimonónico y posterior decadencia del Canal de Castilla como vía de transporte del cereal producido en las zonas de interior hasta el puerto de Santander, destinado actualmente al regadío y abastecimiento de agua de las poblaciones cercanas, así como a ciertos usos turísticos, señaladamente paseos en barco, durante la temporada estival<sup>335</sup>.

---

<sup>333</sup> Al margen de los recogidos expresamente como aeródromos y helipuertos, ya sean públicos o privados, por AIP España, existen otros en la Comunidad que quedan fuera, en cuanto campos de vuelo de menor entidad y tamaño, de la relación anterior confeccionada por la División de Información Aeronáutica. Así, sin afán exhaustivo, los abulenses de El Salobral (Valle Amblés), Lanzahita, Piedrahita y Sanchidrián; los burgaleses de Fontioso, Medina de Pomar (forestal) y Villalambros de Losa; los leoneses de Celada, Chozas de Abajo, Grandoso, Sahecheros (forestal), Santa María del Páramo y Villamarco; los palentinos de Cillamayor, Fuentes de Nava, Herrera de Pisuerga, Palencia, Villaumbrales y Villoldo; los salmantinos de Béjar y Calzada de Valdunciel; los segovianos de Arcones, Gallegos y Marugán, todos ellos de emergencia, así como La Salceda (forestal), Muñopedro-Campolara y Somosierra; los sorianos de Covaleda (forestal) y Garray-Numancia (emergencia); los vallisoletanos de Alcazaren, Campaspero, La Mudarra, Mojados y Santervas-La Cerra y los zamoranos de Navianos de Valverde (El Raso) y Rosinos de la Requejada (forestal).

<sup>334</sup> Destacan, en este sentido, los usos deportivos en diversos canales naturales o artificiales de Castilla y León, así como los embarcaderos construidos al efecto en distintos cursos fluviales y pantanos, entre otros, y sin ánimo exhaustivo, en los embalses de El Burguillo, en Ávila, Arija, en Burgos, Riaño y Luna, en León, o Santa Teresa, en Salamanca.

<sup>335</sup> Vid., en este sentido, el completo y minucioso trabajo al respecto de SOSA WAGNER, F.: "El Canal de Castilla: alba y aflicción de una obra pública", op. cit., pp. 443 y ss.

## c' Aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos

El último de los títulos competenciales específicos que recoge la Constitución en materia de obras públicas se refiere al ámbito hidráulico y encuentra acomodo en los artículos 148.1.10º y 149.1.22º de la Constitución. Conforme al primero, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias respecto a “los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma”, quedando, en cambio, para la competencia exclusiva del Estado, de acuerdo al enunciado del segundo de los preceptos citados, “la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma”.

Parece quedar un tanto desplazado, a tenor de este enunciado, el criterio del interés general empleado por los artículos 148.1.4º y 149.1.24º de la Constitución para deslindar las competencias estatales y autonómicas en materia de obras públicas, en cuanto “puede afirmarse que la propia Constitución ha concretado en relación con las obras hidráulicas, lo que es de interés general, remitiéndose al criterio de que las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma”, si bien dejando el terreno abonado para una amplia cooperación entre Estado y Comunidades Autónomas limítrofes afectadas, en su caso, por la construcción o gestión de una obra hidráulica concreta. Y es que la plena disponibilidad autonómica de sus aguas habría de repercutir, sin lugar a dudas, en la política hidráulica general<sup>336</sup>.

El reparto queda, en consecuencia, sumamente mediatizado por la interpretación y aplicación práctica de los criterios concretos de territorialidad e interés general en este ámbito. No en vano, la instrumentalidad predicable de toda obra pública es aún más notoria en el caso de las obras hidráulicas, en la medida en que se revelan como el medio necesario e indispensable para garantizar el aprovechamiento de los recursos hídricos a que se refiere en otro título competencial distinto la Constitución<sup>337</sup>.

---

<sup>336</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas...*, op. cit., pp. 530 y ss.

<sup>337</sup> Así lo subraya MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “Régimen jurídico de las obras hidráulicas: su incorporación por la Ley 46/1999 a la Ley de Aguas”, en EMBID IRUJO, A., *La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*, Civitas, Madrid, 2000, p. 42.

Ahora bien, la referencia al reparto competencial en materia de obras hidráulicas no quedaría completa sin hacer mención del resto de los títulos competenciales que inciden de forma decisiva en la distribución y determinación del ámbito competencial estatal y autonómico correspondiente. No en vano, convergen sobre los recursos hidráulicos otras múltiples actividades, por lo que los títulos específicos en materia de aguas, artículos 148.1.10º y 149.1.22º de la Constitución, no agotan por sí solos el sistema de distribución competencial<sup>338</sup>.

Así, si la cuenca es intercomunitaria, la competencia autonómica en materia de obras públicas debe quedar subordinada a la decisión del titular estatal competente sobre la concesión de los recursos correspondientes. Si la cuenca es, por el contrario, intracomunitaria, la competencia autonómica sobre los recursos hidráulicos puede verse obligada a ceder ante el interés general de la obra planificada o proyectada. El resultado de la confluencia de títulos competenciales diversos y de los criterios de territorialidad e interés de la obra pública correspondiente se traduce, en consecuencia, en un entramado competencial complejo en materia de aguas continentales, que excede con mucho del ámbito de este proyecto de investigación, y que exige, en cualquier caso, un escrupuloso respeto al reparto constitucional y estatutariamente sancionado a fin de guardar el preciso equilibrio y evitar desapoderamientos *de facto* amparados en la invocación de títulos competenciales diversos y encontrados en la materia<sup>339</sup>.

A la complejidad que implica, por tanto, la correspondiente determinación y necesaria conciliación de los criterios de territorialidad e interés en la exégesis de los títulos competenciales en materia de obras públicas se suma, por lo que al ámbito hidráulico se refiere, una dificultad interpretativa aún mayor por el entrecruzamiento de títulos competenciales diversos en un tema tan espinoso y polémico como el del agua, de indudable repercusión e impacto sobre el interés general de la nación, al incidir sobre un bien tan precioso y necesario como, por otra parte, escaso y limitado.

---

<sup>338</sup> CARREÑO AYARZA, J.: *Doctrina constitucional en materia de obras públicas, transportes y medio ambiente*, Ministerio de Fomento, Madrid, 1996, p. 62.

<sup>339</sup> Vid., sobre el debate competencial desatado en materia de obras hidráulicas y administración de recursos hídricos, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: "Régimen jurídico de las obras hidráulicas...", op. cit., pp. 42 y ss. y la doctrina allí citada.

En aplicación de los títulos competenciales citados, el Estatuto de Autonomía de Castilla y León atribuye a la Comunidad, desde su redacción originaria, competencias en la materia, sancionando la última reforma, en su artículo 75.4, la competencia exclusiva de la región, “cuando las aguas discurran íntegramente dentro del territorio de Castilla y León, en materia de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma”, así como en la “ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos”.

Sin perjuicio de la novedad que supone la incorporación de un artículo, el 75, expresamente dedicado al reparto competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Castilla y León respecto a la cuenca del Duero, lo cierto es que esta última tan sólo cuenta con competencias en materia de obras hidráulicas cuando, en cumplimiento del criterio territorial, “las aguas discurran íntegramente dentro del territorio de Castilla y León”.

Y, sin embargo, no existen cuencas cuya superficie discorra de forma íntegra por el territorio autonómico. ¿A qué se refiere entonces el enunciado propuesto? ¿Qué sentido tiene, en definitiva, la asunción de competencias por parte de la Comunidad de Castilla y León en materia de cuencas intracomunitarias si la Autonomía carece de ellas?

La sustancial modificación que incorpora, en este sentido, el artículo 75 de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía actualmente en tramitación, debe conectarse con el proceso de paulatina y progresiva asunción de competencias en la materia por parte de la Comunidad Autónoma de Castilla y León; una evolución que cabe apreciar prácticamente desde los orígenes de la Autonomía y que ha dado diversos frutos a lo largo del tiempo.

El interés de la Comunidad por asumir mayores competencias en el ámbito de los recursos hidráulicos al amparo de los títulos constitucionales citados *supra* se centra, fundamental y prioritariamente, en el río Duero, auténtico eje vertebrador de la Región, cuyo significado y trascendencia para la Comunidad Autónoma de Castilla y León está fuera de toda duda<sup>340</sup>. La propia peculiaridad de

---

<sup>340</sup> El Consejo Consultivo de Castilla y León sostiene a este respecto, en su Dictamen 381/2004, de 29 de junio, que “el río Duero forma parte del paisaje espiritual y físico de Castilla y León”, destacando el “hondo significado que sus aguas han tenido en la historia y cultura de esta tierra”, así como el hecho de que “en sus habitantes ha cuajado un verdadero sentimiento filial hacia él, pues no en vano es llamado el «padre Duero»”.

la cuenca del Duero, situada en un 98 por 100, por lo que se refiere a su superficie española, en territorio castellano y leonés, y la singularidad que supone que el 2 por 100 restante se distribuya entre seis Comunidades Autónomas distintas, vertiendo la mayor parte de estas últimas aguas al Duero por Portugal sin contacto directo con el resto de la parte española de la cuenca<sup>341</sup>, ha motivado la reivindicación por parte de Castilla y León de una mayor presencia y protagonismo en su planificación y gestión.

Se ha buscado, por ende, trasladar la singularidad propia de la cuenca al reparto competencial sobre la misma, concretándose finalmente las aspiraciones de la Comunidad en una propuesta de reforma sumamente ambiciosa, más propia de cuenca intra- que intercomunitaria.

En efecto, si la redacción originaria del Estatuto de 1983 descansaba, de forma exclusiva, sobre el criterio de territorialidad para confiar competencia exclusiva a la Región, en su artículo 26.1.7º, sobre “proyectos, construcción y explotación de aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, cuando las aguas discurran íntegramente por el territorio de la Comunidad”, la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, eleva el techo competencial de la Comunidad al confiarle la competencia exclusiva en materia de “ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma”<sup>342</sup>.

La reforma de 1999 añade, por su parte, el criterio del interés de la Comunidad como requisito para asumir la titularidad de las competencias en materia

---

<sup>341</sup> Así lo ha subrayado, en particular, el Consejo Consultivo de Castilla y León, en su Dictamen 381/2004, de 29 de junio. Conforme a los datos que aporta, las otras seis Comunidades Autónomas que se reparten la superficie restante de la cuenca son Galicia, con una participación aproximada del 1,4 por 100, Cantabria, con un 0,11 por 100, Castilla-La Mancha, con un 0,06 por 100, Extremadura, con un 0,04 por 100, La Rioja, con un 0,02 por 100 y Madrid, también con un 0,02 por 100.

<sup>342</sup> Esta competencia exclusiva se encuentra sujeta, en cualquier caso, conforme al artículo 6 de la Ley Orgánica de 1992, al marco regulatorio que el Estado establezca “en las materias que, relacionadas con el dominio público e hidráulico, sean de su competencia según el artículo 149 de la Constitución”, así como a las modalidades de control por el Estado del ejercicio autónomo de las competencias transferidas que establece el artículo 21 de la citada Ley Orgánica.

de obra hidráulica<sup>343</sup>, adicionando al texto estatutario una nueva Disposición adicional, la tercera, en la que se sanciona expresamente la cooperación de la Comunidad Autónoma respecto a la cuenca del Duero, dada su relevancia como “elemento configurador del territorio de Castilla y León”, “en los términos previstos en la legislación estatal y mediante los oportunos convenios, especialmente en materia de gestión, en el ejercicio de las competencias a que se refiere el artículo 149.1.22º de la Constitución”, todo ello sin perjuicio de las previsiones establecidas por el Estatuto en su artículo 37.1 sobre la asunción de nuevas competencias por la Comunidad.

La progresiva ampliación competencial de la Comunidad en materia hidráulica reviste, desde la perspectiva de la reforma actualmente en tramitación, una especial trascendencia por la lectura que cabe hacer de la asunción autonómica de ciertas funciones reservadas hasta entonces tan sólo a las cuencas intraautonómicas. Siendo así que la Autonomía de Castilla y León carece de este tipo de cuencas, la atribución en 1992 de competencias exclusivas “cuando las aguas discurran íntegramente dentro del territorio de Castilla y León”, parece partir de la consideración y apuntalar la posibilidad de que la Comunidad ejerza este tipo de competencias en la cuenca del Duero que si bien interautonómicas, presentan la particularidad de que las aguas discurren exclusivamente por la Comunidad de Castilla y León antes de atravesar territorio portugués y fluir al mar por la vertiente atlántica.

Esta evolución ha terminado por desembocar en la actual redacción del Estatuto de Autonomía, en cuyo artículo 75 se asumen competencias de desarrollo legislativo y ejecución “en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas de la cuenca del Duero”, así como competencias exclusivas, “cuando las aguas discurran íntegramente dentro del territorio de Castilla y León, en materia de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma”.

La incidencia de estos títulos sobre el reparto competencial en la materia que nos ocupa, la construcción, explotación y financiación de la obra hidráulica,

---

<sup>343</sup> En efecto, tras la reforma de 1999 corresponden a Castilla y León, conforme al artículo 32.1 del Estatuto, competencias exclusivas sobre los “proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma”.

es innegable, por cuanto no hay que olvidar que la existencia de títulos constitucionales dispares aboca a una necesaria cooperación de los poderes públicos implicados en la gestión hidráulica y competentes, en particular, para decidir sobre los recursos y aprovechamientos hidráulicos, de un lado, o las obras que habrían de afectar a su empleo, de otro.

En cualquier caso, la nueva redacción estatutaria resulta no sólo ambiciosa sino también polémica por cuanto se inserta en una tendencia más amplia, predicable también de otras iniciativas de reforma estatutaria, en este sentido, por ejemplo, la catalana, andaluza, aragonesa o castellano-manchega, tendentes a asumir competencias de desarrollo legislativo y ejecución allí donde la Constitución no se refiere de forma expresa a las bases o legislación básica en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos sino tan sólo a la competencia exclusiva del Estado respecto a su legislación.

De ahí que el propio Consejo Consultivo de Castilla y León haya expresado sus dudas al respecto, en su Dictamen a la propuesta de reforma, de 14 de septiembre de 2006, advirtiendo, “sin perjuicio de la oportunidad política que puede suponer la opción elegida”, “de las dificultades existentes desde el punto de vista técnico-jurídico, para sostener que el término «legislación» utilizado en el artículo 149.1.22º implique que la nota de exclusividad competencial a favor del Estado se limite a dictar normas o legislación básica en la materia, permitiendo que las Comunidades Autónomas asuman competencias que pudieran suponer desarrollo legislativo, tanto en su sentido estricto (normas con fuerza de ley) como en su más amplio significado, que incluiría la facultad de dictar reglamentos ejecutivos”.

Pese a ello, la reforma es aprobada en las Cortes Generales en estos términos, subrayándose en el debate parlamentario regional la importancia de la cuenca del Duero en cuanto auténtico hecho diferencial de la Comunidad castellano y leonesa, “con unas características propias que, hay que decirlo, que hay que reiterarlo, no posee ningún otro territorio de España”<sup>344</sup>. La última palabra

---

<sup>344</sup> Vid., en este sentido, la intervención del Presidente de la Junta de Castilla y León, D. Juan Vicente Herrera Campo, en las Cortes de Castilla y León, tras la aprobación de la Proposición de Ley para la Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Diario de Sesiones de las Cortes de Castilla y León, VI Legislatura, Sesión Plenaria, núm. 94, de 2006.

corresponderá, en fin, al Tribunal Constitucional, a quien corresponde pronunciarse en los próximos tiempos, a la vista de la Providencia de 2 de abril de 2008, por la que se admite a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura en relación con el artículo 75.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, sobre la reforma estatutaria de nuestra Comunidad y sancionar, en su caso, esta ampliación de su ámbito competencial sobre una de las cuencas hidrográficas más importantes de España<sup>345</sup>.

## VI. Conclusión

La correcta definición de la tipología y de los requisitos a reunir por las fórmulas en que habrá de plasmarse la colaboración público-privada para la dotación, gestión y financiación de obras o servicios públicos, así como el estudio de la regulación más adecuada a cada una de estas modalidades, debe partir, necesariamente, del estudio de la propia experiencia y evolución de la legislación española en la materia, con especial referencia a la experiencia comparada y, en particular, a los resultados derivados del sistema anglosajón, inspirador, en buena medida, de la filosofía comunitaria en la materia.

No en vano, pese a presentarse como una auténtica novedad en el ámbito internacional y, señaladamente, comunitario, el fenómeno de la colaboración entre los sectores público y privado para la provisión y gestión de infraestructuras, especialmente de transporte, cuenta con una larga tradición en el ordenamiento jurídico español, enlazando con la filosofía concesional y la legislación de la segunda mitad del siglo XIX. Sin embargo, la rehabilitación

---

<sup>345</sup> Es posible partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, FJ 65, a modo de guía y orientación sobre el contenido del posible pronunciamiento del alto intérprete de la Constitución respecto al artículo 75.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. En ella se afirma que la atribución de competencias exclusivas a la Comunidad Autónoma por el Estatuto en materia de aguas “no puede afectar a las competencias sobre materias o submaterias reservadas al Estado que se proyectarán, cuando corresponda, sobre las competencias exclusivas autonómicas con el alcance que les haya otorgado el legislador estatal con plena libertad de configuración, sin necesidad de que el Estatuto incluya cláusulas de salvaguarda de las competencias estatales”, por lo que, en definitiva, “la competencia autonómica sobre cuencas hidrográficas intracomunitarias ha de coheretarse con el legítimo ejercicio por parte del Estado de los títulos competenciales que pueden concurrir o proyectarse sobre dicha materia”.

paulatina de la fórmula concesional en el ámbito de las obras y servicios públicos no vendrá tanto de la mano de la herencia jurídica recibida de nuestra propia tradición histórica, como, por el contrario, de los compromisos adquiridos con el ingreso de España en las Comunidades Europeas, y del afianzamiento de las fórmulas de colaboración público-privada en el ámbito internacional.

El fomento internacional de la participación público-privada, especialmente desde el ámbito anglosajón, se ha visto fuertemente impulsado por las organizaciones mundiales más representativas, dando lugar a experiencias variadas, no siempre exitosas, que permiten, sin embargo, extraer conclusiones y recomendaciones extremadamente valiosas para nuestro ordenamiento país.

También la Unión Europea, en especial la jurisprudencia comunitaria, ha centrado su atención, durante los últimos años, en el fenómeno de la asociación entre los sectores público y privado para la construcción de obras públicas y la explotación eficiente de los servicios a los que sirven de soporte, erigiéndose, incluso, en promotora, al menos indirecta, de una colaboración cada vez más estrecha entre ambos, como consecuencia, fundamentalmente, de la línea de trabajo emprendida desde el año 2000 en la materia, así como de las sucesivas reformas de la normativa europea en materia de contratación pública.

El debate abierto por la Unión Europea, ha propiciado y favorecido, a su vez, la senda abierta también por nuestro ordenamiento jurídico, que a lo largo de los últimos años ha optado por remozar y actualizar la legislación decimonónica que continuaba vigente en materia de obras públicas.

Resulta fundamental, en este sentido, la aprobación de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que introduce la regulación del contrato de concesión de obras públicas en el entonces vigente TRLCAP, convirtiéndolo así en un contrato típico, si bien sumamente singularizado, con el que se persigue captar, en última instancia, el interés de la iniciativa privada al objeto de asegurar su inversión efectiva en las infraestructuras contempladas en la planificación entonces vigente.

A las dudas sembradas por los puntos polémicos de la Ley de 2003 y por la ausencia de cualquier tipo de desarrollo reglamentario de su texto, se sumarían poco después aquellas otras surgidas a raíz de la tramitación y aprobación de la ahora vigente Ley de Contratos del Sector Público, llamada a tener un impacto claro, qué duda cabe, en la regulación y articulación concreta de

los contratos de concesión de obras públicas, así como en la sustanciación de otras posibles vías de colaboración entre los sectores público y privado, señaladamente el nuevo contrato público típico de colaboración entre ambos sectores.

No cabe duda, en cualquier caso, de la trascendencia y repercusión de estas fórmulas también desde la perspectiva particular de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, ni tampoco del protagonismo fundamental que están llamadas a asumir en su ámbito territorial a corto y medio plazo, a la vista de los inevitables recortes de la inversión pública a consecuencia de la actual crisis económica y financiera. En relación con ello, reviste una especial importancia, en este sentido, el reparto competencial que obra el texto constitucional entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia no sólo de contratos públicos y concesiones administrativas, sino también, en particular, en los ámbitos concretos de obras públicas e infraestructuras que sirven de soporte a servicios públicos de competencia autonómica prestados para la satisfacción de necesidades colectivas consideradas básicas y de primer orden.

## BIBLIOGRAFÍA

---

- ABAD ZORRILLA, J.A.: "La financiación y gestión público-privada de infraestructuras", *Información Comercial Española*, núm. 757, octubre 1996, pp. 41-52.
- AJA, E., CARRILLO, M. y ALBERTI, E.: *Manual de jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.
- AJA, E., TORNOS, J., FONT, T., PERULLES, J.M., y ALBERTÍ, E.: *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985.
- ALBI, F.: *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960.
- ALEXANDER, I. y MAYER, C.: *Incentives on Private Infrastructure Companies*, World Bank Discussion Paper, January 1997.
- ALLARD, G. y TRABANT, A.: *La tercera vía: en la frontera entre público y privado. Public-Private Partnerships*, Centro PwC & IE del Sector Público, Madrid, 2006.

- ÁLVAREZ PABLOS, A.: "Artículo 27.8", en J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*, MAP, Madrid, 1991, pp. 385-387.
- ALZOLA y MINONDO, P.: *Historia de las obras públicas en España, 1899*, reeditada por CICCIP, Madrid, 1994.
- ARIÑO ORTIZ, G.: "El enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 172, enero-abril 2007, pp. 79-102.
- ARROWSMITH, S.: "Public private partnerships and the European procurement rules: EU policies in conflict?", *Common Market Law Review*, núm. 37, vol. 3, June 2000, pp. 709-737.
- ARTHUR ANDERSEN AND ENTERPRISE LSE: *Value for Money Drivers in the Private Finance Initiative*, Informe realizado por encargo de *The Treasury Taskforce*, 17 de enero de 2000.
- BASSOLS COMA, M.: "Aproximación a la normativa comunitaria europea sobre contratación administrativa", *Noticias CEE*, núm. 21, octubre 1986, pp. 27-34.
- *Las obras públicas y el urbanismo. Los actos de uso del suelo y la ejecución de obras promovidas por la Administración del Estado*, MOPTMA, Madrid, 1994.
- BAYONA I ROCAMORA, A.: "Interés, distribución de competencias y armonización en el sistema autonómico español", *RVAP*, núm. 10, vol. 1, 1984, pp. 27-62.
- BELADIEZ ROJO, M.: "Grandes infraestructuras. Régimen general", en A. JIMÉNEZ-BLANCO y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS: *El Estado de las Autonomías. Los sectores productivos y la organización territorial del Estado*, SOPEC, Madrid, 1997, Tomo IV, pp. 3371-3443.
- BENITO, B., MONTESINOS, V. y BASTIDA, F.: "An example of creative accounting in public sector: The private financing of infrastructures in Spain", *Critical Perspectives on Accounting*, núm. 19, 2008, pp. 963-986.
- BERMEJO VERA, J.: *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974)*. *Estudio específico de Renfe*, Tecnos, Madrid, 1975.
- "El «interés general» como parámetro de la jurisprudencia constitucional", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 10, vol. 2, 1984, pp. 103-136.

- BERNADÍ GIL, X.: "Los nuevos poderes de las Comunidades Autónomas sobre los puertos de interés general", *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 52, septiembre-diciembre 1998, pp. 101-143.
- BERNAL BLAY, M.Á.: "Contrato de concesión de obras públicas", en BERMEJO VERA, J. (Dir.) y BERNAL BLAY, M.Á. (Coord.): *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 161-175.
- BLANC-BRUDE, F., GOLDSMITH, H. y VÄLILÄ, T.: "Public-Private Partnerships in Europe: an update", *Economic and Financial Report EIB*, núm. 3, 2007.
- BLASCO, A.: "Artículo 13.10", en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Ministerio para las Administraciones Públicas e IEAL, Madrid, 1987, pp. 160-165.
- BLASCO ESTEVE, A.: "Normas básicas estatales y Leyes de desarrollo de las Comunidades Autónomas: jurisprudencia constitucional", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 33, abril-junio 1982, pp. 301-315.
- BOARDMAN, A.E., POSCHMANN, F. y VINING, A.R.: "North American infrastructure P3s: examples and lessons learned", en HODGE, G. y GREVE, C. (Eds.): *The Challenge of Public-Private Partnerships. Learning from International Experience*, Edward Elgar, 2005, pp. 162-189.
- BOUSQUET, F. y FAYARD, A.: *Road Infrastructure Concession Practice in Europe*, World Bank Report, September 2001.
- BRUNETE DE LA LLAVE, M.<sup>a</sup> T.: *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Especial aplicación a las entidades locales*, La Ley, Madrid, 2009.
- "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (I). Configuración y actuaciones preparatorias del contrato de CPP", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 96, abril 2010, pp. 32-51.
- "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (y II). Selección del socio privado y condiciones del contrato", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 97, mayo 2010, pp. 39-57.
- BUDINA, N., POLACKOVA BRIXI, H. y IRWIN, T.: *Public-Private Partnerships in the New EU Member States. Managing Fiscal Risks*, World Bank Working Paper 114, June 2007.

- BURNS, P. y RIECHMANN, C.: *Regulatory Instruments and their Effects on Investment Behavior*, World Bank Policy Research Working Paper 3292, April 2004.
- CÁDIZ, J.C.: "Los problemas actuales de la financiación de infraestructuras", en la obra colectiva coordinada por RUIZ OJEDA, A.: *La financiación privada de obras públicas. Marco institucional y técnicas aplicativas*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 37-45.
- CARREÑO AYARZA, J.: *Doctrina constitucional en materia de obras públicas, transportes y medio ambiente*, Ministerio de Fomento, Madrid, 1996.
- CARRETERO PÉREZ, A.: "Configuración jurídica y presupuestaria de las obras públicas", *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 163, julio-septiembre 1969, pp. 383-436.
- CASARES MARCOS, A.: "La iniciativa privada en el diseño, proyección, ejecución y explotación de infraestructuras. Problemas y perspectivas", *CEFLEGAL. Revista práctica de Derecho*, núm. 43-44, 2004, pp. 61-110.
- *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Montecorvo, Madrid, 2007.
- "Protección y derechos de los viajeros: la calidad de las infraestructuras de transporte objeto de concesión de obra pública", en MARTÍNEZ SANZ, F., PETIT LAVALLA, M.<sup>a</sup> V. (Dirs.), PÜTZ, A. y SALES PALLARÉS, L. (Coords.): *Aspectos jurídicos y económicos del transporte: hacia un transporte más seguro, sostenible y eficiente*, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, 2007, pp. 3 y ss.
- "La calidad del servicio como criterio para la adjudicación de la concesión de obras públicas", MIGNONE, C., PERICU, G. y ROVERSI-MONACO, F. (Dirs.): *Le esternalizzazioni. Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli*, Bologna University Press, Bologna, 2007, pp. 315 y ss.
- "Infraestructuras y obras públicas", en la obra colectiva coordinada por SÁEZ HIDALGO, I.: *Derecho Público de Castilla y León*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 975-1007. (SIN CITAR).
- CASTELLS ARTECHE, J.M.: "Obra pública (Derecho Administrativo)", *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4546-4548.

- CHINCHILLA MARÍN, C.: "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, octubre-diciembre 2006, pp. 609-644.
- "La nueva Ley de Contratos del Sector Público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas. Especial referencia al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)", en ORTEGA MARTÍN, E. (Dir.): *Derecho Administrativo del siglo XXI*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 189-284.
- CNUDMI: *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, Ref. A/CN.9/SER.B/4, ONU, Nueva York, 2000.
- COLMEIRO, M., *Derecho Administrativo español*, Tomo II, Madrid, 1858.
- *Historia de la economía política*, Taurus, Madrid, 1965.
- COLOM PASTOR, B.: "Obras públicas", *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1990, Tomo I, pp. 631-640.
- CORNER, D.: "The United Kingdom Private Finance Initiative: the challenge of allocating risk", en HODGE, G. y GREVE, C. (Eds.): *The Challenge of Public-Private Partnerships. Learning from International Experience*, Edward Elgar, 2005, pp. 44-61.
- CORNO CAPARRÓS, L.: "Artículo 31.13", en MARTÍN MATEO, R. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma Valenciana*, Ministerio de Administración Territorial e IEAL, Madrid, 1985, pp. 270-272.
- COSCULLUELA MONTANER, L.: *Administración Portuaria*, Tecnos, Madrid, 1973.
- "La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas", *Revista de Administración Pública*, núm. 89, mayo-agosto 1979, pp. 7-59.
- COSTA MARTÍNEZ, J.: *Política hidráulica (misión social de los riegos en España)*, Madrid, 1911.
- COULSON, A.: "Value for Money in PFI Proposals: a commentary on the UK Treasury Guidelines for Public Sector Comparators", *Public Administration*, vol. 86, núm. 2, 2008, pp. 483-498.

- CUTTAREE, V., HUMPHREYS, M., MUZIRA, S. y STRAND, J.-P.: *Private Participation in the Transport Sector. Lessons from Recent Experience in Europe and Central Asia*, World Bank, 2009.
- DAILAMI, M., y LEIPZIGER, D.: *Infrastructure Project Finance and Capital Flows: a new perspective*, World Bank, August 1999.
- DE ANDRÉS GUIJARRO, F.J. y HERRERO PRIETO, A.: "El contrato de concesión de obras públicas: análisis de su actual regulación", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 3, mayo 2004, pp. 79-146.
- DE LA CRUZ FERRER, J.: "Hacia un nuevo modelo de regulación de las infraestructuras", en URGOITI, J.M. (Coord.): *Infraestructuras y crecimiento económico*, Papeles de la Fundación para el análisis y los estudios sociales, Madrid, 1999, pp. 493-555.
- DE LA CRUZ FERRER, J. y ÓNEGA CARRIÓN, N.: "Financiación y gestión público-privada: experiencia de la iniciativa de financiación privada en el Reino Unido", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núms. 2-3, 2000, pp. 471-486.
- DEL SAZ, S.: "La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?", *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre 2007, pp. 335-366.
- DELMON, J.: *Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risk*, World Bank, December 2008.
- DIMENT, R.: "Britain's roads: the infrastructure and the service", en *Jornada sobre la política británica de transportes*, Ministerio de Fomento, 2000.
- DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.: *El incumplimiento en la concesión de servicio público*, Montecorvo, Madrid, 1981.
- EGGERS, W. D. y STARTUP, T.: *Closing the Infrastructure Gap: The Role of Public-Private Partnerships*, Deloitte Research, 2009.
- EMBED IRUJO, A. y COLOM PIAZUELO, E.: *Comentarios a la Ley reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas (Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas)*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- ESTACHE, A., y MARTIMORT, D.: *Politics, Transaction Costs, and the Design of Regulatory Institutions*, World Bank, March 1999.

- ESTACHE, A. y SEREBRISKY, T.: *Where do we stand on Transport Infrastructure Deregulation and Public-Private Partnership?*, World Bank Policy Research Working Paper 3356, July 2004.
- ESTACHE, A. y STRONG, J.: *The Rise, the Fall, and... the Emerging Recovery of Project Finance in Transport*, World Bank Policy Research Working Paper 2385, July 2000.
- FALCONER, P.K. y MCLAUGHLIN, K.: "Public-private partnerships and the 'New Labour' Government in Britain", en OSBORNE, S.P.: *Public-Private Partnerships. Theory and practice in international perspective*, Routledge, 2000, pp. 120-133.
- FATÁS MONFORTE, J.M., MAGIDE HERRERO, M. y MASSÓ, G.: *Informe sobre Modelos de Cooperación Público-Privada para la financiación de Infraestructuras Públicas. Tratamiento en términos de contabilidad pública (SEC 95) y viabilidad jurídica*, PwC y Uría&Menéndez, Madrid, 2005.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "El régimen de la incorporación de criterios ambientales en la contratación del sector público: su plasmación en las nuevas leyes sobre contratación pública de 2007", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 80, noviembre 2008, pp. 41 y ss.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: *Los contratos administrativos: doctrina general*, Madrid, 1927.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, M.<sup>a</sup> Y.: "La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo", *Revista de Administración Pública*, núm. 166, enero-abril 2005, pp. 281-320.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: "Las obras públicas", *Revista de Administraciones Públicas*, núms. 100-102, vol. III, enero-diciembre 1983, pp. 2427-2469.
- "El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", *Revista Española de Vida Local*, núm. 201, enero-marzo 1978, pp. 9-36.
- FOLGADO BLANCO, J. y SÁNCHEZ SOLIÑO, A.: "La política presupuestaria y la financiación de las infraestructuras en España", *Revista de Obras Públicas*, núm. 3391, octubre 1999, pp. 11-28.
- FUERTES FERNÁNDEZ, A.: "Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructuras y servicios", *REDETI*, núm. 29, mayo-agosto de 2007, pp. 37-124.

- FUERTES LÓPEZ, M.: *Grupos públicos de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- GALLEGRO ANABITARTE, A.: "El Derecho español de aguas en la historia y ante el Derecho comparado", en GALLEGRO ANABITARTE, A., MENÉNDEZ REXACH, Á. y DÍAZ LEMA, J.M.: *El Derecho de aguas en España*, Tomo I, MOPU, Madrid, 1986, pp. 3-420.
- GARCÍA-CAPDEPÓN, P.: "El contrato de colaboración público-privada", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 3, enero-junio 2005, pp. 89-114.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "La figura del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 41, mayo-agosto 1963, pp. 99-128.
- (Dir.): *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980.
- "La primacía normativa del Título VIII de la Constitución. Introducción al estudio del artículo 149 de la Constitución", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 33, abril-junio 1982, pp. 277-295.
- "La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, 1982, pp. 63-93.
- *Estudios sobre autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1985.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, J.: "Artículo 7", en A. TORRES DEL MORAL (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Extremadura*, UNED, Madrid, 1985, pp. 82-97.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: "Contratos y concesiones de obras: la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 16, mayo-agosto de 2003, pp. 11-56.
- GARCÍA ORTEGA, P.: *Historia de la legislación española de caminos y carreteras*, MOPU, Madrid, 1982.
- GARCÍA RUBIO, F.: "Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", *Actualidad Administrativa*, núm. 10, mayo 2009, pp. 1237 y ss.

- GARRIDO, N.: "El régimen de las obras públicas, las carreteras y los transportes terrestres en Castilla-La Mancha", en ORTEGA, L. (Dir.): *Derecho Administrativo autonómico de Castilla-La Mancha*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, pp. 543-573.
- GAS, T.: "Die Finanzierung von Public Private Partnerships unter dem Blickwinkel des EG-Beihilferechts", *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 2, Januar 2004, pp. 56-65.
- GIMENO FELIÚ, J.M.<sup>a</sup>: *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Civitas, Madrid, 1995.
- *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Civitas, Madrid, 2006.
- "Observaciones al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y consecuencias del vencimiento del plazo de trasposición de la Directiva 18/2004", *CAP*, núm. 52, abril 2006, pp. 33-46.
- GOIG MARTÍNEZ, J.M.: "La supletoriedad como instrumento de garantía en el cumplimiento de funciones constitucionales", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, enero-junio 2000, pp. 177-199.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: "La mutabilidad de la figura del contrato administrativo", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 5, 1999, pp. 519-539.
- "El contrato de obras. La concesión de obras públicas como contrato", en la obra colectiva dirigida por GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 751-791.
- GÓMEZ-IBÁÑEZ, J.A., MEYER, J.R. y LUBEROFF, D.E.: "The prospects for privatising infrastructure. Lessons from US roads and solid waste", *Journal of Transport Economics and Policy*, núm. 3, September 1991, pp. 259-278.
- GÓMEZ MENDOZA, A.: "Las obras públicas, 1850-1935", en la obra colectiva dirigida por COMÍN, F. y MARTÍN ACEÑA, P.: *Historia de la empresa pública en España*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, pp. 177-204.
- GONZÁLEZ FINAT, A. y PEDRET CUSCÓ, V.: "La política de financiación de transportes en la Unión Europea", *Información Comercial Española*, núm. 757, octubre 1996, pp. 61-72.

- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: "Contrato de colaboración público-privada", *Revista de Administración Pública*, núm. 170, mayo-agosto 2006, pp. 7-39.
- *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GONZÁLEZ IGLESIAS, M.Á.: "Los contratos de colaboración público-privados", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 79, octubre 2008, pp. 37 y ss.
- González Marín, A.: "Límites y alternativas a la financiación presupuestaria de infraestructuras", *Nuevas formas de financiación de proyectos públicos*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 15-35.
- GONZÁLEZ SANFIEL, A.M.: *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Montecorvo, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: "Las concesiones ante el Derecho comunitario", *UE Aranzadi*, núm. 2, febrero 2003, pp. 15-17.
- GUASCH, J.L.: *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien*, Antoni Bosch, Barcelona, 2005.
- GUTIÉRREZ LLAMAS, A.: *La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. Estudio jurisprudencial de la técnica bases más desarrollo*, Bosch, Barcelona, 1994.
- HALL, J.: "Private Opportunity, Public Benefit?", *Fiscal Studies*, vol. 19, núm. 2, 1998, pp. 121-140.
- HEGGIE, I.G.: *Improving Management and Charging Policies for Roads: an Agenda for Reform*, World Bank, December 1991.
- HEGGIE, I.G. y VICKERS, P.: *Commercial Management and Financing of Roads*, World Bank Technical Paper 409, May 1998.
- HENISZ, W.J. y ZELNER, B.A.: "Political Risk and Infrastructure Investment", en *Infrastructure for Development: Confronting Political and Regulatory Risks*, The Government of Italy y The World Bank Group, September 8-10, 1999, Roma.
- HM TREASURY, *PFI: strengthening long-term partnerships*, Londres, 2006.
- HODGE, G.A. y GREVE, C.: "Public-Private Partnerships: An International Performance Review", *Public Administration Review*, May-June 2007, pp. 545-558.

- HUERTA BARAJAS, J.A.: "Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en los programas y contratos de defensa", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 78, septiembre 2008, pp. 32-68.
- IVARS BAÑULS, J.A.: "Fuentes en materia de contratación de las entidades locales", en CATALÁ MARTÍ, J.V. (Coord.): *La contratación de las Administraciones públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Civitas, Madrid, 2008, pp. 15-25.
- IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, R.: "Antecedentes históricos y situación actual de la participación de la iniciativa privada en la financiación de los sistemas de transporte", en la obra colectiva *Encuentros sobre la participación de la iniciativa privada en la financiación de los sistemas de transporte*, CICCIP, Madrid, 1996, pp. 19-31.
- *Cambó y su visión de la política ferroviaria (el inicio de un cambio)*, CICCIP, Madrid, 2000.
- IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, R. (Dir.), RODRÍGUEZ LÁZARO, F.J. y MENÉNDEZ MARTÍNEZ, J.M.<sup>a</sup>: *Los caminos de la Comunidad de Madrid. De la antigüedad a los orígenes de la red radial*, Comunidad de Madrid, Madrid, 2001.
- IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, R. y VASSALLO MAGRO, J.M.: "La participación público privada en el nuevo proyecto de ley de contratos del sector público", *Revista de Obras Públicas*, núm. 3478, 2007, pp. 7-18.
- *Nuevos sistemas de gestión y financiación de infraestructuras de transporte*, CICCIP, Madrid, 2004.
- JACOBSON, C.D. y TARR, J.A.: *Ownership and Financing of Infrastructure. Historical Perspectives*, World Bank Policy Research Working Paper 1466, June 1995.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J.: *Obras públicas e iniciativa privada*, Montecorvo, Madrid, 1998.
- JIMÉNEZ DÍAZ, A.: "Técnicas contractuales de colaboración público-privada (II): el contrato de colaboración público-privada en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", en DORREGO DE CARLOS, A., MARTÍNEZ VÁZQUEZ F. (Dir.) y VILLARINO MARZO, J. (Coord.): *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 263-324.
- JOHNSTON, J.M. y ROMZEK, B.S.: "Traditional contracts as partnerships: effective accountability in social services contracts in the American states",

- en HODGE, G. y GREVE, C. (Eds.): *The Challenge of Public-Private Partnerships. Learning from International Experience*, Edward Elgar, 2005, pp. 117-143.
- JOVELLANOS, G.M. DE: *Informe de la Sociedad Económica de Madrid al Real y Supremo Consejo de Castilla en el expediente de Ley Agraria*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1995.
- JURISTO, R.: "La adaptación de la regulación española del contrato de obra pública a las Directivas de la Comunidad Económica Europea", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 49, enero-marzo 1986, pp. 85-95.
- KESSIDES, I.N.: *Reforming Infrastructure. Privatization, Regulation and Competition*, World Bank and Oxford University Press, 2004.
- KLEIN, M.: *Risk, Taxpayers, and the Role of Government in Project Finance*, World Bank Policy Research Working Paper 1688, December 1996.
- LEGUINA VILLA, J.: "Las Comunidades Autónomas", en A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Dirs.), *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 739-796.
- *Escritos sobre autonomías territoriales*, Tecnos, Madrid, 1995.
- LINDER, S.H. y VAILLANCOURT ROSENAU, P.: "Mapping the Terrain of the Public-Private Policy Partnership", en VAILLANCOURT ROSENAU, P. (Ed.): *Public-Private Policy Partnerships*, The MIT Press, 2000, pp. 1-18.
- LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, M. y MESTRE DELGADO, J.F.: *Contratos públicos: Análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, Centro PwC & IE del Sector Público, Madrid, 2006.
- LÓPEZ CORRAL, A.M.: "Infraestructuras y Presupuesto: crisis del modelo de financiación presupuestaria", *Revista de Obras Públicas*, núm. 3400, julio-agosto 2000, pp. 47-54.
- LÓPEZ GUERRA, L.: *Las Sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1998.
- LÓPEZ PELLICER, J.A.: "La concesión administrativa en general", en LÓPEZ PELLICER, J.A. y SÁNCHEZ DÍAZ, J.L.: *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público*, IEAL, Madrid, 1976, pp. 13-35.

- “La concesión de servicios locales”, *ídem*, pp. 37-226.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: “Artículo 35.1.5º”, en BERMEJO VERA, J. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Ministerio de Administración Territorial e IEAL, Madrid, 1985, p. 378.
- LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. y GÓMEZ JARAMILLO, M.: “Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado”, en BERMEJO VERA, J. (Dir.) y BERNAL BLAY, M.Á. (Coord.): *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 224-235.
- MADRAZO MADRAZO, S.: *El sistema de comunicaciones en España 1750-1850*, vol. I, CICCIP, Madrid, 1984.
- MARTIN, L.L.: “United States: human services”, en HODGE, G. y GREVE, C. (Eds.), *The Challenge of Public-Private Partnerships. Learning from International Experience*, Edward Elgar, 2005, pp. 144-161.
- MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho autonómico*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1986.
- MARTÍN REBOLLO, L. (Dir.): *El futuro de las autonomías territoriales. Comunidades Autónomas: balance y perspectivas*, Universidad de Cantabria y Asamblea Regional de Cantabria, Santander, 1991.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “Aspectos del Derecho administrativo en la Revolución de 1868 (las regulaciones iniciales)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 58, enero-abril 1969, pp. 9-48.
- “Público y privado en la construcción y gestión de grandes infraestructuras públicas”, *XI Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Barcelona-Girona, 26, 27 y 28 de septiembre de 1996*, Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 83-110.
- “Régimen jurídico de las obras hidráulicas: su incorporación por la Ley 46/1999 a la Ley de Aguas”, en EMBID IRUJO, A.: *La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 35-86.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Aguas públicas y obras hidráulicas. Estudios jurídico-administrativos*, Tecnos, Madrid, 1966.
- “Estudio preliminar”, en COSTA, J.: *Reconstitución y europeización de España y otros escritos*, IEAL, Madrid, 1981, pp. IX-XXX.

- MARTÍNEZ-ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración española*, Tomo XI, Madrid, 1923.
- MCCREEVY, CH.: "Public-Private Partnerships. Options to ensure effective competition", *PPP Global Summit. The 6<sup>th</sup> Annual Government-Industry Forum on Public-Private Partnership. Copenhagen, 17 November 2005*, pp. 1-5.
- MEILÁN GIL, J.L.: *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: "El proyecto de Ley reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas", *Revista de Obras Públicas*, núm. 3425, octubre 2002, pp. 35-44.
- "La financiación privada de la construcción de obras públicas y la nueva regulación del contrato de concesión en su contexto social y económico", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 11-28.
- MENÉNDEZ PIDAL, G.: *Los caminos en la historia de España*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1951.
- MEYER, J.R.: "American experience. Private and public", en *Financing the transport infrastructure. 4-5 July 1989*, Westminster and City Programmes, 1989.
- MÍGUEZ MACHO, L.: "Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español", *Revista de Administración Pública*, núm. 175, enero-abril 2008, pp. 157-215.
- MORELL OCAÑA, L.: "La concesión de marismas y el artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado", *Revista de Administración Pública*, núm. 68, mayo-agosto 1972, pp. 137-184.
- MORENO MOLINA, J.A.: *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
- *Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio*, La Ley, Madrid, 2000.
- "Las concesiones de obra pública en el Derecho comunitario europeo", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 39, febrero 2005, pp. 23-40.

- MOULTON, L. y ANHEIER, H.K.: "Public-private partnerships in the United States: historical patterns and current trends", en OSBORNE, S.P.: *Public-Private Partnerships. Theory and practice in international perspective*, Routledge, 2000, pp. 105-119.
- MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.): *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1979.
- *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982, Tomo I.
- "Discurso sobre las ideas de administración de Pedro Rodríguez Campomanes", *Revista de Administración Pública*, núm. 159, septiembre-diciembre 2002, pp. 13-43.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2004.
- NIETO, A.: "La Administración y el Derecho Administrativo durante el Gobierno Provisional de 1868-69", *Revista de Occidente*, núm. 67, octubre 1968, pp. 64-93.
- ONUUDI / UNIDO: *Guidelines for infrastructure development through build-operate-transfer (BOT) projects*, ONU, 1996.
- PADRÓS, X. y FORTUNY, J.M.: *Legislació bàsica sobre contractes: la Llei de Contractes de les Administracions Públiques*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1995.
- PADRÓS REIG, C.: "La articulación del concepto de «colaboración» desde el punto de vista del ordenamiento administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 142, abril-junio 2009, pp. 251-287.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R.: *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1963.
- PEÑA OCHOA, A.: "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", en GIMENO FELIÚ, J.M.<sup>a</sup> (Ed.): *El Derecho de los contratos del sector público. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2008, pp. 87-108.
- PIÑAR MAÑAS, J.L.: *Las relaciones entre el Estado y las Regiones. La experiencia italiana*, Ministerio de Administración Territorial e IEAL, Madrid, 1986.

- “El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley”, en la obra colectiva dirigida por GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 27-79.
- POLLITT, M.: “Learning from UK Private Finance Initiative experience”, en HODGE, G. y GREVE, C. (Eds.): *The Challenge of Public-Private Partnerships. Learning from International Experience*, Edward Elgar, 2005, pp. 207-230.
- POSADA DE HERRERA, J. DE: *Lecciones de Administración*, Tomo III, INAP, Madrid, 1978.
- PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Delivering the PPP promise. A review of PPP issues and activity*, 2005.
- QUINTANA LÓPEZ, T.: “Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 131, 2006, pp. 421-444.
- QUINTANA LÓPEZ, T., GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. y CASARES MARCOS, A.: “La iniciativa particular en la creación de infraestructuras y en la oferta de suelo edificable en el sistema concesional español”, *Estudios de Construcción y Transportes*, núm. 102, 2005, pp. 99-112.
- QUINTANA LÓPEZ, T., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., GONZÁLEZ IGLESIAS, M.Á. y CASARES MARCOS, A.: “Eficiencia del régimen concesional de obra pública: especialización de la Administración concedente, consideraciones ambientales y sociales y PPP's”, *Estudios de Construcción y Transportes*, núm. 109, 2008, pp. 67 y ss.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J.A.: *Derecho público del transporte por carretera*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M.M.<sup>a</sup>: *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- REINIKKA, R., y SVENSSON, J.: *How Inadequate Provision of Public Infrastructure and Services Affects Private Investment*, World Bank, December 1999.
- RICHER, L.: “Cour de justice des Communautés européennes. 7 décembre 2000. Aff.: Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH. - Aff. C-324/98”, *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 1, 2001, pp. 106-112.

- RODEN, N.: "Delivering BOT Projects. The UK experience of design, build, finance and operate projects", *Routes / Roads*, núm. 295, July 1997, pp. 21-32.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.<sup>a</sup>: "Aspectos básicos sobre su concepto y régimen jurídico", en la obra colectiva coordinada por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. y LAGUNA DE PAZ, J.C.: *Contratación pública II. Segundas Jornadas de Valladolid, 25-26 de enero de 1996*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 137-149.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas. Problemas laborales*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- *Responsabilidades de régimen laboral de la Administración en las concesiones de obra pública*, TREA, Gijón, 2007.
- "Concesiones administrativas y prevención de riesgos laborales: problemas jurídicos", en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (Coord.): *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y del trabajo*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2007.
- *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública*, Cinca-Cermi, Madrid, 2008.
- "Trabajo y exclusión social en el nuevo sistema de contratación del sector público", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 305-306, 2008, pp. 3 y ss.
- *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009.
- RODRÍGUEZ LÁZARO, F.J.: *Las primeras autopistas españolas (1925/1936)*, CICCIP, Madrid, 2004.
- ROGER, N.: "Recent Trends in Private Participation in Infrastructure", *Public Policy for the Private Sector*, No. 196, September 1999.
- ROSADO PACHECO, S.: "La Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (una reflexión sobre el concepto de obra pública)", en la obra colectiva coordinada por GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 1139-1181.
- RUIZ DE CASTRO CÁCERES, A.: "El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre",

- Reflexiones. Revista de Obras públicas, Transportes y Ordenación Territorial*, núm. 6, vol. II, 2008, pp. 71-91.
- RUIZ OJEDA, A.: "El Eurotúnel. La provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de concesión", *Revista de Administración Pública*, núm. 132, septiembre-diciembre 1993, pp. 469-529.
- "London Docklands: una experiencia de financiación privada de dotaciones urbanas y de liberalización de la gestión del suelo. Breve análisis comparativo con el reciente urbanismo español", *Revista de Administración Pública*, núm. 139, enero-abril 1996, pp. 445-471.
- *Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos. Un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- "El futuro marco legal de la financiación privada de infraestructuras: algunas propuestas", *La nueva era de la gestión privada de las infraestructuras. XXIII Semana de la Carretera. IV Encuentro Nacional de la Carretera. Isla de La Toja, 23-27 octubre de 2000*, Asociación Española de la Carretera, Madrid, 2000, pp. 441-478.
- "Análisis jurídico del futuro marco regulador de la concesión de obra pública. Algunas propuestas para el sector de carreteras", en FERNÁNDEZ MEDRANO, C. (Coord.): *Jornadas sobre contratación, construcción y explotación de carreteras en España. Palma de Mallorca, 15, 16 y 17 de mayo de 2002*, Asociación Española de la Carretera, Madrid, 2002, pp. 85-100.
- *La concesión de obra pública*, Civitas, Madrid, 2006.
- RUIZ OJEDA, A. (Dir.): GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J., PALMA FERNÁNDEZ, J.L., BENÍTEZ MORCILLO, G., HERNÁNDEZ DEL CASTILLO, A. y MARÍN HORTELANO, H.: *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Civitas, Madrid, 2004.
- SÁENZ RIDRUEJO, F.: "Las obras públicas en el siglo XIX", *Cuatro conferencias sobre historia de la ingeniería de obras públicas en España*, MOPU, Madrid, 1987, pp. 79-120.
- SÁNCHEZ, J.E.: "Los ingenieros militares y las obras públicas del siglo XVII", *Cuatro conferencias sobre historia de la ingeniería de obras públicas en España*, MOPU, Madrid, 1987, pp. 43-78.

- SÁNCHEZ ISAC, J.: *Teoría y práctica de las concesiones de servicios locales*, Bayer Hnos., Barcelona, 1992.
- SÁNCHEZ LAMELAS, A.: "Régimen de las infraestructuras: en especial las carreteras", en MARTÍN REBOLLO, L. (Ed.): *Derecho Público de Cantabria*, Parlamento de Cantabria, Santander, 2003, pp. 767-792.
- SÁNCHEZ MARÍN, R.: "Del contrato de obras (Título I)", en la obra colectiva dirigida por SOSA WAGNER, F.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Cedecs, Barcelona, 1995, pp. 111-138.
- SÁNCHEZ MELERO, M.: "Las redes transeuropeas: una visión desde la periferia española", *Información Comercial Española*, núm. 757, octubre 1996, pp. 73-82.
- SANZ GANDÁSEGUI, F.: "La articulación de las competencias del Estado en materia de obras públicas de interés general destinadas a infraestructuras de transporte con las competencias de las Comunidades Autónomas y las entidades locales; en especial la proyección de las competencias estatales en la ordenación del territorio y urbanismo: las Disposiciones adicionales segunda y tercera de la Ley de concesiones", en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ (Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 339-399.
- SANZ RUBIALES, I.: *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2004.
- SCLAR, E.: *You Don't Always Get What You Pay For: The Economics of Privatization*, Cornell University Press, Ithaca y Londres, 2000.
- SERRA GONZÁLEZ, M.: "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el proyecto de ley de contratos del sector público", *Análisis Local*, núm. 69, 2006, pp. 51-59.
- SIERRA RODRÍGUEZ, J.: "Reflexiones en torno a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 21, 2003, pp. 417-443.
- SLUGER, L., SATTERFIELD, S. y CASEY, L. (Coord.): *How Do You Like Your Infrastructure: Public or Private?*, SMPS, Alexandria, 2010.
- SMITH, A.L.: "Public-private partnership projects in the USA: risks and opportunities", en AKINTOYE, A., BECK, M. y HARDCASTLE, C. (Eds.): *Public-Private Partnerships. Managing risks and opportunities*, Blackwell, 2003, pp. 285-300.

- SOSA WAGNER, F.: "El Canal de Castilla: alba y aflicción de una obra pública", *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre 2000, pp. 443-469.
- *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2008.
- SOSA WAGNER, F. y FUERTES, M.: "La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélagos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 743, de 17 de enero de 2008.
- SOUVIRÓN MORENILLA, J.M.<sup>a</sup>: *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998.
- TAJADURA TEJADA, J.: "La cláusula de supletoriedad en la jurisprudencia constitucional", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 56, enero-abril 2000, pp. 297-331.
- *La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal respecto del autónomo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.
- TER-MINASSIAN, T. y RUIZ, J.L.: "Aspectos económicos en la colaboración público-privada", *Presupuesto y gasto público*, núm. 45, 2006, pp. 41-58.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El marco político de la desamortización en España*, Ariel, Barcelona, 1972.
- *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1988.
- "Recientes investigaciones sobre la desamortización: intento de síntesis", *Obras completas*, Tomo IV, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 3187-3238.
- TORNOS MAS, J.: "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: problemas de articulación", en MARTÍN REBOLLO, L. (Dir.): *El futuro de las autonomías territoriales. Comunidades Autónomas: balance y perspectivas*, Universidad de Cantabria y Asamblea Regional de Cantabria, Santander, 1991, pp. 45-63.
- "Legislación básica y doctrina del Tribunal Constitucional (junio 1991-junio 1993)", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 36, vol. II, mayo-agosto 1993, pp. 117-140.
- TORRES, L., y PINA, V.: "Public-private partnership and private finance initiatives in the EU and Spanish local governments", *The European Accounting Review*, núm. 10, vol. 3, 2001, pp. 601-619.

- TORRES DE MÄSTLE, C., y IZAGUIRRE, A.K.: "Recent trends in private activity in infrastructure: What the shift away from risk means for policy", *Gridlines No. 31*, World Bank – PPIAF, May 2008.
- TUÑÓN DE LARA, M.: *Estudios sobre el siglo XIX español, siglo XXI*, Madrid, 1973.
- URÍA FERNÁNDEZ, F.: "Apuntes para una reforma de la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas", *Revista de Administración Pública*, núm. 165, septiembre-diciembre 2004, pp. 297-325.
- URIOL SALCEDO, J.I.: *Historia de los caminos de España*, Vol. I "Hasta el siglo XIX", CICCIP, Madrid, 2001.
- US GENERAL ACCOUNTING OFFICE: *Privatization. Lessons Learned by State and Local Governments*, 1997 (GAO/GGD-97-48).
- VAGLIASINDI, M. y IZAGUIRRE, A.K.: "Private participation in infrastructure in Europe and Central Asia: a look at recent trends", *Gridlines No. 26*, World Bank – PPIAF, August 2007.
- VAILLANCOURT ROSENAU, P. (Ed.): *Public-Private Policy Partnerships*, The MIT Press, 2000.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: "Acerca de las obras públicas: su ejecución y financiación. Perspectivas actuales", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 14, septiembre-diciembre 2001, pp. 227-251.
- *Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Civitas, Madrid, 2006.
- VICENS VIVES, J.: *Historia económica de España*, Vicens Vives, Barcelona, 1985.
- VIGIL MEDINA, C.: "Financiación de infraestructuras", *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 97, 1993, pp. 433-442.
- VILLAR EZCURRA, J.L.: *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- "La construcción y financiación de las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos", *REDETI*, núm. 10, 2001, pp. 79-118.
- VILLAR ROJAS, F.J.: "La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios", *Derecho y Salud*, vol. 14, núm. extr. 1, 2006, pp. 1-16.

- VV.AA.: *Financing Tomorrow's Infrastructure. Challenges and Issues. Proceedings of a Colloquium October 20, 1995*, National Academy Press, Washington, D.C., 1996.
- *Memento práctico Francis Lefebvre. Contratos públicos 2008-2009*, Madrid, 2009.
- WARD, B.: *Proyecto económico en que se proponen varias providencias dirigidas a promover los intereses de España, con los medios y fondos necesarios para su planificación*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982.
- YESCOMBE, E.R.: *Public-Private Partnerships. Principles of Policy and Finance*, Butterworth-Heinemann, 2007.





## Capítulo II

Análisis de los problemas derivados de la introducción de consideraciones ambientales en los modelos de colaboración público-privada para la dotación y explotación de obras públicas



# ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA INTRODUCCIÓN DE CONSIDERACIONES AMBIENTALES EN LOS MODELOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA DOTACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

Dionisio Fernández de Gatta Sánchez  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*

## I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad nos encontramos en una época de gran preocupación pública e institucional por el medio ambiente (cuestión aceptada pacíficamente, sin perjuicio de que naturalmente haya voces discrepantes y ciertas incertidumbres científicas)<sup>346</sup>. Aunque el origen de este interés se remonta, al menos, hasta el siglo XIX<sup>347</sup>, experimentó un enorme desarrollo después de la II Guerra Mundial

<sup>346</sup> En relación con la concienciación y preocupación ambiental en la actualidad, teniendo en cuenta sus aspectos menos pacíficos y críticos, véanse los trabajos de ALLI ARANGUREN, J.C.: "El medio ambiente como nuevo paradigma", en AA.VV., *Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. D. Eduardo Roca Roca*, Ed. INAP-BOE, Madrid, 2003; LOMBORG, B.: *El ecologista escéptico*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 2003; McNEILL, J.R.: *Algo nuevo bajo el sol. Historia Medioambiental del Mundo en el siglo XX*, Alianza Ed., Madrid, 2003; MEADOWS, D., RANDERS, J. y MEADOWS, D.: *Los límites del crecimiento treinta años después*, Ed. Galaxia Guttemberg-Círculo de Lectores, Barcelona, 2006 (ed. inglesa de 2004).

Sobre el surgimiento y la evolución de la protección jurídica del medio ambiente, además de las obras citadas en la nota siguiente, vid. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "La Protección Jurídica del Medio Ambiente: Evolución y perspectiva general", en AA.VV., *Tomarse en serio la Naturaleza* (Congreso sobre "Ética Medioambiental y crisis ecológica", Universidad de Salamanca, 6 a 8 de noviembre de 2002), Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.

<sup>347</sup> Sobre la época anterior, ver el excelente trabajo de WEIGHTMAN, G.: *Los revolucionarios industriales. La creación del mundo moderno 1776-1914*, Ed. Ariel, Barcelona, 2008.

y particularmente desde los años sesenta del siglo xx, para convertirse la protección del medio ambiente en una de las más grandes exigencias de la vida social y jurídica en nuestros días (aún con las incertidumbres mencionadas). Preocupación que traerá consigo, desde esos mismos años, la intervención del Derecho en la protección del medio ambiente, surgiendo así el Derecho Ambiental<sup>348</sup>, y, en particular, la consideración de esta protección como una función pública, y resaltando especialmente el papel de las Administraciones Públicas en el ejercicio de tal función pública de protección ambiental, a cuyo servicio utiliza las potestades administrativas reconocidas por el Ordenamiento Jurídico<sup>349</sup>.

Por otra parte, la sociedad que tenemos en España y en la Unión Europea en esta primera década del siglo xxi, con bastantes incertidumbres hacia el futuro (principalmente de carácter económico, y con incidencia ambiental clara), está

---

<sup>348</sup> En relación con este Derecho véase, en especial, MARTÍN MATEO, R.: *Derecho Ambiental*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977; *Manual de Derecho Ambiental*, 4ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, y *Tratado de Derecho Ambiental*, 3 Vol., Ed. Trivium, Madrid, 1991, 1992 y 1997, 4º Vol., Ed. Edisofer, Madrid, 2003, y, con carácter general, ver ALONSO GARCÍA, E. y LOZANO CUTANDA, B. (Dir.), y otros: *Diccionario de Derecho Ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006; ESTEVE PARDO, J.: *Derecho del Medio Ambiente*, Ed. M. Pons, Madrid, 2005; JORDANO FRAGA, J.: *La protección del Derecho a un Medio Ambiente adecuado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995; LOZANO CUTANDA, B.: *Derecho Ambiental Administrativo*, 11ª ed., Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010; LOZANO CUTANDA, B. y ALLI TURRILLAS, J.C.: *Administración y Legislación Ambiental*, 5ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2009, y QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), y otros: *Derecho Ambiental en Castilla y León*, 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009. Sobre la articulación y evolución de las Políticas Ambientales en general, vid. LÓPEZ RAMÓN, F. (Dir.), y otros: *Observatorio de Políticas Ambientales - 1978-2006, 2007, 2008, 2009 y 2010*, Ed. Fundación Ecología y Desarrollo-Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino-Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010.

<sup>349</sup> Sobre la base del conocido esquema clásico de JORDANA DE POZAS, L.: "Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho administrativo", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 48/1949, seguimos a BERMEO VERA, J. en la obra dirigida por él mismo: *Derecho Administrativo. Parte Especial*, 6ª, Ed. Civitas, Madrid, 2005. En general, vid. DE LA CUÉTARA, J. M.: *La actividad de la Administración*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, y SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, 2ª ed., Ed. Iustel, Madrid, 2009. Desde otro punto de vista, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "Establecimientos y alojamientos turísticos, territorio y medio ambiente: el régimen jurídico-administrativo de la Comunidad de Castilla y León", en ALVES CORREIA, F. y BASOLS COMA, M. (Coord.), y otros: *I Jornadas Luso-Españolas de Urbanismo. Actas [Jornadas celebradas en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra los días 9 y 10 de octubre de 2008]*, Ed. Almedina, Coimbra (Portugal), 2009.

llevando a cabo importantes transformaciones en todos los niveles, incluyendo a las Administraciones Públicas<sup>350</sup>.

Igualmente, en este sentido, debe tenerse en cuenta la aparición de ciertos problemas en casi todas las técnicas de protección ambiental de las Administraciones Públicas, así como algunas carencias, aunque en algunos ámbitos sí se han introducido innovaciones resaltables (como la autorización ambiental integrada, p. ej.).

Además, en algunas ocasiones los Poderes Públicos y las Administraciones Públicas, por razones variadas, no intervienen directamente sobre la sociedad y el mercado haciendo uso de sus potestades administrativas, sino mediante otros instrumentos<sup>351</sup> que tratan que los ciudadanos y las empresas cumplan las previsiones normativas y los objetivos públicos prácticamente de forma voluntaria, y asumiendo que tal forma de actuación es beneficiosa para ellos mismos. Por ello, ya desde hace algún tiempo, las Administraciones Públicas han comenzado a fomentar el uso y a utilizar ellas mismas estos instrumentos de mercado, basados en la cooperación con los ciudadanos y las empresas, y no en el cumplimiento obligatorio de las correspondientes normas y actos de las Administraciones Públicas para alcanzar objetivos y fines de interés general<sup>352</sup>.

Todas estas ideas y las evoluciones de las técnicas señaladas son bien visibles en la justificación de la incorporación de criterios ambientales y de sostenibilidad en los contratos del sector público. Asimismo debe resaltarse el trascendental papel que para la protección del medio ambiente suponen las denominadas “compras públicas verdes” realizadas por todos los Poderes Públicos, y en especial por las Administraciones, en su actuación ordinaria y habitual, debido a su impacto real y por su carácter ejemplarizante, ya que las propias

---

<sup>350</sup> MIR PUIGPELAT, O.: *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

<sup>351</sup> Por todos, véase MARTÍNEZ MERINO, J.L.: *Instrumentos económicos para la protección del medio ambiente. Papel y análisis de los Permisos de Emisión Negociables*, Ed. Dykinson, Madrid, 2008.

<sup>352</sup> QUINTANA LÓPEZ, T., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., GONZÁLEZ IGLESIAS, M.A. y CASARES MARCOS, A.: “Eficiencia del régimen concesional de obra pública: especialización de la Administración concedente, consideraciones ambientales y sociales y PPP’s”, *Estudios de Construcción y Transportes*, n.º 109/2008, pp. 67-102.

Administraciones y, en general, todo el Sector Público son destacables consumidores de productos y servicios de lo más variado, con la incidencia ambiental correspondiente (así, en Europa se calcula que tal gasto supone el 17'23% del PIB de toda la Unión y en España y a nivel mundial se sitúa sobre el 15%)<sup>353</sup>. Dada la envergadura de estos datos, desde hace algunos años se plantea la necesidad de que las propias Administraciones Públicas contribuyan a la protección ambiental y a la consecución de modelos de desarrollo más sostenibles<sup>354</sup>. Entre las medidas administrativas más destacables para alcanzar esos objetivos, surge la utilización del poder adquisitivo público para optar por bienes y servicios que respeten el medio ambiente, además de servir a los fines públicos generales, y contribuir así al desarrollo sostenible (ya que este mismo es actualmente un referente común para cualquier actividad que incida en el medio ambiente, y también en el desarrollo económico y el progreso social); incluyendo desde ordenadores, vehículos, papel, alimentos, electricidad y acondicionadores de aire hasta el diseño y construcción de edificios públicos con tales criterios, por citar algunos ejemplos. De tales medidas derivan beneficios para el propio Sector Público inmediatos y muy visibles, tales como el aumento de la eficiencia en el uso de los recursos financieros y de otro tipo en su gestión ordinaria, la mejora de la calidad de vida de la sociedad y de la propia Administración o la concienciación ambiental. Además, por derivación de lo anterior, tales exigencias contribuyen a que las empresas contratistas introduzcan variables ambientales y de sostenibilidad en su actuación y producción ordinarias.

---

<sup>353</sup> OLLER RUBERT, M.: "La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública", *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, n.º 1/2010, pp. 1-34; la cita en p. 4. En general, MORENO MOLINA, J.A.: "El nuevo Derecho de la Contratación Pública: de las prerrogativas de la Administración a la garantía de los principios generales", en AA.VV.: *La Administración Pública entre dos siglos. Homenaje al Prof. Mariano Baena del Alcazar*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública (Ministerio de Política Territorial y Administración Pública), Madrid, 2010, pp. 1519-1533.

<sup>354</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.: "Contratación pública con criterios de sostenibilidad. Situación actual y perspectivas", *Boletín Económico de Información Comercial Española*, n.º 2830/2005 [[http://www.revistasice.com/cmsrevistasICE/pdfs/BICE\\_2830\\_3545\\_\\_2883538045DF49DDB92AD5F5A46C4D8F.pdf](http://www.revistasice.com/cmsrevistasICE/pdfs/BICE_2830_3545__2883538045DF49DDB92AD5F5A46C4D8F.pdf) Consultado el 8 de septiembre de 2010], e IZQUIERDO LEJARDI, A.: "Contratación pública con criterios de sostenibilidad. Un marco para el debate", *VIII Congreso Nacional del Medio Ambiente*, Madrid, 2006 (doc. original) [[http://www.conama8.org/modulodocumentos/documentos/MRs/MR3/MR3\\_doc\\_%20Analzdo.pdf](http://www.conama8.org/modulodocumentos/documentos/MRs/MR3/MR3_doc_%20Analzdo.pdf) Consultado el 8 de septiembre de 2010].

Sin embargo, y a pesar de la importancia de tales razones y argumentos favorables a tales procesos, la inclusión de criterios ambientales y de sostenibilidad en los procesos de contratación pública es una exigencia de la legislación de nuestros días, debido a la generalizada concienciación ambiental de las sociedades (en particular desde los años sesenta del pasado siglo), si bien tal incorporación no ha sido inmediata, al toparse tal pretensión con algunos otros objetivos que asimismo ha de respetar la legislación en materia de contratación pública (en particular, los de libre competencia, impedir la competencia desleal y el respeto a las reglas del libre mercado). Procede, pues, analizar los textos, normativos o no, que fomentan y regulan el régimen de la inclusión de criterios ambientales y de sostenibilidad en la contratación pública.

Efectivamente, debido a estas razones, el debate y la adopción de medidas, en su caso, sobre la introducción de criterios ambientales en la contratación del sector público se produce a nivel internacional (en la actividad de la Organización Mundial del Comercio, en la Cumbre de Johannesburgo de 2002 o en la actividad de la OCDE, p. ej.), en la Unión Europea (diversas Comunicaciones de la Comisión lo plantean desde hace años y con especial insistencia se prevé en el Sexto Programa Ambiental, de 2002, y en la Estrategia de Desarrollo Sostenible, de 2001 –revisada en junio de 2006–, así como en las Directivas reguladoras de la contratación pública de 2004 y 2009, y en otros textos) y, por supuesto, en España (cuestión que no se plantea hasta las nuevas Leyes de 2007, de Contratos del Sector Público y sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales, y en otros texto).

## II. LAS TÉCNICAS DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MEDIO AMBIENTE: DE LAS TÉCNICAS CLÁSICAS A LOS INSTRUMENTOS DE MERCADO

El impacto de las actividades humanas sobre el medio ambiente<sup>355</sup> no es un fenómeno de nuestro tiempo. La relación entre los seres humanos y la natura-

---

<sup>355</sup> FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "La Protección Jurídica del Medio Ambiente: Evolución y perspectiva general", en AA.VV.: *Tomarse en serio la Naturaleza* (Congreso sobre "Ética Medioambiental y crisis ecológica", Universidad de Salamanca, 6 a 8 de noviembre de 2002), Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, y "Derecho Ambiental: Aspectos Generales sobre la Protección Jurídica del Medio Ambiente", *e-Derecho Administrativo*, n.º 12/2004. [<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1010577>].

leza ha supuesto una constante en la evolución de la Humanidad. Durante siglos, el hombre ha luchado por la dominación de la naturaleza y el medio físico, mediante acciones e innovaciones tecnológicas, que le han dado mayores posibilidades de utilizarlo en su provecho. Proceso que se aceleró en el siglo XVIII, con la Revolución Industrial y en particular desde la II Guerra Mundial. Sin embargo, las mejoras significativas del bienestar personal y general y del nivel de vida que ha traído consigo este proceso de desarrollo han venido acompañadas de unas consecuencias no queridas y no previstas, aunque a veces sí, como son la afectación a los recursos naturales y la aparición de procesos generalizados de contaminación. A pesar de lo anterior, los problemas ambientales, aún siendo reales, no serán tenidos en cuenta hasta épocas recientes.

No obstante, esta idea de que la naturaleza está al servicio del hombre sin ningún límite comienza a ponerse en duda; iniciándose una toma de conciencia general sobre el problema ambiental, se hace visible en los años 60 y 70 de este mismo siglo XX, y comienza asimismo la intervención de los Estados, tanto a nivel nacional como internacional, para proteger el medio ambiente, utilizando diversos instrumentos entre los que destacan los jurídicos<sup>356</sup>.

Las normas ambientales<sup>357</sup>, como conjunto, abordan la protección del medio ambiente en tres momentos claramente diferenciados. En primer lugar, antes

---

<sup>356</sup> MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho Ambiental*, 4ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, y más en general *Tratado de Derecho Ambiental*, 3 Vol., Ed. Trivium, Madrid, 1991, 1992 y 1997, 4º Vol., Ed. Edisofer, Madrid, 2003.

<sup>357</sup> Sobre el Derecho Ambiental, con carácter general, véanse ALONSO GARCÍA, E. y LOZANO CUTANDA, B. (Dir.), y otros: *Diccionario de Derecho Ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006; BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *Instituciones de Derecho Ambiental*, Ed. La Ley, Madrid, 2001; DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho Español del Medio Ambiente*, 3ª ed., Ed. Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2009; ESTEVE PARDO, J.: *Derecho del Medio Ambiente*, 2ª ed., Ed. M. Pons, Madrid, 2008; JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S.: *Iniciación al Derecho Ambiental*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996, y *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*, 3ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1991; JORDANO FRAGA, J.: *La protección del Derecho a un Medio Ambiente adecuado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995; LAVILLA RUBIRA, J. J. y MENÉNDEZ ARIAS, M.ª J.: *Todo sobre el Medio Ambiente*, Ed. Praxis, Madrid, 1996; LOPERENA ROTA, D.: *Los principios del Derecho Ambiental*, Ed. Civitas, Madrid, 1998; LOZANO CUTANDA, B.: *Derecho Ambiental Administrativo*, 11ª ed., Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010; LOZANO CUTANDA, B. y ALLI TURRILLAS, J.C.: *Administración y Legislación Ambiental*, 5ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2009; RUIZ-RICO RUIZ, G. (Coord.) y otros, *La Protección del Medio Ambiente en el Ordenamiento Jurídico Español*, Ed. Universidad de Jaén, 1995; AA.VV., *Estudios de Derecho y Gestión Ambiental*, Ed. Fundación Cultural Santa Teresa y Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio (J.C. y L.), Ávila, 1999, y "Medio Ambiente", *Revista de Estudios*

de que surjan los procesos de contaminación y de deterioro del medio ambiente; siendo estas disposiciones esencialmente preventivas (como las evaluaciones ambientales). En segundo lugar, durante los procesos de contaminación y deterioro ambientales, constituyendo normas que “aceptan” un cierto grado o nivel de contaminación y deterioro, cuya finalidad es mantenerlo en niveles admisibles (como la legislación sobre aire, aguas y ruido). Finalmente, el tercer grupo normativo tiene por objeto regular las consecuencias de los procesos de contaminación y deterioro, con normas represivas (administrativas y penales) y en materia de responsabilidad por los daños causados.

Además, esta función protectora del medio ambiente que lleva a cabo el Derecho no se realiza de cualquier forma, sino que ha de partir del concepto de “calidad de vida” como aspiración situada en primer plano por el Preámbulo de la Constitución (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ nº 4), y tiene dos ejes principales: el desarrollo y progreso económico y social (basado en la libertad de empresa, en el marco de la economía de mercado, y sin perjuicio de preverse la intervención pública en esos ámbitos) y la preservación del medio ambiente y del sistema natural (que constituye título habilitante y obligación, al mismo tiempo, para la intervención del Derecho y de los Poderes Públicos); siendo, así, necesario, pues, compatibilizar y armonizar estos dos ejes.

Asimismo, por otra parte, debe tenerse en cuenta la esencial intervención de los Poderes Públicos y, en particular, de las Administraciones Públicas en la protección del medio ambiente, debido a que la degradación del medio ambiente provoca el abandono del objetivo de lograr la más amplia explotación económica de los recursos naturales, separándose del enfoque patrimonialista; pasándose a concebir y valorar el medio ambiente como un bien colectivo; dándose al Derecho Ambiental un eminentemente carácter

---

*Locales (CUNAL)*, extraordinario, junio de 2001; VIZCAÍNO SÁNCHEZ-RODRIGO, P., *Introducción al Derecho del Medio Ambiente*, Ed. CTO, Madrid, 1996.

Sobre la evolución de las Políticas Ambientales, vid. LÓPEZ RAMÓN, F. (Dir.), y otros: *Observatorio de Políticas Ambientales 1978-2006*, Ed. Fundación Ecología y Desarrollo-Ministerio de Medio Ambiente-Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

público<sup>358</sup>, al considerar que tal protección ambiental es una exigencia para el uso adecuado de recursos naturales, siempre escasos. Debido a lo anterior, las Legislaciones de ésta época, siguiendo la teoría del Estado Social, comienzan a atribuir globalmente la función de corregir y hacer disminuir la degradación ambiental a los Poderes Públicos y, en particular, a las Administraciones Públicas, debido a los intereses generales implicados; propiciando, pues, una directa intervención pública para proteger el medio ambiente, tal como refleja el art. 45-2º de la Constitución Española, al señalar que, “los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

En este sentido, esas funciones que encomienda a las Administraciones Públicas el sistema normativo pueden llevarse a cabo de muchas y variadas formas<sup>359</sup>; mencionándose habitualmente la actividad de policía o de limitación, la actuación de fomento o estimulante, la relativa a la prestación de servicios públicos y la actividad de gestión económica (si bien en la actualidad, cada una de las anteriores se ha diversificado y de han hecho más complejas).

Además, por otra parte, debe tenerse en cuenta la aparición de ciertos problemas en casi todas las técnicas de protección ambiental de las Administraciones Públicas señaladas, así como algunas carencias en las mismas, destacando su falta de adecuación a la evolución de la sociedad y de los tiempos, si bien, en algunos supuestos, sí se han introducido innovaciones resaltables (p. ej., lo que

---

<sup>358</sup> Sin perjuicio de los trabajos citados, vid. también JUSTE RUIZ, J.: *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1999; PAREJO ALFONSO, L. y KRAMER, L.: *Derecho Medioambiental de la Unión Europea*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1996; PLAZA MARTÍN, C.: *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), y otros: *Derecho Ambiental en Castilla y León*, Ed. Consejería de Medio Ambiente (Junta de Castilla y León)-Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003; QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), y otros: *Comentarios a la Legislación de Evaluación de Impacto Ambiental*, Ed. Civitas, Madrid, 2002; AA.VV., *Protección administrativa del Medio Ambiente*, Cuadernos del Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1995, y *La Protección Jurisdiccional del Medio Ambiente*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001; VICENTE JIMÉNEZ, T. (Coord.), y otros: *Justicia Ecológica y Protección del Medio Ambiente*, Ed. Trotta, Madrid, 2002.

<sup>359</sup> FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: “Establecimientos y alojamientos turísticos, territorio y medio ambiente: el régimen jurídico-administrativo de la Comunidad de Castilla y León”, obra citada.

supone la autorización ambiental integrada o permiso integrado respecto a la técnica de la autorización administrativa clásica o los incipientes mercados de derechos de contaminación). Por ello, desde hace algún tiempo las Administraciones Públicas han comenzado a fomentar el uso y utilizar ellas mismas los denominados instrumentos de mercado, basados en la cooperación con los ciudadanos y las empresas, y no en el cumplimiento obligatorio de las correspondientes normas, para alcanzar objetivos y fines de interés general, implicando un cierto grado de flexibilidad en el cumplimiento de las normas y obligaciones establecidas, así como un mayor protagonismo de los sujetos privados (ciudadanos y empresas). Instrumentos que no suponen una alternativa al uso de normas obligatorias para intervenir en una materia determinada, sino que son compatibles, y de hecho se utilizan indistintamente.

Todas estas ideas y las evoluciones de las técnicas señaladas son bien visibles (tanto desde el punto de vista de las Administraciones Públicas como de los ciudadanos y las empresas) en la justificación de la introducción de criterios ambientales y de sostenibilidad en los contratos del sector público; debiendo resaltarse asimismo el trascendental papel que para la protección del medio ambiente suponen las denominadas “compras públicas verdes” realizadas por todos los Poderes Públicos, y en especial por las Administraciones, en su actuación ordinaria y habitual, por su impacto real y por su carácter ejemplarizante.

### III. ASPECTOS GENERALES DE LA INTRODUCCIÓN DE CLÁUSULAS AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA<sup>360</sup>

Los Poderes Públicos forman, como ya sabemos, un grupo consumidor de bienes y servicios muy importante en la Unión Europea y en el mundo (de hecho, como de ha dicho, en la UE, su gasto supone alrededor del 17% del PIB). Por ello, si dichos Poderes eligen en sus procesos de compras bienes y servicios respetuosos con el medio ambiente estarán así contribuyendo de forma decisiva al desarrollo sostenible y a la protección del medio

---

<sup>360</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.: “Contratación pública con criterios de sostenibilidad. Situación actual y perspectivas”, op. cit.; IZQUIERDO LEJARDI, A.: “Contratación pública con criterios de sostenibilidad. Un marco para el debate”, citado.

ambiente. Estos procesos de compras públicas con criterios ambientales y de sostenibilidad suponen un gran ejemplo y ejercen una gran influencia en el mercado (en algunos casos, la influencia es determinante dado el porcentaje del mercado que suponen los procesos de compras públicas), ya que mediante el fomento de tales procesos se incentiva que las empresas desarrollen políticas ambientales y sostenibles, propiciando con ello que las mismas contribuyan al desarrollo sostenible y hacia posiciones de responsabilidad social.

Por otra parte, mediante tales procesos los Poderes Públicos inciden en la búsqueda de nuevas fórmulas para reducir los actuales patrones de consumo, al suponer éstos procesos actuaciones ejemplares en la reducción y racionalización de su propio consumo de bienes y servicios, que traslada a la sociedad como fórmula de avanzar hacia el desarrollo sostenible.

Además, como ya sabemos, la contratación pública con criterios ambientales trae consigo beneficios tangibles para las propias Administraciones Públicas, tales como un aumento en la eficiencia en el uso de bienes y servicios, lo que redundará en una mejor utilización de los recursos financieros y por tanto una mayor racionalización en las políticas de compras; una mejora de la calidad ambiental y de vida de la sociedad correspondiente, lo que supone avances hacia el desarrollo sostenible, y, finalmente, claro, una mayor concienciación ambiental de las empresas que contratan con la Administración y, en definitiva, de la propia sociedad.

Sin embargo, y a pesar de la importancia de tales razones y argumentos favorables a tales procesos, la inclusión de criterios ambientales y de sostenibilidad en los procesos de contratación pública es una exigencia de la legislación de nuestros días, debido a la generalizada concienciación ambiental de las sociedades (en particular desde los años sesenta del pasado siglo), si bien tal incorporación no ha sido inmediata, al toparse tal pretensión con algunos otros objetivos que asimismo ha de respetar la legislación en materia de contratación pública (en particular, los de libre competencia, impedir la competencia desleal y el respeto a las reglas del libre mercado).

#### IV. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y MEDIO AMBIENTE: ACTUACIONES INTERNACIONALES

Fruto de los problemas, ya mencionados, que se plantean en la legislación de contratación pública para incorporar criterios ambientales, no es extraño que, en el ámbito de Naciones Unidas, las Declaraciones de las Conferencias en materia ambiental de Estocolmo (junio de 1972) y Río de Janeiro (junio de 1992) no incluyan referencia directa alguna a tal cuestión, si bien la Declaración de Río, en su Principio nº 12, tiene una mención indirecta y muy general al señalar que “las medidas de política comercial para fines ambientales no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción velada del comercio internacional” (referencia que también debe aplicarse al ámbito interno de los Países correspondientes). Obviamente, y a pesar de la época, ambas Declaraciones incluyen algunas cuestiones relacionadas con la materia reseñada.

Será la Cumbre Mundial de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica) entre el 26 de agosto y el 4 de septiembre de 2002, la que por primera vez aborde la cuestión, naturalmente ya en el contexto de los debates y acuerdos en materia del desarrollo sostenible. Aunque sin referencias directas, dado el carácter del documento, la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, adoptada el 4 de septiembre de 2002, parte de asumir “la responsabilidad colectiva de promover y fortalecer, en los planos local, nacional, regional y mundial, el desarrollo económico, desarrollo social y la protección ambiental, pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible”, y de entender que “la erradicación de la pobreza, la modificación de pautas insostenibles de producción y consumo y la protección y ordenación de la base de recursos naturales para el desarrollo social y económico son objetivos primordiales y requisitos fundamentales de un desarrollo sostenible”, para, después, convenir “en que en la realización de sus actividades legítimas el sector privado, incluidas tanto las grandes empresas como las pequeñas, tiene el deber de contribuir a la evolución de comunidades y sociedades equitativas y sostenibles”.

Pero es el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, de 4 de septiembre de 2002, el que incluye tales referencias directas, al establecer en el punto 19 del mismo (en la parte dedicada a la modificación de las pautas insostenibles de producción y consumo) el objetivo de “alentar a las autoridades competentes de todos los niveles a que tengan en cuenta consideraciones relacionadas con el desarrollo sostenible al

tomar decisiones, incluso sobre la planificación del desarrollo nacional y local, las inversiones en infraestructura, el desarrollo empresarial y la contratación pública”, lo que “...entrañaría la adopción, en todos los planos, de medidas encaminadas a:

- a) Prestar apoyo para la formulación de estrategias y programas de desarrollo sostenible, incluso en las decisiones en materia de inversiones en infraestructura y desarrollo empresarial;
- b) Seguir promoviendo la incorporación de los costos de la protección ambiental y el empleo de instrumentos económicos, sobre la base del criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales;
- c) Promover políticas de contratación pública que propicien la creación y difusión de bienes y servicios que no causen daño al medio ambiente;
- d) Organizar actividades de fortalecimiento de la capacidad y de capacitación para ayudar a las autoridades competentes a poner en práctica las iniciativas indicadas en el presente párrafo;
- e) Aplicar los procedimientos de evaluación de los efectos en el medio ambiente”.

Debiendo destacarse asimismo que el punto 18 de dicho Plan de Acción hace referencia a la importancia de la responsabilidad empresarial.

Asimismo, a nivel mundial general<sup>361</sup>, teniendo en cuenta que en el marco las negociaciones comerciales de la Ronda Tokio iniciada en 1979 se firmó un Acuerdo sobre Compras del Sector Público en 1981, modificado más tarde, y que en la Ronda Uruguay se decidió su ampliación, debe mencionarse el Acuerdo de Marrakech, de 15 de abril de 1994, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio como marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre los Estados parte del mismo; quienes, entre otras cuestiones, reconocen

---

<sup>361</sup> Sobre el ámbito internacional, vid. el excelente trabajo de CARBONERO GALLARDO, J.M.: *La adjudicación de los contratos públicos. Procedimientos para la adjudicación de los contratos administrativos y otros contratos del sector público*, Ed. La Ley-El Consultor, Las Rozas (Madrid), 2010, pp. 168-174.

“...que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico”.

El Anexo 4-b del Acta Final se refiere al “Acuerdo sobre Contratación Pública”<sup>362</sup>, en el que se reconoce “...la necesidad de un marco multilateral efectivo de derechos y obligaciones con respecto a las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a la contratación pública, con miras a conseguir la liberalización y la expansión cada vez mayor del comercio mundial y a mejorar el marco internacional en que éste se desarrolla...” así como “...que las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a la contratación pública no deben ser elaborados, adoptados ni aplicados a los productos, los servicios o los proveedores extranjeros o nacionales de forma que se proteja a los nacionales, ni deben discriminar entre los productos, los servicios o los proveedores extranjeros”. El Acuerdo es aplicable a todas las leyes, reglamentos, procedimientos o prácticas relativos a los contratos que celebren las Entidades sujetas al mismo (Gobiernos centrales, Gobiernos subcentrales y otras Entidades) y a las adquisiciones mediante cualquier instrumento contractual, incluidos métodos tales como la compra, la compra a plazos o el arrendamiento, financiero o no, con o sin opción de compra, e incluida cualquier combinación de productos y servicios (art. 1).

El texto no menciona directamente criterio ambiental alguno a incorporar a los contratos públicos correspondientes, si bien su art. 6, en el marco del objetivo de eliminar trabas al comercio mundial, establece que “...las especificaciones técnicas que establezcan las características de los productos o servicios objeto

<sup>362</sup> Los documentos pueden verse en el enlace electrónico [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/gproc\\_s/gproc\\_s.htm#top](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm#top).

de contratación, como su calidad, propiedades de uso y empleo, seguridad y dimensiones, símbolos, terminología, embalaje, marcado y etiquetado, o los procesos y métodos para su producción, y las prescripciones relativas a los procedimientos de evaluación de la conformidad establecidas por las entidades contratantes, no se elaborarán, adoptarán ni aplicarán con miras a crear obstáculos innecesarios al comercio internacional, ni podrán tener ese efecto” (párrafo que no menciona las cláusulas ambientales, pero es el único relacionado con tal materia); precisándose el régimen específico de las mismas. Por otra parte, el art. 12, relativo a los pliegos de condiciones de los contratos, únicamente hace referencia a que en los mismos han de incluirse, entre otras cuestiones, las condiciones de carácter económico y técnico, y “...los criterios en que se fundará la adjudicación del contrato, incluidos los factores, aparte del precio, que se tendrán en cuenta en la evaluación de las ofertas y los elementos del costo que se tomarán en consideración al examinar los precios de las ofertas”.

No obstante lo anterior, entre las Decisiones adoptadas por el Comité de Negociaciones Comerciales, adoptadas el 15 de diciembre de 1993 y el 14 de abril de 1994, deben destacarse la relativa al “Comercio de servicios y medio ambiente”, relativa al estudio de la necesidad de modificar el art. 14 del Acuerdo sobre la relación entre el comercio de servicios y el medio ambiente, “incluida la cuestión del desarrollo sostenible”, y la referente al “comercio y medio ambiente”, para estudiar la relación existente entre las medidas comerciales y las medidas ambientales con la finalidad de promover un desarrollo sostenible, y hacer las recomendaciones oportunas sobre si son necesarias modificaciones de las disposiciones del sistema multilateral de comercio, compatibles con el carácter abierto, equitativo y no discriminatorio del sistema.

Más adelante, el 8 de diciembre de 2006 el Comité de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio adoptó un texto para modificar el Acuerdo sobre Contratación Pública de 1994 (OMC-CCP, doc. GPA/W/297, de 11 de diciembre de 2006), aún no aprobado formalmente. El nuevo texto naturalmente admite las cláusulas ambientales de los contratos, previendo, en su art. X, relativo a “Especificaciones técnicas y pliego de condiciones”, que, al prescribir las especificaciones técnicas para los bienes o servicios objeto de contratación, establece que las Entidades contratantes “basarán la especificación técnica en normas internacionales, cuando éstas existan, o de lo contrario en reglamentos técnicos nacionales, en normas nacionales reconocidas o en códigos de construcción” y expresamente que “queda entendido que

las Partes, incluidas sus entidades contratantes, podrán, conforme al presente artículo, preparar, adoptar o aplicar especificaciones técnicas con el fin de promover la conservación de los recursos naturales o proteger el medio ambiente”; añadiendo nítidamente que “los criterios de evaluación establecidos en el anuncio o en el pliego de condiciones podrán comprender, entre otras cosas, el precio y otros factores de costo, la calidad, el valor técnico, las características medioambientales, y las condiciones de entrega”.

En el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), las referencias son más directas ya que, sobre la base de la Estrategia Ambiental de la OCDE para los primeros años del siglo XXI, adoptada en mayo de 2001, y la Recomendación del Consejo relativa a la mejora del comportamiento ambiental de los Poderes Públicos [C(96)39/Final, de 20 de febrero de 1996], se ha adoptado la Recomendación del Consejo sobre la mejora del funcionamiento ambiental de los mercados públicos [C(2002)3], de 23 de enero de 2002, en la que reconoce la importancia de la integración del medio ambiente en los mercados públicos, aunque asimismo reconoce la necesidad de mantener los mercados abiertos y de aplicar los principios de transparencia, concurrencia y de no discriminación; por lo que recomienda a los Estados Miembros que elaboren “políticas de ecologización de los mercados públicos”, que establezcan un marco administrativo apropiado para la integración de criterios ambientales en los mercados públicos de bienes y servicios, de forma paralela a los criterios de precios y de funcionamiento, y otras medidas (en materia de información, medidas financieras y presupuestarias, mejores prácticas o indicadores).

## V. LA INCORPORACIÓN DE CRITERIOS AMBIENTALES A LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN LA UNIÓN EUROPEA

### 1. UNIÓN EUROPEA, CONTRATACIÓN PÚBLICA Y MEDIO AMBIENTE

Las Comunidades Europeas, creadas en los años cincuenta del siglo pasado, tenían como objetivo prioritario (aunque actualmente ya no es así) la creación de un mercado común sin fronteras en el que la libre competencia y el libre mercado estuviera asegurado; lo cual obligaba a la apertura de la contratación pública a personas y empresarios de los restantes Estados Miembros, pues la necesidad de cumplir con las reglas de la libre competencia obligaba a permitir que personas y empresarios de todos los Estados Miembros pudiesen

participar en los procedimientos de contratación pública celebrados en cualesquiera otros Estados Miembros. Por ello, y con la finalidad de avanzar en el proceso anterior, la desaparecida Comunidad Económica Europea comienza a intervenir en esta materia elaborando normas para armonizar la contratación pública<sup>363</sup> desde los años setenta del pasado siglo (teniendo en cuenta la importancia de este sector de actividad pública).

Posteriormente, y ante el fracaso en la consecución del mercado común, con el Acta Única Europea (que, como es sabido, introduce la Política Ambiental en el Tratado CEE) se pone en marcha el proceso para alcanzar el mercado interior europeo; cuestión que se ratifica en los posteriores Tratado de la Unión Europea y Tratado de la Comunidad Europea (tanto en las versiones originales de 1992, como en las modificaciones de Amsterdam de 1997 y Niza de 2001, que profundizan en la Política Ambiental común, e incluyen el desarrollo sostenible entre los objetivos generales de la Unión), así como en el vigente Tratado de Lisboa de 2007<sup>364</sup>, cuya entrada en vigor se ha producido el 1 de diciembre de 2009, que integra, al mismo nivel jurídico, el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C 306, 17.12.2007, y las versiones consolidadas de los nuevos Tratados publicadas en DOUE C 83, 30.3.2010), y que ratifica la Política Ambiental de la Unión y el

---

<sup>363</sup> Sobre el Derecho Comunitario relativo a la Contratación Pública, por todos, vid. BAÑO LEÓN, J.M.<sup>a</sup>: "La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Revista de Administración Pública*, n.º 151/2000; BASSOLS COMA, M.: "Aproximación a la normativa comunitaria europea sobre contratación administrativa", *Noticias de la Comunidad Económica Europea*, n.º 21/1986; MORENO MOLINA, J.A.: *Contratos Públicos: Derecho Comunitario y Derecho Español*, Ed McGraw Hill, Madrid, 1996; RAZQUIN LIZARRAGA, M.M.<sup>a</sup>: *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1996; SANTÍAS VIADA, J.A., SANTAMARÍA DE PAREDES, V. y LÓPEZ BLANCO, C.: *El Derecho Comunitario de la Contratación Pública*, Ed. Escuela de Hacienda Pública, Madrid, 1991.

<sup>364</sup> UNIÓN EUROPEA-TRATADO DE LISBOA: [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/index\\_es.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/index_es.htm), y ALONSO GARCÍA, R., *Tratados y legislación institucional de la Unión Europea*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010. Sobre este Tratado, ver ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.: "El Tratado de Lisboa: comienza una nueva etapa para Europa", *Diario La Ley*, n.º 6851, 31 de diciembre de 2007, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *Informe Preliminar sobre el Tratado de Lisboa*, Real Instituto Elcano [[http://www.realinstitutoelcano.org/especiales/EspecialFuturoEuropa/docs/TratadoLisboa2007/B\\_Tratado%20funcionamiento\\_Unión\\_17Dic\\_def.pdf](http://www.realinstitutoelcano.org/especiales/EspecialFuturoEuropa/docs/TratadoLisboa2007/B_Tratado%20funcionamiento_Unión_17Dic_def.pdf)] y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. y URRRA CORRES, M.: *Tratado de Lisboa*, Ed. Real Instituto Elcano-Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

objetivo del desarrollo sostenible de la misma. Este mercado interior, como uno de los ejes esenciales del proyecto de integración europea, implica obviamente la eliminación de discriminaciones por causa de nacionalidad en la Unión; aplicándose la misma también a la contratación pública.

Las antiguas Comunidades Europeas comenzaron interviniendo normativamente en la materia para hacer cumplir los principios establecidos en los Tratados, y particularmente el principio de libertad de competencia, con la finalidad de conseguir el mercado común. Posteriormente, ya con los siguientes Tratados tal intervención continuará y se profundizará para conseguir el mercado interior y, más en concreto, un mercado único de contratos públicos. Así, la Comunidad Europea, desde los años setenta del pasado siglo, ha tratado de armonizar las normas sobre contratación pública de los Estados Miembros, con la finalidad de conseguir un mercado abierto y transparente, limitando los poderes discrecionales del correspondiente órgano nacional de contratación, armonizando los procedimientos de contratación, obligando a que determinados contratos públicos por su cuantía se oferten para toda la Comunidad y regulando los recursos jurídicos contra las decisiones en esta materia. En este proceso relativo a la regulación europea de la contratación pública los criterios ambientales en la misma no se tendrán prácticamente en cuenta hasta finales del siglo xx, justamente cuando se consolida definitivamente y se refuerza la Política Ambiental de la Unión, y se asume el desarrollo sostenible con claridad<sup>365</sup>.

---

## 2. EL MEDIO AMBIENTE Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS TRATADOS EUROPEOS, EN LOS PROGRAMAS AMBIENTALES Y EN LAS ESTRATEGIAS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

Teniendo en cuenta las escasas referencias al medio ambiente en los Tratados Europeos originales, así como las acciones de la Comisión y los acuerdos de la Cumbre de Jefes de Estado y/o de Gobierno celebrada en París en octubre de

---

<sup>365</sup> Una visión general de la cuestión en la Unión Europea puede verse en COMISIÓN EUROPEA, *¡Compras ecológicas! Manual sobre la contratación pública ecológica*, OPOCE, Luxemburgo, 2005 [<http://europa.eu.int/comm/environment/gppguidelines.htm>]; FUNDACIÓN ENTORNO, "Contratación con criterios medioambientales: Un Manual sobre los Contratos Públicos con criterios ambientales" (que reproduce el anterior), *Club de Debate sobre "Compra Verde-Extensión de la responsabilidad ambiental"*, Madrid, 17 de marzo de 2005.

1972<sup>366</sup>, la Política Ambiental Comunitaria se inicia con el Primer Programa Ambiental de la Comunidad Europea (1973-1976) aprobado el 22 de noviembre de 1973; que no incluye referencias a la incorporación de criterios ambientales en la contratación pública. A continuación, el Segundo Programa Ambiental (1977-1981) se aprobó el 17 de mayo de 1977, con la finalidad de continuar las acciones del anterior e iniciar algunas nuevas; en el que tampoco hay referencias directas a las cuestiones relativas a la contratación pública. Seguidamente, el Tercer Programa Ambiental (1982-1983)<sup>367</sup>, aprobado el 7 de febrero de 1983, transforma la Política Ambiental Comunitaria en una política preventiva, aunque tampoco incluye referencias directas a la cuestión de la contratación pública. Más adelante, y contando ya con las nuevas bases jurídicas en materia ambiental introducidas en los Tratados originales por el Acta Única Europea<sup>368</sup>, se aprobó el Cuarto Programa Ambiental (1987-1992), el 19 de octubre de 1987, que, siguiendo los Programas ante-

---

<sup>366</sup> En relación con los aspectos originales y generales de esta Política, y sobre la evolución, vid. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "Política Ambiental Comunitaria, especial referencia a los Programas de Acción", *Revista de Instituciones Europeas*, n.º 3/1985, y "La Política Ambiental Comunitaria: Su evolución y su futuro", *Revista de Administración Pública*, n.º 111/1986; LÓPEZ RAMÓN, F.: "La Política del Medio Ambiente de la Comunidad Europea y su incidencia en el Derecho español", en AA.VV.: *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. III, Ed. Civitas, Madrid, 1986, y "La Programación de la Política Ambiental en las Comunidades Europeas", *Noticias CEE*, n.º 14/1986; PAREJO ALFONSO, L. y KRAMER, L.: *Derecho Medioambiental de la Unión Europea*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1996, y PLAZA MARTÍN, C.: *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. Vid. también el número monográfico de *Noticias de la Comunidad Económica Europea*, n.º 14/1986.

<sup>367</sup> Sobre el mismo, vid. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "El Tercer Programa de Acción de las Comunidades Europeas sobre Medio Ambiente (1982-1986)", *Revista de Derecho Urbanístico*, n.º 91 y 92/1985, y "La futura Política Ambiental de la Comunidad Económica Europea", *Revista de Derecho Urbanístico*, n.º 101/1987.

<sup>368</sup> En relación con el mismo, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "El Cuarto Programa de la Comunidad Europea sobre Medio Ambiente (1987-1992)", en AA.VV.: *Ordenación del Territorio y Medio Ambiente*, Ed. IVAP, Oñate, 1988; "El Acta Única Europea y el Cuarto Programa Ambiental de la Comunidad Europea (1987-1992)", *Noticias CEE*, núm. 51/1989, y "La incidencia del Acta Única Europea en la Política Ambiental de la Comunidad Europea", en AA.VV.: *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo xx. Libro Homenaje al Profesor Dr. Fernando Garrido Falla*, Ed. Complutense, Madrid, 1992. También, FUENTES BODELÓN, F.: "El Cuarto Programa de Acción de la CEE en materia de Medio Ambiente para el periodo 1987-1992", *Noticias CEE*, n.º 47/1988, y "Política Comunitaria sobre Medio Ambiente en el año 1988", *Noticias CEE*, núm. 59/1989.

rios, tampoco prevé referencias directas a la incorporación de los criterios ambientales en la contratación pública.

Seguidamente, y teniendo en cuenta la aprobación del Tratado de la Unión Europea de 1992<sup>369</sup>, que consolida jurídicamente la Política Ambiental, se aprobará, con fecha de 1 de febrero de 1993, el Quinto Programa Ambiental (1993-2000), que, entre otras propuestas destacables, aumenta la gama de instrumentos (mencionando los normativos, los de mercado, los horizontales de apoyo y los mecanismos financieros de apoyo); si bien tampoco hay referencias directas a la incorporación de criterios ambientales en la contratación pública, aunque algunos de los mencionados tienen alguna relación con dicha integración. Será finalmente la revisión del Quinto Programa, aprobada por Decisión nº 2179/98/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 1998 (DOCE L 275, 10.10.1998), la que proceda a referirse a la cuestión al establecer que “la Comunidad desarrollará y aplicará o fomentará por otros medios una serie más amplia de instrumentos con el fin de inducir un cambio sustancial en las actuales tendencias y prácticas en materia de desarrollo sostenible, teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad”, por lo que, en relación con los instrumentos horizontales, se establece directamente que, entre otros, uno de los objetivos prioritarios de la Comunidad será “revisar las normas comunitarias de contratación pública para incorporar más adecuadamente las consideraciones medioambientales en la aplicación de dichas normas, al tiempo que se asegura una competencia leal” (art. 3 de la Decisión).

Después de aprobarse el Tratado de Amsterdam en 1997<sup>370</sup>, que modifica los Tratados Europeos y en particular al incluir el principio de integración ambiental

<sup>369</sup> En general, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: “Evolución y regulación actual de la Política Ambiental Comunitaria”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 153/1997, y “La Política Ambiental Comunitaria en el Tratado de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Ambiental*, nº 12/1994.

<sup>370</sup> Ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: “La Política Ambiental de la Unión Europea en el proceso de revisión del Tratado de Maastricht”, *Noticias UE*, nº 153/1997; “El Tratado de Amsterdam aspectos y reflexiones generales”, *Noticias UE*, nº 180/2000, y “La política medioambiental de la Unión Europea en el Tratado de Amsterdam y en la Revisión del Quinto Programa de Medio Ambiente: la futura política ambiental comunitaria”, *Noticias UE*, nº 190/2000. También, FUENTES BODELÓN, F.: “Política ambiental de la CEE en materia de medio ambiente para el periodo 1987-1992”, *Noticias CEE*, nº 39/1988. En general, vid. ALONSO GARCÍA, R.: *Tratado de Amsterdam*, Ed. Civitas, Madrid, 1998; OREJA AGUIRRE, M. (Dir.), y otros: *El Tratado de Amsterdam: Análisis y comentarios*, 2 vols., Ed. McGraw Hill-Fundación BBV, Madrid, 1998.

en el renovado Tratado de la Comunidad Europea, la Comisión adoptó, el 24 de enero de 2001, la Comunicación sobre el Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente (“Medio Ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos”) [COM (2001) 31 final, Bruselas, 24-1-2001; DOCE C 154 E, 29-5-2001].

La propuesta de nuevo Programa asume una innovadora filosofía en materia ambiental al señalar con claridad que

“La protección del medio ambiente plantea problemas, pero también oportunidades. No sólo hay que tener en cuenta la aspiración de las personas a vivir en un medio ambiente sano y sin contaminar; es preciso reconocer también que los costes y daños que provocan la contaminación y el cambio climático son considerables. Proteger el medio ambiente no implica que sea preciso limitar el crecimiento o el consumo per se. Con normas medioambientales rigurosas se impulsa también la innovación, y la innovación crea nuevos mercados y oportunidades para las empresas. Lo que hay que hacer, más bien, es aumentar la calidad del crecimiento económico y demás actividades humanas para satisfacer la demanda de bienes y servicios y, al mismo tiempo, conseguir un medio ambiente limpio y sano. Debemos disociar impacto y degradación ambiental, por un lado, y crecimiento económico, por otro. Para ello, por ejemplo, debe aumentar el rendimiento ecológico, en otras palabras, utilizar menos recursos naturales para obtener el mismo nivel de productividad económica o valor añadido. Los modelos de consumo deben hacerse más sostenibles”.

Por ello, el texto de Programa pretende superar la estrategia estrictamente normativa en relación con la protección del medio ambiente y crear un enfoque estratégico, que deberá utilizar los diferentes instrumentos y medidas para influir en la toma de decisiones de las empresas, de los ciudadanos y de las autoridades políticas. Esta nueva estrategia se articula en cinco ejes: mejorar la aplicación de la normativa vigente; integrar el medio ambiente en otras políticas; colaborar con el mercado; implicar a los ciudadanos y modificar sus comportamientos, y tener en cuenta la incidencia ambiental de las decisiones sobre ordenación y gestión de territorio. Además, la propuesta se concentra en cuatro ámbitos de acción prioritarios: cambio climático, naturaleza y biodiversidad; medio ambiente y salud, y gestión de los recursos naturales y de

los residuos. Finalmente, el texto del Programa se completa con las previsiones sobre los aspectos internaciones y las bases científicas.

Respecto a la contratación pública, el texto del Programa, en la parte dedicada a la nueva estrategia de actuación, al referirse a las medidas para incitar al mercado a actuar a favor del medio ambiente destaca la importancia de ayudar a los consumidores a elegir en sus compras y otras acciones con conocimiento de causa, por lo cual señala que

“los contratos públicos representan aproximadamente el 14% de la demanda en el mercado, y los responsables de las compras en compañías y otras organizaciones gubernamentales y no gubernamentales pueden contribuir a introducir la dimensión medioambiental en el mercado incluyendo el rendimiento ecológico entre sus criterios de compra. La Comisión, mientras vela por su coherencia con el mercado interior, va a seguir favoreciendo la adopción de prácticas para incluir la dimensión ambiental en la política de compras mediante la inclusión en una base de datos de orientaciones que permitan a empresas y autoridades locales establecer sistemas adecuados de contratación y evitar así que tengan que volver a inventar la rueda cada vez. Además, la Comisión va a estudiar la viabilidad de promover la introducción de la dimensión ambiental en los contratos introduciendo la obligación de realizar, antes de la adjudicación, una evaluación del impacto ambiental de las distintas alternativas disponibles que respondan a las necesidades del poder adjudicador. De esta manera, las decisiones se adoptarán con pleno conocimiento de las consecuencias ecológicas. Para dar ejemplo, la Comisión y otras instituciones y organismos comunitarios van a realizar una evaluación exhaustiva de sus propias prácticas en materia de contratación y adoptarán las medidas necesarias para mejorar los resultados”.

Estimando, así, necesario “promover la introducción de la dimensión ambiental en los contratos de compra, con orientaciones, y evaluar ese aspecto en los contratos de las instituciones comunitarias, para dar ejemplo”.

Además, el texto hace referencia a otras cuestiones, compatibles y complementarias a la incorporación de criterios ambientales en la contratación pública, tales como fomentar las auditorías ambientales, exigir la publicación de los resultados ambientales de las empresas, establecer un sistema de recompensas a las

empresas que respeten el medio ambiente, fomentar acuerdos voluntarios, poner en marcha una política integrada de productos, etiquetas ecológicas y plantear la regulación de la responsabilidad ambiental.

Formalmente, el Programa fue aprobado por la Decisión nº 1600/2002/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2002, por la que se establece el Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente (DOCE L 242, 10.92002).

El Programa abarcará un período de diez años (hasta 2012) (art. 1). Su art. 2 establece los principios y metas generales, destacando, para esta materia, el fomento de la plena integración de las exigencias relativas a la protección del medio ambiente en todas las políticas y acciones comunitarias, así como que las medidas propuestas y adoptadas a favor del medio ambiente deberían ser coherentes con los objetivos de las dimensiones económica y social del desarrollo y viceversa.

El art. 3 establece, siguiendo el texto de la Comisión, el nuevo planteamiento estratégico en materia ambiental, basado en las siguientes cuestiones: desarrollo de nueva legislación y modificación de la existente; mejorar la aplicación de la legislación; realizar nuevos esfuerzos para integrar las exigencias de la protección ambiental en las políticas y actividades comunitarias [incluyendo la traducción de las estrategias de integración en actuaciones efectivas; estudiar si las actuaciones económico-sociales son coherentes con el Programa y con la Política Ambiental; fomento en las instituciones de la transparencia y el acceso a la información; establecer un control periódico, mediante indicadores adecuados, del proceso de integración; fomentar una mayor integración de las consideraciones ambientales en los programas de financiación comunitaria; utilizar plenamente y de forma efectiva de la evaluación de impacto ambiental y de la evaluación ambiental estratégica, y que los objetivos del Programa sean tenidos en cuenta en las revisiones de las perspectivas financieras]; el fomento de modelos sostenibles de producción y de consumo; mejorar la colaboración con las empresas y con otros interlocutores sociales; mejorar la información a los consumidores y compradores respecto a procesos y productos que inciden en el medio ambiente; apoyo a la integración de los aspectos ambientales en el sector financiero; creación de un régimen comunitario de responsabilidad; mejorar la colaboración con grupos de consumidores y organizaciones no gubernamentales, y fomento de usos sostenibles de la tierra y el mar.

En relación con la contratación pública, el texto de la Decisión estima necesaria la

“contribución a una mejor información de los consumidores particulares, las empresas y los organismos públicos, en su papel de compradores, respecto a los procesos y productos en lo que se refiere a sus efectos sobre el medio ambiente, con miras a conseguir modelos sostenibles de consumo, para lo cual se requiere: fomentar el empleo de etiquetas ecológicas y otras formas de información medioambiental y etiquetado que permitan a los consumidores comparar el comportamiento medioambiental de productos del mismo tipo; fomentar el empleo de autodeclaraciones fiables sobre comportamiento medioambiental y evitar las declaraciones engañosas, y fomentar la aplicación de criterios ecológicos en la adjudicación de contratos públicos, que permitan tener en cuenta las características medioambientales y la posible integración de consideraciones relativas al ciclo de vida medioambiental, incluida la fase de producción, en los procedimientos de adjudicación de contratos, sin perjuicio del respeto de las normas comunitarias sobre mercado interior y competencia, aportando orientaciones sobre mejores prácticas y empezando una revisión de la adjudicación de contratos con criterios ecológicos en las instituciones comunitarias”.

De acuerdo con lo previsto, la Comisión presentó la Comunicación relativa a “La Revisión intermedia del Sexto Programa de Acción Comunitario en materia de Medio Ambiente” [COM (2007) 225 final, Bruselas, 30.4.2007].

La Comunicación se estructura sobre las siguientes cuestiones: situación del medio ambiente; crecimiento, empleo y medio ambiente; evaluación de las prioridades del Programa; cambio climático; naturaleza y biodiversidad; medio ambiente, salud y calidad de vida; recursos naturales y residuos; perspectivas para mejorar la elaboración de políticas; mejora de la cooperación internacional; los principios de “Legislar mejor” en la elaboración de políticas de medio ambiente; promoción de la integración de las políticas, y mejora de la aplicación y el cumplimiento del texto. Respecto a la incorporación de criterios ambientales en la contratación pública, la Comunicación se refiere a la cuestión en la parte dedicada a “utilizar el mercado para obtener resultados medioambientales”, señalando que “una normativa bien diseñada es el fundamento de las políticas ambientales de la Unión Europea; no obstante,

los mecanismos de mercado pueden utilizarse como parte de la combinación de políticas para lograr objetivos medioambientales de manera rentable y contribuir a la aplicación efectiva"; citando como ejemplos el régimen de comercio de derechos de emisión; el Libro Verde sobre instrumentos de mercado para la política de medio ambiente y otras políticas conexas que la Comisión ha adoptado recientemente, y que veremos más adelante, y la revisión en 2007 de la Directiva sobre Control Integrado de la Contaminación, en cuyo proceso se analizará si pueden utilizarse mecanismos de mercado para reforzar la aplicación y promover la innovación. Además, la Comunicación entiende que "utilizar el mercado significa también encontrar un mecanismo para hacer una valoración ajustada de los bienes y servicios ambientales"; para lo cual, se señala, entre otras cuestiones, que "la Comisión trabajará también para mejorar el comportamiento medioambiental de los productos y los procesos y para fomentar su asimilación por las empresas y los consumidores" y "promoverá también un ejercicio periódico de análisis comparativo de la contratación pública con criterios ecológicos, con el fin de lograr que, para 2010, el nivel medio de este tipo de contratación en la UE sea equivalente a los niveles que se alcanzan actualmente en los Estados miembros con mejores resultados", de acuerdo con lo establecido en la Estrategia de Desarrollo Sostenible.

Además, y en relación con cuestiones estrechamente vinculadas con la contratación pública "verde", el documento señala que el Programa tiene entre sus objetivos disociar crecimiento económico y degradación ambiental, por lo que se prevé que, en 2007, la Comisión propondrá un Libro Verde de la UE para la producción y el consumo sostenibles, con la finalidad de invertir pautas insostenibles de consumo y producción en los sectores más afectados, teniendo en cuenta los impactos en todo el ciclo de vida de los productos.

La evolución de la Unión Europea, y de su Política Ambiental, continuó con la aprobación del Tratado de Niza en 2001 y con el Acta de Adhesión de Bulgaria y Rumania (DOUE C 321, 29. 12. 2006)<sup>371</sup>, hasta la entrada en vigor del

---

<sup>371</sup> Ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "Política Ambiental de la Unión Europea", en LÓPEZ RAMÓN, F. (Dir.), y otros: *Observatorio de Políticas Ambientales 1978-2006*, obra citada, y "Política Ambiental de la Unión Europea", en LÓPEZ RAMÓN, F. (Dir.), y otros: *Observatorio de Políticas Ambientales 2007*, obra citada.

nuevo Tratado de Lisboa en 2009<sup>372</sup>, y con la aprobación de la Estrategia de Desarrollo Sostenible de la Unión Europea [COM (2001) 264 final, Bruselas, 15.5.2001]<sup>373</sup>. De su contenido, destacamos:

- El texto estima que para conseguir una Europa sostenible es necesario tener una visión más amplia a largo plazo, lo cual implica que crecimiento económico, cohesión social y protección ambiental deben estar estrechamente unidos; prever objetivos claros y a largo plazo (en particular, respecto a las amenazas graves e irreversibles: calentamiento del planeta, salud pública, zonas urbanas, etc.) y nuevos enfoques para luchar contra las tendencias insostenibles (actuaciones urgentes, liderazgo a favor del desarrollo sostenible frente a intereses sectoriales; necesidad de coordinar la formulación de políticas; que se actúe a todos los niveles y por todos, destacando el papel de las autoridades públicas, pero también les corresponde contribuir a ciudadanos y empresas; acción internacional).
- La Estrategia se articula sobre tres ejes:
  - > Crear las condiciones para el desarrollo sostenible, para lo cual se prevé mejorar la coherencia de la actuación pública; fijar precios reales que constituyan una señal para personas y empresas; inversiones de futuro en ciencia y tecnología; mejorar la comunicación y movilizar a ciudadanos y empresas (entre las medidas referidas a éstas debe destacarse la publicación obligatoria, para las que cuenten con más de 500 trabajadores, de los resultados económicos, ambientales y sociales en sus informes anuales), y tener en cuenta la ampliación de la UE y la dimensión mundial. En relación a la cuestión de las inversiones de futuro en ciencia y tecnología, la propuesta hace referencia

---

<sup>372</sup> FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "Política Ambiental de la Unión Europea", en LÓPEZ RAMÓN, F. (Dir.), y otros: *Observatorio de Políticas Ambientales 2008*, obra citada, y "Política Ambiental de la Unión Europea", en LÓPEZ RAMÓN, F. (Dir.), y otros: *Observatorio de Políticas Ambientales 2009*, obra citada.

<sup>373</sup> JIMÉNEZ BELTRÁN, D.: "La Estrategia de Desarrollo Sostenible de la Unión Europea en el contexto global: de Río a Johannesburgo", *Información Comercial Española*, n.º 800/2002, y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "Articulación y perspectivas del Desarrollo Sostenible en la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, n.º 264/2007, y "Política Ambiental de la Unión Europea", en LÓPEZ RAMÓN, F. (Dir.), y otros: *Observatorio de Políticas Ambientales 2007*, citado.

a la contratación pública y, lo que es destacable, privada “verde”, al señalar que la prolongada prosperidad de la Unión depende de los avances en materia de conocimientos y del progreso tecnológico, por lo que, continúa, sin estas inversiones la adaptación al desarrollo sostenible ha de conseguirse mediante cambios en nuestras pautas de consumo, ya que fomentando la innovación podrán desarrollarse nuevas tecnologías que utilicen menos recursos naturales, reduzcan la contaminación o los riesgos para la salud y la seguridad y sean menos caras que sus antecesora; para lo cual se estima que “las políticas de contratación pública –siempre que no se trate de encubrir prácticas proteccionistas– constituyen un medio adicional para acelerar la difusión de nuevas tecnologías”, así como que “una ‘iniciativa de compra verde’ del sector privado también podría aumentar el uso de productos y servicios respetuosos del medio ambiente”; por lo cual “sobre la base del documento de orientación que la Comisión publicará en breve, los Estados miembros deberían analizar cómo aprovechar mejor la contratación pública para impulsar productos y servicios poco contaminantes” y “fomentar las iniciativas del sector privado destinadas a incorporar factores ambientales a sus especificaciones de compra”.

- > Prioridades de la acción: objetivos y metas a largo plazo; entre las que deben destacarse el cambio climático, las amenazas para la salud pública, la gestión responsable de los recursos naturales (p. ej., implantar una política integrada de productos o la responsabilidad ambiental), y mejorar el sistema de transportes y la ordenación territorial, para limitar sus efectos negativos.
- > Aplicación de la Estrategia y evaluación de los progresos. Se prevén una evaluación en cada Consejo Europeo de primavera (siendo el primer análisis de los indicadores de sostenibilidad en el Consejo Europeo de Barcelona, en 2002), gestionar la integración ambiental en las políticas comunitarias, la creación de una “mesa redonda-foro” de desarrollo sostenible para evaluarla y la necesaria revisión-adaptación de la misma, al inicio de cada mandato de la Comisión.

Posteriormente, en la preparación de la nueva Estrategia, la Comisión adoptó la Comunicación “Revisión en 2005 de la Estrategia de la Unión Europea para un Desarrollo Sostenible: Primer balance y orientaciones futuras” [COM

(2005) 37 final, Bruselas, 9.2.2005], elaboró la importante “Declaración sobre los Principios Rectores del Desarrollo Sostenible” [COM (2005) 218 final, Bruselas, 25.5.2005] y adoptó la Comunicación relativa a “La revisión de la Estrategia para un Desarrollo Sostenible. Plataforma de acción” [COM (2005) 658 final, Bruselas, 13.12.2005], para ser aprobada la misma por el Consejo Europeo de Bruselas, celebrado los días 15 y 16 de junio de 2006 (doc. 10633/1/06, Rev. 1), si bien el texto formal de la “Estrategia Revisada de la Unión Europea para un Desarrollo Sostenible” se remite por la Secretaría del Consejo de la UE a los Estados Miembros con fecha de 26 de junio de 2006 (doc. 10917/06)<sup>374</sup>.

La Estrategia se inicia ratificando el compromiso de la Unión con el desarrollo sostenible, asumido tanto en los Tratados como en la actividad comunitaria ordinaria, confirmando la existencia de algunas tendencias insostenibles (como el cambio climático y el uso de la energía), las amenazas a la salud pública, la existencia de algunos fenómenos preocupantes (como la pobreza y la exclusión social, la presión demográfica y el envejecimiento de la población, la gestión de los recursos naturales, la pérdida de la biodiversidad, la utilización de la tierra y el transporte) y la aparición de nuevos retos; por lo cual se requieren soluciones a corto plazo pero manteniendo una perspectiva a largo plazo, insistiendo en la necesidad de cambiar gradualmente los actuales modelos de consumo y de producción no sostenibles, así como el enfoque no integrado para elaborar políticas.

El nuevo texto establece una estrategia única y coherente sobre la manera en que la Unión asumirá más eficazmente su compromiso a largo plazo de responder a los retos que plantea el desarrollo sostenible, reiterando la necesidad de una solidaridad generalizada y reconoce la importancia de intensificar los trabajos de la Unión con otros países socios no comunitarios.

El objetivo general de Estrategia Revisada de Desarrollo Sostenible es elaborar medidas que permitan a la Unión mejorar continuamente la calidad de vida para las actuales y las futuras generaciones, mediante la creación de

---

<sup>374</sup> FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: “Articulación y perspectivas del Desarrollo Sostenible en la Unión Europea”, citado, y “Política Ambiental de la Unión Europea”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (Dir.), y otros: *Observatorio de Políticas Ambientales 2007*, ya citado.

comunidades sostenibles capaces de gestionar los recursos eficazmente, aprovechar el potencial de innovación tecnológica y social que ofrece la economía y garantizar la prosperidad, la protección del medio ambiente y la cohesión social. Además, la Estrategia cuenta varios objetivos clave, como la protección del medio ambiente, la cohesión y la igualdad social, la prosperidad económica y el cumplimiento de las responsabilidades internacionales.

Una de las novedades más destacables de la nueva Estrategia es la mención de diez principios rectores de las Políticas de la Unión (con lo que conecta claramente con algunas de las Constituciones de los Estados Miembros, que también los prevén; en particular con la Constitución Francesa, al incluirse en su texto la Carta del Medio Ambiente, mediante la Ley Constitucional nº 2005-205, de 1 de marzo, JORF del 2); unos de carácter general, aplicables a cualquier actuación de la Unión, y otros más cercanos al medio ambiente, pero todos ellos necesarios para alcanzar el desarrollo sostenible. Los principios rectores son la promoción y la protección de los derechos fundamentales, la solidaridad intra e intergeneracional, una sociedad abierta y democrática, la participación ciudadana, la participación de las egresas y de los interlocutores sociales, la coherencia de políticas y gobernanza, la integración de las políticas, utilizar los mejores conocimientos disponibles, el principio de precaución y finalmente el principio “quien contamina, paga”.

Además, el texto propicia aprovechar las sinergias existentes entre la Estrategia Revisada y la Estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo, y la necesidad de llevar a cabo una mejor elaboración de las Políticas de la Unión.

Seguidamente, la parte central de la Estrategia se dedica a los siete principales retos de la misma, mencionando los objetivos y las medidas concretas en cada reto:

- Cambio climático y energía limpia, incluyendo medidas para preparar opciones para después de 2012, explorar reducciones de emisiones de gases de efecto invernadero entre el 15% y el 30% para 2020, reducir las emisiones de automóviles y aviones, revisar el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, elaborar un plan ambicioso sobre eficiencia energética con ahorros del 20% del consumo para 2020, fomentar el cumplimiento de los objetivos de uso de las energías renovables para 2010, fomento del uso de la biomasa, con un plan sobre bioenergía para 2010, y mejorar la eficiencia de las centrales eléctricas, incluyendo el fomento de la cogeneración eléctrica y térmica.

- Transportes sostenibles, con medidas relativas a mejorar el rendimiento económico y ambiental de todos los modos de transporte, potenciando el ferrocarril, la navegación y el transporte público de pasajeros, mejorar la eficiencia energética en el sector, fomentar las redes transeuropeas y los enlaces logísticos intermodales buscando alternativas a los transportes por carretera, continuar estudiando la implantación del impuesto por el uso de infraestructuras de transporte, reducir los efectos negativos del tráfico internacional marítimo y aéreo, aumentar la seguridad vial (con acciones de mejora de las infraestructuras, aumento de la seguridad de los vehículos, campañas de sensibilización comunes a escala europea o controles transfronterizos), elaboración por las autoridades locales de planes y sistemas de transporte urbano que tengan en cuenta las orientaciones técnicas de la Comisión en el contexto de la Estrategia Temática sobre Medio Ambiente Urbano, teniendo en cuenta las relaciones entre las ciudades y sus zonas adyacentes, y, finalmente, elaborar una estrategia sobre combustibles.
- Consumo y producción sostenibles, incluyendo estudios sobre patrones de consumo y producción más sostenibles a escala europea y mundial, previendo un plan de la Unión para 2007; medidas de fijación de objetivos de rendimiento ambiental y social para productos y procedimientos; fomentar los procesos para compartir mejores prácticas y experiencias respecto a la contratación pública ecológica, fomentando la misma a nivel regional y local; fomento y difusión de innovaciones sociales y ecológicas y de tecnologías ambientales; extensión del sistema de etiquetado del rendimiento energético de electrodomésticos y de automóviles a otros productos y sectores, y campañas de información para fomentar los productos sostenibles (como los de la agricultura ecológica, el comercio justo y los productos inocuos ambientalmente).

Debe destacarse que, en relación con el fomento de patrones de consumo y producción sostenibles, la Estrategia hace referencia a las finalidades y objetivos operativos en la materia, tales como mejorar el rendimiento medioambiental y social para productos y procedimientos, y fomentar su adopción por las empresas y los consumidores, aspirar a alcanzar en el año 2010 en toda la Unión Europea un nivel medio de contratación pública ecológica igual al que han alcanzado hasta ahora los Estados Miembros más sobresalientes y a que se ha de incrementar su

parte del mercado mundial en el ámbito de las tecnologías medioambientales y de las innovaciones ecológicas.

Con la finalidad de alcanzar tales finalidades y objetivos, la Estrategia menciona las acciones a llevar a cabo, entre las cuales debemos destacar que la Comisión propondrá en 2007 un plan de acción de la UE para el consumo y la producción sostenibles (que deberá ayudar a identificar y superar las barreras para dichos tipos de producción y consumo, así como garantizar una mayor coherencia entre las diferentes políticas conexas, sensibilizar a los ciudadanos y cambiar los hábitos del consumo no sostenible), que la Comisión y los Estados miembros deberán iniciar un diálogo con empresas y otros interesados pertinentes con el fin de fijar objetivos de rendimiento medioambiental y social para productos y procedimientos, y que, también, “la Comisión y los Estados miembros desarrollarán un proceso estructurado para compartir las mejores prácticas y experiencias en lo tocante a la contratación pública ecológica teniendo en cuenta las posibilidades de fomentar dicha contratación a escala local y regional”, para lo cual “la Comisión facilitará una evaluación comparativa periódica, a escala de la UE, del funcionamiento de la contratación pública ecológica, conforme a una metodología de evaluación basada en unos parámetros acordados y objetivos, y examinará con los Estados miembros la mejor manera de fomentar esa contratación para otros grupos importantes de productos de aquí a 2007”. Además, se incluyen otras medidas complementarias, como fomentar y difundir innovaciones sociales y ecológicas y tecnologías medioambientales, extender los sistemas de etiquetado de rendimiento y apoyar campañas de información con la finalidad de promover productos sostenibles.

- Conservación y gestión de los recursos naturales, integrando el cumplimiento de la Estrategia Temática sobre Recursos Naturales, y con acciones relativas a nuevos programas sobre desarrollo rural, reformas en la política pesquera, de agricultura ecológica, bienestar de los animales y un plan sobre biomasa; reforzar la gestión sostenible de los bosques, mediante un plan específico; completar la Red Natura 2000; elaborar una estrategia europea sobre biodiversidad; avanzar en la gestión integrada de los recursos hídricos, el medio ambiente marino y las zonas costeras, y elabora una política marítima propia;
- Salud pública, con medidas de mejora de la coordinación frente a amenazas sanitarias; mejorar la prevención sanitaria y de enfermedades (teniendo

en cuenta los factores que dependen del estilo de vida, como drogas, tabaco o bebidas alcohólicas); mejora de la legislación en materia de alimentos y piensos (en particular los modificados genéticamente); lucha contra el SIDA; potenciar la información sobre la contaminación ambiental y sus efectos sobre la salud; mejora de la calidad del aire interior; acciones de especial atención a los grupos más vulnerables y aplicar el programa europeo sobre transporte, salud y medio ambiente;

- Inclusión social, demografía y flujos migratorios, incluyendo la garantía de servicios sociales de interés general; la aplicación de los Pactos Europeos sobre Juventud y para la Igualdad de Género; la modernización de los sistemas de protección social y garantizar su sostenimiento; aumentar la cooperación entre la Comisión y los Estados Miembros respecto a la protección y a la inclusión social; la adopción por la Comisión de una Comunicación sobre el futuro demográfico en Europa; realizar estudios sobre las implicaciones del cambio demográfico para el uso de la tierra y el consumo de recursos y de energía, así como para la movilidad, teniendo en cuenta en la planificación y en la inversión, elaborar una política común UE-Estados Miembros en materia de inmigración, con medidas para consolidar la integración de los inmigrantes y sus familiares, intensificar la cooperación con terceros Estados “y se esforzarán por hallar respuestas comunes al control de los flujos migratorios”, comprometiéndose la Comisión a presentar un texto en la materia.
- Pobreza en el mundo y los retos mundiales en materia de desarrollo sostenible, con acciones tendentes a aplicar diversas iniciativas de la Unión en la materia (agua, energía y energías renovables, pobreza y desarrollo sostenible, enfoque estratégico para la gestión de productos químicos a nivel internacional-SAICAM); aumentar la coherencia entre la política de desarrollo y las restantes políticas; aplicar las estrategias europeas para África, América Latina y el Pacífico; contribuir a que la mundialización (incluyendo el comercio internacional y la inversión) potencie el desarrollo sostenible; utilizar los préstamos del Banco Europeo de Inversiones teniendo en cuenta el desarrollo sostenible y los Objetivos del Milenio de Naciones Unidas y promover la posición de la UE para transformar el PNUMA en una Agencia Especializada de Naciones Unidas, con sede en Nairobi, y contando con un mandato reforzado y una financiación estable, suficiente y previsible.

Además, la Estrategia destaca la utilidad de las políticas transversales, destacando las relativas a educación y formación, como condiciones imprescindibles para fomentar cambios de las conductas de los ciudadanos para lograr el desarrollo sostenible, y a la investigación y el desarrollo tecnológico, con enfoques interdisciplinarios, fomento de las tecnologías ambientales, ampliación del sistema de contabilidad de la renta nacional para integrar los gastos ambientales y potenciar el papel de las Universidades y otras instituciones de enseñanza superior.

La financiación y el uso de instrumentos económicos constituyen otra parte de la Estrategia, con medidas como conseguir precios correctos que reflejen los costes, desplazar la fiscalidad al consumo de recursos y energía o a la contaminación, o a ambos, reforma del sistema normativo de las subvenciones y potenciar la complementariedad entre las tipos de financiación comunitarios y de los Estados Miembros.

La Estrategia también tiene una parte dedicada a “la comunicación, movilización y multiplicación del éxito”, con medidas como potenciar la presencia del desarrollo sostenible en las actividades de la Comisión, elaboración por la Comisión de una visión concreta y realista por la UE del proceso hacia el desarrollo sostenible en los próximos cincuenta años de forma participativa y con fases intermedias, intervención de los Estados Miembros en esta función de comunicación, destacar el papel de los ámbitos local y regional, promover la campaña de “Ciudades Sostenibles Europeas”, iniciar una reflexión entre los empresarios, los sindicatos y las organizaciones no gubernamentales y los dirigentes políticos sobre las orientaciones para el desarrollo sostenible a medio y largo plazo, y proponer reacciones ambiciosas en el ámbito de la actividad económica que vayan más allá de los requisitos legales mínimos, fomentando también la responsabilidad social de las empresas, e intensificar la aplicación del Convenio de Aarhus.

Finalmente, la última parte de la Estrategia Revisada se dedica a su aplicación, seguimiento y a la actuación consecutiva, siguiendo lo establecido por el Consejo Europeo, incluyendo para ello la elaboración por la Comisión de informes de situación cada dos años (el primero en 2007), continuar la elaboración de los indicadores de desarrollo sostenible, elaboración también por la Comisión de los informes de situación de los Estados Miembros, estudio cada dos años por el Consejo Europeo de diciembre de los avances y prioridades en la materia (también el primero en 2007), con participación en el proceso del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social, fijar el compromiso de

elaboración de las Estrategias de Desarrollo Sostenible nacionales en junio de 2007, crear una Red Europea para el Desarrollo Sostenible para el intercambio de buenas prácticas, fomento por los Estados Miembros de los Consejo Consultivos en la materia, mejora la coordinación interna de las políticas internas y decisión en 2011 por el Consejo Europeo sobre la revisión completa de la Estrategia de Desarrollo Sostenible.

Fracasada la aprobación del Tratado Constitucional de 2004, la Unión Europea inició en 2007 un proceso de elaboración de nuevos Tratados, que se plasmó en la aprobación y firma del Tratado de Lisboa, que ha entrado en vigor el 1 de diciembre de 2009, y que integra el renovado Tratado de la Unión Europea y el destacable Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los cuales afianzan aún más la Política Ambiental de la Unión<sup>375</sup>.

### 3. LA NO INCLUSIÓN DE CRITERIOS AMBIENTALES EN LAS PRIMERAS NORMAS EUROPEAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Tuvieron que pasar muchos años hasta que la entonces Comunidad Económica Europea<sup>376</sup> comenzase a adoptar medidas en materia de contratación pública. En efecto, será la Directiva 70/32/CEE, de la Comisión, de 17 de

<sup>375</sup> En relación con los aspectos ambientales del Tratado de Lisboa, véase FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "La Política Ambiental y sobre Desarrollo Sostenible en la Unión Europea: de sus orígenes a la Estrategia de Desarrollo Sostenible y al Tratado de Lisboa", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 13/2008; DOMÍNGUEZ HERNÁNDEZ, H.: "El concepto de desarrollo sostenible en los Tratados de la Unión Europea", *Ambienta (MARM)*, n.º 75/2008, pp. 64-67, y AMADO GOMES, C. ANTUNES, T.: "O ambiente no Tratado de Lisboa: uma relação sustentada", *Atualidade Jurídica Ambiental*, 28 de mayo de 2010 [[http://www.observatoriodelitoral.es/actualidad\\_juridica\\_ambiental/wp-content/uploads/2010/05/AMADOGOMESCARLA28062010.pdf](http://www.observatoriodelitoral.es/actualidad_juridica_ambiental/wp-content/uploads/2010/05/AMADOGOMESCARLA28062010.pdf) Consultado el 1 de diciembre de 2010].

<sup>376</sup> Esta evolución puede verse en FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "El régimen de la incorporación de criterios ambientales en la contratación del Sector Público: su plasmación en las nuevas Leyes sobre Contratación Pública de 2007", *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 80, noviembre, 2008, pp. 41-72, y "La integración de aspectos medioambientales en la contratación pública", en AA.VV.: *Derecho Ambiental y transformaciones de la actividad de las Administraciones Públicas*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, pp. 123-161. Asimismo, vid. el minucioso análisis de CARBONERO GALLARDO, J.M.: *La adjudicación de los contratos públicos. Procedimientos para la adjudicación de los contratos administrativos y otros contratos del sector público*, citado, pp. 159-186 y 204-243.

diciembre de 1969 (DOCE L 13, 19.1.1970), la que inicie la misma, prohibiendo restricciones en relación con los criterios de elección por las autoridades públicas adjudicadoras respecto al origen de los productos o a la nacionalidad de los suministradores; destacándose que la regulación se vincula claramente al mercado común y a la libertad de competencia.

Años después, y teniendo en cuenta que los principales obstáculos al mercado común en esta materia son aquellos que se sustraen a las reglas de los Tratados, particularmente en relación con el órgano público de contratación y con el procedimiento de contratación, la Comunidad comenzará a coordinar tales procedimientos y actuaciones de los órganos de contratación, con la finalidad de limitar el poder discrecional de los mismos y de evitar elecciones arbitrarias contrarias a los Tratados, respecto a diversos tipos de contratos públicos.

Así, en primer lugar, la Directiva 77/62/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1976 (DOCE L 13, 15.1.1977), regula la coordinación de los procedimientos de contratación de los contratos de suministros (contratos a título oneroso relativos a la entrega de productos), modificada varias veces después, aprobándose un texto consolidado de los anteriores mediante Directiva 93/36/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de Contratos Públicos de Suministro (DOCE L 199, 9.8.1993). En relación con los criterios ambientales, nada prevén las normas. Únicamente debemos señalar que desde la Directiva 77/66/CEE se preveía ya la obligación de los órganos adjudicadores de precisar las normas sobre especificaciones o reglas técnicas, prohibiendo las que favorecieran o eliminaran productos o empresas determinadas; obligándose posteriormente a fijar las mismas y su jerarquía; cuestión que la Directiva 93/36/CEE mantiene. En relación con los criterios de selección de los contratistas a precisar en las convocatorias de los contratos, desde la Directiva original y manteniéndose en la última, se incluyen los relativos a la capacidad jurídica del proveedor y a las capacidades contributiva, profesional, técnica y financiera y económica. Y respecto a los criterios de adjudicación de los contratos, según el procedimiento de adjudicación, se mencionan el precio, o la oferta económica más ventajosa, que se determinará a través de varios elementos, como el plazo de entrega, el coste de explotación, la calidad o la rentabilidad.

En relación con el contrato público de obras, la Directiva 71/304/CEE, del Consejo, de 26 de julio de 1971 (DOCE L 185, 16.8.1971), establece, de forma similar al supuesto anterior, las normas precisas para la supresión de restriccio-

nes a la libre prestación de servicios en este ámbito. Seguidamente, la Directiva 71/305/CEE, del Consejo, de 26 de julio de 1971 (DOCE L 185, 18.8.1971), regulará la coordinación de los procedimientos de contratación sobre el contrato público de obras, siendo también modificada varias veces, y aprobándose por ello el texto consolidado mediante la Directiva 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, relativa a la Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras (DOCE L 199, 9.8.1993), regulando tanto los criterios de selección de los contratos como los de adjudicación de los contratos de forma idéntica al supuesto de los contratos de suministro, y sin mencionar criterio ambiental alguno.

Por otra parte, de las normas anteriores se excluyeron las regulaciones de los contratos relativos a telecomunicaciones, transportes, agua y energía (denominados por ello “sectores excluidos”, al gestionarse con fórmulas públicas y privadas), que fueron regulados inicialmente por Directiva 90/531/CEE, del Consejo, de 17 de septiembre de 1990 (DOCE L 297, 29.10.1990), que será sustituida después por la Directiva 93/38/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993 (DOCE L 199, 9.8.1993), la cual no prevé criterios de aptitud ni de capacidad respecto a los suministradores o contratistas, aunque permite su establecimiento, y respecto a los criterios en los que se basarán las Entidades contratantes para adjudicar los contratos, establece que, cuando la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, serán diversos criterios variables según el contrato en cuestión (p. ej., fecha de entrega o de ejecución, coste de utilización, rentabilidad, calidad, características estéticas y funcionales, calidad técnica, servicio postventa y asistencia técnica, compromiso en materia de piezas de recambio, seguridad en el suministro y el precio) o bien solamente el precio más bajo; sin referencia alguna pues a los criterios ambientales.

Finalmente, en relación con los contratos de servicios, la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Servicios (DOCE L 209, 24.7.1992), que contiene disposiciones similares a las de los supuestos anteriores, y por tanto tampoco incluye disposiciones ambientales de ningún tipo.

Por tanto, como hemos visto, y a pesar de ser ya normas de los años noventa del siglo pasado, hay que resaltar que no hay previsiones directas en materia ambiental en la regulación de los contratos públicos señalados, si bien tales Directivas (o mejor dicho, una interpretación de las mismas) permiten una cierta atención a la cuestión ambiental:

- > con carácter general, las Administraciones Públicas pueden definir ambientalmente los productos y servicios que desean adquirir; siempre que cumplan las reglas de libre competencia y no discriminación establecidas;
- > las Directivas permiten excluir, cumpliendo las condiciones establecidas, a ciertos candidatos a contratar por razones ambientales;
- > las prescripciones técnicas previstas pueden incluir ciertos valores ambientales; respetando las reglas señaladas;
- > en los criterios de selección de los candidatos y en los de adjudicación de los contratos pueden incluirse ciertos criterios ambientales como elementos para seleccionar la oferta económica más ventajosa, y, finalmente,
- > puede exigirse un cierto comportamiento ambientalmente adecuado en la ejecución del contrato adjudicado.

---

#### 4. EL RÉGIMEN VIGENTE DE LOS CRITERIOS AMBIENTALES EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS EUROPEOS<sup>377</sup>

En éstos años noventa del siglo pasado, se producen una serie de acontecimientos que obligarán a la Comunidad Europea a reformar profundamente el ordenamiento de contratación pública, como son la aprobación del Tratado del Espacio Económico Europeo (DOCE L 1, 3.1.1994), la reforma de los Tratados Europeos creando la Unión Económica y Monetaria, y consolidando el mercado interior, la firma del Acuerdo de creación de la Organización Mun-

---

<sup>377</sup> GIL IBÁÑEZ, J.L.: "El impulso comunitario al medio ambiente a través de la contratación pública", *Contratación Administrativa Práctica*, nos. 68 y 69/2007; ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: "Las nuevas Directivas sobre contratación pública en la Unión Europea: renovación formativa y experiencia judicial", *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 18/2006; MARTÍNEZ PALLARÉS, P. L.: "El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial la inclusión de criterios medioambientales. (Comentario sobre la Sentencia del TSJCE de 17 de septiembre de 2002, Asunto C-513/99, Concordia Bus Finland OyAB, y Helsigin Kaupunki)", en GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup> (Coord.), y otros, *Contratación de las Administraciones Públicas: Análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004; URÍA FERNÁNDEZ, F.: "Apuntes para la reforma de la Legislación sobre Contratos de las Administraciones Públicas", *Revista de Administración Pública*, n.º 165/2004, y FERNÁNDEZ GARCÍA, M.<sup>a</sup> Y.: "La nueva regulación de la Contratación Pública en el Derecho Comunitario Europeo", *Revista de Administración Pública*, n.º 166/2005.

dial del Comercio y del correlativo Acuerdo sobre Contratación Pública (DOCE L 336, 23.12.1994, y DOCE C 256, 3.9.1996), y los Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América de 1993 (DOCE L 125, 20.5.1993).

En efecto, la reflexión se inicia con el Libro Verde de la Comisión sobre “Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones sobre el futuro” [COM (96) 583 final, Bruselas, 27.11.1996], que fija los puntos de análisis y reflexión en torno a los temas siguientes: control estricto por la Comisión de la transposición y la aplicación efectiva de la legislación; mejora del acceso de los proveedores a los contratos públicos por medio de la información y de la formación, así como por el desarrollo de procedimientos electrónicos de adjudicación de los contratos; manera de combinar la política de contratos públicos con las demás políticas comunitarias, y acceso a los mercados de terceros países. Respecto a la materia ambiental, el texto estima que la aplicación de las Directivas [vigentes entonces] dejaba a las autoridades un cierto margen de maniobra para fomentar la protección del medio ambiente, como en las prescripciones técnicas o en los criterios de selección, en el ámbito de la oferta económica más ventajosa. El texto recibió casi 300 contribuciones de una amplia variedad de agentes, y fue estudiado por varios organismos europeos. La Comisión estudió detenidamente las contribuciones recibidas, y llegó a la conclusión de la necesidad de renovar la política de contratación pública “para lograr todos los beneficios del régimen actual”.

Esa renovación de la materia se tradujo en la Comunicación de la Comisión sobre “La Contratación Pública en la Unión Europea” [COM (1998) final, Bruselas, 11.3.1998]. Los ejes de esta reforma prevista son: la necesidad de reorientar la política europea de contratación y de simplificar sus normas (clarificándolas y, en su caso, modificándolas); la necesidad de flexibilizar los procedimientos de contratación; utilizar las tecnologías de la información y la comunicación en la contratación pública; mejorar el acceso al mercado (con medidas relativas a la formación, a corregir la escasa respuesta de los proveedores a las oportunidades comerciales que ofrecen los contratos públicos y actuaciones específicas respecto a las PYME). Además, la Comunicación incluye una parte final en la que se reflexiona sobre la necesidad de alcanzar y consolidar sinergias con otras Políticas Comunitarias, concretamente respecto al medio ambiente, aspectos sociales y consumidores.

En este punto, el texto razona sobre la aplicación del principio de optimización de los fondos públicos a la contratación pública, por ser de especial utilidad,

si bien con claridad, y este es un cambio de perspectiva muy destacable, se señala que “el objeto de la optimización de los fondos públicos no debe excluir la apreciación de otras consideraciones de tipo medioambiental, social o de protección de los consumidores, sin que sea necesaria la modificación de las normas actuales. Ahora bien, sí será necesario fijar las orientaciones precisas sobre las posibilidades que tienen los poderes adjudicadores de tener en cuenta los aspectos medioambientales y sociales, respetando siempre el Derecho comunitario”.

En relación con el medio ambiente, la Comunicación destaca que el mismo se “está convirtiendo en un componente cada vez más importante de cualquier política económica moderna”, con menciones específicas a las previsiones del Tratado de Amsterdam en materia ambiental o de la OCDE, ya citados, así como al mayor interés de los entes compradores por la adquisición de bienes y servicios que no dañen el medio ambiente. A continuación, la Comisión recuerda las posibilidades de integrar los aspectos ambientales en los contratos, de acuerdo con las Directivas vigentes en ese momento, ya mencionadas, estimando que “el objetivo de la contratación pública es esencialmente económico y que, por lo tanto, es fundamental determinar para cada contrato público, las consideraciones medioambientales que son inherentes a los productos o servicios solicitados y que, en consecuencia, pueden ser tomados en cuenta durante el procedimiento de adjudicación de un contrato”; por lo que se compromete a elaborar “un documento interpretativo específico para que el medio ambiente sea debidamente tenido en cuenta dentro de la contratación pública” (en particular respecto a la incorporación de la etiqueta ecológica en las especificaciones técnicas o a la exigencia por los organismos compradores de que los proveedores tengan un sistema de auditoría ambiental o similar); si bien tal texto ha de contar con el límite de las Directivas vigentes señaladas; comprometiéndose a presentar iniciativas “que faciliten la definición equilibrada, objetiva y no discriminatoria de los aspectos medioambientales en los documentos de licitación, con el concurso de los Estados miembros y el sector privado”. Además, la Comunicación también reflexiona sobre la relación de la contratación pública con los aspectos sociales y la protección de los consumidores.

De acuerdo con el texto anterior, la Comisión adoptó la Comunicación Interpretativa sobre “La legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública” [COM (2001) 274 final, Bruselas, 4.7.2001].

El texto parte de considerar que “para conseguir en la práctica un desarrollo sostenible es necesario que el crecimiento económico apoye al progreso social y respete el medio ambiente, que la política social sustente los resultados económicos y que la política ambiental sea rentable”, y tiene por base principal, naturalmente, la primera Estrategia de Desarrollo Sostenible de la Unión Europea, de 2001, en la que se precisa, como ya sabemos, que “los Estados miembros deberían analizar cómo aprovechar mejor la contratación pública para impulsar productos y servicios poco contaminantes”, así como la propuesta de Sexto Programa Ambiental, con consideraciones parecidas.

La Comunicación pretende contribuir a este propósito, exponiendo “las posibilidades que ofrece la vigente legislación comunitaria de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública”; teniendo en cuenta obviamente que “la introducción de nuevas posibilidades que superen las que ofrece el vigente marco jurídico precisa de la intervención del legislador comunitario”.

El texto entiende que “las principales posibilidades de contratación ‘ecológica’ se dan al comienzo del proceso de licitación, señaladamente, cuando se toma la decisión sobre el objeto del contrato”, y “aunque los preceptos de las directivas de contratación pública no las contemplan, estas decisiones están cubiertas por las normas y principios consagrados en el Tratado en materia de libertad de circulación de mercancías y servicios, en particular los de no discriminación y proporcionalidad”. Además, las propias Directivas de contratación pública ofrecen otras posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en los contratos públicos, especialmente en el momento de determinar las especificaciones técnicas y los criterios de selección y adjudicación del contrato. Por otra parte, los Poderes adjudicadores pueden imponer otras condiciones específicas que sean compatibles con los preceptos de los Tratados. Finalmente, en los contratos públicos que no estén contemplados en las Directivas de contratación pública depende de la legislación nacional que los Poderes adjudicadores dispongan de nuevas posibilidades de contratación pública con criterios ambientales.

Ya en relación con cuestiones concretas, la Comisión entiende que “los poderes adjudicadores gozan de libertad para determinar el objeto del contrato, o definiciones alternativas del mismo mediante el uso de variantes que consideren más respetuoso con el medio ambiente, siempre que no se restrinja la participación en él en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros”; así como que, respecto a las especificaciones técnicas, los mismos Poderes “gozan de libertad para establecer en determinados aspectos exigencias de

protección ambiental mayores que las preceptuadas en la legislación o las normas, siempre que el nivel exigido no limite la participación en el contrato y origine alguna discriminación en detrimento de potenciales licitadores”, con referencias expresas al posible requerimiento de un tipo de materiales básicos o materias primas, a la exigencia de utilizar un procedimiento concreto de producción, la posibilidad de remisiones a etiquetas ecológicas o de usar variantes (en la relación aspectos económicos-medio ambiente).

Respecto a la selección de los candidatos al contrato, el texto repasa las posibilidades de introducir criterios ambientales como motivos de exclusión para participar en el contrato, como requisitos sobre la capacidad técnica de los candidatos (p. ej., experiencia ambiental o exigir la utilización de un sistema de gestión medioambiental). Por lo que se refiere a la adjudicación del contrato, el texto argumenta la posibilidad de introducir esos criterios ambientales en la decisión relativa a tal adjudicación en el marco de la oferta económicamente más ventajosa y tener en cuenta los costes originados durante el ciclo vital de los productos, las externalidades y otros criterios adicionales. Asimismo, la Comunicación admite la posibilidad de que los Poderes adjudicadores fijen cláusulas de ejecución de los contratos de carácter ambiental, cumpliendo con las reglas de libre competencia.

Las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de septiembre de 2002 (Asunto Concordia Bus Finland, C-513/99) y de 4 de diciembre de 2003 (Asunto EVN-Wienstrom, C-448/01) han clarificado estas posibilidades de introducir criterios ambientales en la contratación pública, en particular al entender que los criterios para adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran en las Directivas con carácter exhaustivo, de tal forma que pueden especificarse otros, y no necesariamente de naturaleza económica, admitiendo expresamente los criterios ambientales, con ciertas condiciones.

Posteriormente, se procedió a la elaboración de un nuevo marco normativo en materia de contratación pública<sup>378</sup>, que ya incluirá los criterios ambientales en la misma, en línea con los textos ambientales europeos ya citados.

---

<sup>378</sup> UNIÓN EUROPEA, *Sistema europeo de información sobre contratación pública-SIMAP* [http://simap.europa.eu/index\\_es.htm](http://simap.europa.eu/index_es.htm).

Sobre este marco normativo, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: “El régimen de la incorporación de criterios ambientales en la contratación del Sector Público: su plasmación en las nuevas Leyes sobre Contratación Pública de 2007”, op. cit. y “La integración de aspectos medioambientales en la contratación pública”, citado.

Las nuevas Directivas consolidan y complementan el marco jurídico en la materia<sup>379</sup>. Así, en primer término, la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de Contratos en los Sectores del Agua, de la Energía, de los Transportes y de los Servicios Postales (DOUE L 134, 30.4.2004), modificada varias veces.

Ya los considerandos de la Directiva justifican los aspectos ambientales que se introducen en su texto, pues la misma, se dice, “está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan las entidades adjudicadoras para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen a la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales” establecidos. Además, se señala que, “según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”, por lo que la “Directiva, por tanto, precisa la manera en que las entidades adjudicadoras pueden contribuir a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible, garantizando al mismo tiempo la posibilidad de obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio”; y teniendo en cuenta que “ninguna disposición en la presente Directiva debe impedir la imposición o aplicación de medidas necesarias para proteger el orden, la seguridad y la moralidad públicos, la salud, la vida y la salud humana y animal y la conservación de las especies vegetales, en particular teniendo en cuenta el desarrollo sostenible, siempre que dichas medidas sean conformes con el Tratado”.

De acuerdo con tales considerandos, las referencias ambientales en la Directiva se reflejan al regularse en la misma las especificaciones técnicas en los contratos (art. 34), al prescribir que las mismas deberán formularse, entre otras

---

<sup>379</sup> COMISIÓN EUROPEA: *¡Compras ecológicas! Manual sobre la contratación pública ecológica*, op. cit. y FUNDACIÓN ENTORNO, “Contratación con criterios medioambientales: Un Manual sobre los Contratos Públicos con criterios ambientales”, citado.

cuestiones, “en términos de rendimiento o exigencias funcionales, pudiendo esta última incluir características medioambientales”, si bien “estos parámetros deberán ser suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a las entidades adjudicadoras adjudicar el contrato”; precisando que “cuando las entidades adjudicadoras prescriban características medioambientales en términos de rendimientos o de exigencias funcionales.../... podrán utilizar las especificaciones detalladas o, si fuera necesario, partes de éstas, tal como se definen en las etiquetas ecológicas europeas o (pluri) nacionales, o en cualquier otra etiqueta ecológica siempre que esas especificaciones sean adecuadas para definir las características de los suministros o servicios objeto del contrato, las exigencias de la etiqueta se desarrollen basándose en una información científica, las etiquetas ecológicas se adopten mediante un proceso en el que puedan participar todas las partes implicadas, como son los organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y sean accesibles a todas las partes interesadas”. Además, se precisa que “las entidades adjudicadoras podrán indicar que los productos o servicios provistos de la etiqueta ecológica se consideran acordes con las especificaciones técnicas definidas en el pliego de condiciones, y deberán aceptar cualquier otro medio de prueba adecuado, como un expediente técnico del fabricante o un informe de pruebas de un organismo reconocido”.

Por otra parte, el art. 36, relativo a las variantes de los contratos, permite las mismas, cuando el criterio para la adjudicación del contrato sea la oferta económicamente más ventajosa, si son presentadas por un licitador y siempre que cumplan los requisitos mínimos estipulados por las Entidades adjudicadoras; las cuales indicarán en el pliego de condiciones si autorizan o no las variantes y, en caso afirmativo, las condiciones mínimas que deben reunir las mismas, así como los requisitos para su presentación. En los procedimientos de adjudicación de contratos de suministros o de servicios, las Entidades adjudicadoras que, según lo dispuesto anteriormente, autoricen variantes, no podrán rechazar una de ellas por el sólo motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de un contrato de suministros, o bien a un contrato de suministros en lugar de un contrato de servicios.

Seguidamente el art. 52, relativo al reconocimiento mutuo en cuanto a condiciones administrativas, técnicas o financieras y en cuanto a certificados, pruebas y justificantes, establece que, a la hora de seleccionar a los participantes en un procedimiento restringido o negociado, al decidir sobre la clasi-

ficación o al actualizar los criterios y normas, las Entidades adjudicadoras deberán abstenerse de imponer a determinados operadores económicos condiciones administrativas, técnicas o financieras que no hayan sido impuestas a otros, y exigir pruebas o justificantes que constituyan una repetición de pruebas objetivas ya disponibles; previéndose que “para los contratos de obras y de servicios y únicamente en los casos adecuados, las entidades adjudicadoras podrán exigir, a fin de comprobar la capacidad técnica del operador económico, que se indiquen las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato”, y que “en estos casos, cuando los poderes adjudicadores exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el operador económico cumple determinadas normas de gestión medioambiental, deberán hacer referencia al EMAS o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas internacionales o europeas en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas internacionales o europeas en la materia relativas a la certificación” y que “las entidades adjudicadoras reconocerán certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en otros Estados miembros y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presenten los operadores económicos”.

Finalmente, el art. 55, relativo a los criterios de adjudicación del contrato<sup>380</sup>, establece que “sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios, los criterios en que se basarán las entidades adjudicadoras para adjudicar los contratos serán los siguientes: a) cuando la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista de la entidad adjudicadora, diversos criterios, relacionados con el objeto del contrato de que se trate, por ejemplo, fecha de entrega o de ejecución, coste de utilización, rentabilidad, calidad, características estéticas y funcionales, características medioambientales, calidad técnica, servicio posventa y asistencia técnica, compromiso en materia de piezas de recambio, seguridad en el suministro y

---

<sup>380</sup> GALLEGO CÓRCOLES, I.: “Criterios de adjudicación del contrato público y principio de transparencia en la jurisprudencia del TJCE”, *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 87/2009, pp. 59-69.

el precio, b) o bien solamente el precio más bajo". Si bien, la Entidad adjudicadora precisará la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa; ponderación que podrá expresarse fijando una banda de valores que deberá tener una amplitud máxima adecuada.

Igualmente, en la misma fecha, se aprobó la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministro y de Servicios (DOUE L 134, 30.4.2004)<sup>381</sup>, que justifica la integración de criterios ambientales en estos contratos con las mismas razones que la Directiva anterior, tal como se refleja en sus considerandos.

Respecto al contenido normativo, entre las disposiciones generales aplicables a todos los contratos del ámbito de la Directiva, las referencias ambientales son similares al caso anterior, en cuanto a lo dispuesto en relación con las especificaciones técnicas (art. 23) y a las variantes de los contratos (art. 24).

A continuación, el art. 27, relativo a las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones de protección y a las condiciones de trabajo, establece que "el poder adjudicador podrá señalar, o ser obligado por un Estado miembro a señalar, en el pliego de condiciones, el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones en materia de protección y a las condiciones de trabajo vigentes en el Estado miembro, la región o la localidad en que vayan a realizarse las prestaciones y que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato"; añadiendo que el Poder adjudicador que facilite esta información "solicitará a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección y condiciones de trabajo en el lugar donde vayan a realizarse las prestaciones".

---

<sup>381</sup> BALLESTEROS MOFFA, L.Á.: *La adjudicación de contratos en el sector público*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 30-34.

Más adelante, el art. 48, relativo a la capacidad técnica y profesional de los operadores económicos, permite que la misma se acredite, para los contratos públicos de obras y de servicios, indicando, únicamente en los casos adecuados, las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato. Cuando, en los casos anteriores, los Poderes adjudicadores exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el operador económico cumple determinadas normas de gestión medioambiental, se remitirán al Sistema Comunitario de Gestión y Auditoría Medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación; asimismo, reconocerán certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en otros Estados Miembros y aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presenten los operadores económicos (art. 50).

Como en el caso anterior, esta Directiva también tiene en cuenta los criterios ambientales en la adjudicación de los contratos, integrados en la oferta económicamente más ventajosa, cuando sea este el sistema de adjudicación por los Poderes adjudicadores (art. 53).

Poco después de dictadas las Directivas anteriores, la Comisión adoptó e hizo público el Libro Verde sobre "La colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones" [COM (2004) 327 final, Bruselas, 30.4.2004], texto de más importancia para el ámbito de la contratación pública, pero también de cierto interés respecto a las cuestiones ambientales, al ser este ámbito uno en los que tal colaboración es bien visible y de especial utilidad.

Con la expresión "colaboración público-privada"<sup>382</sup>, no definida en el ámbito comunitario, se hace referencia a las diferentes formas de cooperación entre

---

<sup>382</sup> PRICEWATERHOUSECOOPERS, *La solución de la cooperación público-privada. Realidad y futuro de las infraestructuras de Europa*, Madrid, 2005 [www.pwc.com]; DE RUS MENDOZA, G.: "Infraestructuras: más iniciativa privada y mejor sector público", *Fundación Alternativas, Documento de Trabajo*, n.º 104/2006; GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: "Contrato de colaboración público-privada", *Revista de Administración Pública*, n.º 170/2006, y DORREGO DE CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (Dir.), VILLARINO MARZO, J. (Coord.), y otros: *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.

las Autoridades públicas y el mundo empresarial, con la finalidad de garantizar la financiación, construcción, renovación o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio. El auge que ha tenido este fenómeno desde los años noventa del pasado siglo se debe a múltiples razones, entre las que destacamos que posibilita la financiación privada de proyectos públicos, que permite aprovechar en mayor medida los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado en el marco de la vida pública y que se enmarca en el proceso de evolución del papel del Estado y del Poder Público en el ámbito económico-social, al pasar a tener una función de organización, regulación y control más que una intervención directa. Particularmente, se está utilizando este modelo en proyectos de infraestructuras de transporte, sanidad, educación y seguridad pública, así como para garantizar la gestión de servicios públicos, en particular en el ámbito local (sectores de incidencia ambiental bien clara). El texto analiza y, como siempre en los mismos, plantea cuestiones, en el marco del mercado interior, como una colaboración público-privada puramente contractual, en el ámbito del marco normativo comunitario sobre contratación pública y concesiones.

Este texto fue asumido por el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 27 de octubre de 2004 (DOUE C 120, 20.5.2005), al considerar el fenómeno como una cuestión estratégica para Europa; y repasando la situación en los Estados Miembros. Asimismo, el Dictamen del Comité de las Regiones de 17 de noviembre de 2004 (DOUE C 71, 22.3.2005) acogió positivamente el Libro Verde. Por otra parte, en similar sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 10 de marzo de 2005 (DOUE C 234, 22.9.2005) estudió e hizo propuestas sobre “El Papel del Banco Europeo de Inversiones en el ámbito de la colaboración público-privada (CCP) y el impacto en la problemática del crecimiento”.

Con las respuestas al Libro Verde y teniendo en cuenta los textos citados, la Comisión adoptó la Comunicación sobre “Colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones” [COM (2005) 569 final, Bruselas, 15.11.2005], en la que analiza y expone el proceso reseñado, estima que seguirá utilizando la normativa contractual vigente y se propone iniciar la elaboración de un texto interpretativo en la materia y, en su caso, una propuesta normativa posterior. Texto que apoya, con matices, el Dictamen del Comité de las Regiones de 12 de octubre de 2006 (DOUE C 51, 6.3.2007).

Asimismo, y de acuerdo con lo dispuesto en el Sexto Programa Ambiental y en la Estrategia revisada de Desarrollo Sostenible, como hemos señalado, debemos citar también el Libro Verde de la Comisión sobre “La utilización de Instrumentos de Mercado en la Política de Medio Ambiente y otras Políticas relacionadas” [COM (2007) 140 final, Bruselas, 28.3.2007]; instrumentos que tienen muchos puntos en común con la contratación pública “verde”, y todos contribuyen a la misma finalidad de proteger el medio ambiente y avanzar en el desarrollo sostenible.

El texto destaca el papel principal de la Unión Europea en el ámbito del desarrollo sostenible y de la protección del medio ambiente mundial, y reitera su voluntad de avanzar en este camino mediante el Libro Verde que se presenta. Parte el mismo de que “sin la intervención pública y el decidido compromiso de todos los actores, no podrán alcanzarse estos ambiciosos objetivos”, por lo que “la UE ha favorecido cada vez más el recurso a instrumentos económicos o basados en el mercado, por ejemplo, impuestos indirectos, subvenciones específicas o compraventa de derechos de emisión, porque proporcionan un medio flexible y rentable de alcanzar determinados objetivos políticos. En el VI Programa de Medio Ambiente y en la nueva Estrategia de la UE para un Desarrollo Sostenible, así como en la Estrategia renovada de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo, también se aboga por una utilización más intensiva de este tipo de instrumentos”.

Desde una perspectiva económica, se señala, que “el recurso a instrumentos basados en el mercado se justifica por su capacidad para corregir las deficiencias del mercado de una forma rentable”; entendiendo por “deficiencia del mercado” una situación en la que los mercados no existen (por ejemplo, cuando los activos medioambientales tienen naturaleza de bienes públicos) o bien no tienen suficientemente en cuenta el coste “verdadero” o social de la actividad económica; quedando así justificada la intervención pública para corregir estas deficiencias, ya que, a diferencia de los enfoques normativos y administrativos, estos instrumentos tienen la ventaja de utilizar las señales del mercado para resolver las mencionadas deficiencias.

Además, se dice que “ya sea ejerciendo una influencia sobre los precios (a través de impuestos o incentivos), o estableciendo cantidades absolutas (comercio de derechos de emisión) o cantidades por unidad de producción, los instrumentos de mercado reconocen implícitamente que las empresas son diferentes entre sí y proporcionan por tanto una flexibilidad que puede reducir sustancialmente los costes de las mejoras del medio ambiente”; si bien

debe señalarse que “estos instrumentos no son una panacea para todos los problemas”, que necesitan un marco reglamentario claro y que se utilizarán, con frecuencia, combinados con otros instrumentos.

El Libro Verde mantiene que los instrumentos de mercado ofrecen ciertas ventajas respecto a los instrumentos normativos:

- > mejoran las señales de los precios, al otorgar un valor a los beneficios y costes externos de las actividades económicas, de tal modo que los actores económicos los tienen en cuenta y han de modificar su comportamiento para paliar las repercusiones negativas, medioambientales y de otro tipo, y aumentar las positivas;
- > permiten a la industria un mayor grado de flexibilidad para alcanzar los objetivos y rebajar de esta forma los costes globales de cumplimiento de la normativa;
- > incitan a las empresas a introducir, a más largo plazo, innovaciones tecnológicas, con el fin de seguir reduciendo el impacto negativo en el medio ambiente (la llamada “eficiencia dinámica”), y
- > favorecen el empleo cuando se utilizan en el contexto de la reforma de los impuestos ambientales o de la reforma fiscal.

Dicho lo cual, el texto repasa los instrumentos de mercado que considera más adecuados: los impuestos ambientales (desplazando la presión fiscal desde los impuestos negativos para el bienestar, como los que inciden en el trabajo, a otros positivos para el mismo, como los relativos a actividades perjudiciales para el medio ambiente, y teniendo en cuenta la incidencia en la competitividad y los incentivos fiscales); la reforma de las subvenciones perjudiciales para el medio ambiente; algunos instrumentos referidos específicamente a la energía y al transporte, y finalizar analizando el uso de los mismos en algunos sectores (agua, residuos, contaminación atmosférica y biodiversidad).

Instrumentos de mercado, todos ellos, que inciden positivamente en el fomento de los procesos de contratación pública “verde”, pues incitan aún más a las empresas a desarrollar procesos de producción ambientalmente adecuados para participar en los procedimientos de contratación con criterios ambientales y de sostenibilidad.

Años más tarde, pero en la misma dirección, se aprueba la Directiva 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre Coordinación de los procedimientos de Adjudicación de determinados

Contratos de Obras, de Suministro y de Servicios por las Entidades o Poderes Adjudicadores en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (DOUE L 216, 20.8.2009)<sup>383</sup>, que se aplica a los contratos celebrados en el ámbito de la defensa y la seguridad cuyo objeto sea el suministro de equipos militares o sensibles, las obras, suministros y servicios directamente relacionados con los anteriores equipos para el conjunto de los elementos de su ciclo de vida, y las obras y servicios con fines específicamente militares, u obras y servicios sensibles (art. 2).

Las referencias ambientales son similares a las incluidas en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE. Así, se prevé la integración de los aspectos ambientales en las especificaciones técnicas relativas a los contratos referidos (Anexo III-1º), que en los contratos de obras son el conjunto de prescripciones técnicas, contenidas en los pliegos de condiciones, en las que se definen las características requeridas de un material, producto o suministro, y que los destine la Entidad o Poder adjudicador, incluyendo niveles de actuación sobre el medio ambiente; o bien, en los contratos de suministros o servicios, se definan las características de productos o servicios; especificaciones que figurarán en la documentación del contrato y deberán permitir el acceso de los licitadores en condiciones de igualdad y no tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos a la competencia (art. 18).

Además, las consideraciones ambientales se prevén en las variantes a autorizar por las Entidades o Poderes adjudicadores en los contratos en los que el criterio de adjudicación sea la oferta económicamente más ventajosa (art. 19).

Asimismo, se establece la obligación de incluir información sobre la fiscalidad, la protección ambiental, las disposiciones de protección y las condiciones de trabajo, vigentes en el Estado Miembro, región, localidad o en el tercer país en que vayan a realizarse las prestaciones, en los pliegos de condiciones correspondientes, para los candidatos o licitadores, las cuales serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o los servicios prestados durante la ejecución del contrato; previéndose también que el Poder adjudicador o la

---

<sup>383</sup> ESCRIBUOLA MORALES, J.: "La contratación en el ámbito de la defensa y la seguridad", *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 91/2009, pp. 82 y ss.

Entidad que facilite esta información solicitará a los licitadores que manifiesten haber tenido en cuenta las disposiciones en materia de protección y condiciones de trabajo (art. 24);

Por otra parte, la definición de la capacidad técnica y profesional de los operadores económicos se acreditará, en relación con los contratos de obras y de servicios, mediante la indicación, únicamente en los casos adecuados, de las medidas de gestión ambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato. En los casos anteriores, cuando los Poderes adjudicadores exijan la presentación de certificados de acreditación del cumplimiento de determinadas normas de gestión ambiental, se pueden remitir al Sistema EMAS (sistema europeo de auditoría y gestión medioambiental) o a Normas europeas o internacionales, certificadas adecuadamente; aceptándose asimismo otros certificados equivalentes (arts. 42 y 44). En este sentido, la Entidad o los Poderes adjudicadores pueden invitar a los operadores económicos a que completen o hagan más explícitos los certificados anteriores, mencionados en los arts. 39 a 44 (art. 45).

Finalmente, las referencias ambientales se incorporan como criterios de adjudicación de los contratos. En concreto, en el relativo a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista de la Entidad o Poder adjudicador, al establecerse distintos criterios vinculados al objeto del contrato específico, entre los que se mencionan, a título de ejemplo y entre otros, las características ambientales y los costes a lo largo del ciclo de vida, debiendo el Poder adjudicador precisar en la documentación del contrato la ponderación relativa que se atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta, mediante una banda de valores con una amplitud máxima adecuada, y si la ponderación no es posible, la documentación del contrato precisará de manera decreciente el orden de importancia de los criterios de adjudicación (art. 47).

---

## 5. NUEVAS PROPUESTAS

Teniendo en cuenta los documentos y normas anteriores, la Comisión adoptó la Comunicación sobre “Contratación pública para un medio ambiente mejor” [COM (2008) 400 final, Bruselas, 16.7.2008], que comienza destacando la importancia de la contratación y de las compras públicas, al suponer el 17% del Producto Interior Bruto de la Unión y en particular en relación con algu-

nos productos y servicios (como equipos para oficinas, vehículos, elementos para la construcción, servicios de limpieza, etc.), mencionando los antecedentes en la materia (con referencias a los documentos y normas anteriores, y a otros instrumentos como la etiqueta ecológica, el programa *energy star* sobre eficiencia energética de los equipos ofimáticos, el diseño ecológico de productos que utilizan energía, la promoción de vehículos limpios o el fomento de las energías renovables) y la situación en los Estados Miembros<sup>384</sup>, con los obstáculos más destacables para generalizar la integración ambiental en la contratación pública (relativos a las limitaciones de los criterios existentes, a la insuficiente información sobre el coste de los productos en su ciclo de vida y de los respetuosos con el medio ambiente, a la poca sensibilización de los beneficios de estos productos y servicios, a ciertas incertidumbres jurídicas sobre la inclusión de tales criterios en los procedimientos de licitación, a la falta de apoyo político, a la limitación de recursos y a la inexistencia de intercambios coordinados de buenas prácticas).

El objetivo del texto es orientar sobre cómo reducir el impacto causado por el consumo del sector público y utilizar la contratación pública ecológica (CPE) para fomentar la innovación en tecnologías, productos y servicios ambientales, con la finalidad de aportar soluciones a los obstáculos reseñados (es decir, establecer criterios comunes de CPE, información sobre el coste de los productos durante su ciclo de vida, orientación jurídica y operacional, y apoyo político). Partiendo de concebir la CPE como un proceso por el que las autoridades públicas tratan de adquirir productos y servicios con un impacto ambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con otros, la Comunicación estima que la misma debe estar vinculada a unos criterios comunes claros para una serie de productos y servicios (los ya fijados y otros nuevos), a integrar como especificaciones técnicas mínimas o como criterios ecológicos de adjudicación de los contratos, al transmitir una señal importante al mercado.

Para ello, el texto establece un grupo preliminar de criterios comunes de CPE, basados en etiquetas ecológicas, europeas y nacionales, y en informaciones procedentes de la industria y de la sociedad, en los sectores de la construcción,

---

<sup>384</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Estrategias de los Estados Miembros en materia de contratación-compra pública verde* [[http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/national\\_gpp\\_strategies\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/national_gpp_strategies_en.pdf) Consultado el 26 de octubre de 2010].

alimentación, transporte y servicios de transporte, energía, máquinas de oficina y equipos ofimáticos, ropa y uniformes, papel y servicios de impresión, mobiliario, productos y servicios de limpieza, y equipos del sector sanitario; distinguiendo los criterios básicos (para una implantación sencilla, y que se centran en los aspectos fundamentales del comportamiento ambiental de un producto, tratando de reducir al mínimo los costes administrativos para las empresas) y los criterios globales (que tienen en cuenta niveles superiores de comportamiento ambiental, permitiendo a las autoridades ir más lejos en el apoyo a objetivos ambientales y de innovación), y proponiendo, concretamente, que para 2010 el 50% de los procedimientos de contratación sean ecológicos; siendo posible implantar algunas mediadas obligatorias (en el marco de las políticas sobre consumo y producción sostenibles e industrial sostenible), así como ciertas acciones de orientación de la Comisión (en materia de orientación y formación), y destacando la importancia de la innovación en esta materia. Además, la Comunicación reflexiona sobre la necesidad de “ecologizar-ambientalizar” la contratación privada (poniendo como ejemplo el Código de Contratación Ecológica de la ciudad de Londres).

Por otra parte, la Comisión propone el seguimiento y análisis de los indicadores de CPE, tanto en relación con los indicadores cuantitativos (número y valor de los procedimientos de contratación ecológicos, y valor de los contratos ecológicos, y compararlos con el total de contratos públicos) y con indicadores centrados en las repercusiones (que permiten evaluar los beneficios ambientales y financieros que reporta la CPE), sobre la base de los sectores prioritarios citados. Metodología que le permitirá a la Comisión supervisar la situación de la CPE, considerándose ecológico un procedimiento de licitación si cumple con los criterios básicos de CPE, previendo para los Estados miembros con mejor comportamiento algunos objetivos adicionales para el futuro y medidas de innovación, repitiéndose el proceso de seguimiento cada cinco años.

Finalmente, como conclusiones, la Comisión propone a los Estados miembros, al Parlamento Europeo y al Consejo que hagan suyos el planteamiento y el método propuestos para establecer el establecimiento de los criterios comunes de CPE, el objetivo político y las herramientas recomendadas; aplicar los criterios referidos mediante estrategias nacionales de CPE, y una mayor cooperación, y apoyar el trabajo en curso de proponer medidas complementarias que aseguren el desarrollo armonizado de los criterios y objetivos.

El texto de la Comunicación fue asumido por las Conclusiones del Consejo sobre “Contratación pública para un medio ambiente mejor” (Consejo de la

UE, doc. 13067/08, Bruselas, 22 de septiembre de 2008), adoptadas formalmente por el Consejo de 25 y 26 de septiembre de 2008, que destacan la importancia de la contratación pública y del proceso de incorporación de criterios ambientales en la misma, se acoge el proceso de definición de los diez sectores prioritarios como inicio de esa integración y las consultas previstas, asumen la utilización de los criterios ya establecidos (como etiquetas ecológicas, auditorías ambientales, etc.), instan a los Estados miembros a utilizar al máximo la CPE y aceptan el objetivo de alcanzar un 50% en CPE sobre el total de la contratación, propuesto por la Comisión.

Asimismo, debemos mencionar, en este mismo sentido, el Plan de Acción sobre Consumo y Producciones Sostenibles y una Política Industrial [COM (2008) 397 final, Bruselas, 16.7.2008], entre cuyos instrumentos para cambiar hábitos de consumo y de producción se incluye la contratación pública ecológica, junto al diseño ecológico, el etiquetado ambiental de productos, los incentivos, la eficiencia en el uso de recursos y la innovación ecológica y mejora del potencial ambiental de la industria; Plan que fue asumido por el Consejo de 4 de diciembre de 2008 (doc. 16914/08, 5.12.2008). También, en sentido complementario, debemos mencionar la Comunicación de la Comisión sobre “La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios de alta calidad y sostenibles” [COM (2007) 799 final, Bruselas, 14.12.2007], y las Conclusiones del Consejo de Competitividad (Mercado Interior, Industria e Investigación), de 28 de mayo de 2009, sobre “Un enfoque integrado para una política industrial competitiva y sostenible en la Unión Europea” (doc. 10527/09, Bruselas, 2 de junio de 2009).

Por otra parte, el Libro Verde “Hacia una nueva cultura de la movilidad urbana”, adoptado por la Comisión el 25 de septiembre de 2007 [COM (2007) 551 final, Bruselas], señaló que la contratación pública ecológica podría contribuir a la introducción en el mercado de unos vehículos limpios y eficientes, por lo que

“Un posible planteamiento podría basarse en la internalización de los costes externos mediante el uso como criterios de concesión, además del precio de los vehículos objeto de la contratación, de los costes del consumo de energía durante su vida útil, de las emisiones de CO<sub>2</sub> y de las emisiones contaminantes ligadas a la explotación de los vehículos. La consideración de los costes durante la vida útil en el procedimiento de toma de decisiones relacionadas con la contratación aumentaría la conciencia de los

gastos de funcionamiento, lo que daría una ventaja competitiva a los vehículos más limpios y eficientes y disminuiría el coste global. El sector público daría así un ejemplo de «economía sostenible» que podrían seguir otros agentes económicos. Además, la contratación pública podría dar prioridad a las nuevas normas Euro. El uso temprano de vehículos más limpios también podría mejorar la calidad de la atmósfera en las zonas urbanas”.

En base al mismo, después de algún otro texto, con un carácter más preciso y utilizando las posibilidades jurídicas de incorporación de criterios ambientales en la contratación pública, debe resaltarse la Directiva 2009/33/CE, del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril, relativa a la Promoción de Vehículos de Transporte por Carretera Limpios y Energéticamente Eficientes (DOUE L 120, 15.5.2009), cuya transposición debía de hacerse antes del 4 de diciembre de 2010 (art. 11).

La Directiva tiene el objetivo de impulsar el mercado de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficaces e influir en el mercado de vehículos normalizados producidos a gran escala (como vehículos de turismo, autobuses, autocares y camiones), debido al gran impacto ambiental, garantizando un nivel de demanda de los mismos lo suficientemente importante como para alentar a los fabricantes y a la industria automovilística a invertir en los mismos, cuyos costes de consumo energético, emisiones de CO<sub>2</sub> y emisiones contaminantes sean poco elevados, y a seguir desarrollando tales vehículos posteriormente (Cdo. nº 11).

En base a lo anterior, la Directiva ordena (verbo ciertamente llamativo en las normas europeas, pues no se suele utilizar) a los Poderes adjudicadores de los Estados Miembros que tengan en cuenta los impactos energético y ambiental durante su vida útil, incluidos el consumo de energía y las emisiones de CO<sub>2</sub> y de otros contaminantes, a la hora de comprar vehículos limpios y energéticamente eficientes, y aumentar la contribución del sector del transporte a las políticas de medio ambiente, clima y energía de la Comunidad (art. 1).

Más concretamente, se establece (art. 5) que los Estados Miembros garantizarán que, a partir del 4 de diciembre de 2010, todos los Poderes adjudicadores, al comprar vehículos de transporte por carretera, tengan en cuenta los impactos energético y ambiental de su uso durante la vida útil (y que son el consumo de energía y las emisiones de CO<sub>2</sub>, NO<sub>x</sub>, NMHC y partículas; aunque se pueden tener en cuenta otros impactos). Requisitos ambientales que

se han de cumplir estableciendo especificaciones técnicas para el comportamiento energético y ecológico en la documentación relativa a la compra de vehículos de transporte por carretera para cada uno de los impactos considerados, así como para cualquier otro impacto medioambiental adicional, o bien incluyendo los impactos energético y ambiental en las decisiones de compra de los mismos, de manera que, en los supuestos de procedimientos de contratación pública, se apliquen esos impactos como criterios de adjudicación, o, en los casos en que los impactos se cuantifiquen para su inclusión en la decisión de compra, se utilice la metodología para el cálculo de los costes de utilización durante su vida útil (establecida con detalle en el art. 6).

Además, se prevé que la Comisión facilitará y estructurará el intercambio de conocimientos y mejores prácticas entre los Estados miembros sobre las prácticas para promover la compra de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes por parte de los poderes y Entidades adjudicadoras y otros operadores (art. 8), así como los informes de aplicación de la Directiva y el procedimiento de revisión (art. 10).

Estas previsiones se reflejan también en el Plan de Acción de Movilidad Urbana, adoptado por la Comisión el 30 de septiembre de 2009 [COM (2009) 490 final, Bruselas, 30.9.2009], que ha sido asumido por el Consejo de Transportes, Telecomunicaciones y Energía, celebrado en Luxemburgo el 24 de junio de 2010, y de forma más global en la Estrategia Europea sobre Vehículos Limpios y Energéticamente Eficaces, aprobada por la Comisión el 28 de abril de 2010 [COM (2010) 186 final, Bruselas, 28.4.2010], comprometiéndose a llevar a cabo un seguimiento de la Directiva señalada, que ha sido asumida por el Consejo de Competitividad (Mercado Interior, Industria e Investigación), celebrado en Bruselas los días 25 y 26 de mayo de 2010.

Asimismo, la Comisión ha adoptado el Libro Verde sobre "La generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE" [COM (2010) 571 final, Bruselas, 18.10.2010], entre cuyas ventajas destaca que, frente a los sistemas basados en soporte de papel, las Entidades adjudicadoras y los operadores económicos reduzcan sus costes administrativos y mejoren su eficiencia, lo que podría redundar en beneficios a partir de recursos limitados; asumiendo además que la contratación electrónica puede hacer disminuir el consumo de recursos medioambientales.

Finalmente, la Comisión ha aprobado el Libro Verde sobre "La modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente" [COM (2011) 15 final, Bruselas, 27.1.2011], que afianza esta línea de actuación.

## VI. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS Y EL MEDIO AMBIENTE

### 1. EL RÉGIMEN HISTÓRICO Y CONSTITUCIONAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL MEDIO AMBIENTE

El régimen jurídico de los contratos públicos<sup>385</sup>, como es bien sabido, ha surgido y se ha desarrollado en el propio proceso de evolución del Estado y del Poder Público, desde los primeros tiempos de su aparición en Europa (en que el uso de la autoridad y de la acción unilateral hacían poco admisible cualquier otra forma de actuación), hasta la admisión por parte de la Administración de ciertos pactos con los particulares pero manteniendo ésta su autoridad y, ya en el siglo xx con modelos más liberales y menos intervencionistas, en que la actividad contractual del Poder Público se admite y regula con naturalidad; y justamente, cuando se produce la concienciación ambiental, ya se utilizan los nuevos sistemas de regulación de la contratación pública para contribuir a la protección ambiental y avanzar en el desarrollo sostenible.

En el Derecho español, hasta bien entrado el siglo xx, los contratos de los Entes Públicos se integran, naturalmente, en el Derecho Privado, con algunas peculiaridades justificadas en la intervención de los Poderes Públicos (tales como que la Jurisdicción competente sea la Contencioso-Administrativa, las prerrogativas públicas en el proceso y ejecución de los contratos para asegurar los fines de los mismos, la imposición de ciertas reglas uniformes en la selección de contratistas para asegurar una cierta igualdad en los mismos o el establecimiento de ciertos controles financieros).

Debido a la influencia de la doctrina francesa, la cuestión comenzará a cambiar hasta conseguir dar sustantividad propia a los contratos administrativos<sup>386</sup>;

---

<sup>385</sup> Sobre el Derecho Español relativo a la contratación administrativa, en general y por todos, vid. SOSA WAGNER, F., TOLIVAR ALAS, L., QUINTANA LÓPEZ, T., FUERTES LÓPEZ, M. y SÁNCHEZ MARÍN, R.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. CEDECS, 2ª ed., Barcelona, 1996; GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1ª ed. 1996, 2ª ed. 2004; FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.<sup>a</sup>: *Contratación administrativa*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003; GARCÍA MACHO, R. (Dir.), y otros: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003; RUIZ OJEDA, A., *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la Legislación vigente*, Ed. Civitas, Madrid, 2004.

<sup>386</sup> Esta evolución puede verse en FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "El régimen de la incorporación de criterios ambientales en la contratación del Sector Público: su plasmación en las nuevas Leyes sobre Contratación Pública de 2007", obra citada, y "La integración de aspectos medioambientales en la contratación pública", citado.

cuestión que ya es bien visible en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 de enero de 1953 (BOE de 13 de febrero).

En esta línea, pero con mucha mayor relevancia y extensión hemos de citar la Ley de Contratos del Estado, Texto Articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril (BOE del 23)<sup>387</sup>, dictada de acuerdo con la Ley de Bases de Contratos del Estado, de 28 de diciembre de 1963 (BOE del 31). Obviamente esta Ley, que estableció una regulación completa de los contratos administrativos, no incluye ninguna referencia al medio ambiente en los mismos, ya que la concienciación sobre éstos problemas casi no existía, a pesar de que el interesante Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres y Peligrosas se había aprobado en 1961. Tampoco se incluirían menciones ambientales en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre (BOE de 16 de febrero). Esa Ley fue objeto de una amplia reforma mediante Ley 5/1973, de 17 de marzo (BOE de 21), asimismo sin referencias ambientales. Su desarrollo reglamentario se produjo primero en 1967 y después, ya de acuerdo a la reforma realizada, mediante Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (BOE de 27 y 29), que aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado, y también sin ninguna referencia ambiental.

La Constitución Española de 1978 atribuye al Estado, como competencia exclusiva, tanto la "*legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas*" (art. 149-1º-18ª, CE), como la competencia en materia de legislación básica sobre medio ambiente (art. 149-1º-23ª, CE). Competencia del Estado en materia de contratación administrativa que reitera el art. 12 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico (BOE del 15).

Una vez que se produjo la adhesión del Reino de España a las Comunidades Europeas, el 1 de enero de 1986, las obligaciones derivadas del Derecho Comunitario hacían necesario modificar la legislación de contratos públicos para adaptarla a las primeras Directivas en la materia, ya señaladas, en particular en relación a los aspectos de libre competencia y apertura de la contratación a los empresarios europeos; lo que se llevó a cabo mediante el Real

---

<sup>387</sup> La legislación de esta época puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ESCALANTE, J.A.: *Legislación Administrativa Básica*, Ed. BOE, Madrid, 1975.

Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, de modificación de la Ley de Contratos del Estado para adaptarla a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (BOE del 13), pero sin referencias al medio ambiente, y, debido a las modificaciones anteriores, el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre (BOE del 12 de diciembre), modificó el Reglamento General citado<sup>388</sup>. No obstante estas normas, las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1993 y de 3 de mayo de 1994 condenaron a España al considerar algunas de estas normas incompatibles con el Derecho Comunitario. Además, se habían aprobado normas específicas que rompían el sentido global de la Ley en vigor, era necesario tener en cuenta la distribución de competencias establecida en la Constitución Española y se estimaba necesario aumentar la transparencia en la contratación y la lucha contra la corrupción (que era visible en esos años).

Por estas razones se elaboraría un nuevo texto legal en la materia: la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE de 19 de mayo)<sup>389</sup>; destacándose en particular la necesidad de adecuación a la Directivas en la materia dictadas en los años ochenta y noventa, cuya transposición aún no se había producido. No obstante, y a pesar de la fecha de la Ley, tampoco hay una regulación directa relativa a las cuestiones ambientales<sup>390</sup>; a pesar de que ya se podían haber introducido algunas precisiones en tal sentido, como p. ej., en el art. 20, respecto a las prohibiciones de contratar, se hace referencia a sentencias condenatorias por incumplimiento de algu-

---

<sup>388</sup> CARBONERO GALLARDO, J.M.: *La adjudicación de los contratos públicos. Procedimientos para la adjudicación de los contratos administrativos y otros contratos del sector público*, citado, pp. 189-204.

<sup>389</sup> En relación con esta Ley, vid. RAZQUIN LIZARRAGA, M.M.ª: *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*, obra citada; AA.VV.: *Contratos de las Administraciones Públicas (Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo)*, Ed. El Consultor, Madrid, 1995; GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, obra citada, 1ª ed., 1996; SOSA WAGNER, F., TOLIVAR ALAS, L., QUINTANA LÓPEZ, T., FUERTES LÓPEZ, M. y SÁNCHEZ MARÍN, R.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, obra citada, y CARBONERO GALLARDO, J. M.: *La adjudicación de los contratos públicos. Procedimientos para la adjudicación de los contratos administrativos y otros contratos del sector público*, citado, pp. 245-370.

<sup>390</sup> Sobre las cláusulas ambientales de los contratos, en esta época, vid. DE BENITO ZALDO, R.: "La adjudicación del contrato administrativo en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Actualidad Administrativa*, n.º 11/1997; MESTRE DELGADO, J.F.: "Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental", *Revista de Estudios de la Administración Local*, n.º 291/2003 (Número Homenaje al Prof. Dr. Sebastián Martín-Retortillo Baquer).

nas normas de carácter social, sin mencionar al mismo nivel la normativa ambiental (teniendo en cuenta que el delito ambiental se había introducido en el Código Penal en 1983), en los arts. 16 a 19, relativos a la clasificación de las empresas, en función de su solvencia económica y técnica, en el art. 34, respecto a la suspensión de las mismas, algunas de cuyas causas se refieren a cuestiones de seguridad laboral y prevención de riesgos, o en el contenido de los pliegos de condiciones, según los arts 49 y siguientes. Asimismo, tampoco se incluyen referencias ambientales, al regularse el procedimiento de contratación, en el contenido de las proposiciones concretas (art. 80) ni en la regulación de la adjudicación de los contratos (arts. 83 y ss.); ni, finalmente, en la regulación de los contratos concretos.

La Ley fue desarrollada parcialmente por Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo (BOE del 21), y se modificó varias veces en los años siguientes. Por otra parte, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE del 31), que introdujo modificaciones en materia de clasificación de los contratistas, obligaba al Gobierno de la Nación a remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de modificación de la anterior.

Si bien, como vemos, la legislación general sobre contratación administrativa no incluye criterio ambiental alguno, será la legislación ambiental la que recoja tal obligación, pero de una forma jurídicamente un tanto forzada, precisamente por no recogerlo la normativa citada y por no incluirse en el contexto de su posible afectación a la libre competencia.

Así, la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases (BOE del 25), en su Disp. Ad. 3ª, establece que “las Administraciones públicas ... promoverán el uso de materiales reutilizables y reciclables en la contratación de obras públicas y suministros”.

Cuestión que, en el ámbito del Ministerio de Medio Ambiente, creado en 1996, se cumple mediante Orden Ministerial de 14 de octubre de 1997, por la que se fijan los criterios de modificación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir la contratación en el Ministerio de Medio ambiente para incluir la valoración ambiental como exigencia objetiva de resolución de los concursos que se convoquen (BOE del 29).

La Orden Ministerial se basa en la Ley de Envases y, de manera forzada, en el art. 87 de la Ley de Contratos de 1995, vinculándose al Plan de Austeridad del propio Ministerio, y, jurídicamente, tiene nada menos que la consideración de instrucciones u órdenes de servicio, de las previstas en la Ley de Procedimiento Administrativo Común (lo que puede considerarse insuficiente, y con claros

problemas legales), para aplicarse a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y los modelos tipo sobre los mismos que se elaboren en el Ministerio para la adjudicación de los contratos por el procedimiento de concurso (en un plazo de tres meses).

Así, en los contratos de suministro, la calidad ambiental de las ofertas se valorará en un 20% (e incluyendo en tal concepto de calidad ambiental productos con etiqueta ecológica, productos que provengan de procesos de reciclado o reutilización, productos reutilizables, productos elaborados en el marco de un Sistema de Gestión Medioambiental, europeo o internacional, o que tengan otras características ambientales, como el menor consumo de energía, bajos niveles de ruido, reducción de residuos o de envases y otras), en los contratos de obras la calidad ambiental se valorará en un 10% (incluyendo la ejecución de la obra en el marco de un Sistema de gestión Medioambiental, europeo o internacional, que el oferente acredite cumplir medidas de correcta gestión ambiental en la empresa, que los productos a utilizar provengan de procesos de reciclado o reutilización, que los mismos sean reutilizables o reciclables o que en la ejecución de la obra se acrediten medidas específicas de carácter ambiental) y en los contratos de servicios y de consultoría y asistencia técnica se valorará la calidad ambiental en un 20% (incluyendo la prestación de los servicios conforme a Sistemas de Gestión Medioambiental, europeo o internacional, que los productos utilizados tengan etiquetas ecológicas, que se incluya una especificación detallada de los procedimientos de gestión de los residuos, que las ofertas tengan otras características ambientales en materia de energía, ruido o menor producción de envases y otras). En todos los contratos, el licitador aportará los certificados de organismos que acrediten el cumplimiento de las normas correspondientes, los documentos correspondientes o los certificados expedidos por laboratorios independientes.

En parecido sentido, el art. 26-2º de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos (BOE del 22), obliga a las Administraciones Públicas a promover “el uso de materiales reutilizables, reciclables y valorizables, así como de productos fabricados con material reciclado que cumplan las especificaciones técnicas requeridas, en el marco de la contratación pública de obras y servicios”, y la Disp. Ad. 9ª de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido (BOE del 18), señala que las Administraciones Públicas “promoverán el uso de maquinaria, equipos y pavimentos de baja emisión acústica, especialmente al contratar las obras y suministros”.

Por otra parte, la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y las Tele-

comunicaciones, por la que se incorporan al Ordenamiento Jurídico Español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE (BOE del 31), tampoco incluye criterios ambientales en estos procedimientos de contratación (aunque sí hay referencias a las normas de garantía de calidad, en el art. 49); norma que mantiene en vigor el Texto Refundido de 2000 (Disp. Ad. 11ª).

De acuerdo con lo precisado anteriormente, se aprobó la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE del 29), justificada, entre otras razones, por la necesidad de cumplir las últimas Directivas aprobadas; pero, al no haberse previsto los criterios ambientales en tales Directivas, la Ley de reforma tampoco los introduce en su regulación. Por otra parte, su Disposición Final Única prevé la elaboración de un Texto Refundido de a Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

---

## 2. LA LEGISLACIÓN VIGENTE SOBRE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS HASTA 2007

En cumplimiento de la Ley citada, se adoptó el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE del 21), modificado después, que será desarrollado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento General (BOE del 26); textos que constituyen el sistema normativo vigente hasta las nuevas Leyes de 2007<sup>391</sup>.

---

<sup>391</sup> GARCÍA RUBIO, F.: "La introducción de cláusulas medioambientales en los procedimientos de contratación administrativos", *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 48/2005, pp. 29-34; GIMENO FELIÚ, J.M.ª: "Los criterios objetivos a valorar en el concurso", *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 15/2002; GIMENO FELIÚ, J.M.ª (Dir.), y otros: *Contratación de las Administraciones Públicas: Análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004; en especial el propio trabajo de GIMENO FELIÚ, J.M.ª: "Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales"; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *El contrato administrativo*, Ed. Civitas-Thomson, Madrid, 2003; LÓPEZ TOLEDO, P.: "Contratación pública y medio ambiente", *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 33/2004, pp. 25-40.

La Legislación vigente hasta las nuevas Leyes de 2007 se incluye en la clásica obra de MARTÍN REBOLLO, L.: *Leyes Administrativas*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

Pueden verse muchos ejemplos de "compras públicas verdes" en Estados Unidos, Canadá y Méjico en el interesante trabajo de CASE, S. y COMISIÓN PARA LA COOPERACIÓN AMBIENTAL, "Introducción a las políticas de adquisiciones ambientales. Un panorama de la actuales políticas de compras con ventaja ambiental", *Iniciativa de Compras Verdes de América del Norte*, 25 de marzo de 2004.

Dado que el Texto Refundido proviene de las normas citadas, a partir de la Ley de 1995, por sus limitaciones de innovación, no supone alteraciones sustanciales sobre el régimen de las normas refundidas. En efecto, no se menciona aspecto ambiental alguno entre los criterios de clasificación de los contratistas, vinculados a la solvencia económica y financiera, técnica y profesional (arts. 15 a 19). Tampoco hay referencias ambientales al regular las prohibiciones de contratar en el art. 20 (a pesar de incluirse como tal la imposición de sanciones administrativas al empresario según la normativa de carácter social y de seguridad y salud en el trabajo según la relativa a prevención de riesgos laborales; supuestos bien cercanos a las cuestiones ambientales. Asimismo, no hay referencias en la regulación de los distintos Pliegos de Cláusulas previstos, que establecen las condiciones a que han de ajustarse los contratos y las instrucciones de ejecución de los mismos (arts. 48 a 52 de la Ley y arts. 67 a 70 del Reglamento General). Ni tampoco en los distintos procedimientos de adjudicación de los contratos (abiertos, restringidos y negociados; arts. 73 y ss. de la Ley y arts. 74 y ss. del Reglamento General), ni en las modalidades concretas de adjudicación de los mismos en los supuestos de procedimiento abierto y restringido, que como es sabido son la subasta y el concurso (arts. 82 y ss.)<sup>392</sup>, en particular en este último que gira sobre la proposición más ventajosa. Finalmente, ésas referencias ambientales no se mencionan en los diferentes contratos regulados (de obras, servicios públicos, suministro, consultoría y asistencia y de los servicios, concesión de obras públicas; arts. 120 y ss. de la Ley y arts. 118 y ss. del Reglamento General).

El Texto Refundido de 2000 fue modificado mediante Ley 62/2003, de 30 de diciembre (BOE del 31) para adaptar el mismo a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 15 de mayo, Comisión-España C-214/00, y de 16 de octubre de 2003, Comisión-España (SEIPSA) C-283/00. Más tarde, el Texto Refundido fue nuevamente modificado mediante el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo (BOE del 14) con la finalidad de cum-

---

<sup>392</sup> El Informe 73/04, de 11 de marzo de 2005, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, contestando a una consulta del Ayuntamiento de Albacete, relativo a la exigencia en los pliegos de contratación municipales como criterio de adjudicación de las certificaciones ISO 9001 y 14001, entiende que la respuesta ha de ser negativa al no estar previsto tal criterio en el art. 86 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pero sí lo admite como requisito de solvencia de los licitadores, de acuerdo con los arts. 17 a 19 de la misma Ley.

plir la STJCE de 13 de enero de 2005, Comisión-España C-84/03<sup>393</sup>; que condenó, otra vez, al Reino de España por incumplimiento de las normas comunitarias. Condena que se vuelve a reproducir, en relación con la modificación de 2003 del Texto Refundido citada, por STJCE de 3 de abril de 2008 (Asunto C-444/06, Comisión contra Reino de España)<sup>394</sup>.

En materia ambiental, la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (BOE del 22), modificada por Ley 10/2006, de 28 de abril (BOE del 29)<sup>395</sup>, prevé, expresando más bien un deseo que una obligación (al no haber instrumentos para hacerlo cumplir), en su art. 35 bis (relativo a “Compra responsable de productos forestales”) que “en los procedimientos de contratación pública, las Administraciones públicas adoptarán las medidas oportunas para evitar la adquisición de madera y productos derivados procedentes de talas ilegales de terceros países y para favorecer la adquisición de aquellos procedentes de bosques certificados” y que “las Administraciones públicas fomentarán el consumo responsable de estos productos por parte de los ciudadanos mediante campañas de divulgación”.

También, en esta época, y desde el punto de vista ambiental, debemos destacar la Orden MAM/2116/2007, de 10 de julio, sobre requisitos y criterios medioambientales a introducir en los Pliegos de Cláusulas Administrativas que rijan en los Contratos del Ministerio de Medio Ambiente y los Organismos Públicos de él dependientes (BOE del 13)<sup>396</sup>, y que sustituye a la Orden de 1997.

---

<sup>393</sup> BERNAL BLAY, M.A.: “Acerca de la transposición de las Directivas Comunitarias sobre Contratación Pública. Comentario a la STJCE de 13 de enero de 2005. Asunto C-84/03 (Comisión vs. Reino de España), y el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 168/2005, pp. 167-185.

<sup>394</sup> URÍA FERNÁNDEZ, F.: “Apuntes para la reforma de la Legislación sobre Contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 165/2004, pp. 297-326.

<sup>395</sup> CALVO SÁNCHEZ, L.: “Régimen jurídico de los montes”, en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: *Derecho de los Bienes Públicos*, 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 633-701.

<sup>396</sup> El Informe 31/03, de 17 de noviembre de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, relativo al proyecto de esta Orden Ministerial, considera la iniciativa como muy interesante y positiva al introducir en la mejor selección de las empresas candidatas y de las ofertas que se presenten las mejoras inherentes a un sector tan importante como es el desarrollo del medio ambiente, en la misma línea de las actuaciones de la Comunidad Europea, ya analizadas, si bien reafirma que tales criterios no deben implicar efectos discriminatorios en la participación de las empresas.

El nuevo texto menciona como justificación el tiempo transcurrido desde entonces, las aprobaciones de las nuevas Directivas de 2004 (de una manera algo forzada al no haberse modificado aún la Ley de Contratos) y las Leyes de Envases, de Residuos y del Ruido, teniendo también el carácter de de instrucción u orden de servicio de la Ley de Procedimiento Administrativo Común (reiterándose la insuficiencia normativa de este instrumento, y los problemas legales ya citados).

La nueva Orden, en primer lugar, establece como causa de prohibición para contratar el haber sido condenados los licitadores mediante sentencia firme por delitos contra el medio ambiente (prescripción con problemas legales al no estar prevista tal prohibición en el art. 20-TRLCAP); a continuación, se establece que cuando deba exigirse a los licitadores el cumplimiento de normas de gestión medioambiental (europeas, internacionales u otras equivalentes), dicho criterio deberá exigirse en los pliegos como criterio de solvencia técnica o profesional, y nunca como criterio objetivo de adjudicación del contrato (cuestión que tampoco prevén los arts. 15 a 19-TRLCAP, a pesar de la acertada matización final); asimismo se prescribe que los aspectos ambientales que deban exigirse en atención al objeto del contrato deberán figurar en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, en las especificaciones mínimas para la ejecución del contrato, debiendo integrarse los aspectos ambientales superiores al mínimo en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares como criterio objetivo de adjudicación de cada contrato y valorado como valor técnico de la oferta, y, finalmente, si excepcionalmente no se considerase necesario incorporar en los Pliegos de Prescripciones Técnicas los aspectos ambientales de la frase anterior, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que se elaboren para la adjudicación de contratos mediante concurso incorporarán criterios ambientales objetivos que sean adecuados para determinar la oferta más ventajosa para la Administración, con una ponderación del 10% (cuestiones que tienen ciertos problemas de fundamentación legal, además de poder incidir negativamente en la libre competencia); debiendo tenerse en cuenta que en los dos últimos supuestos se podrán valorar aspectos como el uso y consumo de energía, el ruido, la emisión de gases, los residuos, la utilización de etiquetas ecológicas y otros distintivos de calidad ambiental, así como cualquiera otros.

Debido a los problemas de fundamentación jurídica de la Orden Ministerial, señalados, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2010 (Rec. nº 485/2007) ha procedido a su anulación por ser contraria al ordenamiento, y por carecer de base legal adecuada.

### **3. LA DEFINITIVA INCORPORACIÓN DE LOS CRITERIOS AMBIENTALES Y DE SOSTENIBILIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, Y LA LEY 31/2007, DE 30 DE OCTUBRE, SOBRE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN EN LOS SECTORES DEL AGUA, LA ENERGÍA, LOS TRANSPORTES Y LOS SERVICIOS POSTALES**

Sin perjuicio de algunas modificaciones de urgencia realizadas en el Texto Refundido de 2000, ya citadas, la publicación de las nuevas Directivas en materia de contratación pública en el año 2004 obligaba a todos los Estados miembros, y por supuesto a España, a transponer las mismas al Derecho interno<sup>397</sup>.

Antes de la aprobación de las mismas, mediante Resolución del Ministerio de Hacienda, de 10 de junio de 2003, se constituyó una Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública, cuya última reunión para conocer el texto final fue el 2 de abril de 2004, y que se publicó con el título de "Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública".

Obviamente, el Informe justifica, de forma general, la incorporación de criterios ambientales en las entonces Propuestas de Directivas, aunque no deja de realizar una reflexión no exenta de cierta crítica a la misma, al señalar, respecto a la inclusión de nuevos criterios en la adjudicación de los contratos, que

"en esta línea, no parece coherente con la estructura lógica del procedimiento de contratación, ni con su finalidad, que circunstancias tales como el número de trabajadores empleados, la proporción de trabajadores con contratos de determinadas características o pertenecientes a colectivos con dificultades de acceso al empleo (jóvenes que buscan su primer empleo, mayores de cincuenta años,

<sup>397</sup> Sobre la justificación y elaboración de las nuevas Leyes, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "El régimen de la incorporación de criterios ambientales en la contratación del Sector Público: su plasmación en las nuevas Leyes sobre Contratación Pública de 2007", cit. y "La integración de aspectos medioambientales en la contratación pública", citado.

mujeres, discapacitados,...), las características medioambientales de la empresa u otras similares de contenido o naturaleza 'social' sean incorporadas como criterios de valoración; sin perjuicio de la posibilidad –plenamente admitida– de que para la obtención de una determinada clasificación se requiera una plantilla mínima o el cumplimiento de ciertos requerimientos específicos en materia de gestión medioambiental (por ejemplo, capacidad de gestión de residuos)”.

Además, el Informe plantea una cuestión esencial sobre la adecuación de la incorporación de tales criterios, al señalar acertadamente que

“...por otra parte, existen en la actualidad mecanismos jurídicos alternativos –o complementarios, si prefiere decirse así– para estimular o desincentivar determinadas conductas desde el punto de vista social o medioambiental. Beneficios fiscales, ayudas y subvenciones, los propios mecanismos derivados del protocolo de Kyoto, entre otros muchos, parecen instrumentos más adecuados para la ejecución de políticas sociales que la utilización de los procedimientos de contratación cuyo norte fundamental no debería ser otro que la adquisición de bienes y servicios de calidad en las mejores condiciones técnicas y económicas para las Administraciones Públicas. Lo contrario podría provocar distorsiones, incluso desde el punto de vista presupuestario, que no redundarían en un comportamiento eficiente de las Administraciones Públicas contratantes. Además, en una modalidad contractual tan relevante como la de los contratos de proyecto de obra o de ejecución de obras públicas, el control del factor medioambiental se consigue y garantiza a través de mecanismos específicos, como la declaración de impacto ambiental, de los que se ya se desprenden obligaciones y requerimientos para los respectivos contratistas. En este sentido, conviene recordar que el artículo 53 de la Directiva única, al aludir a los criterios de adjudicación del contrato, hace referencia a la posibilidad de atender a las características medioambientales de las obras, productos o servicios ofertados, lo que sería reconducible fácilmente a los pliegos actualmente existentes y no a las características 'sociales' o 'medioambientales' de los licitadores”.

Quizás por ello, no hay una recomendación específica de la Comisión en esta materia, sino que se señala que “es necesario insistir en la necesidad de separar el análisis de las características del licitador, que determinará su inclusión o exclusión del procedimiento, del estudio de las ofertas presentadas desde la vertiente técnica o económica. Es recomendable no introducir en los criterios de adjudicación elementos que son más propios de las características del licitador que de su oferta” (Recomendación 35).

Posteriormente, se retoman los trabajos de reforma y con fecha 15 de diciembre de 2005 se hace público un Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que analiza el Consejo de Ministros del día 16 (si bien desde el 4 de julio, en que se conoció el primero, se elaboraron cuatro versiones), que ya desde su Exposición de Motivos se refiere a la inclusión de criterios ambientales en los procedimientos de contratación.

El Consejo Económico y Social, mediante Dictamen 4/2006 aprobado el 20 de febrero de 2006, valora positivamente la presentación del texto, destacando de forma relevante la novedad de la inclusión de criterios medioambientales y sociales en los procedimientos de contratación pública. Por su parte, el Consejo de Estado en el Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley adoptado con fecha 25 de mayo de 2006 (nº 514/2006) resalta asimismo la novedad de tal incorporación, sobre la base del cumplimiento de las citadas Directivas de 2004.

Seguidamente, y contando con la elaboración de otros dos textos del Anteproyecto con fechas 1 y 16 de marzo de 2006, se aprobará por el Consejo de Ministros como Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, remitiéndose a las Cortes Generales para su tramitación parlamentaria (BOCG-CD, Serie A, nº 95, de 8 de septiembre de 2006). Las principales novedades que presenta el nuevo texto, en comparación con su inmediato antecedente, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, afectan a la delimitación de su ámbito de aplicación, la singularización de las normas que derivan directamente del Derecho Comunitario, la incorporación de las nuevas regulaciones sobre contratación que introduce la Directiva 2004/18/CE, la simplificación y mejora de la gestión contractual y la tipificación legal de una nueva figura, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Es más, su Exposición de Motivos señala expresamente que, incorporando “en sus propios términos y sin reservas las directrices de la Directiva 2004/18/CE, la Ley de Contratos del Sector Público incluye sustanciales innovaciones en lo que se refiere a la preparación y adjudicación

de los negocios sujetos a la misma”, cuyas “principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger en el futuro pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos sociales”, y que obviamente se trasladan al texto finalmente aprobado.

El Informe de la Ponencia (BOCG-CD, Serie A, nº 95-23, de 8 de junio de 2007) mantiene las previsiones anteriores, sin prácticamente introducir modificaciones de importancia en el Proyecto de Ley, si bien se precisa más el último párrafo citado de la Exposición de Motivos, al señalar ahora que, “incorporando en sus propios términos y sin reservas las directrices de la Directiva 2004/18/CE, la Ley de Contratos del Sector Público incluye sustanciales innovaciones en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los negocios sujetos a la misma. Sintéticamente expuestas, las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un ‘comercio justo’ con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo [2005/2245 (INI)], y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales”. Además, en el art. 134, relativo a los criterios de valoración de las ofertas, se precisa mejor alguna referencia a los productos ecológicos, y en el art. 154 se aclara la referencia ambiental en la elección del procedimiento negociado de contratación.

A continuación, el Dictamen de la Comisión de Administraciones Públicas, con competencia legislativa plena (BOCG-CD, Serie A, nº 95-24, de 12 de julio de 2007), aprueba el texto anterior sin ningún cambio en relación con los aspectos ambientales. Remitiéndose al Senado para su tramitación (BOCG-Senado, Serie II, nº 112-a, de 13 de julio de 2007), siendo objeto del Dictamen de la Comisión de Administraciones Públicas del mismo (BOCG-Senado, Serie II, nº 112-d, de 8 de octubre de 2007), en el que algunos Grupos Parlamentarios mantienen ciertos votos particulares, algunos de los cuales son aprobados por el Pleno del Senado en su sesión de 10 de octubre (BOCG-Senado, Dia-

rio de Sesiones, nº 133, de 10 de octubre de 2007), por lo que se remite el texto al Congreso de los Diputados para su aprobación definitiva.

Finalizada su tramitación, el texto se aprueba como Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE nº 261, de 31 de octubre de 2007)<sup>398</sup>, que será modificada por Ley 34/2010, de 5 de agosto (BOE del 9)<sup>399</sup>, y desarrollada parcialmente mediante Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo (BOE del 15; corrección de errores en BOE de 18 de junio, 14 de julio y 3 de octubre).

Esta ley procede a derogar el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, con algún matiz (Disposición Derogatoria Única); teniendo en cuenta que la misma entró en vigor a los seis meses

---

<sup>398</sup> CALVO Y RUATA, P.: *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur menor (Navarra), 2010; ECOSOSTENIBLE (Revista), n.º 38/2008, monográfico sobre "Contratación pública verde"; ESCRIBUELA MORALES, F.J.: *Guía práctica de la contratación del sector público*, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "El régimen de la incorporación de criterios ambientales en la contratación del Sector Público: su plasmación en las nuevas Leyes sobre Contratación Pública de 2007", obra citada, y "La integración de aspectos medioambientales en la contratación pública", citado; GUINOT BARONA, M.ª: *La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*", *Actualidad Administrativa*, n.º 2/2008; JIMÉNEZ APARICIO, E. (Dir.), y otros: *Comentarios a la Legislación de Contratos Públicos*, 4 Tomos, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009; MARTÍN OVIEDO, J.M.ª, y PRESEDO REY, C.M.ª (Coords.), y otros: *Contratos Públicos 2009-2010*, Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2009; MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Guía Práctica de los procedimientos de selección del contratista y de adjudicación de los contratos, concursos y licitaciones*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

La legislación de esta época puede verse en MORENO GIL, O.: *Contratos del Sector Público*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009; MORENO GIL, Ó.: *Contratos Administrativos. Legislación y jurisprudencia*, 5ª ed., Ed. Thomson-Civitas, 2008; TORRES-FERNÁNDEZ NIETO, J.J. y MEDINA GUIJARDO, J.: *Código de Contratación Pública*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008; y asimismo *Código de Contratos del Sector Público*, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009, y *Leyes de Contratos del Sector Público y de las Administraciones Públicas*, Ed. Tecnos, Madrid, 2008.

<sup>399</sup> CANALES GIL, Á. y HUERTA BARAJAS, J.A.: *La contratación del sector público tras las reformas de 2010*, Ed. Reus, Madrid, 2010; CASTRO ABELLA, F. (Coord.), y otros, *Contratación del Sector Público Local*, 2ª ed., Ed. La Ley-El Consultor, Las Rozas (Madrid), 2010, y RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Los contratos del sector público (Comentarios)*, Ed. Edisofer, Madrid, 2010.

de su publicación (Disp. Final 12<sup>a</sup>), salvo lo establecido en la Disp. Transitoria 7<sup>a</sup>, que entra en vigor al día siguiente de ésa publicación (Disposición Transitoria que preveía la aplicación anticipada de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la ley, realizando modificaciones en el Texto Refundido hasta que entró en vigor la nueva ley).

El texto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, según su Exposición de Motivos (Apdo. I), tiene por finalidad la incorporación a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/18/CE, que sin duda es el motivo determinante de la apertura de un nuevo proceso de revisión de nuestra legislación de contratos públicos, aunque el mismo no ha operado como límite o condicionante de su alcance, ya que la norma resultante, en consecuencia, no se constriñe a trasponer las nuevas Directivas comunitarias, sino que, adoptando un planteamiento de reforma global, introduce modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación, en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales) de introducir diversas mejoras en la misma y dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas había ido poniendo de relieve.

En cuanto las principales novedades que presenta su contenido en relación con su inmediato antecedente<sup>400</sup>, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, la misma Exposición de Motivos (Apdo. IV) señala que se refieren a la delimitación de su ámbito de aplicación, la singularización de las normas que derivan directamente del derecho comunitario, la incorporación de las nuevas regulaciones sobre contratación que introduce la Directiva 2004/18/CE, la simplificación y mejora de la gestión contractual, y la tipificación legal de una nueva figura, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

En relación a la atención a los criterios ambientales, continúa la Exposición de Motivos (Apdo. IV-3) señalando que,

“incorporando en sus propios términos y sin reservas las directrices de la Directiva 2004/18/CE, la Ley de Contratos del Sector Público

---

<sup>400</sup> MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA, *Herramientas para una aproximación inicial a la Ley de Contratos del Sector Público* [<http://www.meh.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/Patrimonio/Instrumentos.pdf>].

incluye sustanciales innovaciones en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los negocios sujetos a la misma. Sintéticamente expuestas, las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un 'comercio justo' con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo [2005/2245 (INI)], y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales".

En cuanto al contenido sustantivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, y haciendo referencia exclusivamente a las cuestiones ambientales<sup>401</sup>, el texto, en el Título Preliminar, relativo a las disposiciones generales, incluye como objeto del contrato, entre otros, conseguir una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa (art. 1). Cuestión relacionada directamente con la calidad del medio ambiente y el uso de recursos naturales, ya que se trata de definir el producto, obra o servicio que el Poder adjudicador quiere comprar o contratar, y en tal definición tiene una total libertad, siempre que se respeten los principios y normas europeas e internas en la materia, principalmente en relación con la libre competencia y la transparencia en los procedimientos de contratación; siendo necesario, pues, vincular el

<sup>401</sup> DIPUTACIÓN DE CÓRDOBA, *Guía práctica para el desarrollo de la contratación pública sostenible*, 2008 [[www.dipucordoba.es/uploads/attachments/435/GUIA\\_CPS\\_.pdf](http://www.dipucordoba.es/uploads/attachments/435/GUIA_CPS_.pdf) Consultado el 13 de octubre de 2010]; SOCIEDAD PÚBLICA DE GESTIÓN AMBIENTAL (GOBIERNO VASCO)-IHOBE, *Manual Práctico de Compra y Contratación Verde*, 2009.

[[http://www.ihobe.net/Pags/AP/Ap\\_publicaciones/index.asp?Cod=22D00942-87EA-4D23-BF89-874E182F271F&hGrupo=PUB&hAno=2009&hTitulo=030](http://www.ihobe.net/Pags/AP/Ap_publicaciones/index.asp?Cod=22D00942-87EA-4D23-BF89-874E182F271F&hGrupo=PUB&hAno=2009&hTitulo=030) Consultado el 13 de octubre de 2010].

objeto del contrato con los criterios ambientales, entre otros, a introducir, utilizando conceptos y justificaciones relacionadas con el desarrollo sostenible y el medio ambiente.

Más adelante, al regular la capacidad y solvencia de los empresarios, la LCSP incorpora los aspectos ambientales en el art. 49, relativo a las prohibiciones de contratar en relación con los empresarios, al establecer como tales, entre otras causas, haber sido condenado mediante sentencia firme por delitos relativos a la protección del medio ambiente, así como haber sido sancionado con carácter firme por infracción grave en materia medioambiental, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases, en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, al considerar que, el contrato puede presentar efectos negativos para el medio ambiente, la garantía de aplicación de medidas adecuadas de gestión ambiental se considera un criterio de solvencia técnica o profesional en los contratos correspondientes; debiendo llamarse la atención sobre el problema de la cita concreta de las normas, por el hecho habitual de su derogación o modificación sustantiva (como es el caso de algunas de las anteriores)<sup>402</sup>. Prohibiciones que deben ser inscritas en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, que se regula en los arts. 8 y ss. del Reglamento de desarrollo parcial de 2009. La declaración y efectos de las mismas se precisan en los textos (arts. 50-LCSP y 14 del Reglamento).

Estas prohibiciones, que no son causa de resolución de contratos en vigor (salvo que se haya previsto en el correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares), constituyen un importante revulsivo para las empresas respecto al cumplimiento adecuado de estas normas ambientales, con las dificultades que

---

<sup>402</sup> Así, ver ahora el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos (BOE del 26), y la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (BOE del 14).

conlleva (así, las mismas son bien visibles respecto a los problemas planteados por el cumplimiento, y consiguiente obtención de la autorización ambiental integrada, de la Ley de Control Integrado de la Contaminación, en los plazos establecidos para ello, y las prórrogas concedidas, y aparecer la cruda realidad de que sólo un 10% de las casi 4.000 empresas la obtuvieron en su día). No obstante, estas prohibiciones son la imagen de los nuevos mercados a los que las empresas que respetan la normativa ambiental pueden acceder (frente a las incumplidoras, que no podrían hacerlo).

Seguidamente, en esta misma parte dedicada a regular la capacidad y solvencia de los empresarios, y más en concreto al regular la acreditación de la aptitud para contratar, el art. 65-d, relativo a la acreditación de la solvencia técnica en los contratos de obras, establece que la misma se acreditará, en los casos adecuados, mediante la indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato. Precisión idéntica que se incluye para los contratos de servicios (art. 67-f); para los restantes contratos distintos a los de obras, servicios y suministro, por remisión a los medios y documentos citados en el anterior (art. 68), y para el contrato de suministros por la referencia al control de calidad de los productos (art. 66)<sup>403</sup>. Prescripciones que constituyen una novedad destacable, al reforzar la protección ambiental en la contratación administrativa, y condicionar la actuación de los contratistas a las normas ambientales correspondientes, siempre que tales medidas de gestión medioambiental sean compatibles con el Derecho Comunitario.

Además, el art. 70, relativo a la acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental, establece que, en los contratos sujetos a una regulación armonizada (definidos en el art. 13, y que son en todo caso los de colaboración público-privada y los de obras, y los demás cumpliendo algunos requisitos), los órganos de contratación podrán exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de gestión medioambiental, remi-

---

<sup>403</sup> Así, p. ej., el Real Decreto 1525/2010, de 15 de noviembre, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Medios Aéreos para la Lucha contra los Incendios Forestales (BOE del 24), exige, entre las condiciones de aptitud para contratar de las empresas, que cuenten con el Sistema europeo de Gestión Medioambiental-EMAS, con normas Europeas (EN) o normas internacionales (ISO serie 14000).

tiéndose al Sistema Comunitario de Gestión y Auditoría Medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación; siendo posible que los órganos de contratación reconozcan certificados equivalentes. Respecto de lo prescrito anteriormente, el órgano de contratación o el órgano auxiliar del mismo podrán recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle la presentación de otros complementarios (art. 71).

El art. 74 LCSP prevé que el objeto de los contratos del sector público ha de ser determinado, y establece ciertas precisiones sobre el fraccionamiento del contrato; dejando una amplia libertad para fijarlo. En efecto, la legislación en materia de contratación pública define y regula cómo se han de adquirir productos y servicios por los Poderes adjudicadores y demás organismos, pero deja a éstos total libertad para definir qué se va a adquirir, en función de las necesidades correspondientes. Desde el punto de vista medioambiental, la incorporación y definición de variables y criterios ambientales en el propio objeto del contrato toma una importancia destacable, aunque esa definición no debe ser discriminatoria.

A continuación, en el Libro II-LCSP dedicado a la preparación de los contratos (arts. 93 a 121)<sup>404</sup>, al regular los Pliegos de Prescripciones Técnicas (que han de aprobarse antes de la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación) y las reglas para determinar tales prescripciones técnicas, que obligatoriamente han de regir la realización de la prestación y definir sus calidades (arts. 100 y 101-LCSP y arts. 66-70 del Reglamento), y que representan las características técnicas previstas en el objeto del contrato, y que se deben definir de manera medible y objetiva, por lo que constituyen requisitos de obligado cumplimiento, se establece que las mismas se definirán, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con

---

<sup>404</sup> Sobre la preparación de los contratos, vid. BALLESTEROS MOFFA, L.Á.: *La adjudicación de contratos en el sector público*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 61-78.

lo previsto en los arts. 3 y 4 de la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación de 2002 (que establecen definiciones y principios informadores de la autorización ambiental integrada), entre otras cuestiones.

Prescripciones técnicas que han de permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores “sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”, y que podrán definirse (sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el Derecho comunitario), entre otras formas, cuando se prescriban características ambientales en términos de rendimientos o de exigencias funcionales, haciendo referencia a la contemplación de características medioambientales, mediante la utilización de prescripciones detalladas o partes de éstas definidas en etiquetas ecológicas europeas<sup>405</sup>, nacionales o plurinacionales, o en cualquier otra, siempre que sean apropiadas para definir las características de los suministros o de las prestaciones objeto del contrato, sus exigencias se basen en información científica, en el procedimiento para su adopción hayan podido participar todas las partes concernidas tales como organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y que sean accesibles a todas las partes interesadas; siendo posible que los órganos de contratación puedan indicar que los productos o servicios provistos de la etiqueta ecológica se consideran acordes con las especificaciones técnicas definidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, y deberán aceptar cualquier otro medio de prueba adecuado, como un informe técnico del fabricante o un informe de ensayos elaborado por un organismo técnico oficialmente reconocido.

Además, el art. 102 de la Ley permite que los órganos de contratación puedan incluir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el Derecho Comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato; siendo posible que se refieran, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o de tipo social, entre otras. En este sentido, el órgano de contratación podrá señalar en

---

<sup>405</sup> En general, vid. DOPAZO FRAGUÍO, P.: *El Régimen Jurídico de las Marcas de Calidad Ambiental. Etiqueta Ecológica y Tutela Ambiental*, Exlibris Ediciones, Madrid, 2001.

el Pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la protección del medio ambiente, entre otras; siendo posible que los Pliegos o el contrato mismo establezcan penalidades, conforme al art. 196, en caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos de lo señalado en el art. 206-g (causas de resolución establecidas expresamente en el contrato), y si tal incumplimiento se tipifica como causa de resolución del contrato, el mismo podrá considerarse como infracción grave, a los efectos de las prohibiciones de contratar según el art. 49-2º, e-LCSP. En este sentido, y por ello, el órgano de contratación que facilite tal información solicitará a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del medio ambiente, entre otras (art. 103).

Igualmente, al establecer el régimen de las actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obras públicas y, más en concreto, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, se prevé que, en el contenido de las proposiciones, en los términos y con el alcance que se fijen en éstos, los licitadores podrán introducir las mejoras que consideren convenientes, y que podrán referirse a características estructurales de la obra, a su régimen de explotación, a las medidas tendentes a evitar los daños al medio ambiente y los recursos naturales, o a mejoras sustanciales, pero no respecto a su ubicación (art. 115-c, 7º).

Seguidamente, en la parte de la Ley dedicada a regular la selección del contratista y adjudicación de los contratos (Libro III, arts. 122 a 191)<sup>406</sup>, el extenso art. 134, relativo a la selección del adjudicatario, establece, como instrumen-

---

<sup>406</sup> En general, GIMENO FELIÚ, J.M.<sup>3</sup>: *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre de 2007, en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010; LLINARES CERVERA, P.: "Algunas consideraciones sobre los criterios de adjudicación en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la luz del Derecho comunitario", *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 82/2009, pp. 36-63; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Guía práctica de los procedimientos de selección del contratista y de adjudicación de los contratos, concursos y licitaciones*, obra citada, y de forma minuciosa CARBONERO GALLARDO, J.M.: *La adjudicación de los contratos públicos. Procedimientos para la adjudicación de los contratos administrativos y otros contratos del sector público*, obra citada, pp. 371-548, especialmente pp. 447-452, y BALLESTEROS MOFFA, L.Á.: *La adjudicación de contratos en el sector público*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 78-179.

tos esenciales, los criterios de valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, prescribiendo que deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato (y no a las cualidades de los contratistas, que ya han sido apreciadas mediante la acreditación de su solvencia), entre los que se mencionan la calidad, las características medioambientales u otras vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar (relación estrecha con el objeto del contrato que impide establecer criterios de forma genérica para todos los contratos)<sup>407</sup>; si bien, cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación éste ha de ser necesariamente el del precio más bajo. Criterios que se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares o en el documento descriptivo.

Por otra parte, la Ley de Contratos del Sector Público establece, en su art. 154, que el procedimiento de adjudicación de los contratos por el procedimiento negociado (es decir, aquél en que el contrato es adjudicado al licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos, ex art. 153-1º) se aplicará, entre otros supuestos, cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 103, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato. Precisión aplicable también a los contratos de obras (art. 155), de gestión de servicios públicos (art. 156), de suministro (art. 157), de servicios (art. 158) y a otros contratos (art. 159).

---

<sup>407</sup> En relación con los criterios sociales es muy claro el Informe 53/08, de 29 de enero de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Asimismo, la STS de 24 de septiembre de 2008 (Recurso n.º 4793/2006) rechaza un criterio por no estar directamente vinculado al objeto del contrato.

Igualmente, la aplicación del diálogo competitivo (en el que el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos preparen su oferta; siendo posible establecer primas o compensaciones para fomentar el sistema) podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, al estimarse por el órgano de contratación que mediante los sistemas del procedimiento abierto o del restringido no permiten una adecuada adjudicación del contrato; incluyéndose entre tales contratos los supuestos en que el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir, de acuerdo con las cuestiones señaladas en el art. 103-3º, ya señalados y que hacen referencia al medio ambiente, los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto (art. 164).

Además, la LCSP incluye otras herramientas que pueden utilizarse para la incorporación de criterios ambientales en los procedimientos de contratación, como son los acuerdos marco (que son concluidos por los órganos de contratación y uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un periodo de tiempo determinado, respetando la libre competencia, ex arts. 180-182), los sistemas dinámicos de contratación (que se articulan por lo órganos de contratación del sector público para la contratación de obras, servicios y suministros de uso corriente cuyas características, generalmente disponibles en el mercado, satisfagan sus necesidades, por un periodo máximo de cuatro años, salvo excepciones justificadas, y siempre que afecte a la libre competencia, ex arts. 183 a 186) y las centrales de contratación (al permitir la Ley que las Entidades públicas puedan centralizar la contratación de obras, servicios y suministros, atribuyéndola a servicios especializados; siendo posible su creación, además de por el Estado, por las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales, ex arts. 187 a 191 y Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, BOE del 17).

En relación con las normas especiales relativas al contrato de concesión de obras públicas, entre otros, el art. 229-LCSP obliga al concesionario a “proteger el dominio público que quede vinculado a la concesión, en especial, preservando los valores ecológicos y ambientales del mismo” y el art. 230, relativo al uso y conservación de la obras públicas, establece, asimismo, que el concesionario deberá mantener las mismas de conformidad con lo que, en cada

momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación.

Asimismo, en la misma época que el anterior, se presentó el Proyecto de Ley sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales (BOCG-CD, Serie A, nº 105-1, de 22 de septiembre de 2006), que fue aprobado por la Comisión de Administraciones Públicas, con competencia legislativa plena (BOCG-CD, Serie A, nº 105-23, de 12 de julio de 2007), siendo aprobado este texto, con pocas modificaciones, definitivamente por la Comisión de Administraciones Públicas del Senado, con competencia legislativa plena (BOCG-Senado, Serie II, nº 113-d, de 5 de octubre de 2007), y que constituye la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales (BOE nº 261, de 31 de octubre).

Esta nueva Ley tiene por finalidad principal incorporar al Ordenamiento Jurídico interno la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la Coordinación de los Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, de la Energía, de los Transportes y de los Servicios Postales, y la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, sobre Coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los Procedimientos de Adjudicación de Contratos de las entidades que operan en dichos sectores, ya mencionadas (Exposición de Motivos, párrafo 1º, y Disposición Final 1ª), y, asimismo, tiene en cuenta la Ley de Contratos del Sector Público, por lo que la relación entre ambas es muy estrecha, y las remisiones son habituales.

En relación con la inclusión de criterios ambientales en estos procedimientos de contratación, y debido a los sectores regulados, las menciones se inician al regularse la documentación del contrato (Título III, arts. 32 a 39), en el art. 34, relativo a las prescripciones técnicas a incluir en la documentación del contrato (en los anuncios de licitación, en los pliegos de condiciones o en los documentos complementarios), que han de definirse, siguiendo lo establecido en las normas europeas y en la Ley de Contratos del Sector Público, "teniendo en cuenta... b) Cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios informadores regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados

de la contaminación". Prescripciones técnicas que deberán formularse, entre otras formas, "en términos de rendimiento o exigencias funcionales, pudiendo esta última incluir características medioambientales", siendo necesario que estos parámetros sean suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a las entidades contratantes adjudicar el contrato (párrafos 1º, 2º y 4º). Además, cuando las Entidades contratantes prescriban características medioambientales en términos de rendimientos o de exigencias funcionales, utilizarán las prescripciones detalladas o, si fuera necesario, partes de éstas, tal como se definen en las etiquetas ecológicas europeas o plurinacionales, o en cualquier otra etiqueta ecológica siempre que esas prescripciones sean adecuadas para definir las características de los suministros o servicios objeto del contrato; las exigencias de la etiqueta se desarrollen basándose en una información científica; las etiquetas ecológicas se adopten mediante un proceso en el que puedan participar todas las partes implicadas, como son las Administraciones Públicas, organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y las mismas sean accesibles a todas las partes interesadas. En tales casos, las Entidades contratantes podrán indicar que los suministros o servicios provistos de la etiqueta ecológica se consideran acordes con las prescripciones técnicas definidas en el pliego de condiciones, y deberán aceptar cualquier otro medio de prueba adecuado, como un expediente técnico del fabricante o un informe de pruebas de un organismo reconocido (párrafo 7º).

Por otra parte, el art. 36 establece que, para los contratos de obras y de servicios, las Entidades contratantes podrán exigir en los casos adecuados, a fin de comprobar la capacidad técnica del operador económico, que se indiquen las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato. Si las Entidades exigen la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el operador económico cumple determinadas normas de gestión medioambiental, deberán hacer referencia al Sistema Comunitario de Gestión y Auditorías Medioambientales u otras basadas en normas internacionales o europeas en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las correspondientes normas internacionales o europeas en la materia relativas a la certificación.

Asimismo, como es lógico, siguiendo lo dispuesto en la regulación europea y la propia Ley de Contratos del Sector Público, las cuestiones ambientales se reflejan en el procedimiento de adjudicación de los contratos (Título VI, arts. 58 a

100), en el supuesto de la oferta económicamente más ventajosa, al regularse, en el art. 61, los criterios de valoración de las ofertas de contratación en función de los criterios objetivos que se establezcan en el Pliego y en el anuncio. Para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad o las características medioambientales, entre otras; estableciéndose que, en el caso de contratos cuya ejecución tenga o pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, la eficiencia energética, el coste del ciclo de vida, la generación de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos. Criterios a aplicar que la Entidad contratante hará constar en el Pliego de Condiciones.

Por las mismas razones, el art. 88 permite a las Entidades contratantes establecer condiciones de ejecución de los contratos, siempre que sean compatibles con el Derecho Comunitario y se indiquen en el anuncio utilizado como medio de convocatoria de la licitación o en el Pliego de Condiciones; las cuales podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o de tipo social, entre otras.

Para terminar el análisis de esta Ley, debe mencionarse que su art. 90 prevé que la Entidad contratante podrá señalar en el Pliego de Condiciones el organismo u organismos de los que los candidatos o los licitadores pueden obtener la información pertinente sobre obligaciones de protección del medio ambiente, entre otras; por lo que la Entidad contratante que facilite tal información solicitará a los licitadores o a los candidatos a una licitación que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del medio ambiente, entre otras, también.

---

#### **4. OTROS TEXTOS NORMATIVOS QUE ASUMEN LA INCORPORACIÓN DE CRITERIOS AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Además, en el sector ambiental directamente se aprueban otros textos propiciando la inclusión de criterios ambientales en la contratación pública, y así debe tenerse en cuenta la Orden PRE/116/2008, de 21 de enero, que publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan de Contratación Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (BOE del 31 de

enero)<sup>408</sup>, que se fundamenta en los textos y normas de la Unión Europea citados, y surge del trabajo de la Comisión Interministerial para la Incorporación de Criterios Ambientales en la Contratación Pública, creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de mayo de 2006; considerándose un complemento a otras iniciativas en materia energética, sobre residuos o cambio climático.

Sobre la base de mantener los objetivos fijados hasta 2010 en la Estrategia de Desarrollo Sostenible de la Unión Europea, el Plan establece, como objetivos específicos propios, conseguir metas cuantificadas para grupos de productos, obras y servicios considerados prioritarios por la Comisión Interministerial, y que se detallan en el Anexo, destacando, entre otros, la inclusión, en los proyectos de rehabilitación y obras de mantenimiento, de prescripciones técnicas sobre el uso preferente de materiales reciclados o fácilmente recuperables o reutilizables al final de su vida útil; inclusión de la compatibilidad de biocombustibles como criterio obligatorio en todos los contratos de compra de vehículos nuevos, con ciertas condiciones; la compra de vehículos híbridos; incluir en la adjudicación de todos los contratos de suministro de combustibles la disponibilidad de ofrecer y repostar biocombustibles; incorporar como criterios energéticos obligatorios los establecidos en la etiqueta "energy star" en las compras de ordenadores, fotocopiadoras, impresoras, entre otros; inclusión de la opción de impresión a doble cara y de la compatibilidad con el papel reciclado en las compras de fotocopiadoras, impresoras o equipos multifuncionales de uso común de oficina; elaborar un formulario con las características ambientales adicionales que deben tenerse en cuenta en la compra de equipos de oficina; incorporación de criterios de sostenibilidad en los concursos de compra de papel, tanto reciclado como no reciclado; implantación de herramientas de administración electrónica que reduzcan el uso de papel; estudio de la posibilidad de eliminar las publicaciones en papel y sus sustitución por sistemas electrónicos; en su caso, incorporación de criterios de sostenibilidad en los concursos de diseño y/o de impresión de publicaciones; previsión de que la madera utilizada en papel y publicaciones no procederá de talas ilegales; en materia de limpieza, inclusión en los nuevos contratos de

---

<sup>408</sup> ALFONSO, C.: "Plan de Contratación Pública Verde. La compra responsable", *Ambienta* (MARM), n.º 74/2008 [[http://www.mapa.es/ministerio/pags/biblioteca/revistas/pdf\\_AM/AM\\_2008\\_74\\_55\\_58.pdf](http://www.mapa.es/ministerio/pags/biblioteca/revistas/pdf_AM/AM_2008_74_55_58.pdf)].

cláusulas de uso de productos biodegradables, de papel higiénico, de toallas, papeleras, contenedores y bolsas de basura reciclados, y exigencia de sistemas de recogida selectiva de residuos, así como, más en general, elaborar códigos de buenas prácticas para los servicios de limpieza o los equipos de oficina. Además, el Plan establece las directrices para incorporar los criterios ambientales en las distintas fases de la contratación pública.

Por otra parte, el texto del Plan establece igualmente diversas medidas (aprobar una relación de bienes y servicios de contratación centralizada, lo que se hace por Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, BOE del 17, integrar los aspectos ambientales entre los criterios de solvencia profesional y técnica de los contratistas en el Reglamento General de la Ley de Contratos del Sector Público, realizar acciones de información y formación en especial para funcionarios públicos, publicidad del Plan, diseño de procedimientos de control y elaboración de cláusulas para los Pliegos de Condiciones correspondientes, entre otras) y las acciones de ejecución y seguimiento del mismo.

Posteriormente, también debe mencionarse la Resolución de 14 de enero de 2010, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de diciembre de 2009, por el que se aprueba el Plan de Activación de la Eficiencia Energética en los Edificios de la Administración General del Estado (BOE del 26 de enero), cuyo objeto es dar cumplimiento a normas europeas y a las estrategias nacionales en materia energética, proponiendo para ello que 330 centros consumidores de energía de la Administración General del Estado reduzcan su consumo un 20% para 2016, mediante la puesta en marcha de la modalidad de contratos de servicios energéticos, previstos en el Derecho Europeo, y dinamizar este mercado en España; definiéndose los "contratos de servicios energéticos" como aquellos que realiza la Administración General del Estado (en este supuesto) con una Empresa de Servicios Energéticos, para la realización de una actuación global e integrada que comprende las prestaciones relativas al suministro energético, la gestión energética, el mantenimiento de las instalaciones consumidoras de energía y la ejecución de medidas de ahorro y eficiencia energética y de aprovechamiento de energías renovables y residuales, cuya duración se acordará por un periodo determinado en función del tiempo necesario para la amortización de las inversiones realizadas por la Empresa de Servicios Energéticos o de las fórmulas de financiación que se prevean, y el pago de los servicios prestados se basará, en parte o totalmente, en el ahorro energético obtenido mediante la mejora de la eficiencia energética del edificio.

En este sentido, y de acuerdo con las normas europeas, el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de Medidas para el Impulso de la Recuperación Económica y el Empleo (BOE del 13), define los conceptos de “empresa de servicios energéticos” (persona física o jurídica que pueda proporcionar esos servicios, afrontando ciertos riesgos, y que el pago de los mismos se ha de basar en la obtención de ciertos ahorros de energía) y de “servicios energéticos” (que constituyen prestaciones, incluyendo la realización de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para optimizar la calidad y la reducción de los costes energéticos, así como sistemas e instrumentos que incorporen tecnologías eficientes; los cuales se prestan en contrato que llevará asociado obligatoriamente un ahorro de energía verificable, medible o estimable), obligando al Gobierno a aprobar, en el plazo de seis meses, de un plan de impulso de las empresas de servicios energéticos, con un programa específico para las Administraciones Públicas, y al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a través del Instituto de Diversificación y Ahorro de la Energía, la aprobación de un Programa de Acuerdos Voluntarios con estas empresas que permita elaborar y publicar electrónicamente una relación de empresas habilitadas, incluyendo información sobre las mismas (art. 19). Además se establecen ciertas especialidades en la contratación de empresas de servicios energéticos en el sector público, al declararlos de urgencia y acortar plazos en los correspondientes procedimientos de adjudicación (art. 20).

Finalmente, en esta misma línea debemos mencionar la aprobación del complejo, y problemático (al surgir cuando la crisis económica está afectando fuertemente a España y a otros países europeos), Proyecto de Ley de Economía Sostenible. Este texto, aunque anunciado al comienzo de la Legislatura, surge formalmente de un compromiso del Presidente del Gobierno en la sesión del Congreso de 12 de mayo de 2009, que se plasmó en el documento “Líneas básicas del Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible”, de 8 de septiembre de 2009, que no fue muy bien aceptado por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales<sup>409</sup>. Seguidamente, se aprueba el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible con fecha de 22 de noviembre de

---

<sup>409</sup> CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES, *Posición de la CEOE sobre el documento titulado Líneas básicas del Anteproyecto de ley de Economía Sostenible*, Madrid, sin fecha, que estima necesario esperar al texto articulado del Proyecto de Ley y que describe una serie de medidas imprescindibles para afrontar la crisis económica. Véase también UNESA: “Líneas Básicas del Anteproyecto de ley de Economía Sostenible”, *Cuadernos Jurídicos*, n.º 88/2009, pp. 21-25.

2009<sup>410</sup>, que es asumido por el dictamen del Consejo Económico y Social 1/2010, de 28 de enero, y que finalmente se aprueba como Proyecto de Ley de Economía Sostenible por el Consejo de Ministros de 19 de marzo de 2010 (Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, Serie A, nº 60, de 9 de abril)<sup>411</sup>, introduciendo pocos cambios en relación con el Anteproyecto citado. Finalmente, el texto de la Ley de Economía Sostenible ha sido aprobado definitivamente por el Congreso de los Diputados el 15 de Febrero de 2011.

El texto es efectivamente muy complejo, bastante amplio (114 artículos y muchas disposiciones varias, que en el Anteproyecto eran 137 y 60 respectivamente)<sup>412</sup> y que modifica, al estilo de las viejas Leyes de Acompañamiento de los Presupuestos<sup>413</sup>, muchas Leyes vigentes. Por otra parte, su carácter problemático proviene no sólo de la apreciable escasa utilidad para afrontar los problemas económicos y sociales de España en estos momentos<sup>414</sup>, sino asimismo de la dificultad para juridificar concretamente el desarrollo sostenible<sup>415</sup>, de su excesivo carácter futurible (al incluir en muchos ámbitos principios generales o meras intenciones genéricas y acciones de promoción, impulso, fomento, contribución o favorecimiento y la adopción de planes y programas varios, que exigen una mayor concreción para ponerlas en práctica), aunque, por otra parte, tiene un marcado carácter reglamentista e implica un apreciable aumento de la

<sup>410</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: "Exaltación del deseo, desenfreno regulatorio", Diario *Expansión*, 3 de diciembre de 2009, y RAMOS GASCÓN, F.J.: "Ay ¡qué leyes!", Diario *Expansión*, 9 de diciembre de 2009.

<sup>411</sup> BANEGAS NÚÑEZ, J. (Dir.), y otros: *Economía sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible (LES)*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.

<sup>412</sup> Algunas de las medidas en materia societaria contenidas en el proyecto de ley se han anticipado, al incluirse en el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de Actuaciones en el Ámbito Fiscal, Laboral y Liberalizadoras para Fomentar la Inversión y la Creación de Empleo (BOE del mismo 3).

<sup>413</sup> BANEGAS NÚÑEZ, J.: la denomina ley "cajón de sastre" y señala que puede traer "más ruido que señal", en BANEGAS NÚÑEZ, J. (Dir.), y otros: *Economía sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible (LES)*, op. cit. p. 23.

<sup>414</sup> BANEGAS NÚÑEZ, J.: "Economía sostenible", en BANEGAS NÚÑEZ, J. (Dir.), y otros: *Economía sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible (LES)*, op. cit. pp. 33 y 34.

<sup>415</sup> FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "Articulación y perspectivas del Desarrollo Sostenible en la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, n.º 264/2007, y "La Política Ambiental y sobre Desarrollo Sostenible en la Unión Europea: de sus orígenes a la Estrategia de Desarrollo Sostenible y al Tratado de Lisboa", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 13/2008, citados.

intervención administrativa (no muy de acuerdo con la filosofía de la nueva legislación en materia de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio de 2009), e incluye algunas materias que poco o nada tienen que ver con el desarrollo sostenible (como la mejora de la calidad de la regulación, el régimen de los organismos reguladores y de los mercados financieros, la sostenibilidad financiera del sector público, algunas de las normas tributarias o las normas en materia universitaria y sobre formación profesional).

El objeto de la Ley es introducir en el ordenamiento jurídico las reformas estructurales necesarias para crear condiciones que favorezcan un desarrollo económico sostenible (art. 1); entendiendo por economía sostenible, a los efectos del texto, “un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades” (art. 2), siguiendo las pautas del Informe Brundtland de 1987 y de la Conferencia de Río de Janeiro de 1992, aunque en el texto sustantivo se entiende de manera excesivamente amplia. Además, en este Título Preliminar, el art. 3 incluye una serie de principios de actuación de los Poderes Públicos para impulsar la sostenibilidad de la economía española, relativos a la mejora de la competitividad, a la estabilidad de las finanzas públicas, al fomento de la capacidad innovadora de las empresas, al ahorro y la eficiencia energética, la promoción de las energías limpias, y la reducción de emisiones y un eficaz tratamiento de residuos, a la racionalización de la construcción residencial, a la extensión y mejora de la calidad de la educación e impulso de la formación continua y, finalmente, al fortalecimiento y garantía del Estado Social. Reiterándose, una vez más, que las Administraciones públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y a los objetivos de sostenibilidad recogidos en el propio texto legal (art. 6).

En relación con los criterios ambientales en la contratación pública ciertamente el texto no incluye muchos preceptos, aunque sí incluye algunos instrumentos que pueden ser utilizados en una línea de actuación complementaria a dicha integración.

Así, en el Título I del texto, relativo a “Mejora del entorno económico”, se incluye un Capítulo IV sobre “Sostenibilidad financiera del sector público” (arts. 32 a 36), en el que, a pesar de su rúbrica, únicamente se menciona, por lo que se

refiere a las Administraciones públicas, la sostenibilidad presupuestaria, entendida como “la capacidad para financiar los compromisos de gasto presentes y futuros”, sin atender a los criterios sociales y ambientales, que obviamente entran de forma ordinaria en el concepto de sostenibilidad o de desarrollo sostenible.

No obstante, al referirse a la sostenibilidad en la gestión de las empresas públicas adscritas a la Administración General del Estado, incluyendo sociedades mercantiles y entidades públicas empresariales, se establece que las mismas adaptarán la misma a los principios enunciados en el texto, ya señalados, y se obliga (art. 35) a las mismas a adaptar, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley, sus planes estratégicos para presentar anualmente informes de gobierno corporativo y memorias de sostenibilidad de acuerdo con los estándares comúnmente aceptados, para revisar sus procesos productivos de bienes y servicios aplicando criterios de gestión ambiental orientados al cumplimiento de las normas reguladoras del Sistema Europeo de Gestión y Auditoría Medioambiental, para favorecer la adopción de principios y prácticas de responsabilidad social empresarial por sus proveedores, para optimizar el consumo energético de sus sedes e instalaciones (celebrando contratos de servicios energéticos que permitan reducir el consumo de energía, retribuyendo a la empresa contratista con ahorros obtenidos en la factura energética), y especialmente, por su mención directa a los criterios ambientales de contratación pública,

“d) Incluir en sus procesos de contratación, cuando la naturaleza de los contratos lo permita, y siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y el pliego o en el contrato, condiciones de ejecución referentes al nivel de emisión de gases de efecto invernadero y de mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que pueden verse afectados por la ejecución del contrato. Asimismo en los criterios de adjudicación de los contratos, cuando su objeto lo permita, y estas condiciones estén directamente vinculadas al mismo, se valorará el ahorro y el uso eficiente del agua y de la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de la vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados y reutilizados o de materiales ecológicos”.

Además, se obliga a los Departamentos u Organismos a los que se adscriban los grupos empresariales públicos a elaborar un plan de sostenibilidad del

mismo en el que se establezcan las medidas de apoyo, refuerzo y coordinación complementarias de las iniciativas de las empresas y se definan los mecanismos para el seguimiento y control de los objetivos de sostenibilidad asumidos por el grupo correspondiente.

En este mismo Título I, se incluye el Capítulo V, relativo a “Contratación pública y colaboración público-privada” (arts. 37 y 38)<sup>416</sup>, cuyo objetivo es dar un impulso a la eficiencia en la contratación pública y financiación de la colaboración público-privada, al incluir nuevas obligaciones dirigidas a velar por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, a favorecer la agilización de trámites, a promover la participación de las pequeñas y medianas empresas y a promover el acceso sin coste a la información, así como a fomentar en la contratación pública de actividades innovadoras y de alta tecnología.

Por otra parte, en el Capítulo VI del mismo Título, el art. 39<sup>417</sup> hace referencia, por primera vez en un texto legislativo, aunque sin especificar casi nada y sin prever medidas concretas, a la responsabilidad social de las empresas<sup>418</sup>, entendida como la integración voluntaria por estas de las preocupaciones sociales y ambientales en sus actividades económicas y comerciales, así como en sus relaciones con los correspondientes grupos de interés; filosofía de actuación de las empresas que puede incentivarlas a participar en procedimientos de contratación pública que incluyan criterios ambientales. El texto

---

<sup>416</sup> LAZCANO ACEDO, J.F.: “Contratación pública y colaboración público-privada”, en BANE-GAS NÚÑEZ, J. (Dir.), y otros: *Economía sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible (LES)*, op. cit. pp. 231-239.

<sup>417</sup> SÁNCHEZ GUITIÁN, B.: “Responsabilidad social de las empresas”, en BANE-GAS NÚÑEZ, J. (Dir.), y otros: *Economía sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible (LES)*, citado, pp. 241-246, que llama la atención sobre la dificultad de establecer los indicadores a los que se refiere el texto, y objetivar los de carácter cualitativo.

<sup>418</sup> Sobre la responsabilidad social de las empresas y su significado, vid. AULLÍ MELLADO, E.: “Integración de los factores ambientales en las estrategias empresariales”, *Información Comercial Española (ICE)*, n.º 800/2002, monográfico sobre “Desarrollo Sostenible”; DARNACUTELLA Y GARDELLA, M.ª M.: *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Prólogo de J. ESTEVE PARDO, Ed. M. Pons, Madrid, 2005; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: “La Responsabilidad Social Corporativa en materia ambiental. Estado de la cuestión”, *Boletín Económico de Información Comercial Española*, n.º 2824/2004 [<http://www.revistasice.com/Estudios/BICE/BICE1new.asp?Sumario=Anterior&Numero=2824&Fecha=0>]; FRANCÉS, P., BORREGO, A. y VELAYOS, C.: *Códigos éticos en los negocios*, Ed. Pirámide, Madrid, 2003; OLCESE SANTONJA, O., *Teoría y práctica del Buen Gobierno Corporativo*, Ed. M. Pons, Madrid, 2005.

legal establece que, con el objetivo de incentivar a las empresas y especialmente a las pequeñas y medianas a incorporar políticas de responsabilidad social, el Gobierno pondrá a disposición de las mismas un conjunto de características e indicadores para su autoevaluación en la materia, así como modelos o referencias de "reporte" [sic], según los estándares internacionales. Tales características, indicadores y modelos han de atender especialmente a los objetivos de transparencia en la gestión, buen gobierno corporativo, compromiso con lo local y el medio ambiente, respeto a los derechos humanos, mejora de las relaciones laborales, promoción de la integración de la mujer, de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y de la igualdad de oportunidades de las personas discapacitadas, de acuerdo con las recomendaciones que, en su caso, haga el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas (creado por Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, BOE del 29). Finalmente, de manera poco concreta, se prevé que las empresas que alcancen un nivel mínimo en los anteriores indicadores puedan solicitar voluntariamente ser reconocidas como empresas socialmente responsables, según lo que establezca el propio Consejo; y la publicación de un informe anual en la materia.

Asimismo, el texto legal incluye referencias relacionadas con la integración de aspectos ambientales en la contratación pública en su Título III, relativo a "Sostenibilidad medioambiental" (arts. 77 a 111), integrado por disposiciones relativas al modelo energético, la reducción de emisiones, el transporte y la movilidad sostenible y la rehabilitación y vivienda. El Capítulo I se refiere al "Modelo energético sostenible" (arts. 77 a 87)<sup>419</sup>, que comienza precisando los principios de la política energética, estableciéndose que la política energética estará orientada a garantizar la seguridad de suministro, la eficiencia económica y la sostenibilidad medioambiental, y refiriéndose su compatibilidad con la normativa y objetivos comunitarios y, como no, con los esfuerzos internacionales en la lucha contra el cambio climático; a cuyos efectos se adelanta el contenido del Capítulo y se precisa que el Gobierno de la Nación impulsará la diversificación de las fuentes de suministro de energía, el desarrollo eficiente de las infraestructuras, la transparencia y competencia de los mercados energéticos, la suficiencia de las retribuciones, la creciente incorporación de las energías renovables y las políticas de ahorro y eficiencia. A continuación, siguiendo

---

<sup>419</sup> GARAMENDI LECANDA, A.: "Modelo energético sostenible", en BANEGAS NÚÑEZ, J. (Dir.), y otros: *Economía sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible (LES)*, citado, pp. 385-393.

los acuerdos europeos en la materia, se establecen los objetivos nacionales en materia de ahorro y eficiencia energética y energías renovables (alcanzar en 2020 un 20% de energías renovables en el consumo de energía final, con una cuota de energía procedente de energías renovables en todos los tipos de transporte en 2010 que sea como mínimo equivalente al 10% del consumo final de energía del sector transporte; adoptar estrategias y medidas de reducción de la demanda de energía primaria coherente con el objetivo europeo del 20% en 2020 y con los objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero); objetivos que han de orientar el diseño y aprobación de las políticas públicas y, en especial, los incentivos públicos al desarrollo de las diversas fuentes de energía y a las medidas de eficiencia energética, previéndose la aprobación por el Gobierno de planes específicos en estas materias.

Por otra parte, el nuevo texto prevé la aprobación por el Gobierno de un documento de planificación energética indicativa, que establecerá un modelo de generación de energía acorde con los principios señalados, recogiendo varios escenarios sobre la evolución futura de la demanda energética, sobre los recursos necesarios para satisfacerla, sobre las necesidades de nueva potencia y las previsiones útiles para la toma de decisiones de inversión por la iniciativa privada y para las decisiones de política energética, fomentando un equilibrio entre la eficiencia del sistema, la seguridad de suministro y la protección del medio ambiente; estableciéndose asimismo sus objetivos, bajo diferentes escenarios de demanda, para el año 2020 (maximizar la participación de las energías renovables, reducir la participación de las energías con mayor potencial de emisiones de CO<sub>2</sub>, mantener el calendario de 40 años de vida útil de las centrales nucleares, reflejar la competitividad de las diferentes tecnologías en el largo plazo), previendo que la misma ordenará los incentivos públicos necesarios para cumplir estos objetivos, de acuerdo con ciertos principios y estableciendo la obligación del Gobierno de presentar a las Cortes Generales un informe anual de seguimiento de su cumplimiento. Además, la planificación energética vinculante, prevista en la Ley del Sector Eléctrico de 1997 y en la Ley del Sector de Hidrocarburos de 1998, se vincula a criterios que contribuyan a desarrollar un sistema energético seguro, eficiente y respetuoso con el medio ambiente, la cual ha de tenerse en cuenta en el resto de instrumentos de planificación. Prescribiéndose, asimismo, el seguimiento y evaluación de estas planificaciones, y de los planes de energías renovables y de ahorro y eficiencia energética.

En otro sentido, se crea la Conferencia Sectorial de Energía como instrumento de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y se prevé que ambas Administraciones establezcan en esta materia marcos de coope-

ración y coordinación con las Entidades Locales; se prevé el fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación en el ámbito de energías renovables y el ahorro y la eficiencia energética, el establecimiento por el Gobierno de instrumentos de transparencia en información a los consumidores (sobre los costes del modelo de suministro energético y su composición, y sobre el consumo de energía y el impacto ambiental de los productos y equipos que utilicen energía, con la finalidad de que incorporen tales datos a sus decisiones de consumo), la simplificación de los procedimientos administrativos relativos a las energías renovables y al ahorro y eficiencia energética y se establece que todas las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, incorporarán los principios de ahorro y eficiencia energética y de utilización de fuentes de energía renovables entre los principios de actuación y, lo que debe ser destacado, "en sus procedimientos de contratación", y, en relación con la Administración General del Estado y sus Organismos dependientes, se prevé la elaboración de programas específicos con la finalidad de anticipar el cumplimiento de los objetivos fijados para 2020 y alcanzar en 2016 un 20% de ahorro energético; programas en los que se establecerán "los requerimientos mínimos de calificación energética que deberá cumplir la adquisición de bienes y derechos etiquetados energéticamente, y la calificación mínima de los edificios y vehículos que integran el patrimonio de las Administraciones Públicas" (art. 85); prescripción de suma importancia para aumentar la integración de criterios ambientales en los contratos públicos.

El Capítulo II (arts. 88 a 92)<sup>420</sup> establece el régimen para cumplir los objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero asumidos por España en el marco de la Unión Europea, a alcanzar en 2020; para lo que se regula el aumento de la capacidad de absorción de carbono de los sumideros, la compensación de emisiones, la constitución de un Fondo para la compra de créditos de carbono y el incremento de la deducción por inversiones ambientales. Ciertamente la incidencia de estos preceptos en la contratación pública es indirecta, aunque se prevé, como medida de promoción para la creación de

---

<sup>420</sup> NAVA CANO, J.J.: "Reducción de emisiones y otros aspectos medioambientales", en BANEGAS NÚÑEZ, J. (Dir.), y otros: *Economía sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible (LES)*, citado, pp. 395-405, que con bastante razón echa de menos una regulación complementaria sobre residuos, producción y consumo sostenibles y en materia de aguas, debido a la trascendencia de las mismas para el desarrollo sostenible.

sumideros, que las Administraciones Públicas fomenten acciones que den valor tanto a las producciones inmediatas como a las externalidades positivas que las áreas naturales producen, y especialmente las relativas a la producción y comercialización de productos forestales procedentes de explotaciones con certificado de gestión forestal sostenible o el uso de la biomasa forestal en el marco de la generación de energía de fuentes de origen renovable, entre otras.

El transporte y la movilidad sostenible es la materia regulada en el Capítulo III de este mismo Título (arts. 93 a 106)<sup>421</sup>, integrado en primer término por una regulación general del sector del transporte, sin apenas referencias a los aspectos ambientales en la contratación, aunque se incluye el fomento por las Administraciones Públicas de los medios de transporte de menor coste ambiental y energético y de la intermodalidad; ámbito en que sí es posible utilizar criterios ambientales en los contratos correspondientes.

A continuación, se prevén disposiciones en materia de planificación y gestión eficiente de las infraestructuras y de los servicios del transporte, estableciéndose como uno de los objetivos de la planificación nacional de las infraestructuras de transporte el relativo a la movilidad sostenible en términos económicos y ambientales, a través de proyectos cuya ejecución produzca una efectiva reducción de emisiones contaminantes y otros daños al medio ambiente, así como los relativos a los modos más sostenibles y eficientes, en particular los dirigidos a la incorporación de la innovación tecnológica y a la mejora de la eficiencia energética del transporte, entre otros; obligando a elaborar una memoria que evalúe el cumplimiento de los objetivos y prioridades anteriores, para la adecuada priorización de las inversiones en infraestructuras de transporte, y sin perjuicio del cumplimiento de la legislación relativa a la contratación y ejecución de las mismas. Además, se prevé la creación por el Ministerio de Fomento de un sistema de información sobre la red nacional de infraestructuras de transportes y de análisis y evaluación de la demanda de estos servicios.

Finalmente, la última parte del Capítulo está dedicada a la movilidad sostenible, estableciendo en primer lugar algunos principios en la materia (relativos, entre otros, al acceso de los ciudadanos a los bienes y servicios en condiciones

---

<sup>421</sup> CHACÓN GUTIÉRREZ, L.: "Transporte y movilidad sostenible", en BANEGAS NÚÑEZ, J. (Dir.), y otros: *Economía sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible (LES)*, citado, pp. 407-428.

adecuadas, accesibles y seguras, y con el mínimo impacto ambiental y social posible o a la participación) y los objetivos de la política pública de movilidad sostenible (entre los que sobresalen los relativos a contribuir a la mejora del medio ambiente urbano y la salud de los ciudadanos, a promover la disminución del consumo de energía y la mejora de la eficiencia energética, a fomentar los medios de transporte de menor coste social, económico, ambiental y energético, tanto para personas como para mercancías, así como el uso de los transportes público y colectivo y otros modos no motorizados, entre otros).

Seguidamente, se prevé la elaboración de Planes de Movilidad Sostenible, de ámbito autonómico, supramunicipal o municipal, como conjunto de actuaciones cuyo objetivo es la implantación de formas de desplazamiento más sostenibles, desarrollando modos de transporte que hagan compatibles crecimiento económico, cohesión social y defensa del medio ambiente, y garantizando de esta forma una mejor calidad de vida para los ciudadanos, incluyendo soluciones e iniciativas novedosas que reduzcan eficazmente el impacto ambiental de la movilidad, al menor coste posible; prescribiéndose que su contenido mínimo se integrará por el diagnóstico de la situación, sus objetivos, las medidas a adoptar, los mecanismos de financiación y los procedimientos de seguimiento, evaluación y revisión. Además, como efectiva medida de fomento, a partir del 1 de enero de 2012 se supedita cualquier ayuda o subvención a las Administraciones autonómicas o Entidades locales incluida en los Presupuestos Generales del Estado y destinada al transporte público urbano o metropolitano a que la entidad beneficiaria disponga del correspondiente Plan de Movilidad Sostenible, y a su coherencia con la Estrategia Española de Movilidad Sostenible. En esta misma línea de actuación, se prevé que las Administraciones competentes fomentarán igualmente el desarrollo de planes de transporte de empresas, con vistas a reducir el uso del automóvil y promover modos menos contaminantes en los desplazamientos de los trabajadores, en el marco de los Planes de Movilidad Sostenible que hayan sido aprobados en su ámbito territorial.

En otro sentido, el texto establece ciertas medidas de modernización tecnológica y uso eficiente de los medios de transporte, a llevar a cabo mediante iniciativas públicas estatales de eficiencia y ahorro energético (entre las que pueden destacarse, por su relación con los procesos de contratación pública, la renovación de la flota de vehículos de transporte colectivo de pasajeros y de mercancías mediante la incorporación de vehículos energéticamente más eficientes, el desarrollo de sistemas de certificación energética de empresas de transporte o

el fomento del uso del vehículo eléctrico e híbrido, así como la dotación de aplicaciones e instalaciones de energías renovables ligadas a estos vehículos.

Por otra parte, finalmente, en cumplimiento de la Directiva 2009/33/CE citada, se establece la promoción por los Poderes Adjudicadores del transporte limpio por carretera y la adquisición, por estos mismos, de vehículos de transportes por carretera limpios y energéticamente eficientes (arts. 105 y 106, y Disp. Ad. 6ª); disposiciones de particular importancia para el objeto de este estudio pues supone la integración directa de ciertos aspectos ambientales en los contratos públicos correspondientes de compra de esos vehículos. En efecto, se prevé que los Poderes Adjudicadores (que son aquellos así definidos en la Ley de Contratos del Sector Público y en la Ley sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales, citadas, y los operadores que ejecuten obligaciones de servicio público, en el marco de la normativa relativa a los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera), en sus adquisiciones de vehículos de transporte por carretera que realicen a partir del 4 de diciembre de 2010 (fecha prevista en la Directiva citada), tendrán en cuenta los impactos energético y ambiental de la utilización de la vida útil del vehículo (incluyendo al menos el consumo de energía, las emisiones de CO<sub>2</sub> y las emisiones de NOX, NMHC y partículas), y aplicarán alguna de estas dos opciones: establecer especificaciones técnicas para el comportamiento energético y ecológico en la documentación relativa a la compra de los vehículos para los impactos considerados, así como para cualquier otro impacto ambiental adicional, o bien incluir los impactos energético y ambiental en la decisión de compra, de manera que, en los casos en que se lleve a cabo un procedimiento de contratación pública, se tendrán en cuenta esos impactos como criterios de adjudicación de los mismos, y, en los supuestos en que esos impactos se cuantifiquen para su inclusión en la decisión de compra, se utilizará la metodología que establece la Disp. Ad. 6ª; estableciéndose en el texto las categorías de vehículos correspondientes que han de ser objeto de tales compras, así como aquellos que están excluidos (los de uso en obras, canteras, instalaciones portuarias o aeroportuarias, los de utilización por el Ejército [sic], protección civil, servicios de bomberos y fuerzas responsables del mantenimiento del orden público [sic] y las máquinas móviles).

El Título III finaliza con varias disposiciones en materia de “Rehabilitación y vivienda” (arts. 107 a 111)<sup>422</sup>, relativas, entre otras cuestiones, a la obligación

---

<sup>422</sup> LAZCANO ACEDO, J.F.: “Rehabilitación y vivienda”, en BANEGAS NÚÑEZ, J. (Dir.), y otros: *Economía sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible (LES)*, citado, pp. 429-436.

de los Poderes públicos de adoptar políticas de su competencia al servicio de un medio ambiente urbano sostenible, posibilitando los equipamientos y servicios que eliminen o, en todo caso, minimicen las emisiones contaminantes, reduzcan el consumo de agua, energía y la producción de residuos, y mejoren su gestión, aplicando la mejor tecnología disponible a precio razonable, la mejora de la calidad ambiental y la funcionalidad de las dotaciones, infraestructuras y espacios públicos al servicio de los ciudadanos, el fomento de servicios generales más eficientes económica y ambientalmente en la gestión del agua, la energía y los residuos, o, entre otras cuestiones, potenciar los medios de transporte, especialmente los de uso público, más eficientes energéticamente y menos contaminantes.

El nuevo texto concluye con la regulación del Fondo de Economía Sostenible, de competencia estatal, la exigencia de la necesaria coordinación administrativa en el seguimiento y evaluación de su propia aplicación, y el informe bianual del Gobierno sobre la aplicación del mismo texto, a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda (y sorprendentemente sin contar con el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino).

Por otra parte, la Disposición Final 16ª realiza una importante modificación, en número de preceptos, de la Ley de Contratos del Sector Público<sup>423</sup>, incluyendo reformas de diversa entidad, algunas de menor entidad, fruto de su aplicación, que es escasa en tiempo aún, y otras de mayor calado, como las referidas a los contratos que se están ejecutando; haciendo referencia las mismas a los contratos de investigación y desarrollo, a los contratos de colaboración público-privada, a la sucesión del contratista, a la justificación de garantías provisionales, al incremento hasta el 50% de la subcontratación, a los retrasos en la ejecución, a la supresión de la posibilidad de resolver el contrato por incrementos en la obra superiores al 20%, sobre la plataforma de contratación, a la adjudicación directa a sociedades de economía mixta y al silencio negativo en la reclamación de cantidades durante la ejecución del contrato, entre otras cuestiones. Además, se autoriza la elaboración de un Texto Refundido en materia de contratación pública (DF 32º).

---

<sup>423</sup> ARIÑO Y ASOCIADOS-ABOGADOS: "Otras reformas (Agencias Estatales, Ley de Contratos del Sector Público y Ley General Presupuestaria)", en BANEGAS NÚÑEZ, J. (Dir.), y otros: *Economía sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible (LES)*, citado, pp. 451-473.

---

## 5. LAS ACTUACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y MEDIO AMBIENTE EN LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN

El Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que fue aprobado originalmente por Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero (BOE de 2 de marzo), de acuerdo con el art. 148-CE, reflejó normativamente el sistema competencial conocido. Así, se incluyó la materia “protección del medio ambiente, del entorno natural y del paisaje” entre las competencias ejecutivas o de gestión de la Comunidad; lo que implicaba, como sabemos, que en Castilla y León se aplicase toda la normativa nacional en la materia, siendo posible únicamente que dictase reglamentos de organización, pero no reglamentos sustantivos. No obstante, hay que tener en cuenta que entre las competencias exclusivas y entre las de desarrollo normativo, había materias en estrecha relación con la protección ambiental.

A continuación, la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias (BOE del 24), amplió considerablemente las competencias y el margen de actuación de la Comunidad de Castilla y León.

Posteriormente, y de acuerdo con la anterior, la Ley Orgánica 11/1994, de 24 de marzo (BOE del 25), modificó el Estatuto de Autonomía original, añadiendo, como competencias de desarrollo normativo de la legislación básica del Estado, incluyendo la potestad legislativa, la materia de “normas adicionales de protección del medio ambiente”; correspondiendo también a la Comunidad Autónoma la potestad reglamentaria, la gestión y la función ejecutiva, incluyendo la inspección. Además, en esta materia, subsiste la referencia a las competencias de ejecución de la legislación básica del Estado. Por último, en relación con las materias conexas, la reforma del EACYL amplió, también, las competencias autonómicas.

Seguidamente, la Ley Orgánica 4/1999, de 8 de enero (BOE del 9) modificó, de nuevo, el Estatuto, introduciendo escasas novedades en materia ambiental, aunque alguna de ellas fue significativa. Así, se añadió un nuevo artículo sobre los “valores esenciales” de la Comunidad Autónoma, incluyendo entre ellos “el patrimonio histórico, artístico y natural”, y declarándose que “serán objeto de especial protección y apoyo”. Por su parte, en cuanto a las competencias de desarrollo normativo y ejecución, le corresponden a la Comunidad de Castilla y León, en el marco de la legislación básica y en los términos que ella misma establezca, “el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias: ...5ª. Protección del medio ambiente y

de los ecosistemas, sin perjuicio de las facultades de la Comunidad Autónoma para establecer normas adicionales de protección en los términos del artículo 149.1.23<sup>a</sup> de la Constitución”. Correspondiéndole, asimismo, a la Comunidad Autónoma la potestad reglamentaria, la gestión y la función ejecutivas, incluida la inspección. Además, se suprimió la referencia a las competencias de ejecución en materia ambiental que subsistían, al quedar englobadas en la redacción del nuevo precepto.

Finalmente, el nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León se ha aprobado mediante Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre (BOE del 1 y BOCyL del 3 de diciembre); texto perfectamente adecuado a la Constitución Española y que en materia ambiental introduce algunas novedades de interés.

El nuevo Estatuto mantiene el art. 4, relativo a los valores esenciales de la Comunidad, manteniendo la mención al patrimonio natural (junto a la legua castellana y al patrimonio histórico y cultural), y la prescripción de que serán objeto de especial protección.

Más novedad es la previsión de un Título I sobre derechos, deberes y principios rectores, en el que se comienza reafirmando, obviamente, que los ciudadanos de la Comunidad tienen los derechos y deberes establecidos en la Constitución Española, en los Tratados Internacionales ratificados por España y en el ordenamiento de la Unión Europea (art. 8). A continuación, entre los deberes de los mismos ciudadanos se incluye el relativo a “conservar y proteger el medio ambiente y hacer un uso responsable de los recursos naturales” (art. 15, b), y entre los principios rectores dirigidos a los Poderes Públicos de la Comunidad, que han de orientar sus actuaciones conforme a ellos, se incluye “el crecimiento económico sostenible, orientado a la cohesión social y territorial y a la potenciación y aprovechamiento pleno de los recursos de la Comunidad para mejorar la calidad de vida de los castellanos y leoneses”, así como “la garantía efectiva del derecho de todos los castellanos y leoneses a vivir en un medio ambiente ecológicamente equilibrado y saludable, impulsando la compatibilidad entre la actividad económica y la calidad ambiental con el fin de contribuir a un desarrollo sostenible” (art. 16-2º y 15º).

En cuanto a las competencias de la Comunidad en materia de medio ambiente, sin apenas novedades, se prevén, como competencias de desarrollo normativo y de ejecución, las relativas a “Protección del medio ambiente y de los ecosistemas. Prevención ambiental. Vertidos a la atmósfera y a las aguas superficiales y subterráneas”; correspondiéndole a la Comunidad el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria, la gestión y la función ejecutiva, incluida

la inspección (art. 71-8º). Además, deben tenerse en cuenta que, como competencias exclusivas o de ejecución, se incluyen algunas materias conexas con el medio ambiente, como territorio, urbanismo y vivienda, obras públicas de interés regional, desarrollo rural, agricultura, zonas de montaña, aguas o educación, entre otras (arts. 70, 71, 73, 75 y 76). Finalmente, y constituyendo una novedad, dada la trascendencia de la Cuenca del Duero como elemento configurador de la Comunidad, el art. 75 prevé competencias de desarrollo legislativo y ejecución "en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas de la Cuenca del Duero que tengan su nacimiento en Castilla y León y deriven a Portugal sin atravesar ninguna otra Comunidad Autónoma".

La Comunidad inició la incorporación de criterios ambientales en los procesos de contratación administrativa en el ámbito de los residuos. Así, mediante el Decreto 74/2002, de 30 de mayo, se aprobó la Estrategia Regional de Residuos (BOCyL de 5 de junio), concretando los planes de acción y medidas a desarrollar en el periodo 2001/2010. En esta Estrategia, y en el ámbito concerniente a la contratación pública, se hace referencia a las siguientes medidas: valoración en las contrataciones de la Administración del uso de productos reciclados, de residuos como materias primas y en general de cualquier práctica ambiental correcta en materia de gestión de residuos, entre ellas el ecoetiquetado, y valoración positiva en los concursos de obras públicas de las iniciativas de reutilización o reciclaje de residuos de construcción y demolición.

El Decreto 18/2005, de 17 de febrero, por el que se aprueba el Plan Regional de Ámbito Sectorial de Residuos Urbanos y Residuos de Envases de Castilla y León 2004-2010 (BOCyL del 23), establece, dentro del Programa de Reutilización y Reciclado, que en el ámbito del primero, se promoverán acciones tendentes a que en obras, suministros y servicios a las diferentes Administraciones Públicas, se valore positivamente o se incluya como obligatorio el uso de materiales reciclados, como por ejemplo, la inclusión en los pliegos de contratación y presupuestos de las obras de elementos que primen la reutilización de materiales.

Asimismo, el Decreto 48/2006, de 13 de julio por el que se aprueba el Plan Regional de Ámbito Sectorial de Residuos Industriales de Castilla y León 2006-2010 (BOCyL del 18), establece como actuación, dentro del Programa de Fomento de la Gestión, la coordinación con los distintos órganos de la Administración Autonómica, para la implantación de procedimientos de contratación o adquisición de bienes o servicios que valoren positivamente la correcta gestión de los residuos.

Tiempo después se aprobó el Decreto 54/2008, de 17 de julio, por el que se aprueba el Plan Regional de Ámbito Sectorial de Residuos de Construcción y Demolición de Castilla y León, 2008-2010 (BOCyL del 23), que establece las posibilidades de reciclado y reutilización de estos materiales así como unos objetivos específicos para los mismos, como promover que en todos los proyectos de obra de grandes infraestructuras de la Junta de Castilla y León y en aquellos cofinanciados, se contemple el tratamiento, y en su caso, el reciclaje de los residuos que se generen, siendo posible que los pliegos puedan valorar, siempre que así se haga constar en los mismos, las mejoras en la gestión y/o el tratamiento de los residuos generados, y potenciar el uso de materiales reciclados en grandes obras de infraestructuras, incorporando a los pliegos de contratación y proyectos de construcción, medidas que primen su utilización.

De la misma forma, la Ley 5/2009, de 4 de junio, del Ruido de Castilla y León (BOCyL del 9), establece, en su Disp. Ad. 7ª, que las Entidades del sector público, en los contratos que celebren, promoverán el uso de maquinaria, equipos, vehículos, pavimentos e instalaciones de baja emisión acústica, especialmente al contratar las obras y suministros. Y además, se prevé que las Administraciones Públicas y los promotores promoverán el uso de materiales reciclados, reutilizados o recuperados en el desarrollo de sistemas de aislamiento y acondicionamiento acústico (Disp. Ad. 6ª), y que las mismas promoverán instrumentos, planes y sistemas de movilidad y ordenación del tráfico, urbanismo y ordenación del territorio, y de regulación de horarios, que integren lo estipulado en la Ley para la mejora de la calidad acústica ambiental (Disp. Ad. 8ª).

De acuerdo con lo previsto en el Plan de Medidas de 2008, citado, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su reunión de 5 de mayo de 2009, acordó la constitución del Grupo de Trabajo en la materia; que se plasmó en la reunión del 19 de mayo en la que se fijaron sus integrantes (representando a la Intervención General, a los Servicios Jurídicos, a la Consejería de Hacienda, a la Junta Consultiva y a la Cámara de Contratistas, así como a la Consejería de Medio Ambiente y al Ente Regional de la Energía). Durante el verano de 2009 se elaboró la Ponencia ambiental, que se aprobó con fecha 30 de septiembre de 2009. La Ponencia analiza, desde el punto de vista técnico-jurídico, y con el fin de servir de orientación para los diferentes órganos y servicios de contratación de la Junta de Castilla y León, el ámbito normativo y jurisprudencial en la materia y cómo pueden tenerse en cuenta las cuestiones ambientales en los distintos tipos de contratos, así como en diferentes aspectos de los mismos (objeto del contrato y sus

especificaciones técnicas, capacidad y solvencia, criterios de adjudicación, condiciones especiales de ejecución del contrato).

De forma más global, teniendo en cuenta la primera Estrategia Regional de Desarrollo Sostenible, adoptada en 1999, y las dos Estrategias en la materia de la Unión Europea, de 2001 y 2006, citadas, se constituyó la Comisión para las Estrategias de Desarrollo Sostenible y Cambio Climático, en el seno de la Comisión Delegada de Política Territorial y Desarrollo Rural, creada en 2007, y, mediante Acuerdo de la Junta de Castilla y León de 21 de julio de 2008, se aprobó el Plan de Medidas Demostrativas e Incentivadoras para el Desarrollo Sostenible y la Lucha contra el Cambio Climático-2008, a desarrollar por todas las Consejerías y por las Entidades y Organismos del Sector Público de la Comunidad, y que incluye medidas de carácter transversal (I+D+i, información, sensibilización y participación social), de mejora de la gestión administrativa y sus procedimientos, de fomento de las energías limpias y el ahorro y eficiencia energética, sobre mejora del transporte y la movilidad, de mejora de las ciudades y la vertebración territorial, para el fomento de pautas de producción y consumo más sostenibles y finalmente sobre igualdad social, calidad de vida de la población y mejora de la salud de las personas. En materia de contratación pública, el Plan prevé la aprobación de una Ponencia ambiental para la contratación pública, con la finalidad de impulsar la aplicación de consideraciones ambientales en la contratación de la Junta de Castilla y León, sobre la base de la normal aplicación de la legislación básica y general del Estado en la materia. Además, deben resaltarse las medidas de previsión de modificación de la normativa propia en materia de adquisición centralizada de vehículos para favorecer la compra de vehículos más eficientes y menos contaminantes (lo que se realiza mediante Orden HAC/2257/2009, de 30 de noviembre, BOCyL del 17 de diciembre, por la que se declaran de adquisición centralizada ciertos vehículos automóviles de turismo e industriales, con ciertas características técnicas, entre las que destacan las emisiones de CO<sub>2</sub> o el consumo de combustible), la mejora de la información ambiental en los expedientes administrativos, la implantación de la Norma ISO 14001 en varios edificios o departamentos de la Junta de Castilla y León o la realización de auditorías energéticas en diversos edificios administrativos de la Junta, entre otras.

Posteriormente, mediante Acuerdo 127/2009, de 19 de noviembre, de la Junta de Castilla y León (BOCyL del 25), se aprueba la Estrategia Regional de Desarrollo Sostenible 2009-2014, como documento estratégico que incorpora políticas, programas o planes de acción cuyo objetivo es conseguir el equili-

brio necesario entre la conservación del medio ambiente y de los recursos naturales y el modelo socioeconómico.

La Estrategia partiendo de analizar los antecedentes de la misma y exponer una síntesis del diagnóstico en la materia, establece los objetivos (el general de conseguir un desarrollo sostenible real en la Comunidad, y algunos más concretos, como mejorar la integración del desarrollo sostenible en la educación y la formación, mejorar el comportamiento ambiental, social y económico de las Administraciones, optimizar el sistema de transportes o fomentar la sostenibilidad en el ámbito territorial y urbanístico, entre otros) y los principios rectores de la misma, y de las políticas y medidas que se deriven de ella (como los de responsabilidad compartida, participación y acceso a la información, integración del desarrollo sostenible en todas las políticas, el de cautela, coherencia de políticas y gobernanza e internalización de los costes), su metodología y las líneas estratégicas, los programas y las medidas a adoptar, relativas a información, educación y participación, la Administración como impulsora del desarrollo sostenible, la gestión sostenible de la energía y el fomento de las energías limpias, nuevas pautas de movilidad y transporte, uso sostenible del territorio y de los recursos naturales, una economía sostenible, una visión del bienestar y un sociedad más saludable y solidaria, y la concepción del desarrollo sostenible desde la teoría a la acción conjunta.

De las anteriores líneas estratégicas destaca la relativa a la Administración Pública como impulsora del desarrollo sostenible, y a su función de liderazgo en la materia, sin olvidar el importante papel demostrativo y ejemplarizante que juega en la sociedad actual. Entre los objetivos mencionados, debemos subrayar el referido a optimizar el papel promotor de las Administraciones en relación con el comportamiento ambiental y social de las empresas a través de la contratación pública, mediante la previsión de diversas medidas de carácter general y de carácter específico, muy adecuadas para estimular la incorporación de criterios ambientales en la contratación pública y la sostenibilidad de esta misma<sup>424</sup>.

---

<sup>424</sup> En este sentido, vid. JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, *Guía orientativa-Eventos sostenibles en Castilla y León*, Valladolid, 2010, que analiza los impactos negativos de los eventos variados que organiza la propia Junta de Castilla y León, así como las ventajas de integrar en su preparación y celebración criterios de sostenibilidad, en concreto los relativos a la localidad, sede y espacios a utilizar, transportes, uso de agua, energía, residuos, servicios de restauración y alimentación, mobiliario, comunicaciones y emisión de gases de efecto invernadero, así como su seguimiento.

Entre las primeras se incluyen la elaboración de un plan de contratación pública sostenible de la Administración autonómica y de un manual de contratación pública sostenible para la Administración local, promoviendo su implantación en colaboración con la Federación Regional de Municipios y Provincias; generalizar la inclusión de criterios de sostenibilidad en los procedimientos de concesión de servicios públicos, y el compromiso de los licitadores de reducir su propia huella de carbono y la de su cadena de suministro y obtener compromisos de mejora continua de su tecnología y competitividad; promover la revisión de las concesiones de servicios y contratos con vigencia larga para, mediante acuerdos voluntarios con los adjudicatarios o concesionarios, incorporar criterios de sostenibilidad en la gestión de los mismos, acordes con los exigidos en los nuevos procedimientos; diseñar fórmulas-tipo para que los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad apliquen en sus procedimientos de licitación la valoración de las medidas de gestión ambiental en el momento de la acreditación de la solvencia técnica de las empresas y el establecimiento de condiciones de ejecución especiales del contrato, y revisar las listas de bienes y servicios incluidos en los catálogos de adquisición centralizada para incluir información sobre su excelencia o compromiso ambiental y social.

Por lo que se refiere a las medidas específicas, la Estrategia incluye las relativas a promover en la contratación pública que los suministradores y fabricantes de productos y servicios homologados o que opten a la homologación e inclusión en los catálogos de adquisición centralizada, estén certificados conforme a un Sistema de Gestión Medioambiental (ISO 14000, Sistema Europeo-EMAS, etc.); establecer como requisito para los suministradores y fabricantes de productos homologados la utilización de maderas con certificados de procedencia de gestión forestal sostenible; incorporar por defecto criterios de arquitectura bioclimática y sostenibilidad de la construcción en la contratación de redacción de los proyectos de nuevos edificios para la Junta de Castilla y León, actualizándolos; establecer criterios de eficiencia energética a productos para su inclusión en el catálogo de adquisición centralizada correspondiente; implantar las condiciones de contratación necesarias para favorecer la adquisición por la Administración Regional de vehículos híbridos, a gas, biofuel o hidrógeno; impulsar la implantación de un gestor de expedientes de contratación común para toda la Junta de Castilla y León como paso previo a la contratación electrónica efectiva, y establecer criterios de sostenibilidad para la contratación de servicios de comidas preparadas por parte de las Administraciones Públicas (en particular para comedores escolares, hospitales y otros centros, donde se primarán los menús

saludables y equilibrados, el uso de productos ecológicos o de producción integrada, la reducción de envases y embalajes o pautas de transporte más limpias, entre otros).

Igualmente, en esta misma línea estratégica, se prevén otros programas complementarios del anterior, relativo a la contratación pública, como los de sostenibilidad en la gestión administrativa, implicación de los empleados públicos en la sostenibilidad o mejorar los procedimientos de toma de decisiones para una integración equilibrada y ponderada de los factores ambientales, sociales y económicos.

Además, la Estrategia integra otras líneas estratégicas que coadyuvan a los mismos objetivos de la contratación pública con criterios ambientales, como la relativa a la gestión sostenible de la energía y el fomento de las energías renovables (con programas de fomento de las mismas y del ahorro y la eficiencia energética o sobre eliminación de las barreras técnicas y administrativas en la materia), a las nuevas pautas de movilidad y transporte (con programas de uso de vehículos y combustibles más limpios o de fomento de transporte público y desplazamientos saludables), al uso sostenible del territorio y de los recursos naturales (con programas en materia de edificación sostenible<sup>425</sup>, sostenibilidad de los ámbitos y sistemas urbanos o gestión del agua) y a la economía sostenible (para avanzar en modelos de producción y consumo más sostenibles), para finalmente pasar de la teoría a la acción conjunta en relación con el desarrollo sostenible.

En esta misma línea de actuación, y habiendo sido elaborada de forma paralela a la anterior, pocos días después, mediante Acuerdo 128/2009, de 26 de noviembre, de la Junta de Castilla y León, se aprueba la Estrategia Regional de Cambio Climático 2009-2012-2020 (BOCyL del 2 de diciembre), cuya finalidad es contribuir a la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero, a cumplir los compromisos nacionales e internacionales en la materia, mediante la definición de políticas regionales adecuadas. La Estrategia describe los antecedentes en la materia, los objetivos, la evolución de las emisiones de

---

<sup>425</sup> Destacando en este sentido el Pliego de Requisitos Mínimos de Edificación Sostenible, elaborado por la Consejería de Medio Ambiente (Junta de Castilla y León) y el Instituto de la Construcción de Castilla y León, con el objetivo de contribuir a la mejora de la sostenibilidad de los pliegos de licitación de edificios nuevos de uso administrativo que promueva la Junta de Castilla y León, así como orientar los pliegos para las reformas que se puedan llevar a cabo en los que ya están en uso, y que incluye criterios en materia de energía, agua, materiales, residuos, calidad del ambiente interior y otros aspectos.

gases de efecto invernadero en Castilla y León y los correspondientes planes de mitigación de emisiones (en los sectores energético, de transportes, en el residencial, comercial e institucional, del industrial, en agricultura y ganadería, del sector forestal y en materia de residuos), planes transversales (de coordinación y participación, de mejora del conocimiento, de actuación ejemplarizante de la Junta de Castilla y León y sobre adaptación al cambio climático), para finalizar con el sistema de seguimiento y control.

Entre las medidas que adecuadamente más pueden incidir o contribuir a la utilización de criterios ambientales en la contratación pública, podemos mencionar las relativas al fomento del uso de energías renovables y del ahorro y eficiencia energética, el apoyo a los planes de movilidad urbana sostenible, la reestructuración del mapa concesional del transporte de viajeros por carretera, el apoyo al uso de vehículos eléctricos e híbridos (incluyendo la adquisición de los mismos para la Administración de la Comunidad), y de biocarburantes, medidas de ahorro y eficiencia energética en edificios existentes y en obra nueva, la reducción del consumo de instalaciones lumínicas, la promoción del uso de la madera y productos forestales o la demanda de productos fabricados con materiales reciclados o de origen biológico.

No obstante, y en estrecha relación con la anterior Estrategia, y a veces reiterando las mismas medidas, se prevé asimismo, entre los planes transversales, el programa de actuación ejemplarizante de la Junta de Castilla y León en la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, entre cuyas medidas se establece la implantación de un plan de contratación pública sostenible en la Administración Autonómica, con la finalidad de reducir al mínimo los impactos ambientales asociados a los bienes y servicios por las Administraciones Públicas a través de sus contrataciones, y asegurar una demanda pública de bienes y servicios que pueda ser detectada por productores y proveedores de las Administraciones para que encuentren interesante producir y distribuir nuevas alternativas sostenibles a los productos y servicios tradicionales. Para desarrollar los objetivos anteriores, se prevén la aprobación de una ponencia ambiental para incluir criterios ambientales en la contratación de la Junta de Castilla y León, el establecimiento de requisitos concretos para la adquisición y arrendamiento de vehículos (se entiende que han de ser limpios), de electrodomésticos, elementos de iluminación y de equipos informáticos, y de requisitos de la compra verde de otros bienes y servicios, así como el diseño de fórmulas-tipo para que los órganos de contratación de la Administración Autonómica valoren las medidas de gestión ambiental de los licitadores.

Finalmente, y en la misma correcta línea de actuación de la Comunidad con las iniciativas anteriores, debemos resaltar la importante Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de Gestión Pública (BOCyL del 22), que, en desarrollo del derecho a una buena Administración, reconocido en el art. 12 del nuevo Estatuto de Autonomía, dedica su Título Preliminar a los principios generales, de actuación y rectores de la Administración autonómica, incorporando principios-directrices clásicos junto a otros de la línea más avanzada del Derecho Administrativo y en relación con otras leyes en la materia, como los relativos a la sostenibilidad y a la orientación social.

Efectivamente, por una parte, el art. 6 establece que la Administración autonómica “promoverá el desarrollo sostenible como principio rector de las políticas públicas y de sus actuaciones”, y, a tal efecto, “conciliará la protección y mejora del medio ambiente con el desarrollo económico y el progreso social”, y, por otra parte, el art. 7 señala que “la orientación social se integra como principio rector de las políticas públicas y de las actuaciones de la Administración autonómica, incorporando las preocupaciones sociales a sus relaciones con los ciudadanos y con la sociedad”, para lo que “se fomentará en particular la inversión socialmente responsable y la transparencia de las actividades en este ámbito”.

## VII. CONCLUSIÓN

Actualmente, los poderes públicos y, en particular, las Administraciones públicas, utilizan diversos instrumentos y medidas para proteger el medio ambiente. Entre ellos, destaca desde hace unos años la introducción de criterios ambientales en el sistema de contratación pública, que adquiere especial trascendencia por el volumen económico de la misma, por constituir un ejemplo a seguir por el sector privado en favor de una sostenibilidad ambiental bien entendida y porque a medio plazo trae consigo un apreciable ahorro.

Sin embargo, dicha incorporación no ha sido fácil, al incidir en la cuestión la necesaria aplicación del principio de libre competencia, y la correlativa apertura de los procedimientos de contratación.

La incorporación de aspectos ambientales en la contratación ha tenido, después de un complejo debate, su reflejo a nivel internacional, tanto en los textos de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo en 2002, como en los documentos de la Organización Mundial del Comercio.

Más importancia, por sus efectos en el ámbito interno, tiene el proceso de regulación de esa incorporación en la Unión Europea, aunque el mismo ha sido lento y dilatado en el tiempo. Efectivamente, desde las primeras Directivas en materia de contratación, en los años setenta del pasado siglo, sin referencia alguna a criterios ambientales, se ha pasado, a través de una reflexión general en la materia promovida desde los años noventa, a su regulación en las nuevas Directivas sobre contratación pública aprobadas en 2004; iniciativa que además se ha convertido en un instrumento más de la Política Ambiental de la Unión, en el marco de la nueva Estrategia Europa 2020, como documento esencial para la futura Europa, y en el Libro Verde sobre “La modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente” de 27 de enero de 2011.

La legislación española en materia de contratación pública, y la regulación de la incorporación de criterios ambientales, ha seguido los vaivenes de la compleja normativa europea, con ciertas peculiaridades en cuanto a su cumplimiento. Por ello, hasta las nuevas leyes de contratos del sector público de 2007 no ha habido una regulación adecuada de dicha integración. Publicadas las mismas, esta incorporación ya es posible sin problemas normativos; siendo ya posible utilizar este instrumento en la política ambiental interna, y por todas las Administraciones públicas. Además, y por lo que se refiere a la Administración General del Estado, en algunas normas recientes se prevé hacer uso de la incorporación de criterios ambientales en los correspondientes contratos, y con finalidades diversas (normas de fomento de la adquisición de vehículos limpios, utilización en la construcción de edificios públicos u otras en el ámbito del Proyecto de Ley de Economía Sostenible, aún no finalizada su tramitación).

En el marco jurídico anterior, europeo y nacional, teniendo en cuenta las previsiones del nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León aprobado en 2007, se integra la actuación de esta Comunidad aplicando con normalidad la legislación de contratos del sector público y previendo, en el ámbito competencial propio, la incorporación de criterios medioambientales para la articulación de la política en materia de residuos, protección contra el ruido, desarrollo sostenible o la lucha contra el cambio climático, al tiempo que desarrollando algunas experiencias concretas (así, la adquisición de vehículos limpios, eventos sostenibles o construcción sostenible, por ejemplo).

No obstante, dada la utilidad general de la incorporación de criterios ambientales en la contratación pública, este proceso ha de seguir desarrollándose y perfeccionándose aún más en los próximos tiempos y en todos los ámbitos administrativos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO, C.: "Plan de Contratación Pública Verde. La compra responsable", *Ambienta* (MARM), nº 74/2008 [[http://www.mapa.es/ministerio/pags/biblioteca/revistas/pdf\\_AM/AM\\_2008\\_74\\_55\\_58.pdf](http://www.mapa.es/ministerio/pags/biblioteca/revistas/pdf_AM/AM_2008_74_55_58.pdf)].
- ALONSO GARCÍA, E. y LOZANO CUTANDA, B. (Dir.) y otros: *Diccionario de Derecho Ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.
- BALLESTEROS MOFFA, L.Á.: *La adjudicación de contratos en el sector público*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- BANEGAS NÚÑEZ, J. (Dir.) y otros: *Economía sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible (LES)*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- BAÑO LEÓN, J.M.ª: "La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Revista de Administración Pública*, nº 151/2000, pp. 11-37.
- BASSOLS COMA, M.: "Aproximación a la normativa comunitaria europea sobre contratación administrativa", *Noticias de la Comunidad Económica Europea*, nº 21/1986.
- BERNAL BLAY, M.A.: "Acerca de la transposición de las Directivas Comunitarias sobre Contratación Pública. Comentario a la STJCE de 13 de enero de 2005. Asunto C-84/03 (Comisión vs. Reino de España), y el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo", *Revista de Administración Pública*, nº 168/2005.
- CALVO Y RUATA, P.: *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- CANALES GIL, Á. y HUERTA BARAJAS, J.A.: *La contratación del sector público tras las reformas de 2010*, Ed. Reus, Madrid, 2010.
- CARBONERO GALLARDO, J.M.: *La adjudicación de los contratos públicos. Procedimientos para la adjudicación de los contratos administrativos y otros contratos del sector público*, Ed. La Ley-El Consultor, Las Rozas (Madrid), 2010.
- CASE, S. y COMISIÓN PARA LA COOPERACIÓN AMBIENTAL: "Introducción a las políticas de adquisiciones ambientales. Un panorama de las actuales políticas de compras con ventaja ambiental", *Iniciativa de Compras Verdes de América del Norte*, 25 de marzo de 2004.

- CASTRO ABELLA, F. (Coord.) y otros: *Contratación del Sector Público Local*, 2ª ed., Ed. La Ley-El Consultor, Las Rozas (Madrid), 2010.
- COMISIÓN EUROPEA: *¡Compras ecológicas! Manual sobre la contratación pública ecológica*, OPOCE, Luxemburgo, 2005 [<http://europa.eu.int/comm/environment/gppguidelines.htm>].
- COMISIÓN EUROPEA: *Estrategias de los Estados Miembros en materia de contratación-compra pública verde* [[http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/national\\_gpp\\_strategies\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/national_gpp_strategies_en.pdf)].
- DE BENITO ZALDO, R.: "La adjudicación del contrato administrativo en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Actualidad Administrativa*, nº 11/1997.
- DIPUTACIÓN DE CÓRDOBA: *Guía práctica para el desarrollo de la contratación pública sostenible*, Córdoba, 2008.
- DORREGO DE CARLOS, A., y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (Dir.), VILLARINO MARZO, J. (Coord.) y otros: *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.
- ECOSOSTENIBLE (Revista): nº 38/2008, monográfico sobre "Contratación pública verde".
- ESCRIHUELA MORALES, F.J.: *Guía práctica de la contratación del sector público*, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.
- "La contratación en el ámbito de la defensa y la seguridad", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 91/2009.
- EUROPEAN COMMISSION: *Green public procurement* [[http://ec.europa.eu/environment/gpp/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm)].
- FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.<sup>a</sup>: *Contratación administrativa*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: "La Responsabilidad Social Corporativa en materia ambiental. Estado de la cuestión", *Boletín Económico de Información Comercial Española*, nº 2824/2004.
- "Articulación y perspectivas del Desarrollo Sostenible en la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, nº 264/2007.
- "La Política Ambiental y sobre Desarrollo Sostenible en la Unión Europea: de sus orígenes a la Estrategia de Desarrollo Sostenible y al Tratado de Lisboa", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº 13/2008.

- “El régimen de la incorporación de criterios ambientales en la contratación del Sector Público: su plasmación en las nuevas Leyes sobre Contratación Pública de 2007”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 80, noviembre, 2008.
- “La integración de aspectos medioambientales en la contratación pública”, en VV.AA.: *Derecho Ambiental y transformaciones de la actividad de las Administraciones Públicas*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, pp. 123-161.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, M.<sup>a</sup> Y.: “La nueva regulación de la Contratación Pública en el Derecho Comunitario Europeo”, *Revista de Administración Pública*, nº 166/2005.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.: “Contratación pública con criterios de sostenibilidad. Situación actual y perspectivas”, *Boletín Económico de Información Comercial Española*, nº 2830/2005 [[http://www.revistasice.com/cmsrevistasICE/pdfs/BICE\\_2830\\_3545\\_\\_2883538045DF49DDB92AD5F5A46C4D8F.pdf](http://www.revistasice.com/cmsrevistasICE/pdfs/BICE_2830_3545__2883538045DF49DDB92AD5F5A46C4D8F.pdf)].
- FUNDACIÓN ENTORNO: “Contratación con criterios medioambientales: Un Manual sobre los Contratos Públicos con criterios ambientales”, *Club de Debate sobre “Compra Verde-Extensión de la responsabilidad ambiental”*, Madrid, 17 de marzo de 2005.
- GALLEGO CÓRCOLES, I.: “Criterios de adjudicación del contrato público y principio de transparencia en la jurisprudencia del TJCE”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 87/2009.
- GARCÍA MACHO, R. (Dir.) y otros: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- GARCÍA RUBIO, F.: “La introducción de cláusulas medioambientales en los procedimientos de contratación administrativos”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 48/2005.
- GIL IBAÑEZ, J.L.: “El impulso comunitario al medio ambiente a través de la contratación público”, *Contratación Administrativa Práctica*, nos. 68 y 69/2007.
- GIMENO FELIÚ, J.M.<sup>a</sup>: “Los criterios objetivos a valorar en el concurso”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 15/2002.
- “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”, en GIMENO FELIÚ, J.M.<sup>a</sup> (Dir.):

- y otros, *Contratación de las Administraciones Públicas: Análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004.
- *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Públicos, de 30 de octubre de 2007, en la adjudicación de los contratos públicos*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, 2010.
- GIMENO FELIÚ, J.M.<sup>a</sup> (Dir.) y otros: *Contratación de las Administraciones Públicas: Análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1<sup>a</sup> ed. 1996, 2<sup>a</sup> ed. 2004.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *El contrato administrativo*, Ed. Civitas-Thomson, Madrid, 2003.
- GUINOT BARONA, M.<sup>a</sup>: "La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Actualidad Administrativa*, nº 2/2008.
- IZQUIERDO LEJARDI, A.: "Contratación pública con criterios de sostenibilidad. Un marco para el debate", en *VIII Congreso Nacional del Medio Ambiente*, Madrid, 2006 [[http://www.conama8.org/modulodocumentos/documentos/MRs/MR3/MR3\\_doc\\_%20Analzdo.pdf](http://www.conama8.org/modulodocumentos/documentos/MRs/MR3/MR3_doc_%20Analzdo.pdf)].
- JIMÉNEZ APARICIO, E. (Dir.) y otros: *Comentarios a la Legislación de Contratos Públicos*, 4 Tomos, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN: *Guía orientativa-Eventos sostenibles en Castilla y León*, Valladolid, 2010.
- LINARES CERVERA, P.: "Algunas consideraciones sobre los criterios de adjudicación en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la luz del Derecho comunitario", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 82/2009.
- LÓPEZ RAMÓN, F. (Dir.) y otros: *Observatorio de Políticas Ambientales - 1978-2006, 2007, 2008, 2009 y 2010*, Ed. Fundación Ecología y Desarrollo-Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino-Ed. Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010.
- LÓPEZ TOLEDO, P.: "Contratación pública y medio ambiente", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 33/2004.

- LOZANO CUTANDA, B.: *Derecho Ambiental Administrativo*, 11ª ed., Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.
- MARTÍN OVIEDO, J.M.<sup>a</sup> y PRESEDO REY, C.M.<sup>a</sup> (Coord.) y otros: *Contratos Públicos 2009-2010*, Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2009.
- MARTÍNEZ MERINO, J.L.: *Instrumentos económicos para la protección del medio ambiente. Papel y análisis de los Permisos de Emisión Negociables*, Ed. Dykinson, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, P.L.: "El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial la inclusión de criterios medioambientales. (Comentario sobre la Sentencia del TSJCE de 17 de septiembre de 2002, Asunto C-513/99, Concordia Bus Finland OyAB, y Helsigin Kaupunki)", en GIMENO FELIÚ, J.M.<sup>a</sup> (Coord.) y otros: *Contratación de las Administraciones Públicas: Análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004.
- MESTRE DELGADO, J.F.: "Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental", *Revista de Estudios de la Administración Local*, nº 291/2003 (Número Homenaje al Prof. Dr. Sebastián Martín-Retortillo Baquer).
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA: *Herramientas para una aproximación inicial a la Ley de Contratos del Sector Público* [<http://www.meh.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/Patrimonio/Instrumentos.pdf>].
- MIR PUIGPELAT, O.: *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- MORENO GIL, O.: *Contratos del Sector Público*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- *Contratos Administrativos. Legislación y jurisprudencia*, 5ª ed., Ed. Thomson Reuters-Civitas, 2008.
- MORENO MOLINA, J.A.: "El nuevo Derecho de la Contratación Pública: de las prerrogativas de la Administración a la garantía de los principios generales", en VV.AA.: *La Administración Pública entre dos siglos. Homenaje al Prof. Mariano Baena del Alcazar*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública (Ministerio de Política Territorial y Administración Pública), Madrid, 2010, pp. 1519-1533.

- *Contratos Públicos: Derecho Comunitario y Derecho Español*, Ed McGraw Hill, Madrid, 1996.
- MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.
- OLLER RUBERT, M.: "La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública", *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, nº 1/2010, pp. 1-34.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: "Las nuevas Directivas sobre contratación pública en la Unión Europea: renovación formativa y experiencia judicial", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 18/2006.
- QUINTANA LÓPEZ, T., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., GONZÁLEZ IGLESIAS, M.A. y CASARES MARCOS, A.: "Eficiencia del régimen concesional de obra pública: especialización de la Administración concedente, consideraciones ambientales y sociales y PPP's", *Estudios de Construcción y Transportes* (Ministerio de Fomento), nº 109/2008, pp. 67-102.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M.M.<sup>a</sup>: *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1996.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Guía práctica de los procedimientos de selección del contratista y de adjudicación de los contratos, concursos y licitaciones*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- *Los contratos del sector público (Comentarios)*, Ed. Edisofer, Madrid, 2010.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009.
- RUIZ OJEDA, A.: *Derecho de la contratación pública y regulada. comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Ed. Civitas, Madrid, 2004.
- SANTÍAS VIADA, J.A., SANTAMARÍA DE PAREDES, V. y LÓPEZ BLANCO, C.: *El Derecho Comunitario de la Contratación Pública*, Ed. Escuela de Hacienda Pública, Madrid, 1991.
- SOCIEDAD PÚBLICA DE GESTIÓN AMBIENTAL-IHOBE (Gobierno Vasco): *Manual Práctico de Compra y Contratación Verde*, 2009.

[[http://www.ihobe.net/Pags/AP/Ap\\_publicaciones/index.asp?Cod=22D00942-87EA-4D23-BF89-874E182F271F&hGrupo=PUB&hAño=2009&hTitulo=030](http://www.ihobe.net/Pags/AP/Ap_publicaciones/index.asp?Cod=22D00942-87EA-4D23-BF89-874E182F271F&hGrupo=PUB&hAño=2009&hTitulo=030)].

SOSA WAGNER, F., TOLIVAR ALAS, L., QUINTANA LÓPEZ, T., FUERTES LÓPEZ, M. y SÁNCHEZ MARÍN, R.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. CEDECS, 2ª ed., Barcelona, 1996.

UNIÓN EUROPEA: *Sistema europeo de información sobre contratación pública-SIMAP* [[http://simap.europa.eu/index\\_es.htm](http://simap.europa.eu/index_es.htm)].

URÍA FERNÁNDEZ, F.: "Apuntes para la reforma de la Legislación sobre Contratos de las Administraciones Públicas", *Revista de Administración Pública*, nº 165/2004.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, 2ª ed., Ed. Iustel, Madrid, 2009.

TORRES-FERNÁNDEZ NIETO, J.J. y MEDINA GUIJARDO, J.: *Código de Contratación Pública*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

VV.AA.: *Contratos de las Administraciones Públicas (Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo)*, Ed. El Consultor, Las Rozas (Madrid), 1995.





## Capítulo III

La perspectiva social en el marco de la colaboración público-privada. Especial referencia a la contratación del sector público



# LA PERSPECTIVA SOCIAL EN EL MARCO DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Tomás Quintana López

*Catedrático de Derecho Administrativo*

*Universidad de León*

Susana Rodríguez Escanciano

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*

*Universidad de León*

## I. PLANTEAMIENTO: LA LUCHA CONTRA LA EXCLUSIÓN SOCIAL Y LA PRECARIEDAD LABORAL DESDE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La constitucionalización del Estado social de Derecho conlleva como lógica consecuencia que la Administración no pueda permanecer neutral, limitándose a la defensa de la libertad y de la propiedad individuales en el más puro estilo liberal; antes al contrario, debe ser una Administración que se implique en la sociedad y en el bienestar de los ciudadanos. Este modelo supone, como no podría ser de otra manera, una intervención de los poderes públicos dirigida a ahondar en la justicia social<sup>426</sup>. Aquéllos no deben ceñirse a proporcionar los bienes materiales a los usuarios, sino que más allá de esto, el Estado

---

<sup>426</sup> QUINTANA LÓPEZ, T.: "La actividad administrativa de prestación. El servicio público. La doctrina clásica del servicio público. Evolución de la doctrina. Nacionalización y municipalización de servicios y actividades", en AA.VV.: *Derecho Administrativo. Parte especial*, Madrid, 1995, p. 114.

no abstencionista debe hacer posible “un orden social justo”, capaz de garantizar un nivel mínimo de calidad de vida, según un espectro que va desde el nuclear de la dignidad de la persona y de los derechos de la misma más ligados al desarrollo de su personalidad hasta el más penetrado por las exigencias derivadas de la convivencia social<sup>427</sup>.

En este marco y atendiendo a la situación económica actual, se han intentado buscar fórmulas jurídicas capaces de financiar infraestructuras, equipamientos y –cómo no– servicios de interés general, con el menor impacto sobre las cuentas públicas, cumpliendo a la vez los objetivos de excelencia que la sociedad actual demanda. La colaboración público-privada, definida, así, de modo abstracto como “toda forma existente de cooperación entre las autoridades gubernativas y el mundo empresarial para financiar, constituir y gestionar infraestructuras y servicios públicos...”<sup>428</sup>, cobra singular interés en el actual contexto de crisis, no sólo a la hora de conseguir financiación privada para la dispensa de actividades de interés general ante la marcada contención del déficit público, sino también a los efectos de corregir las desigualdades sociales no deseables obrantes en el mercado de trabajo. La externalización de servicios públicos es una práctica cada día más frecuente en todos los ámbitos de la Administración pública, desde la planificación y valoración, hasta la ejecución y mantenimiento, de los servicios. A ello han contribuido, sin duda, las políticas de la Unión Europea destinadas a buscar el déficit cero, promover la liberalización de los sectores económicos con mayor presencia estatal, o fomentar la no competencia de las empresas públicas en el terreno privado, con el fin de alcanzar una mayor eficiencia en la prestación de estos servicios, en términos de calidad y de contención de costes, sin descuidar la atención de los estándares sociales exigidos por el Estado de Bienestar<sup>429</sup>.

---

<sup>427</sup> PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. I, Barcelona, 1998, p. 606.

<sup>428</sup> Libro Verde sobre los *public private partnerships*, de 30 de abril de 2004, comentado por DORREGO DE CARLOS, A.: “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: retos y oportunidades para la Administración y nuestras empresas”, *La Ley*, núm. 6934, 2008, p. 1621.

<sup>429</sup> BRUNETE DE LA LLAVE, M.T.: “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (I). Configuración y actuaciones preparatorias del contrato de CPP”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 96, 2010, p. 33.

El contrato público es, pues, el instrumento jurídico del que se sirven las respectivas Administraciones a fin de adquirir los bienes y servicios precisos para una adecuada atención de las necesidades públicas, y hacerlo además en las mejores condiciones posibles, sin que ello impida que, por medio de dicho instrumento, se persigan simultáneamente otros objetivos relacionados con la justicia social, lo que, en última instancia, no sería más que una concreción de la cláusula constitucional del Estado social y democrático de Derecho, que ha de proteger a quienes más lo necesitan.

---

## 1. LA APUESTA POR LA INCLUSIÓN ACTIVA

No cabe duda que “si el siglo xix se cerró con la herida de la cuestión obrera y sus secuelas de pauperismo, miseria, explotación y muerte prematura, el siglo xx terminó y el xxi se abre con otra herida: la cuestión de la exclusión, con sus satélites de marginalidad, inadaptación y desagregación”<sup>430</sup>, consecuencia lógica, pero no inevitable, de la tendencia creciente a la fragmentación de nuestras sociedades ante la crisis económica, “donde un tercio de la población vive hoy en condiciones de pobreza y desventaja social”<sup>431</sup>, situación que también afecta a la Comunidad de Castilla y León, donde, en el año 2007, “la tasa de pobreza fue del 20,4 por 100, equiparándose prácticamente con la tasa correspondiente para España”<sup>432</sup>.

No menos cierto resulta tampoco que el principal factor de riesgo en situaciones de marginación gira en torno al empleo, ya sea por las dificultades de acceso al mismo, por su pérdida o por la precariedad del trabajo. El ejercicio de una ocupación remunerada, derecho y deber de todo ciudadano consagrado en el art. 35 CE, presenta para estas personas numerosos problemas debido a la desmotivación personal, al desconocimiento o abandono de los

---

<sup>430</sup> ROJO TORRECILLA, E.: “Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos”, *Relaciones Laborales*, 1998, Tomo I, p. 425.

<sup>431</sup> VILANOVA, E. y VILANOVA, R.: *Las otras empresas. Experiencias de economía alternativa y solidaria en el Estado Español*, Madrid, 1996, p. 216.

<sup>432</sup> CESCyL: *Bienestar social y riesgo de pobreza en Castilla y León. Informe a iniciativa propia IIP 2/10*, Valladolid, 2010, p. 26 (<http://www.cescyl.es/informes/iniciativapropia.php>).

hábitos sociales y laborales básicos, así como a la carencia de niveles educativos mínimos y la falta de adaptación profesional<sup>433</sup>.

Desde esta perspectiva, la atención del legislador hacia tales circunstancias “no debe quedarse en una finalidad defensiva o redistributiva, sino que debe orientarse al más ambicioso objetivo de una promoción global de los recursos humanos, tendente a alcanzar el ansiado empleo y hacerlo, además, de forma cualitativamente satisfactoria”<sup>434</sup> para los más débiles. Esta actuación de los poderes públicos sobre el mercado de trabajo, con el objetivo último de procurar el incremento de la estructura ocupacional del sistema productivo, ha adquirido una importancia significativa en los últimos decenios al punto de convertirse “en el tema que concita las mayores inquietudes”<sup>435</sup> en la agenda de todos los Gobiernos de países avanzados. La articulación de incentivos directos al reclutamiento de trabajadores, normalmente referidos a las “capas débiles” del mercado, bien a través de preferencias en el acceso, bien de subvenciones, bonificaciones y exenciones fiscales o de Seguridad Social para el mismo, constituye una dinámica bien conocida<sup>436</sup>.

El legislador ha sido consciente de que la lucha contra la exclusión pasa preferentemente por la búsqueda de soluciones al problema del desempleo padecido por los colectivos más desfavorecidos, pues del paro a la mentada exclusión hay poco trecho si no se toman las medidas adecuadas para evitarlo. En una sociedad capitalista de mercado, la posición social de cada ciudadano viene determinada por su respectiva ubicación en el mercado de trabajo, posición que incide directamente en el nivel de libertad y autosuficiencia que cada miembro de la ciudadanía posee, determinando, a su vez, la posibilidad real de disfrutar y ejercitar otros derechos fundamentales como el

---

<sup>433</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Trabajo y exclusión social en el nuevo sistema de contratación del sector público”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 305-306, 2008, pp. 3 y ss.

<sup>434</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ BARROSO, M.R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas flexibilizadoras de la relación laboral*, Madrid, 1998, p. 21.

<sup>435</sup> IGLESIAS CABERO, M.: “La gestión privada del empleo”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2000, p. 119.

<sup>436</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Estímulos materiales y ayudas instrumentales a la contratación laboral”, *Relaciones Laborales*, 1991, Tomo I, pp. 138 y ss.

derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la educación y la formación, a una vivienda digna, etc. De esta forma, el trabajo confiere al individuo coordenadas de referencia en la sociedad; permite la interacción con los demás; otorga un *status* y un nivel de autoestima, sancionados por una remuneración y una identidad social; permite la participación en la vida pública, a través de instituciones u organizaciones de más amplio carácter –empresas, sindicatos...– y, lo que es más importante, estructura y da sentido a la existencia del sujeto ocupado<sup>437</sup>.

Es lo que se ha venido a denominar por la propia Comisión Europea un planteamiento de “inclusión activa”. Téngase en cuenta que desde hace casi dos décadas la Estrategia Europea de Lisboa señala entre sus objetivos fundamentales el de consolidar la inclusión social, prevenir la exclusión del mercado de trabajo y apoyar la integración en el empleo de las personas desfavorecidas<sup>438</sup>.

Las bonificaciones en las cuotas que abonan los empresarios y trabajadores a la Seguridad Social o las subvenciones por contratación de nuevo personal e incremento de plantilla constituyen, así, experimentados instrumentos de los que el ordenamiento jurídico-laboral, desde la década de los setenta en la mayor parte de los países europeos, se dota para seguir tratando de cumplir su defensa del mundo productivo y en especial de quienes tienen más necesidades de protección<sup>439</sup>. Este objetivo y las normas que tienden a garantizarlo no sólo han pasado a ocupar un primer plano en el campo del Derecho del Trabajo, claramente tuitivo o protector en su misma esencia, sino que es una responsabilidad que afecta, en general, a las organizaciones gubernamentales mediante otros posibles ámbitos de actuación<sup>440</sup>.

---

<sup>437</sup> VIDAL, I.: “El mercado, el Estado del bienestar y el sector de la economía social”, en AA.VV. (ÁLVAREZ BEGA, M.I., Coord.): *Aspectos jurídico y económico de la empresa de economía social*, Oviedo, 2002, p. 38.

<sup>438</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: “La relación laboral de los trabajadores en situación de exclusión social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asunto Sociales*, núm. 83, p. 217.

<sup>439</sup> ROJO TORRECILLA, E.: “Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1997, pp. 33-34.

<sup>440</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Madrid, 2009, pp. 17 y ss.

Un paso adelante, importante sin duda, en el intento de combatir esa realidad segregadora y de contribuir, al tiempo, a mejorar la calidad de vida de las personas marginadas en cuanto ciudadanos titulares del conjunto de todos los derechos humanos, ya sean civiles o sociales, económicos y culturales, removiendo y eliminando los obstáculos que impidan su participación en la vida social y, en particular, en la vida laboral, puede encontrarse, como manifestación señera del sistema de colaboración público-privada, en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), cuya disposición adicional 6ª tiene como finalidad prioritaria facilitar la orientación y corrección de la iniciativa privada en la dirección deseada: el fomento del empleo de los colectivos más marginados, superando criterios de duro utilitarismo o rudo pietismo, pues una u otra actitud terminan hermanadas en la negación de la dignidad humana de las denominadas “capas más débiles”, que quedarían reducidas bien a la condición de objetos de cálculo o eficiencia económica, bien a la condición de sujetos de segunda categoría, solo aptos para el ejercicio de la compasión emocional o de la caridad material<sup>441</sup>.

Como antecedente inmediato de tal regulación, cabe hacer referencia al Informe de la Subcomisión del Congreso para potenciar y primar la responsabilidad social de las empresas de 2006<sup>442</sup>, donde se afirma que “la compra y contratación públicas deben ser claras herramientas para el impulso de la responsabilidad social empresarial, enviando señales al mercado de que serán reconocidas y premiadas las empresas que brindan a la sociedad un valor adicional en materia social (y ambiental)... Ejemplos de ello pueden ser la inclusión de cláusulas sociales que permitan discriminar positivamente a favor de las empresas de inserción o de los productos de comercio justo” (Recomendación núm. 24). Además –y con carácter más próximo en el tiempo–, en las proposiciones no de Ley sobre “la responsabilidad social de las empresas”, del Grupo Parlamentario Socialista, y sobre la adopción de medidas para promover la responsabilidad social de las empresas del Grupo Parlamentario Mixto, aprobadas el 23 de junio de 2009, se impulsa la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los concursos y contratos públicos, al amparo

---

<sup>441</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: “Derechos en serio y personas con discapacidad”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2005, p. 3.

<sup>442</sup> Boletín del Congreso de los Diputados de 4 de agosto de 2006, pp. 3 y ss.

de la LCSP, así como la adopción de forma decidida de medidas favorables a las personas con discapacidad, se fomenta el consumo responsable y la incorporación de los grandes retos de la lucha contra la pobreza y respeto a los Derechos Humanos, desde la perspectiva de las prácticas socialmente responsables<sup>443</sup>. En este mismo sentido, cabe mencionar también que el Informe sobre la responsabilidad social de las empresas, aprobado por Consejo de Ministros de 30 de enero de 2009, considera, igualmente, que son de especial relevancia las medidas de inclusión de criterios sociales en la contratación por parte de las Administraciones, dado su doble carácter de consumidoras y prestadoras de bienes y servicios, por lo que las medidas adoptadas en esos ámbitos tienen una importante relevancia interna y externa<sup>444</sup>. Con posterioridad, se aprueba en el Congreso de los Diputados, la proposición no de ley "sobre responsabilidad social empresarial"<sup>445</sup>, que incorpora una serie de recomendaciones dirigidas al Gobierno para impulsar una gestión socialmente responsable de todas las Administraciones públicas, entre las que cabe señalar la necesidad de incorporar cláusulas sociales (y medioambientales) en los concursos y contratos públicos, tales como, el establecimiento de la obligación de dedicar a la ejecución del contrato, siempre que sea posible, un número cierto de trabajadores con discapacidad (art. 102 LCSP), la preferencia de la adjudicación de los contratos a las empresas que, en igualdad de las demás condiciones, acrediten mayor porcentaje de personas con discapacidad (disposición adicional 6ª LCSP), la reserva de la adjudicación de determinados contratos a favor de centros especiales de empleo (disposición adicional 7ª LCSP). Además, recoge la necesidad de elaborar, en colaboración con las organizaciones representativas de la discapacidad, un manual de buenas prácticas de contratación pública socialmente responsable, que pudiera servir de guía para todos los órganos de contratación de todas las Administraciones públicas<sup>446</sup>. A ello procede añadir, como último hito digno de mención, que el

---

<sup>443</sup> GALA DURÁN, C.: "Responsabilidad social empresarial, derecho a la libre prestación de servicios y contratación pública de obras o servicios", *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2010, p. 20.

<sup>444</sup> [www.la-moncloa.es](http://www.la-moncloa.es).

<sup>445</sup> DO del Congreso, de 2 de julio de 2009, serie D, núm. 233.

<sup>446</sup> SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: "Responsabilidad social de las empresas y códigos de conducta empresariales: aproximación desde el Derecho del Trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 148, 2010, p. 135.

proyecto de Ley de Economía Sostenible<sup>447</sup>, en su art. 37, referido a la promoción social de las empresas, sobre todo de las pequeñas y medianas, recoge el diseño de un distintivo de calidad social a otorgar por el Gobierno a aquellas entidades productivas que cumplan una serie de indicadores o estándares mínimos en esta materia, distintivo que será de gran utilidad para la Administración a la hora de adjudicar aquellos contratos en los que se quiera tener en cuenta tales circunstancias.

---

## 2. LAS HERRAMIENTAS FRENTE A LA NUEVA “POBREZA TRABAJADORA”

Sin abandonar estas certeras premisas –y como factor de preocupación adicional–, no hay que olvidar tampoco que la realidad actual de la pobreza y las razones que hoy generan la exclusión social son particularmente complejas y variadas, lo cual hace que la efectiva integración en el mercado no garantice ya a ciertas personas la salida real de la pobreza. Tener un mal trabajo puede hacer que un sujeto trabajador permanezca en la miseria a lo largo de toda su vida, precisamente porque las características de su actividad remunerada le sumen en la indigencia. Este doble fenómeno de “pobreza laboriosa” y de “trabajador pobre” es un nuevo reto para las demandas sociales y de empleo, no en vano las estadísticas indican que en España llega a afectar al 12 por 100 de la población activa<sup>448</sup>. Es más, la crisis económica no sólo ha incrementado considerablemente el número de parados sino también las situaciones de empleo vulnerable y precario, no en vano el trabajo viene a ser el principal medio de satisfacción de las necesidades básicas de las personas, quedando obligado el trabajador a aceptar condiciones laborales harto deterioradas frente a otras mejores correspondientes a épocas de mayor bonanza<sup>449</sup>.

La LCSP, siguiendo la estela del Convenio núm. 49 de la OIT de 1949, sobre cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), parece ser consciente de que las personas que ocupan un empleo de baja calidad,

---

<sup>447</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales de 9 abril 2010.

<sup>448</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, 2009, Tomo II, pp. 27 y ss.

<sup>449</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, G. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo*, Curitiba, 2007, p. 91.

mal pagados, sin protección social y con ingresos ínfimos, no pueden vivir con dignidad ni integrarse plenamente en la sociedad. De ahí que, como una estrategia más en la lucha contra la pobreza trabajadora a añadir a las propias del sector jurídico del trabajo y de la protección social, esta Ley diseñe, desde la perspectiva de la colaboración público-privada, una serie de medidas tendentes a evitar la pauperización del trabajo asalariado o a erradicar la existencia de empleos de baja calidad mediante la exigencia del cumplimiento de unas mínimas exigencias de capacidad y solvencia (económica, financiera, técnica y profesional) a los empresarios que dan ocupación a los trabajadores afectos a las contrataciones y concesiones administrativas, pues no cabe duda que con ello se va a conseguir no sólo la eficacia en la prestación del servicio público en beneficio de la colectividad, sino también la tutela de los derechos laborales de los empleados al servicio de los adjudicatarios. La contratación con aquellos empleadores más solventes, evitando al oportunista, contribuirá, de manera decidida, a reducir las altas tasas de precariedad laboral existentes en el mercado de trabajo español<sup>450</sup>. Además, la garantía de los derechos laborales de los trabajadores involucrados en los procesos, cada vez más frecuentes, de transmisión total o parcial de los vínculos administrativos, adquiere importancia sustancial a estos efectos, no en vano la novación subjetiva del adjudicatario no se va a limitar a un mero cambio jurídico empresarial de la titularidad de la prestación de los servicios públicos sino que en muchos casos conllevará la elusión de responsabilidades por deudas salariales y con la Seguridad Social.

En definitiva, no sólo el fomento del empleo de los colectivos más vulnerables, sino también la mejora de las condiciones laborales de los ocupados, forman parte de los objetivos que pretende conseguir la LCSP. Tal y como señala el Plan extraordinario de la inclusión social y la lucha contra la pobreza en el año 2010, "la utilización de cláusulas sociales en el sector público contribuye a la sostenibilidad económica de las políticas sociales; aumenta la rentabilidad social de la inversión pública al posibilitar la igualdad de oportunidades y el desarrollo de iniciativas de economía solidaria y favorece la corresponsabilidad

---

<sup>450</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La solvencia del empresario-contratista de la Administración como cauce para la tutela de los derechos laborales", *Justicia Laboral*, núm. 39, 2009, pp. 59 y ss.

de los agentes sociales que desarrollan este tipo de iniciativas como son las empresas de inserción sociolaboral, los centros especiales de empleo, las asociaciones, las fundaciones y las cooperativas"<sup>451</sup>, evitando que una elección basada únicamente en el parámetro de la oferta económicamente más ventajosa fundamente su ventaja competitiva sobre la merma de las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas concurrentes<sup>452</sup>. Parafraseando al Consejo Económico y Social de Andalucía, la introducción de las cláusulas sociales en la contratación pública proporciona "ventajas a las personas y colectivos desfavorecidos, a las empresas con un marcado carácter social, a la sociedad en su conjunto y a la propia Administración, teniendo en cuenta el ahorro que para ella supone la activación de las políticas activas de empleo y el avance en la disminución de las tasas de precariedad"<sup>453</sup>.

## **II. LA PREFERENCIA EN LAS ADJUDICACIONES DE LOS CONTRATOS: LAS QUIEBRAS DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EMPRESARIAL A FAVOR DE LAS CAPAS MÁS DÉBILES. INCIDENCIA EN CASTILLA Y LEÓN**

Bajo una afanosa búsqueda de eficacia<sup>454</sup>, la Administración pública puede acudir a la hora de prestar servicios a los ciudadanos a la gestión indirecta de los mismos por medio de sujetos privados, quienes, tras un proceso reglamentado abierto a la competencia, asumen la realización material de ciertas parcelas asociadas a las prerrogativas de aquélla, pues "en ningún momento

---

<sup>451</sup> [www.msps.es](http://www.msps.es), p. 16.

<sup>452</sup> MARTÍNEZ FONS, D.: *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública, Documento de trabajo 153/2009*, [www.falternativas.org](http://www.falternativas.org), p. 10.

<sup>453</sup> Dictamen 01/2010, de 19 de mayo.

<sup>454</sup> NIETO GARCÍA, A.: "La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo", en AA.VV.: *Treinta y cuatro artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid, 1984, p. 895; MARTÍNEZ MARÍN, A.: *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1990, pp. 17 y ss.; ORTEGA ÁLVAREZ, L.: "El reto dogmático del principio de eficacia", *Revista de Administración Pública*, núm. 133, 1994, pp. 7 y ss. o AA.VV.: *Efficienza e produttività nelle Pubbliche Amministrazioni: I progetti-pilota i un'occasione fallita?*, Milán, 1991.

se establece que sea esencial a la noción de servicio público su titularidad y dispensa estatal (mejor, gubernativa en general)”<sup>455</sup>. En este contexto, el Ente administrativo actúa de manera similar a las empresas ordinarias, descargando en unidades productivas auxiliares determinadas actividades que, aun cuando necesarias para el normal desenvolvimiento de los cometidos que le son propios, no revisten la condición de ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos; la pretensión quedaría situada en reducir costes, riesgos y personal, para concentrar sus recursos en organizar y gestionar otras actividades, de manera fundamental aquéllas no susceptibles de desconcentración productiva”<sup>456</sup>.

La llamada «externalización» de actividades, «que se ha abierto paso en los Entes públicos, a través de contratos con empresas privadas que ejercen actividades económicas a favor de la Administración por medio de su propio personal, ha conocido, además, en las últimas décadas, un desarrollo sin precedentes»<sup>457</sup>. La crisis económica, la «terciarización» del sistema productivo y, sobre todo, la incorporación creciente de nuevas tecnologías, han puesto en marcha y acelerado un proceso en el cual los supuestos de gestión indirecta de actuaciones públicas por personas jurídico-privadas a través del mecanismo de la contrata o concesión administrativa han cobrado una importancia muy destacada. Ahora bien, esta privatización en el funcionamiento de un Ente gestor de servicios públicos, unida a la consecuente aplicación del Derecho del Trabajo a la mano de obra implicada, no puede conllevar por sí misma la privatización de las relaciones con los administrados. «El régimen jurídico de los servicios públicos genuinamente tales sigue siendo, por tanto, un régimen jurídico-administrativo y a su legalidad (arts. 9.3 y 103.1 CE) deben someterse íntegramente los gestores privados, se organicen éstos como fuere, pues la legalidad es en la Norma Fundamental una técnica de garantizar la libertad de

---

<sup>455</sup> SALA ARQUER, J.M.: *El principio de continuidad de los servicios públicos (sus orígenes en Derecho español)*, Madrid, 1977, p. 79.

<sup>456</sup> MARTÍN REBOLLO, L.: “La administración de garantías: vigencia y limitaciones”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 13, 1992, p. 31 o VILLAR PALASI, J.L.: *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, pp. 262-263.

<sup>457</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La contratación administrativa y el Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2005, p. 10.

los ciudadanos y no simplemente de pautar la organización de los órganos públicos»<sup>458</sup>.

De este modo, nada impide a los poderes gubernativos atender al bienestar de la sociedad a través del sistema de contratación como una de las técnicas jurídicas más idóneas para proporcionar un impulso en un determinado sentido a la actividad de los empresarios particulares en cuanto ello puede contribuir a la satisfacción de fines sociales de interés general.

Cierto es que la selección de los contratistas privados por la Administración ha remitido siempre, como regla general, a fórmulas de licitación pública con las cuales pretende garantizarse tanto la igualdad de los particulares como la obtención por la Administración, a través de la competencia, de las condiciones más ventajosas para el interés público<sup>459</sup>. Pero, sin quebrar esta premisa de partida, no cabe ocultar que la disposición adicional 6ª de la LCSP parte del carácter social *in genere* que es aplicable a ciertos contratos administrativos, a la vista de las características de los sujetos de los que se predica la preferencia en la adjudicación. Se trata, pues, de un precepto legal de capital importancia, no en vano “introduce la consideración de los aspectos sociales en la adjudicación de los contratos públicos, intentando dar satisfacción a un fin de interés general, aunque distinto del que preside la celebración del contrato administrativo en concreto, esto es, un fin público 'adicional' al fin principal 'natural' del vínculo contractual”<sup>460</sup>.

Incluye, así, una previsión específica que bien podía haber sido recogida en el propio articulado de la LCSP, sin embargo, su especialidad, y acaso su difícil incardinación entre los criterios de capacidad, admisión de licitadores o adjudicación, pudieran justificar su tratamiento singularizado y, por ende, su desplazamiento a la parte final del texto<sup>461</sup>. Tal ubicación es coherente, además, con una técnica legislativa, de moda en la actualidad (pero no por ello menos

---

<sup>458</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, E.: “Prólogo”, a la obra de SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª edición, Madrid, 2004, p. 18.

<sup>459</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, T.II, 11ª edición, Madrid, 2002, p. 702.

<sup>460</sup> GONSALBEZ PEQUEÑO, H.: “Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas”, *Justicia Administrativa*, núm. 20, 2003, p. 66.

<sup>461</sup> AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002, p. 1416.

criticable), en virtud de la cual las disposiciones adicionales asumen gran extensión incorporando gran parte del contenido que debería tener cabida en el texto articulado<sup>462</sup>.

Constituye, en definitiva, una habilitación o autorización a los órganos de contratación de las Administraciones públicas<sup>463</sup>, quienes pueden señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos (con exclusión del resto de los concurrentes al proceso de selección de contratistas) para las proposiciones, más ventajosas, presentadas por aquellos empleadores que cuenten en su plantilla con un determinado porcentaje de trabajadores minusválidos, así como para las ofertas formuladas por empresas de inserción, por entidades sin ánimo de lucro cuya actividad tenga relación directa con el objeto del contrato o por aquellas factorías reconocidas como organizaciones de comercio justo, tenor recogido literalmente en algunos pliegos de cláusulas administrativas particulares, pudiendo citar, entre otros, el contrato para el diseño de una campaña de sensibilización de la población adulta sobre el consumo de alcohol de la Consejería de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco.

Sin olvidar alguna iniciativa autonómica que ha previsto la posibilidad de tener en cuenta criterios sociales a la hora de llevar a cabo el proceso de puntuación

---

<sup>462</sup> La LCSP se estructura del siguiente modo: se separa de la arquitectura adoptada por la Ley 31/1995, basada en un modelo bipolar construido alrededor de una parte general, compuesta por normas aplicables a todos los contratos, y una parte especial, en la que se recogían las peculiaridades de régimen jurídico de los contratos administrativos típicos. Esta sistemática, que constituyó un notable avance técnico respecto de la configuración clásica de la Ley de Contratos del Estado, no resulta, sin embargo, la más adecuada para dar soporte a una norma con el alcance que se pretende para la LCSP, afectada por los condicionantes de regular de forma directa el régimen de contratación de un abanico más amplio de sujetos destinatarios y de hacer posible, desde la misma estructura de la Ley, un tratamiento diferenciado de las normas que son transcripción de disposiciones comunitarias. Así, el articulado de la Ley se ha estructurado en un título preliminar y cinco libros que se dedican, sucesivamente, a regular la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos, la preparación de los mismos, la selección del contratista y la adjudicación de los vínculos administrativos, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos y la organización administrativa para la gestión de la contratación. A ello hay que añadir la existencia de 32 disposiciones adicionales, 7 transitorias, una derogatoria, 12 finales y 3 anexos (Exposición de Motivos).

<sup>463</sup> MELERO ALONSO, E. y ESPIN SÁEZ, M.: "El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas: fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 1999, pp. 13 y ss.

en la adjudicación de los contratos con la Administración, tal y como sucede con la Ley 10/1998, de 16 de junio, de Administraciones Públicas de Navarra, y la Ley 7/2004, de 16 de julio, de la Generalitat de Catalunya, que contiene una reserva de mercado para las empresas de inserción<sup>464</sup>.

Mención especial merece lo previsto en la Orden FOM/1523/2010, de 3 de noviembre, por la que se aprueban los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares que han de regir en la contratación administrativa de la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León<sup>465</sup>, en virtud de la cual, en su apartado 2.8, relativo a la clasificación de las ofertas, se establece expresamente que «en aplicación de lo previsto en la disposición adicional sexta LCSP, si se dieran varias ofertas que igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirven para la adjudicación, tendrán preferencia para dicha adjudicación las empresas y entidades que se recogen en dicha disposición adicional sexta (empleadores que den ocupación a personas con discapacidad, empresas de inserción, entidades in ánimo de lucro u organizaciones de comercio justo). Si concurrieran varias con la misma preferencia, la adjudicación se decidirá mediante sorteo entre ellas. En todo caso, cuando sea de aplicación la disposición adicional sexta, se solicitará acreditación de las circunstancias declaradas».

En fin, estos son los licitadores, que la mencionada disposición adicional 6ª recoge, a los cuales se les puede aplicar la prioridad en la adjudicación del vínculo administrativo, siempre y cuando se den, lógicamente, los condicionantes previstos y exigidos para ello. El objetivo último no es sino conseguir el incremento de las tasas de ocupación de los colectivos más marginados a los cuales procuran ocupación los mencionados empleadores.

### III. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL DESEMPATE

Dejando para un momento posterior el análisis de los sujetos dotados de preferencia, procede centrar ahora la atención en las concretas y específicas exigencias de carácter objetivo determinantes del supuesto aplicativo que nos ocupa, principalmente las dos siguientes:

---

<sup>464</sup> RIAÑO POMBO, M. y SÁNCHEZ VILLALTA, M.: "Criterios sociales y medioambientales en la contratación pública", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 301, 2010, p. 77.

<sup>465</sup> BOCyL, núm. 217, de 10 de noviembre de 2010.

## 1. INCLUSIÓN EN EL PLIEGO DE CONDICIONES PARTICULARES

La utilización de esta prioridad en las adjudicaciones requiere de su previsión expresa en el pliego de condiciones particulares del contrato a adjudicar. Atendiendo al soporte contractual que liga al Ente público con la empresa adjudicataria, los pliegos de condiciones generales y particulares definen los derechos y obligaciones que ambas partes asumen como contenido del contrato, formalizado por la presentación de la proposición y la consecuente adjudicación al concesionario<sup>466</sup>.

Los pliegos de condiciones generales contienen las declaraciones jurídicas, económicas y administrativas aplicables, en principio, a todos los vínculos contractuales de objeto análogo, debiendo incorporar los siguientes aspectos: ejecución del contrato y sus incidencias; derechos y obligaciones de las partes y régimen económico; modificaciones del vínculo administrativo, supuestos y límites; resolución; extinción del contrato, recepción, plazo de garantía y liquidación (art. 66 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –RCAP–, en vigor tras el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP –RLCSP–)<sup>467</sup>. Su objetivo es garantizar “cláusulas contractuales de salvaguardia que, ya experimentadas, pongan a la Administración a salvo de sorpresas desfavorables, evitando la heterogeneidad de obligaciones que surgirían si cada autoridad competente pudiera acordar contenidos contractuales absolutamente diversos”<sup>468</sup>. La función que asumen en los contratos públicos los pliegos de cláusulas administrativas generales es, a la postre, la de procurar una cierta homogeneidad o uniformidad en el contenido de los que de un tipo concreto celebre una Administración<sup>469</sup>.

<sup>466</sup> Informe número 71/99, de 11 de abril de 2000, de la Junta consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado.

<sup>467</sup> TORNOS MAS, J.: “De las actuaciones relativas a la contratación”, en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, p. 282.

<sup>468</sup> VILLAR PALASI, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L.: *Principios de Derecho Administrativo*, T. III, Madrid, 1983, p. 73.

<sup>469</sup> VALCARCEL FERNÁNDEZ, P.: “Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas”, en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, p. 1161.

Los pliegos de condiciones particulares, por su parte, definen el objeto y precio del negocio jurídico y, a tal efecto, incluyen los pactos y condiciones específicos del contrato a celebrar, de cuyo contenido forman parte tras la adjudicación (art. 99.2 LCSP)<sup>470</sup>. Estos pliegos determinan la dinámica de la relación contractual en la medida en que se convierten en cláusulas del contrato<sup>471</sup>. Pueden ser definidos como los actos administrativos aprobados por la Administración antes de la perfección del vínculo contractual en los que quedan fijados los términos conforme a los cuales éste debe ser cumplido ya que se explicitan en ellos las condiciones que definen los derechos y obligaciones de cada una de las partes<sup>472</sup>.

Debido a su permanencia y supletoriedad<sup>473</sup>, los pliegos de condiciones administrativas generales han sido equiparados en ocasiones a verdaderas normas jurídicas de derecho voluntario<sup>474</sup>, pero, en realidad, no pasan de ser cláusulas típicas cuya obligatoriedad no nace *ex lege* sino *ex contractu*, al amparo del principio de libertad de contratación<sup>475</sup>. Precisamente su naturaleza contractual, que no reglamentaria, explica la posibilidad de que los pliegos de condiciones particulares los modifiquen, sin otro requisito que el preceptivo informe previo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (art. 99.5 LCSP)<sup>476</sup>. Como es lógico, los pliegos de condiciones particulares reguladoras de los contratos tampoco tienen naturaleza reglamentaria, pues carecen

---

<sup>470</sup> SSTS, Cont-Admtivo, 13 mayo 1982 (RJ 3394) y 25 julio 1989 (RJ 6111).

<sup>471</sup> SSTS, Cont-Admtivo, 21 diciembre 1988 (Ar. 10220) y 7 junio y 26 septiembre 1989 (Ar. 4515 y 6703).

<sup>472</sup> VALCARCEL FERNÁNDEZ, P.: "Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas", cit., p. 1163.

<sup>473</sup> SSTS, Cont-Admtivo, 21 diciembre 1988 (Ar. 10220) y 7 junio y 26 septiembre 1989 (Ar. 4515 y 6703)

<sup>474</sup> STS, Cont-Admtivo, 16 marzo 1998 (RJ 2172).

<sup>475</sup> STS, Cont-Admtivo, 6 mayo 1992 (RJ 4273) e Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 65/1996, de 20 de marzo de 1997, 71/1999, de 11 de abril de 2000 y 29/2000, de 30 de octubre de 2000.

<sup>476</sup> SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, p. 213.

de las notas de generalidad y permanencia temporal necesarias<sup>477</sup>, pero a ellos deben sujetarse las proposiciones de los empresarios, cuya presentación ante el órgano de contratación supone la aceptación incondicional de sus cláusulas e incorporados al vínculo contractual como anexo del mismo constituyen el marco expreso que ha de regir las relaciones jurídicas bilaterales<sup>478</sup>. Precisamente, por ello, cobra pleno sentido la inclusión de la preferencia aquí analizada en estos últimos.

Esto significa, de un lado, que todos los empresarios han de conocer, antes de formular sus proposiciones, que éstas pueden quedar postergadas si licita alguno de los sujetos beneficiarios (permítase la reiteración, empleadores con trabajadores minusválidos en sus plantillas, empresas de inserción, entidades sin ánimo de lucro o corporaciones reconocidas como organizaciones de comercio justo), y, de otro, que la Administración contratante va a quedar vinculada a la aplicación de esta preferencia cuando concurren los colectivos mencionados y se cumplan los requisitos que establece la presente norma<sup>479</sup>. Lo decisivo es, pues, que la prioridad se incorpore al contrato a través del pliego y vincule así a la Administración y licitadores<sup>480</sup>.

Dicho de otra manera, no existe un derecho subjetivo de los sujetos cualificados a la utilización por la Administración contratante de esta preferencia en la adjudicación, pero si ésta se acuerda y, por tanto, se incluye en el pliego de condiciones, sí surge una firme prerrogativa para su aplicación por parte de los colectivos beneficiarios concurrentes si se dan las demás circunstancias y requisitos establecidos en las norma. La decisión de utilización o no de la preferencia en la adjudicación resulta así una potestad discrecional, que el ordenamiento jurídico atribuye al órgano de contratación competente para la aprobación del pliego de condiciones particulares, que es el que ha de incluir o no la preferencia aquí analizada<sup>481</sup>.

---

<sup>477</sup> ATS, Cont-Admtivo, 24 julio 1995 (RJ 6097).

<sup>478</sup> SSTS, Cont-Admtivo, 25 julio 1989 (RJ 6111), 21 enero 1994 (RJ 144) y 28 noviembre 2000 (RJ 9625).

<sup>479</sup> AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, p. 1167.

<sup>480</sup> AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002, p. 1426.

<sup>481</sup> AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1167.

El legislador ha querido dejar libertad al órgano de contratación para que, contrato por contrato (de ahí la referencia a los pliegos, pues, aunque sean modelos tipo y se reiteren en distintos procedimientos de contratación, deben concretarse para cada uno de ellos), pueda establecer la preferencia adjudicataria que estatuye la disposición adicional 6ª de la LCSP. Por tal razón, un hipotético reglamento que impusiese con carácter general la inclusión de la comentada cláusula en los pliegos de condiciones podría entrar en colisión con la letra y el espíritu de la norma aquí analizada, no en vano lo que pretende el redactor de la Ley es que, para cada contrato, en función de las circunstancias particularmente concurrentes, el órgano de contratación aprecie la necesidad o conveniencia de incluir la tan comentada preferencia<sup>482</sup>.

Por lo mismo, tampoco cabe que una instrucción u orden de servicio pueda establecer una previsión en el sentido aquí analizado. Comienza a ser una práctica bastante extendida la aprobación por los órganos de contratación de instrucciones dirigidas a quienes intervienen en la configuración del expediente de contratación, en las cuales se incluyen los criterios de adjudicación que habrían de tomarse en consideración en los concursos. Ahora bien, la vinculación para las partes de la preferencia aquí estudiada no derivaría de la inclusión en la propia instrucción sino en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. La instrucción, en cuanto mecanismo concebido para potenciar el principio administrativo de jerarquía organizativa, sólo obliga a los inferiores jerárquicos de quien la aprueba, pero no a terceros ajenos a la Administración. Las instrucciones son aprobadas por el órgano de contratación, el mismo que aprueba los pliegos de cláusulas, pero la vinculación deriva –permítase la reiteración– de la inclusión en el correspondiente pliego<sup>483</sup>.

En definitiva, la omisión en el pliego de condiciones particulares de la preferencia en la adjudicación del contrato a favor de los licitadores mencionados en la disposición adicional 6ª de la LCSP impide la aplicación de la misma aun cuando concurren todos los demás requisitos, tanto objetivos como subjetivos, previstos en la norma.

---

<sup>482</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, cit., p. 33.

<sup>483</sup> AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1427.

---

## 2. EQUIVALENCIA ENTRE OFERTAS

Además de estar incluida la preferencia, como condición *sine qua non*, en el pliego de condiciones administrativas particulares, es necesario que acaezca un segundo condicionante: la proposición a la que se califique como preferente ha de contener una oferta que iguale a otra u otras de las presentadas, de entre las que resulten las más ventajosas por aplicación de los criterios objetivos de adjudicación establecidos en el contrato en cuestión.

La preferencia en la adjudicación establecida en la disposición adicional aquí analizada queda reducida en su marco de aplicación por la exigencia de este requisito de equivalencia atendiendo a dos razones fundamentales: de un lado, la encomienda del contrato a los sujetos cualificados a los que va destinada únicamente se materializará cuando haya un empate entre la proposición formulada por alguno de éstos y las ofertadas por otro u otros sujetos concurrentes, motivo por el cual si la proposición presentada por alguno de los beneficiarios resulta menos ventajosa respecto de las formuladas por otros licitadores no cualificados, decae la aplicación de la preferencia y, por tanto, deberá adjudicarse el contrato a la proposición más ventajosa, con independencia del sujeto que la formule. De otro, si la proposición presentada por alguno de los colectivos cualificados es, por sí misma, la más ventajosa, tampoco es de aplicación la preferencia aquí establecida, ya que en este caso la adjudicación debe obedecer a la mayor ventaja intrínseca en la oferta y a la no actuación de la preferencia determinada por la cualificación de los sujetos proponentes<sup>484</sup>.

Como no podría ser de otra manera, la valoración de la mayor o menor ventaja de las proposiciones presentadas se ha de hacer atendiendo a las reglas objetivas de selección de contratistas, que serán las que resulten aplicables a cada contrato concreto, en función del procedimiento, forma y criterios de adjudicación determinados en los pliegos de condiciones particulares del vínculo contractual en cuestión. Y es que la preferencia analizada no es en modo alguno un criterio de adjudicación del contrato; antes al contrario, los parámetros de adjudicación deben ser objetivos, lo cual implica fundamentalmente dos con-

---

<sup>484</sup> AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1167.

secuencias: primera, que no deben ser discriminatorios sino que han de estar dirigidos a garantizar la mayor imparcialidad en la selección del contratista; segunda, que deben valorar el objeto no el sujeto, tomando en consideración la propia oferta, no las especiales condiciones subjetivas de una u otra empresa licitadora<sup>485</sup>.

En definitiva, no cabe dar preferencia a las proposiciones aquí analizadas en cualquier caso, sin concurrir el presupuesto de su igualdad con las más ventajosas conforme a los criterios objetivos de adjudicación<sup>486</sup>.

## IV. SUJETOS BENEFICIARIOS

La propia disposición adicional sexta de la LCSP agrupa los destinatarios de la preferencia en la adjudicación del contrato en cuatro órdenes distintos, cuya cualificación viene determinada por el interés social en beneficio de la empleabilidad, que de uno u otro modo deriva de sus características. Al estudio de todos ellos se dedican las páginas siguientes:

---

### 1. EMPLEADORES CON DISCAPACITADOS EN SUS PLANTILLAS: LA PROMOCIÓN DEL “EMPLEO SELECTIVO”

El primero de los cuatro grupos de sujetos cualificados, de los que les es predecible la preferencia en la adjudicación, viene integrado por aquellas empresas, que tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos superior al 2 por 100 de la cuantía total de los que integren la misma (párrafo 1º de la disposición adicional sexta LCSP). Esta previsión ya estaba incorporada al Real Decreto Legislativo 2/2002, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) –entonces en el párrafo primero de la disposición adicional 8ª– con dos diferencias de matiz: En primer lugar, ahora se hace referencia a un porcentaje “superior” al 2 por 100; antes se utilizaba la expresión “no inferior”,

---

<sup>485</sup> AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1423.

<sup>486</sup> Informe 1/2005, de 11 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

debiendo entender incluidas, en aquel momento, dentro del marco de actuación de la preferencia en la adjudicación del contrato administrativo a aquellas empresas que contaran con una cuota de minusválidos no sólo “por encima” sino también “igual” al 2 por 100. La nueva versión de la LCSP limita tal posibilidad, siendo necesario, en todo caso, que la cuota de trabajadores discapacitados sobrepase el umbral reseñado.

En segundo lugar, se ha sustituido el término “trabajadores minusválidos” por el de “trabajadores con discapacidad”. Se trata de una mera distinción de carácter léxico, con el fin de adaptar el tenor legal a las nuevas tendencias de tutela de este colectivo, manifestadas, sobre todo, en la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de de religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Desde la promulgación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos (LISMI) en 1982, que desarrolla el art. 49 CE, hasta el momento presente, se ha ido recorriendo un largo camino en el que se ha pasado de hablar de disminuidos, minusválidos o deficientes a sustituir estos términos por los de “personas con discapacidad o déficit de ciudadanía”. Ello supone, por tanto, cambiar el concepto de persona con problemas que necesita una atención especial por el de ciudadano con especial dificultad para disfrutar derechos constitucionales, novación a la que una Ley actual como la LCSP no puede ser ajena.

## A. La inserción laboral de las personas discapacitadas

Como con acierto se ha dicho, “las personas con minusvalía a menudo forman parte de los grupos más frágiles, independientemente de la sociedad en la que vivan... y una de las razones es que la sociedad no se fija lo suficiente en las posibilidades y recursos de tales sujetos”<sup>487</sup>. De sobra es conocido cómo el

---

<sup>487</sup> Dictamen del Comité Económico y Social relativo a la “Comunicación de la Comisión sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía” y “Proyecto de resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo sobre igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías”. DOCE núm. C 66/35, de 3 de marzo de 1997.

art. 9.2 CE impone a los poderes públicos la obligación de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Justamente uno de los “obstáculos” más evidentes a los cuales eventualmente ha de hacer frente el ser humano es el de su falta de capacidad, una disminución física o psíquica cuyo lastre le impida desarrollar, en mayor o menor grado, toda su potencialidad<sup>488</sup>.

Por tal razón, la propia Norma Fundamental incluye, entre los principios rectores de la política social y económica, un claro mandato –quizá el “más relevante” en esta materia–<sup>489</sup> dirigido a los poderes públicos: realizar una labor de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, prestándoles cuanta atención especializada requieran (art. 49 CE), compeliendo “a los órganos públicos a llevar a cabo las acciones necesarias para situar a los disminuidos o minusválidos en pie de igualdad con los demás ciudadanos y trabajadores, de modo que puedan desenvolverse sin restricciones en una sociedad competitiva y en un medio adverso que se rige por las leyes inexorables del mercado”<sup>490</sup>. Es pacífica la idea de que nuestro ordenamiento jurídico debe preocuparse de los trabajadores discapacitados tanto para facilitar su acceso al mercado de trabajo o reincorporación al mismo, cuanto para contemplar de manera singular sus obligaciones profesionales; la lectura del art. 49 CE, antes reseñado, y su concordancia con la cláusula compensadora del art. 9.2, el derecho al trabajo sin discriminaciones a que alude el art. 35.1, el objetivo tendencial del pleno empleo consagrado por el art. 40 o la invocación de la dignidad de la persona que lleva a cabo el art. 10, lo indican claramente<sup>491</sup>.

---

<sup>488</sup> CASADO, D.: *Panorámica de la discapacidad*, Barcelona, 1991, pp. 43 y ss.

<sup>489</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: “El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación”, *Tribuna Social*, núm. 91, 1998, p. 56.

<sup>490</sup> DE LA VILLA GIL, L.E. y SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “El derecho al trabajo de los minusválidos”, *Revista de Trabajo*, núm. 79, 1995, pp. 17-18.

<sup>491</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: “El trabajo de los minusválidos tras el RD 427/1999, de 12 de marzo”, *Aranzadi Social*, 1999, Tomo V, p. 47.

Parece innecesario, por evidente, justificar cómo uno de los campos en los cuales con mayor fuerza pueden dejarse sentir esos designios imperativos de “igualdad real y efectiva” e “integración de los disminuidos” es, precisamente, en el ámbito de las relaciones laborales<sup>492</sup>, habida cuenta el trabajo humano – retribuido y por cuenta ajena– no sólo supone para la mayor parte de la población el medio de obtención de los recursos económicos “que permitan la subsistencia de quien trabaja”<sup>493</sup> –lo cual ya es mucho–, sino también –y quizá hasta de superior trascendencia– uno de los más importantes cauces de realización personal y satisfacción individual del anhelo creador genéticamente incorporado al ser humano<sup>494</sup>. Por tanto, para lograr la integración de las personas con discapacidad (el 9 por 100 de la población)<sup>495</sup> y evitar la conversión de sus limitaciones personales en barreras sociales, el principal “trampolín” viene dado por el acceso y la permanencia en el empleo<sup>496</sup>, habida cuenta la falta de ocupación adecuada o de los mecanismos para su correcta inserción laboral constituyen algunas de las dificultades más importantes contra las cuales deben luchar<sup>497</sup>, máxime cuando del conjunto de personas que padecen una discapacidad (3,5 millones) sólo el 24 por 100 accede a un empleo remunerado, lo cual demuestra la situación de partida desventajosa respecto del resto de aspirantes a un empleo<sup>498</sup>.

<sup>492</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y clasificación”, *Temas Laborales*, núm. 7, 1986, pp. 54 y ss.

<sup>493</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “La regulación especial de trabajo de los minusválidos (II)”, *Relaciones Laborales*, 1987, Tomo I, p. 218.

<sup>494</sup> RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M.: *La incapacidad para el trabajo*, Barcelona, 1993, pp. 13 y ss.

<sup>495</sup> En Castilla y León, en el año 2009, existían un total de 157.736 personas con algún tipo de discapacidad reconocida, CESCyl: *Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Aplicación de la Ley 39/2006 en Castilla y León. Informe a iniciativa propia IIP 3/10*, Valladolid, 2010, p. 47.

<sup>496</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2000, p. 1.

<sup>497</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de minusválidos en Centros Especiales de Empleo*, Valencia, 2000, p. 9 o, con carácter más reciente, RUIZ CASTILLO, M.M.: *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Albacete, 2010, pp. 23 y ss.

<sup>498</sup> ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: “Igualdad y acceso al empleo de las personas con discapacidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 138, 2008, p. 379.

La inserción laboral de las personas incapacitadas<sup>499</sup> es desde luego uno de los problemas de mayor calado social en los tiempos actuales, muy conectado por lo demás con los grandes debates de hoy en día acerca de las perspectivas del Estado de Bienestar, o del grado del cumplimiento de sus postulados básicos<sup>500</sup>. Asumiendo este punto de partida, el legislador ha desarrollado una serie de medidas (en número ciertamente creciente)<sup>501</sup> tendentes a facilitar tan loable fin, entre otras razones por cuanto este colectivo sufre una tasa mucho más alta de paro que el resto de trabajadores<sup>502</sup>. Largo ha sido el *iter* normativo desde la LISMI y su Reglamento de desarrollo (Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo), hasta la relativamente reciente Ley 51/2003, de 2 de diciembre, desarrollada en múltiples ocasiones, siempre con la pretensión, nunca plenamente conseguida, de “establecer un conjunto coordinado, propiamente un sistema, unitario y totalizador, de medidas de protección” a favor de quienes tanto lo merecen<sup>503</sup>.

Su deseable acceso al mundo laboral ha quedado encauzado a través de dos vías netamente diferenciables y diferenciadas, aun cuando necesariamente relacionadas entre sí<sup>504</sup>. Así, de un lado, ha sido perfilada una relación laboral de carácter especial para ordenar el trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo (Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio)<sup>505</sup>. De otro, y en el intento por no condenar al discapacitado a vivir fuera del mundo, en

---

<sup>499</sup> ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: “Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad”, en AA.VV. (ROMERO RODENAS, M.J., Coord.). *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, pp. 11 y ss.

<sup>500</sup> GARCÍA MURCIA, J.: “El trabajo de los incapacitados”, *Tribuna Social*, núm. 91, 1998, p. 25.

<sup>501</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, 1999, pp. 19 y ss.

<sup>502</sup> Tal y como ya reconocía el II Plan de Acción para las personas con discapacidad (2003-2007) y reconoce el III Plan de Acción para las personas con discapacidad (2009-2011”). [www.mtin.es](http://www.mtin.es)

<sup>503</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación”, *Temas Laborales*, núm. 7, 1986, p. 52.

<sup>504</sup> MESTRE DELGADO, J. y DE LA PEÑA, M.: “El régimen de los minusválidos en España”, en AA.VV. (MUÑOZ MACHADO, S. y DE LORENZO, R., Dirs.): *Código europeo de las minusvalías*, Madrid, 1996, p. 434.

<sup>505</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “La relación laboral especial de los minusválidos”, *Tribuna Social*, núm. 91, 1998, pp. 41 y ss.

plácidos “paraísos laborales” sin conexión real con la sociedad, se reconoce que “el objetivo fundamental de la política de empleo viene dado por su integración en el sistema ordinario de trabajo” (art. 37 LISMI –en la redacción dada por el art. 38 Ley 62/2003, de 30 de diciembre–) y a tal fin se ha adoptado un ingente paquete de medidas tendentes a favorecer la contratación laboral –no ya especial sino– ordinaria de las personas con discapacidad<sup>506</sup>. Entre tales mecanismos tradicionales, destinados a procurar la integración o permanencia de los minusválidos en el mercado de trabajo cabe mencionar, sin ánimo exhaustivo: a) las acciones de rehabilitación para el trabajo; b) las medidas de inserción obligada en las empresas (empleo selectivo) mediante el establecimiento de preferencias, cupos o reservas de empleo; c) los instrumentos de fomento y ayuda económica al empleo, mediante subvenciones, desgravaciones fiscales o bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social; d) las actuaciones de apoyo logístico a las empresas, mediante subvenciones o préstamos para la adaptación de los puestos de trabajo, o la eliminación de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y movilidad de los minusválidos; e) las medidas de promoción del empleo de carácter autónomo o asociativo, en particular mediante la creación de cooperativas<sup>507</sup>; y f) los programas de empleo con apoyo (Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, derogado por el Real Decreto Ley 3/2011, de 18 de febrero).

## B. Incentivos

El objetivo quedará cifrado en “procurar la contratación de los trabajadores minusválidos y la mejora de sus condiciones laborales”, permitiéndoles alcanzar, conservar y progresar en el empleo (art. 7 Convenio núm. 159 OIT), pero haciéndolo prioritariamente en el mercado común de trabajo. En este contexto –y en resumen–, tres son las medidas adoptadas: el empleo selectivo, estableciéndose disposiciones conforme a las cuales aquel trabajador cuya capacidad laboral haya quedado disminuida o haya recuperado la pérdida tendrá

<sup>506</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G.: *Los minusválidos en el mercado laboral: Incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*, León, 2004, p. 28.

<sup>507</sup> GALA DURÁN, C.: “La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los centros especiales de empleo”, *Temas Laborales*, núm. 55, 2000, p. 55.

preferencia para ser contratado o mantener su vínculo actual; el establecimiento en las empresas de una cuota de reserva de puestos de trabajo destinada en exclusiva a este colectivo; en fin, el fomento del empleo, consistente en ayudas para la promoción de la contratación de discapacitados<sup>508</sup>.

La idea latente en todas ellas parece evidente: cuando no fuere posible lograr el acceso directo del discapacitado al empleo ordinario, será menester tratar de crear una suerte de "circuito de integración", atendiendo a sus características personales y laborales, el cual podrá ser iniciado en un centro ocupacional, para, posteriormente, pasar de éste a uno de empleo y, por fin, arribar al "mercado ordinario"<sup>509</sup>. En el panorama descrito, es fácil contrastar cómo los minusválidos reciben un tratamiento diferenciado y privilegiado frente al resto de trabajadores, reconociéndoseles una serie de incentivos de naturaleza "autónoma"<sup>510</sup>. Estas ventajas no han de ser consideradas, sin embargo, discriminatorias en cuanto vienen legitimadas tanto por la normativa interna como internacional: por una parte, el mencionado art. 49 CE, en relación con el 9.2, obliga a los poderes públicos a promover aquellas medidas destinadas a remover los obstáculos que impidan a un determinado grupo participar con normalidad en todos los aspectos diarios de la vida, actualizándose dicho mandato en el ámbito estrictamente laboral mediante el art. 17.2 y 3 ET que, regulando ciertas medidas de acción positiva, de un lado, permite al legislador establecer reservas y preferencias en la contratación, y, de otro, faculta al Gobierno para conceder subvenciones, desgravaciones y otras disposiciones para fomentar la ocupación de determinados colectivos con especiales dificultades a la hora de acceder al mercado de trabajo; por otra parte, el art. 4 del Convenio 159 de la OIT considera no discriminatorias cuantas medidas positivas especiales vengán encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los empleados inválidos y los demás trabajadores; en fin, y por no seguir, el art. 7.2 de la Directiva 2000/78, de 27 de

---

<sup>508</sup> DE LA VILLA GIL, L.E.: "La regulación del empleo de los minusválidos en España", *Tribuna Social*, núm. 55, 1995, p. 12.

<sup>509</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de minusválidos en Centros Especiales de Empleo*, cit., pp. 47 y ss.

<sup>510</sup> ALONSO-GARCÍA, B.: "La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo", *Tribuna Social*, núm. 91, 1998, p. 10.

noviembre, considera en el caso de los discapacitados que el principio de igualdad no constituirá ningún obstáculo para que los Estados miembros desarrollen políticas encaminadas a crear o mantener disposiciones o facilidades con el objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral<sup>511</sup>.

Fruto de dicho bagaje, ha sido la reforma introducida por la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para el año 2004, cuyo art. 38 procedió a modificar el art. 37 e introdujo un nuevo art. 37 bis en la LISMI. En este sentido, el apartado 2 del art. 37 define el principio de igualdad como la ausencia de toda discriminación directa e indirecta basada en la discapacidad, delimitando dichos conceptos en el apartado 3. Asimismo, el art. 37 bis.1 permite expresamente el mantenimiento o la adopción de medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad, considerando su establecimiento como no discriminatorio<sup>512</sup>. En consecuencia, las dificultades del colectivo analizado para integrarse en el mercado ordinario de trabajo y los obstáculos para competir en paridad de armas con quienes no son minusválidos justifican la adopción de cuantas medidas promocionales pretendan garantizar la igualdad de oportunidades de aquellas personas afectadas por diversas formas de discapacidad, procurando “la igualdad de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas”<sup>513</sup>.

Insistiendo sobre esta misma idea, al pertenecer el minusválido a un grupo socialmente desfavorecido, la lucha contra las discriminaciones no sólo implica eliminar cuantas diferencias hayan estado históricamente arraigadas en la práctica social, situando a sectores de la población en posiciones claramente

<sup>511</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., TASCÓN LÓPEZ, R., ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G.: *Los minusválidos en el mercado laboral: Incentivos a su contratación y régimen jurídico de la prestación de servicios*, cit., p. 29.

<sup>512</sup> Por solo poner un ejemplo, la tasa de actividad de las personas con discapacidad no llega al 34 por 100, mientras supera el 70 por 100 para el resto de la población. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Políticas selectivas: un peculiar contenido de las medidas activas de empleo”, en AA.VV.: *XVIII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Murcia, 2007, p. 306.

<sup>513</sup> STCo 269/1994, de 3 de octubre.

desventajosas, abiertamente contrarias a la dignidad de la persona consagrada en el art. 10 CE, sino que obliga también a adoptar cuantas medidas de acción positiva o protectoras permitan su acceso al trabajo o favorezcan la permanencia en el mismo, no pudiendo ser consideradas “opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes”<sup>514</sup>. Nadie puede dudar, por tanto, de la “intrínseca justicia” de cuantas “medidas positivas” tiendan a favorecer la condición de quienes –bajo la denominación de minusválidos, disminuidos, deficientes o incapacitados<sup>515</sup>– tienen “unas oportunidades reales menores”<sup>516</sup>, tratando así de hacer igual lo que en origen es “desigual”, y consiguiendo la satisfacción de intereses sociales dignos de protección (art. 35 Ley 62/2003)<sup>517</sup>.

### C. El fracaso de los cupos

Las reflexiones anteriores han de servir como pórtico para comprender cómo el diseño de las medidas públicas destinadas a favorecer la contratación del colectivo de los discapacitados no sólo reviste el carácter prototípico de bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social<sup>518</sup>, sino que incorpora algunos mecanismos más contundentes y específicos como puede ser la reserva en su favor de un porcentaje mínimo de puestos de trabajo a situar en un 2 por 100 del total de la plantilla (art. 38 LISMI)<sup>519</sup>. Aun cuando se trata de una obligación o, si se prefiere, una imposición al empleador, con la cual se pretende asegurar la inserción de los minusválidos, lo cierto es que en la prác-

---

<sup>514</sup> STCo 128/1987, de 16 de julio.

<sup>515</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, 1999, pp. 36 y ss.

<sup>516</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Exclusiones, reservas y preferencias de empleo”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, Madrid, 1983, p. 459.

<sup>517</sup> SSTCo 52/1987, de 7 de mayo, 84/1992, de 28 de mayo o 9/1995, de 16 de enero.

<sup>518</sup> PÉREZ REY, J.: “Panorámica de las especialidades e incentivos en la contratación laboral ordinaria de trabajadores con discapacidad”, en AA.VV. (ROMERO RODENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, pp. 95 y ss.

<sup>519</sup> Nada impide que por convenio colectivo se fije una cuota mayor, tal y como sucede en el XII CC de centros y servicios de atención a las personas con discapacidad (BOE 17 junio 2006) o en el CC del Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallés (DOGC 17 mayo 2007).

tica ha resultado, sin embargo, poco efectiva, pese a que el porcentaje es inferior al de otros países como Francia, Italia o Alemania.

Así, de manera realista ante el incumplimiento generalizado del cupo, se ha concedido la facultad para que en las empresas de más de cincuenta trabajadores se pueda trocar (mediante convenio colectivo sectorial o decisión unilateral) por otras formas de más difusa eficacia aun cuando de más sencilla materialización, calificadas de “sorprendentes vías de escape” y consistentes en: a) la suscripción de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo o con un trabajador autónomo discapacitado, tanto para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo, o cualesquiera otros productos necesarios para el correcto desarrollo de la actividad propia de la empresa que opta por esta medida, como para la prestación de servicios ajenos y accesorios a sus normales tareas<sup>520</sup>; b) la colaboración con los enclaves laborales (regulados por Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, ampliado en cuanto a su duración, hasta el 31 de diciembre de 2012, por la Ley 35/2010, de 17 de octubre, y derogado por el Real Decreto Ley 3/2011), entendidos como el conjunto de trabajadores con discapacidad procedentes de un centro especial de empleo que son desplazados a una empresa ordinaria con el ánimo principal de favorecer el tránsito de estos trabajadores a un entorno laboral normalizado<sup>521</sup>; c) la donación o patrocinio monetario para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública, cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la

<sup>520</sup> GALA DURÁN, C.: “La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que bajan en centros especiales de empleo”, cit., p. 103.

<sup>521</sup> La intención de este mecanismo no puede ser mejor (al trabajador con discapacidad, le permite completar y mejorar su experiencia profesional con tareas y en un entorno propio del mercado ordinario de trabajo y a la empresa colaboradora le permite conocer mejor las capacidades y posibilidades de estos trabajadores, lo que puede llevarle finalmente a decidir incorporarlos a su plantilla, lo cual determinará en su caso la aplicación de las ayudas previstas). Otra cosa es la realidad de los hechos. ESTEBAN LEGARRETA, R. y FUSTE MIQUELA, J.M.: “Los enclaves laborales de centros especiales de empleo en empresas ordinarias (una aproximación crítica tras un período de experimentación)”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 286, 2007, pp. 161 y ss. o VILLAR CAÑADA, I.M.: “Los enclaves laborales”, en AA.VV. (MOLINA NAVARRETE, C., Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 2005, pp. 441 y ss.

generación de empleo a favor de los minusválidos que permita la creación de puestos de trabajo para los mismos y, finalmente, su integración en el mercado laboral (art. 2.1 Real Decreto 364/2005, de 8 de abril)<sup>522</sup>. La cuantía de estas medidas gira alrededor del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM), aplicado por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100. En los dos primeros supuestos la cantidad de los contratos debe ascender “al menos, a tres veces” el IPREM, mientras que en el último caso el importe alcanzará, como mínimo, “1,5 veces el IPREM anual” (art. 2.2 Real Decreto 364/2005). Ni que decir tiene que estas cantidades deben servir a la adopción de medidas destinadas a facilitar el tránsito del discapacitado al mercado ordinario de trabajo<sup>523</sup>.

Dichas previsiones indican una clara ineffectividad de la imperatividad de la reserva, eludida sistemáticamente por la empresa a través del empleo del recurrente argumento de la insuficiencia de trabajadores con discapacidad inscritos en las oficinas de empleo correspondientes. El peso de la libertad de empresa, y el derecho consiguiente del empresario a optimizar su inversión de capital a través del máximo beneficio de todos sus recursos, entre ellos el trabajo que aportan los trabajadores contratados, condiciona la aplicación de las medidas de discriminación positiva a favor de la empleabilidad de los discapacitados, cobrando interés el diseño legal de otras medidas que aseguren el cumplimiento efectivo de este compromiso<sup>524</sup>.

#### **D. El establecimiento de un sistema de cuota indirecta**

Burlados con carácter general los cupos y teniendo en cuenta las desvirtuadas alternativas a los mismos<sup>525</sup>, la intención del legislador –asumiendo su nece-

---

<sup>522</sup> Ya con anterioridad, ROJO TORRECILLA, E.: “Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos”, *Relaciones Laborales*, núm. 8, 1998, p. 33.

<sup>523</sup> MORALES ORTEGA, J.M.: “Los destinatarios de la política de empleo”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., Dir.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, p. 316.

<sup>524</sup> ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: “El mito de la responsabilidad social corporativa: el caso de los trabajadores discapacitados”, *Relaciones Laborales*, 2010, Tomo I, p. 325.

<sup>525</sup> OJEDA AVILÉS, A.: “El procedimiento de recolocación revisitado”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 14, 1983, p. 226.

sario papel ejemplificante— ha ido más allá del establecimiento de la cuota y ha procedido a idear otros mecanismos alternativos utilizando aquélla de manera indirecta. Tal es lo que sucede con lo previsto en el párrafo primero de la disposición adicional 6ª de la LCSP, que pretende contribuir a doblegar una voluntad empresarial poco inclinada a contratar a quien no asegura un rendimiento laboral óptimo, a través de la promesa de un premio consistente en otorgar (si así se hubiera establecido en los pliegos de cláusulas particulares) preferencia en la adjudicación de un contrato administrativo para aquellas proposiciones presentadas por “empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación”<sup>526</sup>. Este parámetro ha sido acogido de forma expresa, a modo de ejemplo, en las Instrucciones de contratación de la Institución Ferial de Castilla y León (apartado 4.7).

Se trata de una medida de “empleo selectivo”<sup>527</sup>, que pretende favorecer, en último extremo, a los propios discapacitados, haciendo gala de lo que se ha dado en llamar discriminación positiva, cuya plena constitucionalidad ha sido reconocida —como ya consta— por el máximo intérprete de la Norma Fundamental<sup>528</sup>. La redacción legal de la previsión transcrita obliga, no obstante, al intérprete a descender a los siguientes aspectos:

#### a. La entidad beneficiaria: características

La empresa receptora de la preferencia puede ser pública o privada. La segunda de estas dos modalidades no plantea problemas, pues, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten (sociedad, empresario individual, asociación, fundación...), quedan incluidas en el ámbito de aplicación la disposición aquí

<sup>526</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública*, Madrid, 2008, pp. 23 y ss.

<sup>527</sup> ALONSO-GARCÍA, B.: “La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo”, *Tribuna Social*, núm. 91, 1998, p. 23.

<sup>528</sup> SSTCo 128/1987, de 16 de julio, 229/1992, de 14 de diciembre y 3/1993, de 14 de enero.

analizada si cumplen los requisitos para ello<sup>529</sup>. En cambio, las primeras han de revestir auténtica “forma jurídico-privada”<sup>530</sup>, es decir, por encima de todo han de ser “empresas”, sometidas sin excepción, directa ni indirecta, a las mismas reglas de competencia operativas en el mercado, de modo que el adjetivo “públicas” viene a indicar tan sólo un modo particular de actuar, en cuanto manifestación de la iniciativa administrativa en la economía con el fin de satisfacer intereses generales<sup>531</sup>. En tal concepto se pueden entender incluidas tanto las entidades públicas empresariales cuanto las sociedades mercantiles estatales (art. 53 y disposición adicional 12ª Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado –LOFAGE–, respectivamente) y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, así como las fundaciones públicas (Ley 50/2002, de 26 de diciembre).

Las entidades públicas empresariales compaginan funciones y tareas de carácter estrictamente privado o empresarial con las de carácter público, asumiendo la realización de actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés general susceptibles de contraprestación. Se someten a un régimen jurídico mixto, de Derecho privado para el tráfico jurídico patrimonial externo, y de Derecho público en cuanto a la formación de su voluntad, ejercicio de autoridad o régimen presupuestario y contable. A diferencia de lo que ocurre con éstas, las sociedades mercantiles estatales desarrollan exclusivamente actividades económico-empresariales, por lo que en su régimen jurídico predomina decididamente el carácter privado. Se someten, pues, al Derecho común, esto es, al civil, mercantil o laboral, según corresponda, a salvo las especialidades presupuestarias, de control financiero y de contratación<sup>532</sup>. Por su parte, las fundaciones públicas son personas jurídicas creadas o

---

<sup>529</sup> SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *Los trabajadores discapacitados. Contratación, incentivos, centros especiales de empleo, prestaciones especiales, fiscalidades*, Valencia, 2000, p. 74.

<sup>530</sup> NÚÑEZ-GONZÁLEZ, C.: “La aplicación de la reserva de empleo para personas con minusvalía. Comentario a la Sentencia de 11 de mayo de 1995 del TSJ de la Comunidad Valenciana”, *Tribuna Social*, núms. 68-69, 1996, p. 31.

<sup>531</sup> EDO HERNÁNDEZ, V.: “La empresa pública en España”, *Papeles de Economía Política*, núm. 38, 1989, p. 70.

<sup>532</sup> Un estudio de ambas en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, pp. 207 y ss.

asumidas por la Administración u otros órganos constitucionales del Estado, pero sometidas al régimen de las fundaciones privadas<sup>533</sup>. Todas éstas quedan, pues, incluidas dentro del marco objetivo de aplicación de la disposición adicional 6ª de la LCSP. Por el contrario, cuando se trate de Administraciones públicas *stricto sensu* (art. 3.2 LCSP)<sup>534</sup> habrá que atender a lo previsto en el art. 51.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), el cual establece una cuota de reserva mínima no inferior al 5 por 100 de las vacantes a favor de los minusválidos, de modo que progresivamente los incapacitados alcancen el 2 por 100 de los efectivos totales<sup>535</sup>, pero tal previsión –como es lógico– queda totalmente al margen del ámbito de la contratación administrativa, tratándose, empero, de una vía de reclutamiento directo de mano de obra.

### b. El umbral mínimo de trabajadores discapacitados exigido

El parámetro del 2 por 100 queda referido a la plantilla total de la empresa, lo cual engloba, desde luego, sus posibles subdivisiones productivas, por más singularidad y autonomía que ostenten<sup>536</sup>. Es más, la inexigencia de un volumen

<sup>533</sup> CASARES MARCOS, A.: "Tipología fundacional", en AA.VV. (BENEITO PÉREZ, J.M., Dir.): *Tratado de Fundaciones*, Barcelona, 2007, pp. 233 y ss.

<sup>534</sup> En referencia a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local; las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; los organismos autónomos; las Universidades públicas; las entidades de Derecho Público, que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y las entidades de Derecho público vinculadas a una o varias Administraciones públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes: a) que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o b) que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

<sup>535</sup> PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007, p. 140 o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La promoción de los cupos de reserva a favor de las personas con discapacidad en el nuevo contexto normativo sobre empleo público, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2010 (BIB 2010/969).

<sup>536</sup> STSJ, Cont-Admto, Castilla y León/Valladolid 4 mayo 2000 (Ar. 1595).

mínimo de trabajadores sobre el cual aplicar el referido porcentaje conlleva, como lógica consecuencia (beneficiosa a todas luces), que las pequeñas empresas, mayoritarias en nuestro entorno empresarial (sobre todo, en el ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Castilla y León) y fuentes destacadas de la creación de empleo<sup>537</sup>, también puedan contribuir a la inserción del colectivo de minusválidos.

No deja de resultar ilustrativo a este respecto lo dispuesto en el art. 51.2 c) Ley Foral 2/2006, de Contratos Públicos de Navarra, modificada por la Ley Foral 1/2009, el cual establece la siguiente previsión: "cuando por la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se produjera empate en la puntuación entre dos o más licitadores, éste se dirimirá a favor de la empresa que tenga un mayor porcentaje de discapacidad, siempre que éste no sea inferior al 3 por 100".

Cinco cuestiones quedan, por lo demás, sin resolver en el tenor legal de la disposición adicional de la LCSP aquí analizada:

1. El mutismo sobre las modalidades contractuales en virtud de las cuales estuvieran vinculados los minusválidos con la empresa es absoluto, debiendo dar cabida a cualquiera de las existentes en el ordenamiento laboral: indefinidas o temporales, a tiempo completo o parcial, quedando incluidos –lógicamente– los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal y los antiguos trabajadores de la empresa a los que les haya sobrevenido la discapacidad funcional trabajando en la misma<sup>538</sup>.

Únicamente se prevé que si varias entidades licitadoras de las que hubieran empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla (disposición adicional 6, párrafo 1º LCSP). Tal criterio, introducido en fase de tramitación parlamentaria, pues la versión inicial del

---

<sup>537</sup> FITA ORTEGA, F.: *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Valencia, 1999, p. 23.

<sup>538</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: "Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas", en AA.VV. (ROMERO RODENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, p. 82.

proyecto del ley no lo contemplaba, pretende servir de estímulo a los empresarios para decidirse a contratar personas con discapacidad por tiempo indefinido, sin necesidad, sin embargo, de que se trate de contrataciones a jornada completa, habida cuenta, y en la línea legislativa general tendente a mejorar las condiciones de trabajo de quien tiene minorado su tiempo de actividad, desde el año 1999 –Real Decreto 4/1999, de 8 de enero– también viene siendo fomentada la prestación de servicios a tiempo parcial, sobre todo para colectivos como el de los minusválidos, “atendiendo a la ocasionalmente necesaria obligación de recurrir a la jornada reducida ante las dificultades propias de la persona con discapacidad”<sup>539</sup>.

La preocupación por mantener la estabilidad en el empleo y permitir una adaptación adecuada al mundo laboral de los discapacitados no puede sino valorarse de forma positiva, pero debería haberse visto acompañada, no obstante, por algún tipo de previsión tendente a evitar que, durante el tiempo de vigencia del contrato administrativo, el empresario adjudicatario pueda despedir a los trabajadores minusválidos sin causa justificada y así reducir el porcentaje de reserva; es más, si el despido resultara procedente o el contrato se extinguiera por causa distinta como pudiera ser, en paradigmático ejemplo, la voluntad del trabajador discapacitado o su fallecimiento, debería imponerse la obligación de sustitución de los afectados por otros trabajadores que cumplan las mismas características. Sólo así quedaría salvaguardado el espíritu de la norma y se evitarían hipotéticas situaciones de fraude, en las cuales en el momento de efectuar la licitación la intención del empleador (ayudado por el empleado, en los supuestos de connivencia), únicamente pretendería conseguir la adjudicación del contrato administrativo, pero no proporcionar un empleo de larga duración a un porcentaje determinado de personas discapacitadas.

2. La ausencia sobre cualquier tipo de criterio de cómputo de los trabajadores a los cuales aplicar el porcentaje reseñado obliga a tomar en consideración, a falta de otros parámetros, las reglas utilizadas en las elecciones a representantes unitarios (art. 72.2 Real Decreto Legislativo

---

<sup>539</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: “La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000)”, *Relaciones Laborales*, 2001, Tomo I, p. 219.

1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores –ET– y Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre) para cubrir las lagunas existentes: a) Los operarios vinculados por un contrato de duración determinada superior a un año se computarán como un trabajador más de la plantilla. b) Si su extensión fuese inferior a una anualidad, “cada doscientos días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más”. c) Existirá un límite a situar en que, si el cociente resultante “de dividir por doscientos el número de días trabajados es superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta como máximo, el total de dichos empleados”. d) En aquellos doscientos días deberán quedar englobados los días efectivamente trabajados, los de descanso semanal, los festivos y las vacaciones anuales; listado a incrementar con los perdidos como consecuencia de las causas de suspensión del contrato, pero no con las ausencias, “aun cuando sean justificadas”<sup>540</sup>.

3. Tampoco se precisa el grado de minusvalía exigido para entender cumplido el porcentaje de reserva, razón por la cual procede acudir a lo dispuesto en el art. 1.1 del Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad, debiendo entender incluido en tal concepto a quienes se les haya reconocido por los equipos multiprofesionales correspondientes un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, certificación que se obtiene por los trámites del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre<sup>541</sup>. Tal

---

<sup>540</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El comité de empresa. Procedimiento electoral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, Tomo II, pp. 1344 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: *Procedimiento de elecciones a representantes de los trabajadores y funcionarios*, Pamplona, 1995, pp. 283 y ss. o BLASCO PELLICER, C.: *El nuevo procedimiento de elecciones sindicales: aspectos críticos*, Valencia, 1995, pp. 91 y ss.

<sup>541</sup> Sobre el cauce procedimental para la obtención de una resolución administrativa por la que se reconozca y declare el grado de minusvalía, GALLEGO CORCOLES, I.: “El procedimiento para la declaración y calificación del grado de minusvalía”, en AA.VV. (ROMERO RODENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, pp. 189 y ss. Sobre el concepto de discapacitado, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El rechazo de la equiparación automática a la condición de ‘minusválido’ de los incapacitados permanentes de la Seguridad Social (comentario a la STS, Sala cuarta, de 18 de octubre de 2007)”, *Tribuna Social*, núm. 208, 2008, pp. 47 y ss.

previsión conlleva, sin embargo, una deplorable consecuencia negativa: si el legislador otorga el mismo valor a efectos de la preferencia en la adjudicación a todas las personas con un grado de discapacidad superior a este parámetro, no hay duda de que el sistema será más favorable para los sujetos menos disminuidos, ya que las empresas suelen “hacer una criba” y contratan a los trabajadores cuya minusvalía es menos acusada<sup>542</sup>. Para superar esta situación, procede efectuar la siguiente propuesta de *lege ferenda*: valorar más a los trabajadores con discapacidades más severas (personas con una minusvalía psíquica, sobre todo)<sup>543</sup>.

A esta misma conclusión cabe llegar, también, si se atiende a lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 1 del Real Decreto 1414/2006, en virtud del cual “se considerarán afectados por una minusvalía igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez”, no en vano con tal equiparación lo que se consigue es fomentar el empleo de los incapaces permanentes de la Seguridad Social en detrimento de aquéllos que padecen discapacidades severas y muy severas (tetrapléjicos, ciegos...)<sup>544</sup>.

En efecto, la experiencia demuestra que, para un mismo puesto de trabajo, el empresario, que decide voluntariamente o está obligado a contratar a una persona con discapacidad, elige antes a aquél cuyo grado de autonomía es mayor, quedando beneficiados, de una manera sobresaliente, los trabajadores afectados por un grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual cuando ésta se caracterice por la realización de un importante esfuerzo físico o una especial agudeza. Ciertamente estos pensionistas no podrán realizar las tareas propias de una actividad profesional tan dura, pero no tendrán ninguna limitación funcional para prestar servicios en otros cometidos más livianos o menos

<sup>542</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, cit., p. 157.

<sup>543</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública*, cit., pp. 46 y ss.

<sup>544</sup> ITURRI GARATE, J.L.: “Propuestas de revisión de la legislación vigente en materia de trabajo de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Derecho Laboral del siglo XXI. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 118, 2007, p. 331.

exigentes. Quizá para evitar esta consecuencia negativa, el Tribunal Supremo ha intentado zanjar una viva polémica judicial existente entre los diversos Tribunales Superiores de Justicia<sup>545</sup>, llegando, en unificación de doctrina, a la siguiente conclusión: “son distintos los propósitos que persiguen las normas de protección de la discapacidad y la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de la incapacidad permanente. La definición de los grados de incapacidad permanente a efectos de la Seguridad Social atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo; en cambio, la definición de minusvalía incluye dimensiones de la vida social, como son la educación y la participación en las actividades sociales, económicas y culturales. La coincidencia de los respectivos campos de cobertura de una y otra legislación puede ser amplia...; pero junto a esos espacios de coincidencia, hay otros que corresponden privativamente bien a la Seguridad Social bien a la protección de los discapacitados, y cuyos beneficiarios han de ser determinados respectivamente mediante los distintos procedimientos establecidos en uno y otro sector del ordenamiento jurídico”<sup>546</sup>.

Tal interpretación, bien intencionada –sin duda–, no arregla del todo aquella exclusión laboral especialmente sufrida por los erróneamente denominados “grandes discapacitados”, siendo necesario establecer, de nuevo de *lege ferenda*, otras medidas añadidas como pudiera ser la fijación de una reserva, más pequeña que la genérica del 2 por 100, a favor de este subgrupo. Sus singulares circunstancias deben ser atendidas sin demora.

4. No se acota de forma clara el espacio temporal a considerar, pues se omite tanto el *dies a quo* como el *dies ad quem*, optando, con una con-

---

<sup>545</sup> Por citar sólo algunos pronunciamientos judiciales, cabe mencionar cómo a favor de la atribución automática del *status* o la condición de discapacitados a los perceptores de pensiones de Seguridad Social por encontrarse en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, se pronunciaron las SSTSJ, Social, Burgos 14 octubre 2004 (rec. 615/04), Castilla-La Mancha 10 noviembre 2005 (rec. 972/04) o Navarra 20 junio 2006 (rec. 83/06). En contra, procede hacer referencia a las SSTSJ, Social, Murcia 7 febrero 2005 (rec. 19/05), Extremadura 28 abril 2005 (rec. 79/05), Cantabria 15 febrero 2006 (rec. 46/06) y País Vasco 4 junio 2006 (rec. 82/06).

<sup>546</sup> SSTS, Social, 21 y 22 marzo, 30 abril, 16 mayo, 20 junio y 16 y 18 de octubre 2007 (RJ 2007, 3539, 4627, 5012, 4911, 5355 y rec. 339/2006 y 571/2006).

fusa redacción, por referir el momento en el cual la empresa ha de reunir el requisito exigido "al tiempo de acreditar su solvencia técnica", es decir, al momento de la admisión en la licitación. La prueba de las exigencias precisas para beneficiarse de la citada preferencia adjudicatoria deberá realizarse normalmente y, en último caso, al presentar la proposición, a la que deberán acompañarse precisamente los documentos que acrediten la solvencia técnica, no siendo suficiente con una simple declaración responsable, sino que es pertinente demostrar fehacientemente el cumplimiento de los requisitos precisos<sup>547</sup>. Esta referencia temporal plantea el problema de su extensión, ya que, si bien en algunos contratos típicos la acreditación de la solvencia técnica se hace solamente a través de documentos generados por el proponente, en otros cabe que se efectúe, entre distintos medios, a través de controles hechos por la Administración o en su nombre por organismos oficiales, "lo cual llevaría, en este último caso, a que el requisito de un número mínimo de trabajadores minusválidos en plantilla venga referido, no tanto al momento de la presentación del documento justificativo de la solvencia por este medio de control específico, cuanto al momento mismo del control de la solvencia por la Administración"<sup>548</sup>. Lo más razonable es, pues, que en el propio pliego de condiciones administrativas se precise el concreto lapso temporal en que se haya de acreditar este requisito, dentro de las posibles interpretaciones que caben en el marco de la expresión, ciertamente imprecisa, del texto legal<sup>549</sup>.

A la postre, no se determinan tampoco las formalidades necesarias para justificar ante la Administración, en el momento indicado, el cumplimiento de la reserva. Para suplir esta laguna, cabe acudir a lo previsto en el art. 5 del Real Decreto 1451/1983, que recoge el deber de remitir al servicio público de empleo, dentro del primer trimestre de cada año y con conocimiento de los representantes de los trabajadores, una relación detallada de los puestos de trabajo ocupados por trabajadores con

---

<sup>547</sup> AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1427.

<sup>548</sup> AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1171.

<sup>549</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública*, cit., pp. 45 y ss.

discapacidad<sup>550</sup>. En consecuencia, un certificado del servicio público de empleo haciendo constar este extremo serviría como medio fundamental de prueba, sin marginar, ante el silencio legal, otros posibles de los que pudiera valerse la empresa.

5. Vigentes los oportunos contratos laborales con discapacitados y verificado el cumplimiento de la cuota, la disposición adicional analizada no determina la necesidad de mantener a lo largo de la vida del vínculo administrativo la reserva del 2 por 100, lo cual hará quebrar la finalidad misma de la norma aquí analizada: el fomento de la contratación directa de trabajadores minusválidos por las empresas capaz de elevar las altas tasas de inactividad que sufre este colectivo. Más bien se trata, por tanto, de un mero parche o remedio temporal.

De tal preocupación sí se hace eco el Decreto 84/2006, de 20 de junio, de Canarias, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa para fomentar la integración laboral de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral<sup>551</sup>, cuyo art. 6 dispone lo siguiente: “en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y en los contratos que se formalicen con las empresas que hayan resultado adjudicatarias en virtud de lo dispuesto en el presente Decreto, se hará constar la condición de mantener la vigencia del porcentaje de trabajadores fijos discapacitados durante el tiempo que dure la ejecución de la prestación objeto del contrato adjudicado o, en su caso, durante el plazo de garantía si la ejecución no se realizara en tracto sucesivo. El incumplimiento de tal condición será causa de la resolución del contrato adjudicado, debiendo constar en el mismo como tal causa de resolución”.

### c. Aplicación práctica

Pese a que el Plan extraordinario de la inclusión social y la lucha contra la pobreza adoptado en el año 2010 intenta potenciar la introducción en los

---

<sup>550</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas”, en AA.VV. (ROMERO RODENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, cit., p. 85.

<sup>551</sup> BOC 28 junio 2006.

pliegos de la preferencia aquí analizada<sup>552</sup>, lo cierto es que el alcance de la preferencia en la adjudicación de los contratos administrativos a favor de aquellos empleadores que cuenten con un porcentaje de trabajadores minusválidos en sus plantillas superior al 2 por 100, pese a su apariencia, es bastante limitado, por tres razones fundamentales: primera, porque la expresión “podrán” demuestra el carácter potestativo de su inclusión en los pliegos, de ahí la importancia del esfuerzo llevado a cabo en determinados sectores gubernamentales (no en todos) para dotarla de mayor eficacia<sup>553</sup>; segunda, porque la prioridad que se establece lo es para el supuesto de proposiciones iguales desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación, lo cual reduce bastante su marco de aplicación; y tercera, porque la estimación de la preferencia no requerirá una previa declaración responsable de las empresas, sino que al tener que venir necesariamente establecida en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y referida al momento de acreditar solvencia técnica, serán las propias entidades empresariales las que tengan que demostrar, no simplemente declarar, que cumplen el requisito exigido, resultando obvio que la organización productiva que no realice tal acreditación quedará excluida de la adjudicación preferente en caso de igualar a las demás ofertas más ventajosas aun cuando efectivamente cuente con un elevado porcentaje de mano de obra discapacitada<sup>554</sup>.

## E. Otras medidas de refuerzo a favor de las personas con discapacidad

Atendiendo a la escasa virtualidad de la medida aquí analizada, no puede extrañar que el legislador haya intentado “reforzar” el objetivo de minonar la resistencia empresarial a reservar puestos de trabajo a favor de los minusválidos a través de otras medidas incorporadas en diversos preceptos mismo texto legal.

<sup>552</sup> [www.msps.es](http://www.msps.es), p. 16.

<sup>553</sup> Así ha ocurrido, sin ánimo exhaustivo, con el Ministerio de Trabajo o el Ministerio de Asuntos Exteriores. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., TASCÓN LÓPEZ, R., ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G.: *Los minusválidos en el mercado laboral: incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*, cit., p. 61.

<sup>554</sup> AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1428. En este sentido, Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 44/98, de 16 de diciembre de 1998.

### a. Prohibiciones para contratar con la Administración

El art. 49 c) de la LCSP impide contratar con la Administración a aquellas personas (físicas o jurídicas) en quienes concurran determinadas circunstancias y, entre el elenco allí listado, la de “haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de... integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad”. Procede alertar, no obstante, sobre la existencia de ciertas diferencias entre la redacción legal actual de esta prohibición y su precedente, pues el art. 20.1 d) de la anterior LCAP sólo se refería a la sanción firme derivada de infracción grave en materia de “integración laboral de minusválidos”<sup>555</sup>, mientras la versión actual cuenta con un ámbito de aplicación mucho más amplio, abarcando también cualquier contravención grave del cúmulo de las obligaciones más ambiciosas establecidas en la Ley 51/2003<sup>556</sup>. A tal efecto procede señalar, además, que la disposición final 11ª de esta Ley encomienda al Gobierno para que, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma, remita a las Cortes un proyecto de Ley que establezca el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad con el fin de dar cumplimiento a los principios de legalidad y tipicidad, en virtud de los cuales los términos de la actividad sancionadora de las Administraciones públicas deben estar fijados por norma de rango legal. Para observar y hacer respetar las garantías de la ciudadanía en un Estado social y democrático como es el nuestro, ha sido promulgada la Ley 49/2007, de 26 de diciembre<sup>557</sup>, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuyos arts. 16.3 y 16.4 tipifican, respectivamente, las infracciones graves y las muy graves. Cabe entender incluidas, lógicamente, las segundas aunque el art. 49 c) sólo se refiere a las primeras, pues, en otro caso, quedaría mejor tratado el sujeto al que se le hubiera impuesto mayor castigo.

---

<sup>555</sup> ALONSO-GARCÍA, B.: “La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo”, *Tribuna Social*, núm. 91, 1998, p. 23.

<sup>556</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación Pública*, Barcelona, 4ª edición, 2008, pp. 213 y ss.

<sup>557</sup> BOE núm. 310, de 27 de diciembre.

Razones de seguridad jurídica aconsejan, no obstante, que este tipo de sanción [la prohibición de contratar con la Administración reseñada en el art. 49 c) LCSP] debería haber sido recogido expresamente entre el elenco de sanciones accesorias a las que hace referencia el art. 6 de la Ley 49/2007, que alude sólo a la supresión, cancelación o suspensión total o parcial de ayudas oficiales, consistentes en subvenciones y cualesquiera otras que la persona sancionada tuviese reconocidas o hubiera solicitado en el sector de la actividad en cuyo ámbito se produce la infracción.

Pese a este inconveniente, no cabe minusvalorar la importancia, siquiera testimonial de la prohibición aquí analizada, pues como con acierto se ha dicho “esencia de la honorabilidad del contratista será su respeto y cumplimiento de las normas y reglas profesionales”<sup>558</sup>, en especial en un tema de tanta trascendencia social. Merecen, por tanto, los más encendidos reproches aquellas injustificadas opiniones conforme a las cuales se entiende “desproporcionado” que a la sanción a imponer por el incumplimiento “se le superponga una pena accesoria de prohibición para contratar que puede suponer, económicamente hablando, cientos o miles de millones de pesetas (euros), con pérdidas de numerosos puestos de trabajo”<sup>559</sup>. Tal interpretación resulta, a todas luces, inadmisibile.

## b. Acomodo de las prescripciones técnicas al parámetro del diseño para todos

El art. 101.1 de la LCSP determina que “las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal y como son definidos en la Ley 51/2003”. Se trata de una previsión de hondo calado para el colectivo aquí analizado, no en vano estas prescripciones resultan pieza esencial del expediente de

---

<sup>558</sup> FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones públicas*, Madrid, 1997, p. 78.

<sup>559</sup> Voto particular al Dictamen 5/1998, de 27 de mayo, en CES: *Informe 5/1998, de 27 de mayo, sobre el anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1998, p. 21.

contratación<sup>560</sup>, pues completan la cláusula administrativa al tiempo que definen el compromiso contractual<sup>561</sup>.

Es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero, también y sobre todo, en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de los ciudadanos. La no accesibilidad de los entornos, productos y servicios constituye, sin duda, una forma sutil pero muy eficaz de discriminación indirecta, pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquéllos que no lo son. Las barreras arquitectónicas no sólo dificultan la vida diaria del discapacitado, sino también –y por lo que aquí interesa– la prestación de su fuerza de trabajo. Por este motivo, se hace necesaria la adaptación de las empresas a la discapacidad, lo cual requiere normalmente un coste económico al que no siempre son favorables las entidades productivas. En este sentido, la Directiva 2000/78 establece que se deben llevar a cabo los “ajustes razonables allí donde sean necesarios, para que dichas personas puedan acceder al empleo, tomar parte en él o progresar profesionalmente”. Por su parte, la Recomendación (2006)5 del Consejo de Europa sobre el Plan de Acción para la promoción de derechos y plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad (2006-2015), entre sus líneas de acción clave, alude a la necesidad de conseguir un “entorno construido accesible y sin obstáculos que favorecerá la igualdad de oportunidades, la autonomía, la participación en la sociedad y el acceso al empleo”<sup>562</sup>.

En el marco del Derecho interno, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) indica, en su art. 15.1 d), que el empleador “deberá adaptar el trabajo a la persona”; el Plan de Empleo para las personas con discapacidad en el siglo XXI “propone poner en marcha un Plan de Accesibilidad al Medio de Trabajo”; como una medida más concreta, el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero, que modifica el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, el cual regula el empleo selectivo y las medidas de fomento

---

<sup>560</sup> AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada*, Madrid, 2004, p. 281.

<sup>561</sup> AA.VV. (ARIÑO y ASOCIADOS): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo II, Granada, 2003, p. 644.

<sup>562</sup> Recomendación adoptada por el Comité de Ministros el 5 de abril de 2006, durante la 961ª reunión de Delegados de Ministros. [www.mtas.es](http://www.mtas.es).

de empleo de trabajadores minusválidos, incluía, antes de la promulgación del Real Decreto Ley 3/2011, la posibilidad de las empresas de solicitar subvenciones “con cargo al servicio público de empleo estatal” para “eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de los minusválidos”<sup>563</sup>. En fin, el art. 37 bis de la LISMI (tras la redacción proporcionada al mismo por la Ley 62/2003) establece la obligación empresarial “de adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad a la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para la empresa”. No basta, por tanto, con hacer accesible la organización productiva o adaptar el puesto de trabajo, sino que el deber legal abarca ambos extremos, con la única excepción de que ello suponga una onerosidad excesiva para la actividad empresarial, que en todo caso debe ser probada<sup>564</sup>.

Dentro de esta línea de actuación, no cabe soslayar la importancia de la previsión incorporada en el art. 101 de la LCSP, pues contribuye a suprimir cuantos obstáculos urbanísticos y arquitectónicos, en la movilidad y en la comunicación, impidan que las personas minusválidas puedan desarrollar una vida activa y participativa en la comunidad, si bien cabe cuestionar, no obstante, la incorporación de la expresión “en la medida de lo posible”, pues los criterios de accesibilidad han de tenerse en cuenta, en todo caso, como regla general. Lo que sí aclara el art. 101 LCSP es que en el supuesto de no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta los criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia por el órgano de contratación<sup>565</sup>, lo cual no deja de suponer ciertas garantías para el colectivo aquí analizado, no en vano contribuye a la superación de la exclusión de las personas con discapacidad debido a su mera imposibilidad física<sup>566</sup>.

---

<sup>563</sup> MORALES ORTEGA, J.M.: “Los destinatarios de la política de empleo”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGOS, F.J., Dirs.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, p. 307.

<sup>564</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública*, cit., pp. 157 y ss.

<sup>565</sup> CES: *Dictamen 4/2006, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, 2006, p. 17.

<sup>566</sup> ALONSO-ALEGRE, G.: *Manual de contratación pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad*, Madrid, 2009, p. 43.

### c. Reserva de participación para centros especiales de empleo

La disposición adicional séptima de la LCSP recoge la posibilidad de reconocer una "reserva de participación en procesos de licitación para centros especiales de empleo o bien una reserva de ejecución de contratos en programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias no pueden ejercer una actividad profesional en condiciones normales". Supone otra de las novedades tendentes a mejorar las bajas tasas de empleabilidad de los minusválidos con el solo requisito de que en el anuncio de licitación se haga referencia a esta reserva, lo cual garantiza la publicidad<sup>567</sup>.

Adolecer de una capacidad de trabajo notoriamente disminuida que imposibilite al minusválido prestar una ocupación en una empresa ordinaria, se constituye en el requisito de base para acceder a centros especiales de empleo, definidos como aquéllos cuya plantilla está constituida por el mayor número de trabajadores minusválidos que permita la naturaleza del proceso de producción, y "cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones de mercado y teniendo como finalidad la de asegurar un empleo remunerado y una prestación de servicios de ajuste personal y social; a la vez que un medio de integración de la más elevada cota posible de discapacitados al régimen del trabajo normal" (art. 42.1 LISMI)<sup>568</sup>.

Precisamente en atención a la función social que cumplen esos centros, ya sean públicos o privados (con o sin ánimo de lucro), el legislador ha venido primando la creación y viabilidad de los mismos a través de una serie de ayudas y subvenciones económicas, a la par que incentivando la creación directa y el mantenimiento de los puestos de trabajo especiales para minusválidos. En

---

<sup>567</sup> Cabe mencionar, en este ámbito, el ejemplo que brinda la reserva realizada por Estados Unidos a favor de empresas de minorías, al excepcionar el Acuerdo sobre contratación Pública (ACP), celebrado en el marco de la Organización Mundial de Comercio. Como resultado de ello, en este país, el 20 por 100 de los contratos está reservado para las "small minority business", es decir, para las empresas controladas por minorías. SÁEZ LARA, C.: "Las cláusulas sociales en los contratos del sector público", *Relaciones Laborales*, 2009, Tomo II, p. 508.

<sup>568</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: "Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción", *Temas Laborales*, núm. 51, 1999, p. 64.

concreto, la primera norma donde se encuentra el apoyo a la creación de centros de empleo protegido, esto es, de acogida, en fomento del empleo, de trabajadores minusválidos, es la Orden de 7 de noviembre de 1968, la cual concedía una serie de ayudas que consistían: por un lado, en subvenciones y préstamos para la creación y mantenimiento del propio centro (ampliación de locales, mejora de las instalaciones, adquisiciones de material...), y por otro, en auxilios destinados a sufragar los gastos derivados del alojamiento y/o manutención de los discapacitados. Con posterioridad, el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre trabajadores minusválidos, dedica una serie de disposiciones destinadas a fomentar la ocupación de este colectivo, incidiendo en el interés público por potenciar la creación de centros de empleo protegido, su ampliación o mejora de los existentes, diseñando una bonificación en la cuota empresarial por los trabajadores minusválidos que prestan servicios en los mismos<sup>569</sup>.

Finalmente, toda esta línea de promoción de centros de empleo protegidos fue reforzada por la LISMI al apuntar cómo las Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias y a través del estudio de necesidades sectoriales, habrían de fomentar la creación y puesta en marcha de centros especiales de empleo, sea directamente o en colaboración con otros organismos o entidades, a la vez que deberían promocionar la dotación de puestos especiales para minusválidos mediante la adopción de las medidas necesarias para la consecución de tales objetivos (art. 45.2). Pero es básicamente en el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, regulador de los centros especiales de empleo, donde se indica cómo entre las diversas fuentes de financiación de estos centros, se encuentran, por un lado, las ayudas que para su creación puedan establecer los programas de fomento del empleo y, por otro, los auxilios de mantenimiento a los que pueden acceder como consecuencia de los programas de apoyo al empleo establecidos por las Administraciones públicas, los cuales consisten en subvenciones por plaza ocupada por minusválido, bonificaciones de la cuota empresarial a la Seguridad Social y subvenciones para la adaptación de puestos de trabajo y para la eliminación de barreras

---

<sup>569</sup> TUSET DEL PINO, P.: "El centro especial de empleo. Naturaleza y clases. Gestión y financiación", en AA.VV. (ROMERO RODENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, pp. 155 y ss.

arquitectónicas. Ayudas todas estas que son precisamente las que se han venido recogiendo en las sucesivas convocatorias anuales de subvenciones públicas y programas de fomento desde 1984 hasta el momento presente<sup>570</sup>.

Los centros especiales de empleo no solamente se asimilan a la empresa ordinaria estructurándose sobre una actividad productiva y una participación regular en las operaciones de mercado (art. 42 LISMI), sino que se benefician también del reconocimiento y la ayuda de las instituciones públicas mediante su inscripción en un registro especial y el acceso a bonificaciones y subvenciones destinadas a la creación y mantenimiento de puestos de trabajo con el fin último de poder cumplir con la función social que tienen encomendada (art. 43 LISMI)<sup>571</sup>. Dentro de esta línea de tutela pública tendente a favorecer la inserción de trabajadores discapacitados en el mercado ordinario a través de los centros especiales de empleo destinados facilitarles una ocupación y unos servicios de ajuste personal y social capaz de permitir que tales trabajadores se encuentren en mejores condiciones que las iniciales de partida para poder acceder a las empresas ordinarias<sup>572</sup>, no puede extrañar que la disposición adicional séptima de la LCSP siga la estela de la Directiva 2004/18, en el sentido siguiente: a los efectos de garantizar la igualdad de oportunidades y de contribuir a la inserción en la sociedad de los grupos más desfavorecidos, esta Directiva, en su precepto número 19, establece la posibilidad de que los Estados miembros puedan reservar, sin especificar cuantitativamente esa reserva, la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, siempre que la mayoría –es de suponer que a partir de la mitad más uno– de los trabajadores afectados, sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales<sup>573</sup>. El Tribunal de Justicia

---

<sup>570</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: "Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción", *Temas Laborales*, núm. 51, 1999, pp. 65-66.

<sup>571</sup> TUSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, Pamplona, 2000, p. 147.

<sup>572</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: "El trabajo de discapacitados en centros especiales de empleo: replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial", en AA.VV. (ROMERO RODENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, p. 56.

<sup>573</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005, p. 235.

de la Comunidad Europea ha señalado también, reiterando el tenor de la norma comunitaria, que “los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales”<sup>574</sup>. Incluso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había venido admitiendo, igualmente y sin óbice alguno, la posibilidad de reservar determinados contratos a cooperativas y otras empresas de economía social<sup>575</sup>.

Cabe deducir, pues, con toda claridad que la prestación de servicios a favor de un centro especial de empleo tiene la consideración de auténtico trabajo protegido merecedor de la reserva recogida en la disposición adicional 7ª de la LCSP perfectamente admisible<sup>576</sup>. No se alcanza a comprender, sin embargo, la ausencia de todo tipo de referencia a los centros ocupacionales en esta misma disposición, no en vano éstos ofrecen a las personas minusválidas, cuya capacidad queda por debajo de los límites que permiten su integración dentro de la fórmula productiva del centro especial de empleo, el desarrollo de una ocupación o actividad frontera entre el trabajo y los tratamientos de rehabilitación a través de la ocupación y la prestación de actividad; en tales centros se realizan trabajos no estrictamente productivos, cuya finalidad esencial es potenciar y desarrollar las capacidades sociales y profesionales del discapacitado, con el fin último de conseguir su adaptación psicológica, médica, social y profesional, procurando colocar a la persona discapacitada en aquellas tareas más adaptadas a su situación personal (Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre)<sup>577</sup>. La única explicación posible a la ausencia de todo tipo de mención a estos centros ocupacionales en la disposición adicional 7ª de la

<sup>574</sup> STJCE 1997/129, de 17 de junio de 1997, asunto *Sodemare-Lombardía*.

<sup>575</sup> STS, Cont-AdmTivo, 3 julio 1991 (RJ 1991, 6548).

<sup>576</sup> SSTJCE 275/98, de 18 noviembre 1999, asunto *Unitrom*, y 324/98, de 7 diciembre 2000, asunto *Teleaustria*.

<sup>577</sup> SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J.M.: *Los trabajadores discapacitados. Contratación, incentivos, centros especiales de empleo, prestaciones sociales, fiscalidad*, Valencia, 2000, p. 169.

LCSP puede encontrarse en el hecho de que la actividad llevada a cabo en los mismos no es estrictamente laboral, sino formativa y de terapia, de modo que los centros ocupacionales no tienen naturaleza empresarial sino de servicio social (art. 6 LISMI). Tal justificación quiebra, no obstante, si se tiene en cuenta la siguiente argumentación<sup>578</sup>:

Cierto es que mientras los centros especiales de empleo se configuran como auténticas estructuras empresariales en las que los minusválidos prestan un trabajo productivo y remunerado, con vistas no sólo a su mayor capacitación social y profesional, sino también a un posible acceso al régimen de trabajo ordinario, los centros ocupacionales desarrollan, empero, un servicio social, permitiendo que los minusválidos realicen una serie de actividades o labores no productivas (terapia ocupacional) a la vez que reciben unos tratamientos de ajuste personal y social capaces de procurar a su favor una mayor habilitación personal y una mejor adaptación a la realidad social. A diferencia, pues, de los primeros, estos últimos vienen caracterizados por su finalidad esencialmente terapéutica, desarrollando programas orientados a la conservación de las facultades de los minusválidos, a su autonomía y a su satisfacción personal y social, lo que acoge igualmente su preparación para prestar en el futuro una actividad laboral o productiva<sup>579</sup>. La distinta configuración de unos y otros centros se hace, pues, partiendo del grado de discapacidad que tuviera el minusválido y, dependiendo de la misma, posibilitándose que éste pueda realizar bien una actividad laboral productiva (en un centro especial de empleo) o bien no productiva (en un centro ocupacional)<sup>580</sup>.

Si embargo, no puede dejar de advertirse el peligro de que en los centros ocupacionales se puedan estar realizando por parte de trabajadores minusválidos una serie de servicios o tareas que encubren en esencia una auténtica relación laboral. La falta de contornos claros dentro de lo que debe ser una ocupación de naturaleza jurídico-laboral y otra de índole terapéutica, y lo más preocu-

---

<sup>578</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La integración laboral de las personas con discapacidad tras la Ley de Contratos del Sector Público", *Temas Laborales*, núm. 95, 2008, pp. 123 y ss.

<sup>579</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, Valencia, 2000, p. 47.

<sup>580</sup> IGARTUA MIRÓ, M.T.: *Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial*, Murcia, 2003, p. 130.

pante, la carencia de precisiones normativas al respecto y de un control y seguimiento público de las actividades desarrolladas por los centros ocupacionales (al menos en atención al correcto destino de las subvenciones y ayudas otorgadas), facilita en esencia posibles desviaciones funcionales de una medida de formación ocupacional básica y de servicio social como es la que se trasluce tras un centro ocupacional hacia una auténtica prestación de servicios profesionales retribuidos y por cuenta ajena<sup>581</sup>. Por tales razones, procede apostar porque una futura reforma legislativa incluya también a los centros ocupacionales dentro de la reserva aquí analizada, no en vano la finalidad de la disposición adicional 7ª de la LCSP no es otra que la tantas veces mencionada: el incremento de las escasas tasas de ocupación de los discapacitados.

Sea como fuere, y al margen de esta reflexión *de lege ferenda*, como dato de interés, cabe señalar que alguna disposición autonómica ha cifrado la reserva de participación en los procesos de licitación a favor de los centros especiales de empleo en un 6 por 100, como mínimo, del importe de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior, tal y como sucede en el art. 9 Ley Foral 2/2006, de Contratos Públicos de Navarra, modificada por la Ley Foral 1/2009. No cabe ocultar tampoco que, en algunos supuestos, la mencionada reserva se ha extendido a otro tipo de organizaciones filantrópicas distintas de los centros aquí analizados, tal y como sucede con lo previsto en el art. 37 Ley 7/2004, de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas de la Generalitat de Cataluña, en virtud del cual "los departamentos, los organismos autónomos y las empresas públicas de la Generalitat tienen que reservar determinados contratos administrativos de obras, suministros o servicios a centros de inserción laboral de disminuidos, empresas de inserción sociolaboral, o a entidades sin ánimo de lucro que tengan como finalidad la integración laboral o social de personas en riesgo de exclusión social"<sup>582</sup>. Por su parte –y como dato igualmente digno de mención–, el art. 9 Ley Foral 6/2006 extiende, asimismo, la reserva a las empresas que tienen por objeto la

<sup>581</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, cit., p. 49.

<sup>582</sup> LESMES ZABALEGUI, S.: *Cláusulas sociales. Contratación pública e inserción sociolaboral de personas en situación desfavorecida*, [www.lamegi.org](http://www.lamegi.org), p. 10.

integración de personas con riesgo de exclusión social, si bien el importe de los contratos reservados no podrá superar el 20 por 100 del *quantum* de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior". En este mismo sentido, la Resolución 6/2008, de 2 de junio, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento del País Vasco, por la que se dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma y de su sector público, atribuye esta reserva a las empresas de inserción pero únicamente a través de contratos menores o procedimientos negociados<sup>583</sup>. Además, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón ha emitido informe favorable sobre la posibilidad de que, por ley, se amplíe la categoría de contratos reservados en el ámbito de los servicios sociales a las entidades sin ánimo de lucro<sup>584</sup>. En el ámbito castellano y leonés –y a modo de mero ejemplo–, la reserva aquí analizada se extiende expresamente a las empresas de inserción en el Convenio marco de colaboración entre la Universidad de Salamanca y la Fundación Salamanca Integra.

Ninguna duda de legalidad plantean estas extensiones de la reserva de licitación, si bien no cabría, sin embargo, tal y como ha determinado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, establecer reservas de determinados contratos a empresas nacionales o radicadas en determinadas partes del territorio con objeto de promover el desarrollo económico de determinadas zonas<sup>585</sup>.

#### d. La denominada "cláusula de progreso"

La necesidad de que las prestaciones correspondientes a los servicios públicos se vayan adaptando a los avances científicos y técnicos y, en general, al progreso evolutivo socioeconómico, cobra pleno sentido en el 230.4 de la LCSP,

---

<sup>583</sup> BOPV 19 junio 2008.

<sup>584</sup> Informe 17/2008, de 21 de julio.

<sup>585</sup> SSTJCE 21/88, de 20 de marzo de 1990, asunto *Du Pont de nemours Italiana* o 71/92, de 17 de noviembre de 1993, asunto *Comisión frente al Reino de España*.

el cual establece “la obligación del concesionario de mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación”. La sola lectura de este precepto manifiesta la clara voluntad de la Administración o, mejor, del propio ordenamiento, de impedir la inaplicación del progreso científico y técnico a las actividades que ya se están realizando conforme a autorizaciones administrativas otorgadas con anterioridad<sup>586</sup>. El Derecho impone, pues, al adjudicatario la continua adecuación de los procesos autorizados a los avances de la ciencia y la tecnología, conceptos jurídicos indeterminados para cuya concreción están llamadas a jugar un papel importante las normas técnicas que progresivamente han sido alumbradas por la ciencia y recogidas tanto en disposiciones precisas como en prescripciones normativas más abiertas<sup>587</sup>. Se trata de deparar, con ello, unos mayores niveles de protección medioambiental o, por lo que aquí interesa, de beneficios a los destinatarios finales de los servicios prestados en régimen de concesión, singularmente a aquéllos afectados por algún tipo de deficiencia en su capacidad.

Procede parar un momento la atención para dilucidar quién debe asumir los costes que indudablemente está llamada a generar la aplicación de esta cláusula de progreso. Se trata de un tema de indudable importancia debido a los dilatados plazos con que suelen operar los contratos de concesión de obra pública, de manera que durante su vigencia, no es que sean probables, sino que son seguras las innovaciones científicas y técnicas cuya aplicación a aquéllos puede mejorar el cumplimiento del contrato y, con ello, el nivel de satisfacción de los destinatarios de las prestaciones inherentes a la explotación de la infraestructura pública por el concesionario, singularmente las personas discapacitadas. Siendo esto así, necesariamente surge la duda acerca de quién debe soportar los costes que genera el cumplimiento del contrato conforme a unas exigencias, impuestas por el progreso, diferentes de aquéllas bajo las que se pactó la concesión.

---

<sup>586</sup> MEILÁN GIL, J.L.: *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Madrid, 1968, pp. 29 y ss.

<sup>587</sup> QUINTANA LÓPEZ, T.: “Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 131, 2006, pp. 421 y ss.

Pues bien, el interrogante planteado, lejos de simplificaciones que supongan cargar a alguna de las dos partes del contrato, es decir, al contratista o a la Administración, en función de que se considere que los “costes del progreso” constituyen uno más de los de explotación, en cuyo caso habrían de ser soportados por el contratista<sup>588</sup>, o bien, por el contrario, se tengan en todo caso por costes no previstos en el vínculo contractual que, por ello, suponen una ruptura del equilibrio financiero, ajena a contratista cuya recompensa corresponde a la Administración<sup>589</sup>, la respuesta debe ser matizada atendiendo al contenido material de lo impuesto por las propias normas que dan acogida a los avances científicos y técnicos y la dinámica del propio contrato<sup>590</sup>. Si en el contrato de concesión de obra pública, el contratista ha de cumplir sus obligaciones a su riesgo y ventura y, entre ellas, debe “mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios” (art. 230.4 LCSP), la obligación que pesa sobre él, derivada de la cláusula de progreso que contiene, se halla delimitada por la noción de mantenimiento de la obra pública; con ese límite, podría pensarse que los costes que genere su cumplimiento deben correr por cuenta del concesionario a lo largo del período de vigencia del contrato. Los mayores o menores avances científicos y técnicos que se produzcan y sean plasmados en normas jurídicas, así como los costes que puedan generar, siempre dentro de los límites del mantenimiento de la obra pública, formarían parte del *a/leas* que, como empresario, el concesionario debe soportar. Habría que concluir, por tanto, que más allá de lo que fueran costes de mantenimiento, tampoco ajenos a la materialización de exigencias derivadas de la cláusula de progreso, deberían serle compensados de una u otra forma al concesionario, no en vano esos costes pueden romper el equilibrio financiero alcanzado entre las partes<sup>591</sup>.

---

<sup>588</sup> MARTÍN HUERTA, P.: “Régimen económico financiero de la concesión y equilibrio económico del contrato (arts. 245 a 248)”, en AA.VV. (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Dir.): *Comentario a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, 2003, pp. 245 y ss.

<sup>589</sup> TORNOS MAS, J.: “Derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la Administración”, en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004, p. 1245.

<sup>590</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, p. 762.

<sup>591</sup> QUINTANA LÓPEZ, T.: “Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 131, 2006, p. 436.

### e. Garantía de accesibilidad

En fin –y como cláusula de cierre–, la disposición adicional 21ª de la LCSP establece, como mecanismo de tutela indiscutible de accesibilidad para los discapacitados, la necesidad de que, en el ámbito de la contratación pública, se proceda a la determinación de los medios de comunicación admisibles, al diseño de los elementos instrumentales y a la implantación de los trámites procedimentales, sin perder de vista en ningún caso los criterios de accesibilidad universal y diseño para todos en los términos definidos en la Ley 51/2003<sup>592</sup>.

Una sociedad que aboga por la inclusión y el respeto a los derechos humanos, debe ser aquella que asume las necesidades de todas las personas de forma igualitaria, perfeñando sus actuaciones en función de su diversidad y no de una “normalidad” establecida por la persona media. El diseño para todos, que es la actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por la integridad de las personas, en la mayor extensión posible, aparece como una vía adecuada para garantizar la igualdad de oportunidades y su participación activa en la sociedad, que la LCSP no ha podido olvidar<sup>593</sup>.

El diseño para todos significa, pues, superar el estigma de la diferencia con que tradicionalmente se ha tratado a las personas con discapacidad y asumir que sus condicionantes en relación con el entorno están en igual plano que otros más comunes y compartidos, tales como la edad, la actividad que se realiza o la limitación temporal de alguna función; supone tomar en consideración que la dimensión humana no está definida por unas capacidades, medidas o prestaciones, sino que debe contemplarse de manera más global, de modo que la diversidad sea la norma y no la excepción<sup>594</sup>.

<sup>592</sup> AA.VV.: *Memento Práctico Francis Lefebvre. Contratos Públicos 2008-2009*, Madrid, 2007, p. 986.

<sup>593</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, cit., pp. 78 y ss.

<sup>594</sup> I Plan nacional de accesibilidad 2004-2012. [www.mtas.es](http://www.mtas.es).

---

## 2. LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN Y SU CONTRIBUCIÓN AL RECLUTAMIENTO DE MARGINADOS SOCIALES

No cabe duda que los sujetos excluidos se encuentran fuera de las oportunidades vitales que posibilitan la ciudadanía plena y, como consecuencia, acumulan “rupturas sucesivas que, arrancando del corazón de la economía, la política y la sociedad, van alejando e inferiorizando a personas, grupos, comunidades y territorios con respecto a los centros de poder, los recursos y los valores dominantes”. La exclusión social es justamente eso, una quiebra en el “modelo de integración social basado en el empleo asalariado y en las relaciones de solidaridad familiar y social”<sup>595</sup>.

La pérdida, ausencia o precariedad en el empleo y las deficiencias de la protección social impiden que el individuo obtenga los recursos económicos necesarios para afrontar las necesidades básicas (vivienda, educación...), quedando al margen de uno de los derechos propios de un Estado Social (el derecho al trabajo y el derecho a la protección social) y de los valores que los inspiran: dignidad humana, igualdad y solidaridad personal<sup>596</sup>.

Precisamente, la incorporación al mercado de trabajo de las capas más débiles es el objetivo prioritario perseguido por el párrafo segundo de la disposición adicional sexta de la LCSP. A tal fin, y siguiendo el modelo del apartado primero anteriormente analizado, establece “la preferencia en la adjudicación de contratos, en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, para las proposiciones presentadas por aquellas empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, reguladas en la disposición adicional novena de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, valorándose el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30 por 100 de sus puestos de trabajo con personas pertenecientes a los colectivos excluidos, cuya situación será acreditada por los servicios sociales públicos competentes”.

---

<sup>595</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Las condiciones laborales en las empresas de inserción. A propósito de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre”, *Tribuna Social*, núm. 214, 2008, p. 29.

<sup>596</sup> SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: “Excluidos sociales: empleo y protección Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 59, p. 178.

Cuatro cuestiones fundamentales plantea esta redacción legal:

1. Las empresas beneficiarias de la preferencia en la adjudicación de los contratos, siempre y cuando hayan efectuado propuestas en igualdad de condiciones con las económicamente más ventajosas, han de dedicarse específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social. Conviene aclarar, no obstante, que la referencia a la disposición adicional 9ª de la Ley 12/2001 debe entenderse actualmente superada, no en vano ha sido expresamente derogada por la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, por la que se establece ahora el régimen jurídico de las empresas de inserción. El escueto marco normativo incorporado a la Ley 12/2001 y la necesidad de un entramado de ayudas normalizadas a favor de este tipo de empresas capaz de superar las dificultades de financiación que rodeaba a las mismas hicieron necesario el establecimiento de una nueva ordenación legal completa y detallada sobre las mismas<sup>597</sup>.

Desde esta nueva perspectiva, el art. 4 Ley 44/2007 define a las empresas de inserción como aquellas sociedades mercantiles o sociedades cooperativas legalmente constituidas que, debidamente calificadas por los organismos autonómicos competentes en la materia, realicen cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario. Su objeto social es, pues, la plena integración laboral y el acceso al empleo normal de las indicadas personas a las que luego se hará referencia detallada<sup>598</sup>.

Son, por tanto, empresas que contratan legalmente a todos sus empleados y que dedican una parte importante de sus puestos de trabajo a individuos con graves dificultades de empleabilidad con el único objetivo de que se puedan formar y adaptar a un entorno laboral normalizado<sup>599</sup>.

<sup>597</sup> MENDOZA MORENO, D.: *Situación actual y retos del régimen jurídico del trabajo de personas en situación de exclusión social y con discapacidad en España*, Madrid, 2010, pp. 19 y ss.

<sup>598</sup> VALLECILLO GAMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C.: "Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico (Comentario a la Ley 44/2007, de 14 de diciembre)", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro Estudios Financieros)*, núm. 298, 2008, pp. 115 y ss.

<sup>599</sup> LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS, L.M.: *Las empresas de inserción en España*, Madrid, 2002, p. 157.

“Con ellas se busca, mediante el empleo, la socialización de los excluidos sociales”<sup>600</sup>, pero excepcionando esta funcionalidad, las empresas de inserción no difieren (salvo en la necesidad de que su plantilla esté compuesta, como mínimo, por un 30 por 100 –durante los tres primeros años– o por un 50 por 100 –a partir del cuarto– de marginados sociales) de cualquier otra empresa, pudiendo adoptar todo tipo de estructura mercantil e incluso asociativa<sup>601</sup>, siempre y cuando sean promovidas por entidades públicas o sin ánimo de lucro (art. 6)<sup>602</sup>.

Al objeto de conseguir la finalidad de integración que se proponen, las empresas de inserción diseñan, para cada trabajador, un itinerario que persigue suplir las carencias y alcanzar los aprendizajes necesarios para lograr el suficiente grado de empleabilidad que permita su posterior acceso al mercado de trabajo ordinario (art.3)<sup>603</sup>. Dicho itinerario se caracteriza por las notas de voluntariedad (la decisión de seguirlo corresponde al propio afectado), singularidad (se elabora para cada individuo en concreto, teniendo en cuenta sus características y circunstancias) y personalización (con seguimiento particularizado por un tutor según un plan flexible previamente acordado)<sup>604</sup>.

Por su parte, el art. 5 de la Ley establece los requisitos que han de reunir estas empresas<sup>605</sup>:

- a) Estar promovidas y participadas por una o varias entidades promotoras (entidades sin ánimo de lucro, incluidas las derecho público,

---

<sup>600</sup> MORALES ORTEGA, J.: “Los destinatarios de las políticas de empleo”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGOS, F.J., Dirs.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, p. 293.

<sup>601</sup> LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS, L.M.: *Las empresas de inserción en España*, cit., p. 158.

<sup>602</sup> ROJO TORRECILLA, E.: “La regulación jurídica de las empresas de inserción”, en AA.VV. (ÁLVAREZ VEGA, M.I., Coord.): *Aspectos jurídico y económico de las empresas de economía social*, Oviedo, 2002, p. 267.

<sup>603</sup> MARTÍN PUEBLA, E.: “Empresas de inserción y política de empleo”, *Aranzadi Social*, 2007, Tomo V, pp. 2185 y ss.

<sup>604</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.; CANO GALÁN, Y.; CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *Políticas sociolaborales*, Madrid, 2005, p. 191.

<sup>605</sup> PÉREZ YÁÑEZ, R.M.: “La inserción social a través del trabajo: a propósito de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción”, *Relaciones Laborales*, 2008, Tomo I, pp. 1007 y ss.

asociaciones sin fines lucrativos y fundaciones). Esta participación será al menos de un 51 por 100 del capital social para las sociedades mercantiles. En el caso de sociedades cooperativas y sociedades laborales, dicha participación deberá situarse en los límites máximos recogidos en las diferentes legislaciones que les sea de aplicación a los socios colaboradores o asociados. Dado que las empresas de inserción responden a la finalidad de incrementar las tasas de empleabilidad de personas especialmente desfavorecidas, junto al hecho de una necesaria tutela por parte de las Administraciones públicas, tienen que reinvertir la mayor parte de sus posibles beneficios económicos en la ampliación o mejora de sus estructuras productivas o de inserción.

- b) Encontrarse inscritas en el registro correspondiente a su forma jurídica, así como en el registro administrativo de empresas de inserción correspondiente.
- c) Mantener en cómputo anual un porcentaje de trabajadores en proceso de inserción, cualquiera que sea la modalidad de contratación, de al menos el 30 por 100 durante los primeros tres años de actividad y al menos el 50 por 100 a partir del cuarto año, no pudiendo ser el número de aquéllos inferior a dos. Cabe utilizar cualquiera de las modalidades contractuales de contratación de duración determinada previstas en la legislación laboral, posibilitándose una adaptación del contrato de trabajo temporal de fomento del empleo como fórmula contractual vinculada a la ejecución de un itinerario de inserción, el cual podrá concertarse, como regla general, por un período mínimo de doce meses y máximo de tres años (art. 15).
- d) No realizar actividades económicas distintas a las de su objeto social.
- e) Aplicar, como mínimo, el 80 por 100 de los resultados o excedentes disponibles obtenidos en cada ejercicio a la mejora o ampliación de sus estructuras productivas y de inserción.
- f) Presentar anualmente un balance social de la actividad de la empresa que incluya la memoria económica y social, el grado de inserción en el mercado laboral ordinario y la composición de la plantilla, la información sobre las tareas de inserción realizadas y las previsiones para el próximo ejercicio.

- g) Contar con los medios necesarios para cumplir con los compromisos derivados de los itinerarios de inserción sociolaboral, destinados a potenciar las capacidades de las personas a través de procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación, habituación laboral y social y, en su caso, servicios de intervención y acompañamiento social.

Cumplidos estos requisitos, no cabe duda que la finalidad de inserción profesional cualifica su objeto social, pero tampoco deja de ser cierto que las empresas de inserción son verdaderas sociedades que desarrollan una actividad económica de producción de bienes y servicios para el mercado. Otra cosa es que determinados sectores de actividad puedan considerarse más apropiados para acoger a este tipo de empresas (como pueden ser, tal y como señala la Comisión Europea, los servicios de la vida diaria –a domicilio, cuidado de menores...–, servicios de mejora de la calidad de vida –reparaciones, seguridad, transporte, revalorización de espacios públicos, servicios de proximidad, catering, cuidado de enfermos...–, servicios culturales y ocio y servicios medioambientales) y también es otra cosa que la experiencia de las empresas de inserción españolas se haya desarrollado sobre todo en el ámbito de la ecología y la recuperación de residuos<sup>606</sup>. Tales campos típicos de actuación hacen que la contratación con las Administraciones públicas constituya una parte muy importante en la actividad productiva de estas empresas<sup>607</sup>.

2. La LCSP no sólo otorga prioridad en el desempate a las empresas de inserción en sentido estricto, sino también a aquellas entidades que, sin serlo, se comprometan a contratar excluidos sociales por encima del 30 por 100, tal y como sucede, en paradigmático ejemplo, con las cooperativas de iniciativa social, reguladas en el art. 106 de la Ley 27/1999, de 19 de julio<sup>608</sup>.

---

<sup>606</sup> LUJAN ALCARAZ, J.: "Empresas de inserción", *Aranzadi Social*, núm. 20, 2007, p. 3.

<sup>607</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, cit., pp. 83 y ss.

<sup>608</sup> MARTÍN PUEBLA, E.: "Empresas de inserción y política de empleo", *Aranzadi Social*, núm. 22, 2007, p. 5.

En este sentido se recoge una preferencia de adjudicación, por ejemplo, en el pliego de prescripciones administrativas de la Comunidad de Madrid relativo a la contratación para la gestión de una residencia y pisos tutelados para personas con enfermedad mental crónica.

3. En el intento de aclarar quién posee la condición de excluido social, la LCSP hace una enumeración exhaustiva, en la que aparecen prácticamente los mismos colectivos recogidos en el art. 2 de la Ley 44/2007, aunque con alguna variación: Lugar primero y principal ocupan las personas con escasez de recursos económicos, quedando englobados en dicho grupo los perceptores de rentas mínimas de inserción (o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma –en Castilla y León, renta garantizada de ciudadanía–)<sup>609</sup> o aquellos otros que no puedan acceder a dichas percepciones, bien por no cumplir el período exigido de residencia o empadronamiento o por haber agotado el período máximo de disfrute legalmente establecido<sup>610</sup>. Junto a los posibles perceptores de rentas mínimas de inserción, también tienen cabida personas que, pese a que igualmente pudieran tener problemas económicos, lo que realmente les enmarca en estos colectivos excluidos, es la existencia de ciertas “dificultades” sociales previas, las cuales les sitúan en distintos procesos de reinserción social. Así, estarán encuadrados los jóvenes, mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de instituciones de protección de menores; personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social; internos de centros penitenciarios cuya situación privativa de libertad les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales o exreclusos<sup>611</sup>.

<sup>609</sup> Ley 7/2010, de 30 de agosto (BOCyL núm. 170, de 2 de septiembre de 2010).

<sup>610</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Granada, 1999, pp. 27 y ss.

<sup>611</sup> PANIZO ROBLES, J.A.: “El nuevo programa de fomento del empleo (comentarios al Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo)”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro Estudios Financieros)*, núm. 280, 2006, p. 74.

Sin embargo, no se hace referencia, lo cual no deja de ser criticable, a los menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2002, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya situación les permita acceder a un empleo, así como a los que se encuentran en situación de libertad vigilada y los exinternos, ni tampoco a las personas procedentes de centros de alojamiento alternativo o de servicios de prevención e inserción social autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla<sup>612</sup>. Se echa de menos, al tiempo, algún tipo de alusión a los extranjeros o pertenecientes a determinadas etnias, que suman a su posición laboral como “ajenos” el peso de una discriminación social arraigada<sup>613</sup>. Lo mismo ocurre con las víctimas de violencia de género que no aparecen en el elenco de sujetos marginados, lo cual supone una carencia a considerar como negativa, máxime cuando la posibilidad de acceso al desempeño de una actividad profesional constituye un importante cauce de normalización de la vida de las mujeres vejadas por sus parejas o exparejas, así como una de las vías más directas para contar con una autonomía económica precisamente en un momento en el que los gastos aumentan<sup>614</sup>.

En fin, la propia Ley de Empresas de Inserción es consciente de este riesgo de divergencia entre los colectivos en ella mencionados y los considerados excluidos por otras normas, tal y como sucede con lo previsto en la disposición adicional 6ª.2 LCSP aquí analizada. De ahí que la disposición final segunda Ley 44/2007 incluya una cláusula de cierre del sistema, si bien usando y abusando de las tradicionales deslegalizaciones, tan típicas en la materia asistencial –también ocupacional–, en la cual se atribuye al Gobierno la competencia para “modificar los colectivos que se consideran en situación de exclusión social de acuerdo con el art. 2.1,

---

<sup>612</sup> Colectivo de nueva incorporación en el ámbito de la exclusión social por la Ley 44/2007 si se compara con su inmediato referente, la disposición adicional 2ª Ley 43/2006. ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Las condiciones laborales en las empresas de inserción. A propósito de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre”, *Tribuna Social*, núm. 14, 2008, p. 31.

<sup>613</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Políticas selectivas: un peculiar contenido de las medidas activas de empleo”, en AA.VV.: *XVIII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Murcia, 2007, p. 274.

<sup>614</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La familia en el ámbito jurídico laboral. Situación y protección*, Valencia, 2008, pp. 288 y ss.

previo informe emitido por las Comunidades Autónomas y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, incluidas las del sector afectado"<sup>615</sup>. Teniendo en cuenta tal habilitación, deviene necesario tomar cartas en el asunto para adaptar el contenido de ambas disposiciones si lo que se quiere es dar preferencia en la adjudicación de los contratos realmente a las empresas de inserción con el fin de favorecer las oportunidades de ocupación de los colectivos realmente marginados sin exclusión de ningún tipo.

4. Es necesario, tal y como se encarga de señalar el párrafo 2º de la disposición adicional 6ª de la LCSP, que los excluidos sociales acrediten su condición de tales mediante justificación aportada por los servicios públicos competentes, circunstancia exigida también por el art. 2.2. de la Ley 44/2007. Se pretende evitar, así, potenciales abusos e incentivar indirectamente a estos sujetos a que utilicen los mecanismos legalmente dispuestos en su favor, pero sin duda puede dejar desprotegidas algunas situaciones reales de marginalidad no conocidas oficialmente por los servicios sociales<sup>616</sup>. Lo que parece indicar el legislador es que una cosa son los colectivos vulnerables (los enumerados) y otra la especial dificultad de esos grupos para su integración en el mercado de trabajo, dificultad que debe ser valorada inexcusablemente por los Servicios Sociales<sup>617</sup>.

---

### 3. ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO: NUEVOS YACIMIENTOS DE EMPLEO PARA DESEMPLEADOS CON DIFICULTADES DE ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO

Cuando el Estado devuelve a la sociedad funciones que él no puede desarrollar con la eficacia deseable, corresponde de una manera predominante a las entidades sin afán de lucro desempeñar tales tareas en sustitución de las

---

<sup>615</sup> SOLER ARREBOLA, J.A.: "Aproximaciones a la nueva Ley para la regulación del régimen de las empresas de inserción", *Temas Laborales*, núm. 95, 2008, p. 53.

<sup>616</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, cit., pp. 96 y ss.

<sup>617</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: "La relación laboral de los trabajadores en situación de exclusión social en las empresas de inserción", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, p. 219.

Administraciones públicas, desarrollando, por consiguiente, actividades de interés colectivo o general capaces de garantizar el bienestar social<sup>618</sup>. En este intento de potenciar el denominado tercer sector, cobra pleno sentido el establecimiento de una preferencia a favor de las entidades filantrópicas en la adjudicación de determinados contratos públicos (disposición adicional sexta.3 LCSP). Cuatro aspectos destacan en esta fórmula legal:

1. Las entidades sin ánimo de lucro respecto de las cuales es predicable la preferencia en la adjudicación deben venir revestidas de personalidad jurídica y dotadas de una determinada organización; tal exigencia ha de quedar cumplida por cualesquiera de las formas de personificación previstas en el ordenamiento, sea en el marco del Derecho público o del Derecho privado, constituyendo, además, su inscripción en el registro una exigencia también esencial para la obtención de la prioridad establecida en la LCSP. No puede negarse, sin embargo, la importancia que en el sector filantrópico español tienen las estructuras informales, como las que pueden surgir en torno a la familia, los grupos de amigos, de vecinos, etc. Precisamente en la fuerza que, desde siempre, han tenido tales estructuras sociales en nuestro país, se ha querido ver uno de los factores que han influido en la tradicional falta de desarrollo del sector asociativo “formal”, pero el carácter disperso y espontáneo de tales redes primarias impide su inclusión dentro de los límites de la disposición adicional aquí analizada si se quiere dotar a ésta de un mínimo de sentido<sup>619</sup>.

Así parece deducirse de lo dispuesto, por ejemplo, en el art. 65.1 Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco, en el cual se establece que las Administraciones Públicas, a la hora de establecer conciertos, darán prioridad, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, a las entidades dedicadas a al prestación de servicios sociales de carácter no lucrativo. La exigencia de una determinada personalidad jurídica resulta inexcusable.

2. El patrimonio de la entidad sin ánimo de lucro ha de hallarse destinado a la realización de fines de interés general (*non profit*), lo cual viene a supo-

---

<sup>618</sup> CABRA DE LUNA, M.: *El tercer sector y las fundaciones de España. Hacia el nuevo milenio (enfoque económico, sociológico y jurídico)*, Madrid, 1998, pp. 27 y ss.

<sup>619</sup> CASADO, D: “El sector voluntario de objeto social en la perspectiva europea”, en AA.VV. (JEREZ NOVARA, A., Dir.): *¿Trabajo voluntario o participación?*, Madrid, 1998, p. 181.

ner en la práctica su intervención como coadyuvantes de las Administraciones públicas, no en vano estas entidades, como personas jurídico-privadas que son, no tienen la consideración de poderes administrativos, en cuanto no están dotadas de *imperium* o soberanía, pero en tanto en cuanto es precisamente a las organizaciones públicas a quienes se impone como obligación el logro del interés general, la intervención de las entidades filantrópicas en este campo a través del sistema de contratación administrativa va a quedar limitado a colaborar en la satisfacción pública de las demandas sociales referidas fundamentalmente a aquellos aspectos relacionados con los derechos de tercera generación o fundados en la solidaridad (paz, protección del medio ambiente, desarrollo, servicios sociales, culturales o de ocio...)<sup>620</sup>. De todas formas, es necesario distinguir el fin, que necesariamente tiene que ser general, y la realización de dicha finalidad, pues, al concertarse, *in casu*, con determinadas entidades no lucrativas, siempre acabará beneficiando en último término a personas determinadas<sup>621</sup>.

3. Para la aplicación de la preferencia en la adjudicación es necesario también que los fines de la entidad tengan relación directa con el objeto del contrato. Teniendo en cuenta que en este caso dicha prioridad sólo es aplicable a los vínculos contractuales relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, resulta que los fines de estos sujetos han de tener, además de relación con el objeto del contrato, de nuevo, carácter social o asistencial<sup>622</sup>. La reiteración no deja de resultar tautológica, aun cuando demuestra sobradamente la intencionalidad del párrafo 3º de la disposición adicional 6ª de la LCSP.

Ejemplos de esta necesidad de vinculación pueden encontrarse en distintos pliegos de contratación del Ayuntamiento de Barcelona, pudiendo citar, por su claridad, el del contrato administrativo especial para el apoyo a las familias contra la violencia machista o el del contrato especial para

<sup>620</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.; CANO GALÁN, Y.; CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *Políticas sociolaborales*, Madrid, 2005, p. 76.

<sup>621</sup> REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A.: *La nueva Ley de Fundaciones*, Madrid, 1994, p. 14.

<sup>622</sup> AZNAR LÓPEZ, M.: "La configuración jurídica de las entidades no lucrativas de tipo social y humanitario: nuevas perspectivas", *Documentación Social*, núm. 3, 1996, pp. 203 y ss.

la gestión de los puntos de información y atención a las mujeres (PIAD) existentes en los diez distritos municipales.

4. Las entidades no lucrativas realizan actividades interés general o social, pero para su desempeño requieren de la lógica prestación de servicios por parte de personas físicas. Junto a quienes integran sus organismos internos (asamblea y órganos de gobierno y representación), y a quienes colaboran con ellas de forma gratuita y altruista como voluntarios<sup>623</sup>, las organizaciones de este tipo emplean volúmenes muy importantes de mano de obra. Nuestra sociedad se ha caracterizado, desde siempre, por el hecho de que personas, sin distinción de edad, raza o sexo, se han comprometido, de manera libre, a ayudar o luchar para mejorar las condiciones existenciales de los demás y para dar una respuesta cívica y solidaria a las necesidades e inquietudes que, en cada momento, se plantean<sup>624</sup>. Es más, el movimiento voluntario vive últimamente una etapa de despliegue y crecimiento, capaz de justificar la promulgación de la Ley 6/1996, de 15 de diciembre, del Voluntariado<sup>625</sup>, que permite la articulación de “una importante red de trabajos benévolos”<sup>626</sup>. Pero ello no debe hacer olvidar que aun cuando las entidades no lucrativas se benefician de la prestación de sujetos carentes de retribución, lo cierto es que aparecen también como instituciones “creadoras” de cuantiosos puestos de trabajo en el mercado ordinario<sup>627</sup>, sobre todo por lo que se refiere a los

---

<sup>623</sup> LEGUIDEC, R.: “Decadencia y resurgimiento del trabajo gratuito”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 115, núm. 6, 1996, pp. 701 y ss. o GARCÍA NINET, J.: “Régimen jurídico del personal voluntario”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 18, 1983, pp. 127 y ss.

<sup>624</sup> ASCOLI, V.: “Estado de bienestar y acción voluntaria”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 38, 1997, pp. 123 y ss. o DE LUCA, J.: “La polémica sobre los derechos de la solidaridad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1995, p. 13.

<sup>625</sup> GARCÍA INDIA, A.: “Aspectos legales del voluntariado: el modelo de la Ley 6/1996, de 15 de enero” y MORA ROSADO, S.: “El fenómeno del voluntariado en España”, ambos en *Documentación Social*, núm. 104, 1996, pp. 201 y ss. y 129 y ss., respectivamente.

<sup>626</sup> ALONSO OLEA, M.: “Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia y buena vecindad”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Ed.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1999, p. 18.

<sup>627</sup> EMBID IRUJO, J.M.: “Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 7, 2003, p. 86.

denominados “nuevos yacimientos de empleo”<sup>628</sup>. De ahí la importancia de la preferencia establecida en la adjudicación de los contratos administrativos a favor de las entidades sin ánimo de lucro en cuanto al incremento del empleo se refiere, máxime si se tiene en cuenta que la escasa cualificación exigida para desempeñar las ocupaciones propias de las mismas permite que sean realizadas por desempleados expulsados del mercado laboral como consecuencia de la introducción de las tecnologías de la información y de la comunicación, por jóvenes y en un alto grado también por mujeres<sup>629</sup>. Precisamente, pues, alguno de los colectivos más necesitados.

#### 4. ORGANIZACIONES DE COMERCIO JUSTO Y SU ACTUACIÓN EN DEFENSA DE LOS TRABAJADORES MÁS VULNERABLES

La preocupación porque en las obras o servicios encomendados por la Administración a empresarios privados se respete la normativa laboral y se ofrezcan condiciones de trabajo aceptables para los trabajadores ocupados en ellos ha sido acogida por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en especial en el importante Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), de 1949 (núm. 94), acompañado de la Recomendación núm. 84, de la misma denominación y el mismo año. Para lograr tal objetivo, este Convenio utiliza una técnica jurídica peculiar: en lugar de imponer la obligación de los Estados de establecer en su legislación que los contratistas reconozcan a sus trabajadores salarios y condiciones de trabajo no menos favorables a las del lugar y actividad en cuestión, prevé que la legislación nacional obligue a las Administraciones públicas a incorporar en los contratos administrativos las denominadas “cláusulas de trabajo”, en virtud de las

<sup>628</sup> CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: “Creación de empleo y yacimientos de empleo”, *Gaceta Sindical*, núm. 167, 1998, pp. 43-49. Por extenso, CACHÓN RODRÍGUEZ, L., COLLADO CURIEL, J.L. y MARTÍNEZ MARÍN, M.I.: *Nuevos yacimientos de empleo en España. Potencial de crecimiento y desarrollo futuro*, Madrid, 1998.

<sup>629</sup> ÁLVAREZ CORTES, J.C.: “Medidas de creación de empleo”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGU, F.J., Dirs.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, p. 405.

cuales los contratistas deben comprometerse a reconocer a sus trabajadores salarios, horarios y condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas en convenio colectivo, laudo o normativa estatal para un trabajo de igual naturaleza en la misma actividad y en la región donde se ejecute el contrato. Este sistema tiene la ventaja de crear una responsabilidad contractual específica frente a la Administración, garantizada incluso con la posible resolución del contrato, pero tiene el inconveniente de dejar esa obligación a los avatares de la lógica competitiva, factor de debilidad que el tiempo ha acentuado en los sistemas continentales de contratación<sup>630</sup>.

Consecuencia de tal ordenación, la necesidad de garantizar la observancia por parte de los licitadores del contenido de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo es manifiesta en muchos apartados del articulado de la LCSP. Así –y en paradigmático ejemplo–, la Exposición de Motivos de la LCSP hace referencia expresa a la utilización de posibles cláusulas sociales con el fin último de conseguir una acomodación de las prestaciones a las exigencias de un “comercio justo” con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo. Desde tal perspectiva, el párrafo 4º de la disposición adicional sexta de este mismo texto legal reconoce “la preferencia en la adjudicación de los contratos que tengan por objeto productos en los que exista alternativa de comercio justo, para las proposiciones presentadas por aquellas entidades reconocidas como organizaciones de comercio justo”.

Su puesta en práctica puede suponer un acicate importante a la hora de conseguir que las empresas muestren una mayor implicación frente a todas las formas aún subsistentes de explotación laboral, no en vano el comercio justo no tiene sino como finalidad principal la de ofrecer, vender y promocionar productos que cumplen determinados criterios sociales y de desarrollo, contribuyendo a la erradicación de la pobreza a través de la promoción de oportunidades de mejora a pequeños productores y trabajadores de los países más desfavorecidos (Resolución del Parlamento europeo sobre comercio justo y desarrollo)<sup>631</sup>. La Administración, a través del sistema de contratación pública, puede impulsar que las organizaciones productivas no se limiten al

---

<sup>630</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Contratación pública y condiciones de trabajo”, cit., p. 12.

<sup>631</sup> 2005/2245 (INI).

puro cumplimiento de la legislación laboral interna del país en donde operan, aprovechándose de la precariedad de buena parte de estas normativas. Puede conseguir, por tanto, un plus de compromiso de determinadas empresas que les lleve a implementar unos estándares laborales superiores, consistentes en, al menos, respetar las normas mínimas contenidas en los convenios básicos de la OIT<sup>632</sup>.

Aun cuando se han dado pocos pasos en este sentido, no cabe silenciar que en España se creó en 1996 la Coordinadora Estatal de Comercio Justo, miembro, a su vez, de las principales redes internacionales<sup>633</sup>. Procede señalar, además, algunas experiencias municipales de concursos públicos para el suministro de productos alimenticios (sobre todo café, como ha sucedido en el Ayuntamiento de Barcelona y en la Universidad Autónoma de esta misma localidad) y productos textiles, en base a criterios sociales, éticos y solidarios, exigiendo en algunos casos contar con la certificación FLO (Fairtrade Labelling Organizations), una etiqueta que ya figura en los productos que se venden en países como Holanda, Francia, Reino Unido, Alemania o Canadá y garantiza que un artículo ha sido elaborado en condiciones de trabajo dignas para sus empleados<sup>634</sup>. El nuevo apartado 4º de la disposición adicional 6ª de la LCSP va a permitir, sin duda –con mayores dosis de eficacia–, seguir explotando esta vía<sup>635</sup>, con el fin de cumplir una doble finalidad: que las Administraciones Públicas incorporen en relación con su cadena de proveedores la estrategia derivada del comercio justo, y, a la vez y con ello, incidir en el plano de la subcontratación internacional, garantizando que la empresa contratista que suministra el producto de que se trate respete en origen –normalmente países subdesarrollados– los estándares mínimos derivados de dicho comercio justo<sup>636</sup>.

---

<sup>632</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, cit., pp. 104 y ss.

<sup>633</sup> [www.e-comerciojusto.org/es/](http://www.e-comerciojusto.org/es/).

<sup>634</sup> LESMES ZABALEGUI, S.: "Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral", *Lan Harremanak*, núm. 13, 2005, p. 71.

<sup>635</sup> GALA DURÁN, C.: "Responsabilidad social empresarial. Derecho a la libre prestación de servicios y contratación pública", en AA.VV.: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, vol. II, *XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2010, p. 544.

<sup>636</sup> GALA DURÁN, C.: "Responsabilidad social empresarial, derecho a la libre prestación de servicios y contratación pública de obras o servicios", *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2010, p. 29.

## V. EL ACOMODO DEL RÉGIMEN DE PRIORIDADES EN LA ADJUDICACIÓN A LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como es sabido, la libertad de los Estados miembros de dictar pautas en materia de contratos públicos, en el marco de las normas comunes, está sometida, en lo que es un condicionante primero y principal, al respeto de las libertades y principios fundamentales del Tratado. En contra de la procedencia o conveniencia de la introducción de cláusulas sociales en el sistema de contratación del sector público ha de tenerse en cuenta éstas serán frecuentemente ajenas al interés general perseguido con la ejecución del contrato público, e incluso su valoración podría llegar a ser contraria al logro del fin esencial del vínculo administrativo: realización de una obra o gestión de un servicio de la forma más eficaz y rentable. Ciertamente es que este punto de vista ha de ser compatible con el presupuesto de que las finalidades sociales de estas cláusulas son perfectamente atendibles y deben merecer medidas del ordenamiento jurídico y de los poderes sociales, pero tal perspectiva no debe hacer perder de vista que la normativa que regula los procedimientos de contratación pública atiende prioritariamente a un objetivo económico, por lo que las decisiones al respecto han de ser adoptadas en base a consideraciones fundamentalmente monetarias<sup>637</sup>.

Sin embargo, a favor de la incorporación de estas exigencias sociales en los procedimientos de contratación pública se puede esgrimir el argumento de la necesaria coordinación entre las distintas políticas públicas (ya sean estatales o comunitarias) en materia de contratación, empleo, igualdad o inclusión social. Así, la importancia económica creciente de la contratación pública, que alcanza el 16 por 100 del PIB de la Unión Europea, hace aconsejable que los diversos planes o programas sobre políticas públicas de igualdad, empleo o salud y seguridad laboral, invoquen el protagonismo “tractor” de las propias Administraciones públicas, lo cual constituye un importante aval para que las diversas medidas o acciones programadas prevean la inclusión de cláusulas sociales (de género, de empleo o de seguridad y salud laboral) en los procedimientos de contratación pública<sup>638</sup>.

---

<sup>637</sup> TRYBUS, M.: “Social Clauses in EU Public Procurement”, *Internacional Conference on Corporate Social Responsibility*, Copenhagen University, 6 y 7 noviembre 2008.

<sup>638</sup> SÁEZ LARA, C.: “Las cláusulas sociales en los contratos del sector público”, *Relaciones Laborales*, 2009, Tomo II, p. 496.

No faltan voces que manifiestan cómo en el marco de la construcción del mercado único europeo conviene dar a los aspectos sociales la misma importancia que a los aspectos económicos y, por tanto, ambos deben ser desarrollados de forma equilibrada<sup>639</sup>, no en vano la política de la contratación pública debe compaginarse “con la consecución de otros objetivos, entre ellos los de la política social”<sup>640</sup>. Es decir, su principal finalidad debe ser la institucionalización de un modelo de competencia funcional, eficaz y efectiva, el cual debe tomar en consideración los costes sociales reales que el propio sistema competitivo general<sup>641</sup>.

Es más, el propio Libro Verde de la contratación pública considera que uno de los objetivos del mercado interior y, por tanto, de la contratación pública es, precisamente, la creación de empleo<sup>642</sup>, razón por la cual para determinar la adjudicación de un contrato público a una determinada empresa se pueden manejar criterios que integren aspectos sociales como pudiera ser la minoración de las tasas de desocupación<sup>643</sup>.

Sea como fuere, estas dos posturas extremas, a favor y en contra, de la inclusión de consideraciones sociales en los procesos de contratación pública, deben ser matizadas en el sentido siguiente: aun partiendo de una perspectiva favorable a la inclusión de objetivos sociales en los contratos públicos, sin embargo, la admisibilidad de la utilización debe respetar las libertades comunitarias y contribuir a la consecución de un mercado interior único. La legislación europea al respecto ha favorecido la apertura a la competencia de las empresas a través de procesos de selección transparentes, contemplando también la posibilidad de interponer recursos contra los órganos de contratación que no respetan sus obligaciones. En materia de adjudicación de contratos

<sup>639</sup> Bosco, G.: *Il mercato interno della Comunità Economica Europea*, Milán, 1990, p. 3.

<sup>640</sup> Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos. COM (2001), 566 final, 15 de octubre de 2001, p. 4.

<sup>641</sup> GIMENO FELIU, J.M.: “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar los aspectos sociales y medioambientales”, en AA.VV. (GIMENO FELIU, J.M., Coord.): *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Barcelona, 2004, p. 67.

<sup>642</sup> COM (96) 583 final, de 27 de noviembre de 1996, p. 2.

<sup>643</sup> Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001.

públicos, las Administraciones están supeditadas al cumplimiento de los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como de los principios derivados de estas libertades, en especial de igualdad de trato, y no discriminación entre los candidatos, el de reconocimiento mutuo, el de proporcionalidad y el de transparencia<sup>644</sup>.

El núcleo del problema radica, por tanto, en la necesidad de hacer compatibles “los parámetros de igualdad y competencia en la licitación y adjudicación, que presiden la legislación contractual pública comunitaria, con la utilización de las decisiones de los órganos de contratación como vehículo de las políticas de fomento y de acción y protección social”<sup>645</sup>, manifestadas, en este caso, en una preferencia en la adjudicación de los contratos a favor de los sujetos que cumplen los estándares de calidad social anteriormente analizados.

No cabe olvidar que las instituciones europeas han mantenido (e incluso alentado) la posibilidad de utilizar la contratación administrativa con el fin último de afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general, pero siempre y cuando los criterios sociales adoptados estén vinculados al objeto del concreto contrato que es causa de la correspondiente licitación y, además, sean compatibles con las libertades y principios en los que se fundamenta el sistema de contratación pública: suprimir las trabas a la libre circulación de mercancías y a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer sus bienes o servicios a las entidades adjudicadoras situadas en otro Estado miembro<sup>646</sup>.

---

<sup>644</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La vis expansiva de las cláusulas sociales en el sistema de contratación pública: un cauce para el fomento del empleo de los colectivos más desfavorecidos permitido por el Derecho Comunitario”, en AA.VV.: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa, Vol. II, XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2010, pp. 749 y ss.

<sup>645</sup> AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la Contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, 2004, p. 1216.

<sup>646</sup> SSTJCE 380/98, de 3 de octubre de 2000, 94/99, de 7 de diciembre de 2000, 92/2000, de 18 de junio de 2002, 470/99, de 12 de diciembre de 2002, 373/00, de 27 de febrero de 2003 ó 346/06, de 3 de abril de 2008 (esta última en el conocido como caso *Rüffert*, comentado por RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El caso *Rüffert*: ¿una constitucionalización del dumping social?”, *RL*, núm. 15-16, 2008, pp. 83 y ss.).

La apertura a la concurrencia del mercado de la contratación pública exige velar por el cumplimiento real de las libertades comunitarias, de tal manera que resultan contrarias a éstas las especificaciones técnicas que posean un efecto discriminatorio, tal y como expresamente ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, al afirmar que los Estados miembros tienen la libertad de dictar –o conservar– normas materiales o procedimentales sobre contratos públicos, siempre y cuando sean respetadas las pautas comunitarias y, muy especialmente, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (actual art. 26 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–)<sup>647</sup>. Por ello, se impone la obligación de fijar las condiciones técnicas de los vínculos contractuales públicos, de tal suerte que no constituyan un obstáculo para las empresas eventualmente licitadoras, en aplicación de unos criterios previos de contratación que no comporten en modo alguno discriminación<sup>648</sup>.

Procede reiterar, así –por si duda hubiere–, que la política de contratación pública no sólo está orientada a la consecución de objetivos de eficiencia económica, sino también al logro de metas sociales, pero siempre con el debido respeto al principio de libre competencia empresarial<sup>649</sup>. Desde tal premisa, no cabe olvidar que la restricción a la libertad de prestación de servicios a través de normas internas ha sido admitida en algunos casos por la Corte Comunitaria, permitiendo que las legislaciones de los Estados miembros puedan constituir una excepción legítima a la hegemonía de dicha libertad<sup>650</sup>, idea de la cual se hace eco el art. 3.1 de la Directiva 96/71, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación

<sup>647</sup> SSTJCE de 9 de julio de 1987, de 26 abril de 1988 y de 5 diciembre de 1989.

<sup>648</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La *vis* expansiva de las cláusulas sociales en el sistema de contratación pública: un cauce para el fomento del empleo de los colectivos más desfavorecidos permitido por el Derecho Comunitario”, en AA.VV: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*. Vol. II. XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2010. pp. 749 y ss.

<sup>649</sup> SSTJCE 76/90, de 25 de julio de 1991, asunto *Säger*, y 164/99, de 24 de enero de 2002, asunto *Portugaia Construcoes*.

<sup>650</sup> SSTJCE 279/80, de 17 de diciembre de 1981, asunto *Webb* o 113/89, de 27 de marzo de 1989, asunto *Rush Portuguesa*.

de servicios transnacional, donde se recogen las materias mínimas que resultarán de aplicación a los trabajadores destacados temporalmente en otro Estado miembro, limitando de manera decisiva la competencia a la baja sobre los costes sociales<sup>651</sup>.

Ahora bien, en los años transcurridos entre la discusión y aprobación de la Directiva 96/71 y el momento en el cual se promulgó la Directiva 2004/18, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha venido matizando la previsión anterior para entender que no es posible incorporar cargas adicionales a la libertad de establecimiento dentro del marco de la Unión Europea<sup>652</sup>. Como con acierto ha precisado este alto órgano judicial, "la posibilidad de que los organismos contratantes utilicen como criterio una condición relacionada con la mejora o el incremento del empleo u otros aspectos de contenido social es plenamente admisible, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho Comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de prestación de servicios, y, cómo no, el principio de transparencia en la licitación"<sup>653</sup>. Cabe recordar, además, que el segundo considerando de la Exposición de motivos de la Directiva 2004/18 únicamente señala que "la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de Derecho público, está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el de no discriminación, el de reconocimiento mutuo, el de proporcionalidad y el de transparencia"<sup>654</sup>.

---

<sup>651</sup> MARTÍNEZ FONS, D.: *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, cit., p. 22.

<sup>652</sup> SSTJCE 19/92, de 31 de marzo de 1993, asunto *Kraus*, 55/94, de 30 de noviembre de 1995, asunto *Gebhard*, 369/96 y 376/96, de 23 de noviembre de 1999, asunto *Arblade* y 49/98, 50/98, 52/98, 54/98 y 68 a 71/98, de 25 de octubre de 2001, asunto *Finalarte Sociedade de Construcao Civil Ltda*.

<sup>653</sup> STJCE 26 de septiembre de 2000, asunto *Nord-pas-de-Calais*. En la doctrina, MORENO MOLINA, J.A.: *Contratos públicos. Derecho Comunitario y Derecho español*, Madrid, 1996, p. 63.

<sup>654</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005, p. 19.

Realmente, lo que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea postula (y la Directiva 2004/18 refrenda) es la compatibilidad con el ordenamiento comunitario de aquellas cláusulas o condiciones sociales que no operen como requisitos de admisión y/o exclusión de ciertas empresas en los procedimientos de contratación ni como criterios adjudicadores del contrato, pues nunca podrán suponer vulneración alguna de los citados principios comunitarios de igualdad y publicidad. Admite, pues, una condición exigible al adjudicatario y no al licitador, esto es, una condición de ejecución del contrato –que posteriormente se analizará–, o, por lo que aquí interesa, un mero parámetro de desempate entre ofertas equivalentes a la hora de proceder a la encomienda del vínculo administrativo a favor de una determinada empresa<sup>655</sup>.

Tal interpretación judicial provocó, además, una retirada de la objeción a la utilización de criterios de desempate de contenido social por parte de la Comisión Europea, que procedió a corregir, así, el Dictamen motivado de 21 de diciembre de 2001, a través de otro de fecha de 8 de febrero de 2002, en virtud del cual no cabe alegar ya ningún obstáculo al establecimiento de pautas sociales para deshacer el empate entre propuestas equivalentes, “siempre que la evaluación de las ofertas se efectúe desde una perspectiva económica y se respeten en todos los casos las normas de transparencia y el principio de no discriminación”. Criterio del que participan las más importantes instancias españolas, léase tanto el Consejo de Estado<sup>656</sup>, como el Consejo Económico y Social<sup>657</sup>, al entender que la adjudicación del contrato “no debe limitarse a una mera consideración presupuestaria sino que ha de venir integrada en el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos..., pudiendo utilizar criterios adicionales una vez que las ofertas han sido valoradas y comparadas desde del punto de vista de los criterios de adjudicación y nos encontramos con ofertas equivalentes”<sup>658</sup>.

---

<sup>655</sup> GONSALBEZ PEQUEÑO, H.: “Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas”, *Justicia Administrativa*, núm. 20, 2003, p. 60.

<sup>656</sup> Dictamen 4468/1998, de 22 de diciembre.

<sup>657</sup> Dictamen 5/1998, de 27 de mayo.

<sup>658</sup> En este sentido, Informe 4/2000, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, e Informe 4/2002, de 5 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana.

Por su parte, la Comunicación de la Comisión de 2 de julio de 2002, relativa a “la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible”, se esfuerza en dejar claro que las Administraciones públicas, incluida la Comisión, deben integrar los principios de la responsabilidad social en sus propios sistemas de gestión y en las relaciones con sus interlocutores, inclusive en sus propios procedimientos de contratación pública, afirmándose en esta materia que “...las comunicaciones interpretativas de la Comisión sobre las disposiciones comunitarias aplicables a los contratos públicos y la integración de aspectos sociales (y medioambientales) en los mismos han servido para clarificar el abanico de posibilidades que ofrece el marco jurídico comunitario a los compradores públicos que deseen incluir consideraciones sociales (y medioambientales) en los procedimientos de contratación pública, respetando al mismo tiempo el principio de oferta más ventajosa para los contribuyentes y la igualdad de acceso para todos los proveedores comunitarios”. De este modo, el hecho de constituir una empresa socialmente responsable se convierte en una ventaja a la hora de concurrir a un proceso de contratación pública, idea que reitera la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de marzo de 2006 titulada “poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas”, y que se recoge también en el Informe del Parlamento Europeo sobre la “responsabilidad social de las empresas de subcontratación en las cadenas de suministro”, aprobado el 18 de febrero de 2009, pero como mero parámetro de desempate<sup>659</sup>.

No puede dejar de destacarse, en contrapartida –y pese a todos estos avances–, que desde los orígenes de la Unión, la liberalización de los mercados se ha venido identificando con una prohibición, vigente hasta nuestros días, de disposiciones y prácticas restrictivas que “hagan más onerosa la prestación de servicios, imponiendo cargas fiscales o de otro tipo” [letra e) del punto A del Programa general para supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios]<sup>660</sup>. El derecho del mercado interior de servicios nacía así con un mandato

---

<sup>659</sup> GALA DURÁN, C.: “Responsabilidad social empresarial, derecho a la libre prestación de servicios y contratación pública de obras o servicios”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2010, p. 18. Una recopilación de todas las iniciativas de la Unión Europea relacionadas con la responsabilidad social de las empresas puede encontrarse en SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: “Responsabilidad social de las empresas y códigos de conducta empresariales: aproximación desde el Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 48, 2010, p. 827.

<sup>660</sup> DO núm. 2 de 15 de enero de 1962, pp. 32-35.

claro de supresión de costes innecesarios para los prestadores transnacionales, aunque en dicha fase inicial tal prohibición no alcanzaba a los costes laborales. Desde el Tratado de Niza se produce, sin embargo, una importante reordenación en el proceso europeo, cada vez más alejado del proyecto social (que en materia de trabajo lo enmarcaría el reconocimiento de derechos que corrigieran las situaciones de asimetría radical al alza entre trabajadores de los distintos Estados miembros), y más cercano al proyecto liberal de integración de los mercados, en el que la intervención se encuentra dentro de los objetivos de situar a Europa y a los países socios en mejores condiciones de competitividad en el contexto mundial<sup>661</sup>. Será, además, la jurisprudencia que ha interpretado las disposiciones del Tratado en materia de libre prestación de servicios, que ahora contiene el art. 56 TFUE, la que extienda esa prohibición inicial de afectación al ámbito sociolaboral, pasando éste a formar parte también de los presupuestos económico-normativos de la actuación comunitaria dirigida a eliminar las barreras reguladoras de los Estados<sup>662</sup>, entendiendo que la aplicación de las normativas nacionales del país miembro de acogida a los prestadores de servicios no puede prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las prestaciones de servicios, por personas o empresas establecidas en otros Estados miembros, en la medida que tal aplicación genera gastos adicionales y supone un aumento de las cargas administrativas y económicas<sup>663</sup>. El Tribunal de Justicia ha consagrado, como pauta interpretativa consolidada, el sacrificio del ejercicio sindical de los derechos de acción colectiva frente a la prohibición de obstaculizar la libre prestación de servicios, y ha considerado como prevalente, y casi incondicionado, el ejercicio de esta última libertad por

---

<sup>661</sup> GALLARDO MOLLA, R.: "La metamorfosis de la negociación colectiva europea", *Relaciones Laborales*, 2008, Tomo II, p. 1081.

<sup>662</sup> STJCE 341/05, 18 diciembre 2007, asunto *Laval*, en la cual las medidas de conflicto adoptadas por los sindicatos suecos, que boicotearon a una empresa que se servía de trabajadores contratados en Letonia pagándoles la mitad de los establecido en el convenio colectivo aplicable, no llegaron a superar el test de proporcionalidad. En parecido sentido, STJCE 438/05, de 13 de diciembre de 2007, asunto *Viking*, en la cual no se consideró contrario al Derecho Comunitario que una empresa letona, que cubre con transbordadores el trayecto entre Helsinki y Tallin (Estonia), paguen a sus asalariados conforme a sus propias normas, con menos garantías y tuteías que lo hacen las empresas filandesas que cubren ese mismo trayecto.

<sup>663</sup> RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M.: "La libre circulación de los trabajadores en el espacio europeo: del Tratado de Roma a la Directiva Bolkenstein", *Relaciones Laborales*, 2009, Tomo II, p. 175.

parte de las empresas, incluyendo la posibilidad de aportar, mediante su desplazamiento, trabajadores propios *low cost* con las condiciones de trabajo y salariales de origen, sin que les sea aplicable la autotutela sindical del país de destino, haciendo abstracción de las exigencias de la Directiva 96/71, interpretadas, como puede comprobarse, en sentido muy estricto<sup>664</sup>. La desaforada defensa de la libertad de prestación de servicios sacrificando la consideración de las condiciones de trabajo aplicadas en el lugar donde se desarrolla la actividad es una manifestación clara de la legitimidad del uso de aquella libertad con el solo fin de eludir las condiciones salariales y de trabajo y los derechos colectivos que asegura el ordenamiento constitucional y laboral en ese lugar. El establecimiento en un determinado país de bajas condiciones laborales permite desplazar trabajadores sujetos a ese ordenamiento por todo el territorio comunitario convirtiendo el ejercicio de esa libertad en un medio de elusión de la normativa laboral más protectora. Ello ha motivado encendidas críticas doctrinales, señalando que “en un momento en que se está hablando de la cláusula social en el ámbito de la globalización, la Unión Europea ampliada, bajo el principio de la libertad de circulación y la idea del mutuo reconocimiento, está favoreciendo auténticas formas de *dumping social*”<sup>665</sup>.

Cabe hacer referencia, en este deplorable contexto, a un reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en relación con la eventual aplicación de la Directiva 96/71 en el marco de la ejecución de un contrato de obra para la Administración Pública<sup>666</sup>. Concretamente, la materia controvertida que motivó la presentación de la cuestión prejudicial resuelta en la referida sentencia alude a la situación generada por el adjudicatario de un contrato público cuyo objeto consiste en edificar un centro penitenciario, empresa que recurrió, a su vez, a una contratista polaca para que participase en la ejecución del mismo. La Ley del Land de Baja Sajonia sobre la contratación pública, aplicable al vínculo administrativo, establecía que la entidad pública adjudicadora sólo podría encomendar contratos de obras y de trans-

---

<sup>664</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El caso Ruffert ¿una constitucionalización del *dumping social*?”, *Relaciones Laborales*, 2008, Tomo II, p. 214.

<sup>665</sup> MARTÍNEZ FONS, D.: *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, cit., p. 26.

<sup>666</sup> STJCE 346/06, de 3 de abril de 2008, asunto *Ruffert*.

porte público de cercanías a empresas que abonasen a sus trabajadores los salarios fijados en los convenios colectivos vigentes en el lugar de ejecución de la prestación de servicios. Es claro que esta obligación legal imponía a las empresas constructoras de otros Estados miembros la necesidad de adaptar los salarios pagados a sus trabajadores atendiendo a la retribución, normalmente más elevada, aplicable en Alemania, lugar de ejecución del contrato. Tal exigencia redundaba en la pérdida por dichas empresas de la ventaja competitiva que se deriva a su favor de la posible aplicación de unos costes salariales más bajos. Por lo tanto, la obligación de respetar los convenios colectivos representaba un obstáculo para las personas físicas o jurídicas procedentes de Estados miembros distintos de la República Federal Alemana. Así pues, la cuestión que se planteó no era otra que determinar si el hecho de obligar legalmente a la entidad adjudicadora a designar como adjudicatario de los contratos públicos de obras únicamente a las empresas, que al licitar se comprometían por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios correspondientes, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar en que deben desarrollarse tales actividades, conculcaba (o no) la libre prestación de servicios<sup>667</sup>.

A este respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea establece la siguiente interpretación: “al obligar a los adjudicatarios de contratos públicos de obras y, de manera indirecta, a sus subcontratistas a aplicar la retribución mínima prevista en el convenio colectivo ‘edificios y otras públicas’ de Alemania, una norma como la Ley del Land puede imponer a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, en el que los salarios mínimos sean inferiores, una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Por lo tanto, una medida como la controvertida puede constituir una restricción en el sentido del art. 48 TCE (hoy 58 TFUE)”. En definitiva, entiende el Tribunal que, en el marco de la contratación pública, sólo puede imponerse a las empresas con sede en un Estado miembro que desplazan a sus trabajadores a otro país el cumplimiento de las leyes y convenios

---

<sup>667</sup> MARTÍNEZ FONS, D.: “La contratación pública como instrumento de la política de empleo y la libre competencia”, en AA.VV.: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa, XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. II, Madrid, 2010, pp. 649 y ss.

colectivos de aplicación general, pero no podría establecerse el obligado respeto de condiciones que superasen dichos mínimos ya que se estaría vulnerando el principio de libre prestación de servicios<sup>668</sup>.

A la luz de tal interpretación procede dar un paso más y preguntarse si, desde la perspectiva del Derecho Comunitario, puede una Administración pública española imponer o exigir el cumplimiento de una cláusula social a la hora de adjudicar un contrato público en los términos de la disposición adicional 6ª LCSP o si tal posibilidad le queda vedada en cuanto ésta pudiera constituir una vía de restricción a la libre prestación de servicios. La respuesta a esta cuestión no ofrece duda: siempre que la cláusula social no se trate de un requisito de aptitud cuyo incumplimiento ocasione la exclusión de la licitación, ni tampoco de un "criterio de adjudicación" determinante de la atribución del contrato, sino tan sólo de un mero "parámetro de preferencia en la misma"<sup>669</sup>, en virtud del cual en los casos de equivalencia o igualdad de ofertas, el contrato debe adjudicarse a un licitador concreto que reúne unas características subjetivas específicas, no plantea ningún problema de legitimidad respecto del Derecho Comunitario<sup>670</sup>, pues su fundamento es únicamente la prioridad entre proposiciones parejas desde el punto de vista de los criterios objetivos de adjudicación<sup>671</sup>.

En definitiva, ninguna tacha cabe efectuar a la disposición adicional aquí analizada, no en vano la preferencia que establece no es un criterio de adjudicación en sentido estricto, sino que representa un mero parámetro de definición para hacer una propuesta de adjudicación, en el supuesto de que, después de aplicar los criterios objetivos pertinentes, se produzca una igualdad de méritos

---

<sup>668</sup> GALA DURÁN, C.: "Responsabilidad social empresarial, derecho a la libre prestación de servicios y contratación pública de obras o servicios", cit., pp. 36 y ss.

<sup>669</sup> Informes 44/98, de 16 de diciembre, y 11/99, de 30 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado; Recomendación 1/01, de 5 de abril e Informe 4/01, de 23 de noviembre de la Junta Consultiva de Cataluña; e Informe 4/02, de 27 de junio, de la Junta Consultiva de las Islas Baleares.

<sup>670</sup> SSTJCE de 20 de septiembre de 1988, asunto *Beentjes*, y de 26 de septiembre de 2000, asunto *Nord-pas-de-Calais*.

<sup>671</sup> PLEITE GUADAMILLAS, F.: "Las cláusulas sociales en la contratación administrativa", *Contratación Administrativa Práctica*, núm 56, 2006, p. 6

entre diversas ofertas<sup>672</sup>, circunstancia de la cual no cabe deducir un falseamiento de la competencia ni otro tipo de distorsión perniciosa en el mercado empresarial, máxime cuando el art. 126 de la LCSP exige, por imperativo del Derecho Comunitario, que los contratos administrativos no sólo se anuncien en el BOE (y, cuando proceda, en los Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas o de las Provincias), sino también en el Diario Oficial de la Unión Europea, con el fin de que cualquier empresa establecida en un Estado miembro pueda licitar y optar a la adjudicación del contrato<sup>673</sup>.

## VI. OTROS POSIBLES CRITERIOS DE PREFERENCIA TENDENTES A FAVORECER LA CONTRATACIÓN DE MUJERES

Habiendo hecho mención a los requisitos y sujetos beneficiados por la preferencia en la adjudicación del contrato y su legitimidad respecto del principio comunitario de libertad de establecimiento, cabe plantearse, ahora, si los poderes adjudicadores pueden estar habilitados para incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares otros criterios sociales de desempate entre ofertas equivalentes distintos de los mencionados expresamente en la disposición adicional sexta de la LCSP aquí analizada. Para dar respuesta a este interrogante, procede acudir a lo dispuesto en el art. 34.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (LOIEMH), el cual puede servir de modelo para futuras actuaciones. En virtud de este precepto, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices relativas a la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el contrato de trabajo, "siempre que estas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la

<sup>672</sup> Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 1/2002, de 5 de abril.

<sup>673</sup> CASTRO CONTE, M.: "Art. 33. Contratos de las Administraciones Públicas", en AA.VV. (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Pamplona, 2008, p. 258.

prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava (entonces vigente) de la LCAP" (ahora disposición adicional 6ª LCSP)<sup>674</sup>.

---

## 1. INTERVENCIÓN ESTATAL

Ya el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se adoptaron medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres, publicado mediante Orden de Presidencia de 7 de marzo, se propuso la introducción de la técnica de la incorporación de cláusulas en los pliegos de condiciones generales que favorecieran la contratación de féminas en las empresas que concursaran a contratos públicos, pero la LOIEMH procede a darle cobertura legal, estableciendo un parámetro de desempate para graduar ofertas equivalentes en cuanto a los criterios objetivos que sean la base de la adjudicación<sup>675</sup>.

La enorme trascendencia de incluir la perspectiva de género en el sector de la contratación pública de la mano de la LOIEMH puede justificarse en diversos factores, pero quizás el más contundente sea el del de su peso económico, cifrado –como se sabe– en el 16 por 100 del Producto Interior Bruto de la Unión Europea<sup>676</sup>. Como con acierto se ha dicho, el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación sin que exista ninguna clase de preterición por razón de sexo, raza, religión, convicciones ideológicas, políticas, sindicales o cualquier otra circunstancias social recogido de forma genérica en el art. 14 de la Carta Magna e incorporado como derecho laboral en el art. 4 ET, constituye un principio angular y transversal del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social<sup>677</sup>. En efecto, no cabe negar que aun cuando los factores de discrimi-

---

<sup>674</sup> MORENO MOLINA, A.M.: "Disposiciones en materia de contratación administrativa y subvenciones públicas", en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Coords.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, 2007, p. 206.

<sup>675</sup> CABALLERO SÁNCHEZ, R.: "La integración del principio de igualdad en las distintas políticas públicas sectoriales", en AA.VV. (MONTROYA MELGAR, A., Dir.): *Igualdad de mujeres y hombres (Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres)*, Madrid, 2007, p. 241.

<sup>676</sup> SOLER VILAR, A. y OLLER RUBERT, M.: "Art. 33", en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.I., Dir.): *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia, 2007, p. 298.

<sup>677</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Igualdad y no discriminación por razón de sexo*, Madrid, 1986, pp. 13 y ss. o PARDELL VEA, A.: "La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales", en AA.VV.: *XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2005, pp. 33 y ss.

nación laboral pueden ser diversos (raza, credo, ideología...)<sup>678</sup>, el género se alza como motivo especialmente "odioso"<sup>679</sup>, máxime cuando el marco social que proporciona el contrato de trabajo constituye un ámbito específico donde la existencia de discriminación real se hace patente con tanta frecuencia que casi llama al escándalo<sup>680</sup>: claramente disminuyen para las mujeres (madres reales o potenciales y, en demasiadas ocasiones, principales sujetos de las responsabilidades familiares) las posibilidades de conseguir y mantener un trabajo estable, digno y suficientemente remunerado; en paralelo, se incrementan las necesidades familiares que obligan a la mujer a aceptar trabajos precarios e incluso fuera del control legal a partir de los cuales ve perpetuada su crónica situación de desigualdad social<sup>681</sup>.

Los datos estadísticos son claramente ilustrativos a este respecto: España constituye el país europeo con menor tasa de actividad femenina en comparación con la tasa masculina, encontrándose aún muy lejos de los objetivos fijados en la Estrategia de Lisboa para el año 2010, establecidos en una tasa de actividad femenina del 60%<sup>682</sup>. Es más, el índice de paro femenino sigue doblando

<sup>678</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: "La discriminación en la jurisprudencia constitucional", *Relaciones Laborales*, 1993, Tomo I, pp. 151 y ss. y "La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional", en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., Coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid, 1991, p. 165; BORRAJO DACRUZ, E.: "El modelo constitucional de la Seguridad Social en España", *Revista Trabajo*, núm. 65, 1982, p. 27 o ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A., *et alii*: "Igualdad y no discriminación", en AA.VV. (RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y ELORZA GUERRERO, F., Coords.): *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, 2001, p. 264.

<sup>679</sup> Siguiendo la expresión utilizada por QUINTANILLA NAVARRO, B.: *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Madrid, 1996, p. 40.

<sup>680</sup> ELFFMAN, M.: "Discriminación en el empleo", en AA.VV. (BLANPAIN, R. Ed.): *XV Congreso mundial del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, I: Discriminación en el empleo*, Leuven, 1998, pp. 100 y 101.

<sup>681</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y TASCÓN LÓPEZ, R.: "Responsabilidad empresarial por los daños causados a una trabajadora a la que se discriminaba por razón de sexo (Comentario a la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1999)", *La Ley*, núm. 5148, 2000, pp. 1 y ss.

<sup>682</sup> Resumen del Informe sobre *El empleo en Europa 2004* ([www.europa.eu.int/comm/employment-social/news/2004/sep/eie2004-en.html](http://www.europa.eu.int/comm/employment-social/news/2004/sep/eie2004-en.html)).

al masculino<sup>683</sup>, el de temporalidad sigue siendo más de cinco puntos porcentuales superior<sup>684</sup> y el salario medio mensual de las féminas continúa cifrado en un 24% por debajo al de los hombres<sup>685</sup>. Ello sin olvidar cómo el 93,20 de las mujeres abandona el trabajo por razones familiares (frente al 0,49 de los hombres)<sup>686</sup>, lo cual contribuye a incrementar la segmentación sexual del mercado laboral, tanto en la segregación ocupacional como en la sectorial<sup>687</sup>.

A fuerza de escuchar estos índices, nos hemos acostumbrado al hecho de que las mujeres sean una fuerza de trabajo secundaria, en la que tiene mayor incidencia el desempleo, a que desarrollen preferentemente su prestación de servicios en ocupaciones feminizadas ("de cuello rosa") que, debido precisamente a ello, se consideran como poco cualificadas y se caracterizan en muchos casos por su inestabilidad y escasa retribución, cuando no caen de lleno en la economía informal o en el "trabajo negro"<sup>688</sup>. La diferencia retributiva con los empleados varones se mantiene, especialmente en el sector privado, en los empleos más cualificados a los que las mujeres llegan a acceder, sin que deba silenciarse, tampoco, la presencia de ese "techo de cristal" que provoca que muy pocos puestos ubicados en lo más alto del sistema de clasificación profesional estén ocupados por féminas<sup>689</sup>.

A todas estas desigualdades se suma la provocada por la atención de las personas dependientes, entendiéndose por tales aquéllas que durante un período prolongado de tiempo requieren de ayuda para realizar ciertas actividades cotidianas (vestirse, comer, asearse...). Su cuidado conduce a la mano de obra

---

<sup>683</sup> Fuente EPA. Cuarto trimestre 2006. INE (www.ine.es). Es más, la tasa de empleo femenino disminuye en 27 puntos cuando las mujeres tienen hijos pequeños (entre 20 y 44 años). AA.VV.: *Programa relativo a la estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres en el período 2001-2005, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones*, COM (2000), 335 final.

<sup>684</sup> Fuente: INE. Cuarto trimestre 2006.

<sup>685</sup> Fuente: *Índice de Costes Laborales*, 2006.

<sup>686</sup> Fuente: INE. Cuarto trimestre 2006.

<sup>687</sup> [www.eurofound.eu.int/working/reports/ESO403TRO1/ES403TRO1.htm](http://www.eurofound.eu.int/working/reports/ESO403TRO1/ES403TRO1.htm).

<sup>688</sup> SÁNCHEZ, M.C., SILVAN, E. y URBANO, E.: "La mujer en el mercado laboral. Acceso, condiciones y remuneración", en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A., Coord.): *El tratamiento del género en el ordenamiento español (una visión multidisciplinar del tratamiento de la mujer en los distintos ámbitos sociales)*, Valencia, 2005, pp. 197 y ss.

<sup>689</sup> ARGUELLES BLANCO, A.R., MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, Madrid, 2004, p. 23.

femenina, en muchos casos, a optar entre su vida laboral o su vida familiar. Todo ello sin olvidar que la responsabilidad de atender a los hijos recae todavía principalmente sobre ellas (lo que a menudo conlleva dificultades para mantener su empleo y menores posibilidades para retomar tardíamente su carrera profesional)<sup>690</sup>.

No puede extrañar, por tanto, que la lógica de la igualdad por razón de género se haya proyectado como una idea-fuerza en el texto constitucional y en la legislación laboral de desarrollo, hasta el punto de que se ha convertido en afirmación reiterada, tanto en el plano general de los derechos constitucionales como en el sector estricto de las relaciones laborales. La CE vigente ofrece un ejemplo significativo “de enaltecimiento de la mujer a través del principio de igualdad para sacarla del terreno de las discriminaciones que históricamente ha sufrido”<sup>691</sup>. Reiterados preceptos hacen clara esta tendencia: de un lado, los arts. 1.1, 9.2 y, de modo especial, el “tan traído y llevado” art. 14<sup>692</sup>; de otro, el art. 35, que recoge, fuera ya del conjunto de derechos y libertades fundamentales, pero como uno de los derechos y deberes de los ciudadanos<sup>693</sup>, la igualdad de todos los españoles en el derecho al trabajo y en el deber de trabajar, mencionando el sexo como la única causa de discriminación expresamente prohibida, lo cual pone de manifiesto que el constituyente ha estimado necesario establecer una “sobreprotección” para los casos en que se produzcan discriminaciones por razón de sexo en el ámbito laboral<sup>694</sup>.

<sup>690</sup> CES: “Conciliación del trabajo y vida familiar: licencias parentales”, *Panorama sociolaboral de la mujer en España. Boletín elaborado por el Area de Estudios y Análisis*, núm. 38, 2004, p. 1.

<sup>691</sup> ALONSO OLEA, M.: “El trabajo de la mujer”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 13, 1998, p. 109.

<sup>692</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”, *Relaciones Laborales*, 1993, Tomo I, pp. 151 y ss. En el mismo sentido, BORRAJO DACRUZ, E.: “El modelo constitucional de la Seguridad Social en España”, *Revista Trabajo*, núm. 65, 1982, p. 27.

<sup>693</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: “La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 33, 1988, pp. 61 y ss.

<sup>694</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El principio de igualdad y las relaciones laborales”, *Revista Política Social*, núm. 121, 1979, p. 389; MONTROYA MELGAR, A.: “Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral”, *Revista Política Social*, núm. 121, 1979, pp. 332 y ss.; MARTÍN VALVERDE, A.: “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Política Social*, núm. 137, 1983, pp. 134 y ss.; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “La discriminación salarial por razón de sexo”, *Relaciones Laborales*, núm. 22, 1989, pp. 25-26 o ALONSO LIGERO, M.S.: “Igualdad salarial”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Tomo I, Vol. 1º, Madrid, 1994, p. 137.

Por su parte, el art. 17.1 ET reproduce en el plano de la legalidad ordinaria la prohibición constitucional de discriminación, llevándola al marco de las relaciones entre privados<sup>695</sup>, pues declara nulas y sin efecto las disposiciones legales, convencionales o pactadas que contengan “discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de jornada, retribuciones y demás condiciones de trabajo”<sup>696</sup>. Todo ello sin olvidar cómo la LOIEMH diseña una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla en el marco del acceso al empleo, en la formación, en la promoción y en las condiciones laborales. Todos estos avances normativos no han evitado, sin embargo, que en el terreno de los hechos la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres no sea un objetivo totalmente alcanzado; por una parte, todavía existen ámbitos sociales en los que se mantiene una desigualdad notoria, aunque se aprecie su progresiva reducción (precariedad contractual, segregación ocupacional, minusvaloración salarial...); y por otra parte, el hecho de que los mecanismos jurídicos de la igualdad laboral redunden su mayoría en cargas económicas empresariales plantea en muchos casos la pregunta de si tales instrumentos de mejora de la condición femenina no pueden resultar a la postre factores disuasorios de la contratación de mujeres<sup>697</sup>. Al tiempo, la mayor flexibilidad de los mercados ha venido mejorando el nivel de ocupación del colectivo aquí analizado, pero ha acentuado su situación de desventaja, al afectarles desigualmente la ampliación del espacio de decisión empresarial y del nivel de temporalidad y precariedad y la erosión de la calidad de los empleos, que han perturbado mucho menos a los trabajadores varones ya ocupados que a las ingentes masas de mujeres que pretende acceder al mercado de trabajo<sup>698</sup>, circunstancias que se agravan en épocas de crisis.

---

<sup>695</sup> GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986 o BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Principio de igualdad y Derecho Privado”, en AA.VV.: *El principio de igualdad en la Constitución Española. XI Jornadas de Estudio*, Madrid, Vol. II, 1991, pp. 1584 y ss.

<sup>696</sup> RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J.: “Igualdad o no discriminación en las relaciones de trabajo (en torno al art. 17.1)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, p. 522.

<sup>697</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: políticas y normas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 129, 2006, p. 6.

<sup>698</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer”, *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2006, p. 8.

El legislador debe ser consciente, por tanto, de que aun cuando el proceso de integración de la mano de obra femenina al mundo laboral ha ido en ascenso, “esa incorporación, sin embargo, no ha sido precisamente fácil, ni se viene realizando de manera fluida; al contrario, no han dejado de plantearse importantes problemas para su acceso y permanencia en el empleo”<sup>699</sup>, no en vano “el mundo del trabajo productivo se ha considerado un mundo ‘extraño’ para las mujeres, lo cual ha conducido a que la elaboración de las normas laborales se haya realizado tomando en consideración un modelo de trabajador masculino, carente de problemas relacionados con la maternidad y con las responsabilidades familiares, por tanto, dedicado en exclusividad a ‘su’ trabajo”<sup>700</sup>.

Es, además, necesario no perder de vista que existen diferencias entre los sexos legítimas como son, en paradigmático ejemplo, las biológicas, capaces de imponer un tratamiento distinto y en ocasiones no neutro para no incurrir en un trato discriminatorio, ya sea directa o indirectamente. Precisamente, la posibilidad natural o social de desigualdad biológica debe ser –y de hecho lo es–, en sí misma considerada, causa última de determinadas normas jurídico-sociales, en tanto, sobre todo y como paradigmático ejemplo, la situación de maternidad de la mujer actuará como factor determinante de la necesidad de un tratamiento específico, habida cuenta en tal supuesto la protección no puede ser en modo alguno trasladable al varón<sup>701</sup>, como no puede serlo tampoco la condición de gestante, exclusiva del sexo femenino<sup>702</sup>. A la función biológica de la procreación se le vinculan, así, necesariamente diferencias legítimas que la legislación laboral debe contemplar y que se traducen básicamente

<sup>699</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 97, 1999, p. 729.

<sup>700</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: “La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate”, *Temas Laborales*, núm. 52, 1999, p. 41. En el mismo sentido, ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G.: “Discriminación laboral de género: un enfoque constitucional”, *Tirant on Line*, 636199.

<sup>701</sup> Ello sin olvidar que la maternidad es una causa igualmente de diferenciación entre mujeres, esto es, entre una embarazada y otra que no lo está. STSJ, Social, Madrid 13 septiembre 1995 (Ar. 3310).

<sup>702</sup> HERNÁNDEZ, S.: “Etá lavorativa, etá pensionabile e principio di parità tra i sessi”, *Il Dir. Lav.*, núm. 6, 1996, p. 528.

en un tratamiento favorable al hecho social de la procreación y a evitar y compensar efectos negativos en el pleno ejercicio y disfrute por las mujeres de sus derechos<sup>703</sup>.

En este sentido, no cabe caer en un absurdo e injustificable salto al vacío y pasar de una desigualdad discriminatoria a un igualitarismo asimismo inaceptable<sup>704</sup>, porque tampoco cabe considerar jurídicamente de forma absolutamente igual a dos individuos en situaciones diferentes y, a nadie escapa, el factor sexo (junto con otros a él más o menos vinculados) ampara un trato desigual entre hombre y mujer que permite considerar aquel hecho biológico diferencial para así proteger, en situaciones específicas y con determinadas ventajas, a la mujer-madre, precisamente con la finalidad última de salvaguardar de forma adecuada su estado de salud y el de su hijo<sup>705</sup>, conforme bien señalan tanto el Tribunal Constitucional (“la maternidad y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre”<sup>706</sup>) como el Tribunal Supremo (“el descanso maternal es una situación que no se identifica con la incapacidad temporal para el trabajo –que puede afectar igualmente a hombres y mujeres– y que, siendo una carga exclusiva del sexo femenino en beneficio del género humano, es soportada solamente por la mujer, puesto que deriva de una diferencia sexual no trasladable al hombre, el que no puede encontrarse nunca en tal situación”<sup>707</sup>).

---

<sup>703</sup> RUANO RODRÍGUEZ, L.: “Fortaleza física y discriminación por sexo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/1996, de 3 de diciembre)”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, 1998, p. 30.

<sup>704</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “La igualdad de los tratamientos laborales y su relevancia constitucional”, *Relaciones Laborales*, núm. 22, 1998, p. 8.

<sup>705</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: “Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?”, *Revista General de Derecho*, núm. 644, 1998, p. 5817.

<sup>706</sup> STCo 109/1993, de 25 de marzo. En parecido sentido, SSTCo 173/1994, de 7 de junio, 136/1996, de 23 de julio, 20/2001, de 29 de enero, 41/2002, de 25 de febrero, 17/2003, de 30 de enero y 182/2005, de 4 de julio.

<sup>707</sup> STS, Social, 23 marzo 1995 (Ar. 2179).

Insistiendo sobre la misma idea, sería un error gravísimo en el terreno del análisis jurídico-laboral de la discriminación sexual negar toda relevancia a ciertas diferencias entre los miembros de uno u otro sexo, atendiendo, obviamente, a la capacidad de procreación como diferencia sexual inmutable con traducción, directa e inmediata, en el derecho positivo<sup>708</sup>. No toda diferencia de trato entre varones y mujeres merece ser tachada, por tanto, de inconstitucional por discriminatoria (entendida la discriminación como toda diferencia de trato arbitraria o carente de justificación objetiva y razonable)<sup>709</sup>; antes al contrario, son plenamente acordes con el tenor constitucional las normas que contienen medidas específicas de protección de la mujer en razón de su maternidad (embarazo, parto y puerperio)<sup>710</sup>, así como aquellas disposiciones de carácter favorable para el sexo femenino que deban –y deben– adoptarse y mantenerse transitoriamente en un Estado social y democrático de Derecho con el propósito de remover los obstáculos (anclados en los papeles tradicionalmente atribuidos a las mujeres) que se oponen a la igualdad real de oportunidades en el mercado de trabajo.

De todas formas, es preciso que los poderes públicos sean cautos en esta tarea, pues las normas protectoras para las mujeres pueden verse acompañadas en

<sup>708</sup> SÁEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, 1994, pp. 24-26.

<sup>709</sup> Entre muchas, SSTCo 22 y 42/1981, de 2 de julio y 22 de diciembre; 75/1983, de 3 de agosto; 6/1984, de 24 de enero o 72/1985, de 13 de junio.

<sup>710</sup> No cabe tachar de discriminatorias las medidas de protección de la maternidad, pues lo relevante no es el sexo del sujeto protegido. Idea compartida por la unanimidad de la doctrina; entre otros, ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, 4ª edición, Madrid, 1995, pp. 179 y 230; JACOMAIN, J.: "¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad?", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1997, p. 98; SÁEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo*, Madrid, 1984, pp. 62 y 63; PÉREZ DEL RÍO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 1984, p. 103; BALLESTER PASTOR, M.<sup>a</sup> A.: "La Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1992, de 14 de diciembre, o la ilicitud de la normativa 'protectora' de la mujer en el trabajo, establecida con carácter genérico. El trabajo en la minas", *Tribuna Social*, núm. 27, 1993, p. 50; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, Valencia, 1997, p. 278 o GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: "Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos", en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M.E.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y VALDES DAL-RE, F., Coords.): *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid, 1997, p. 42.

la práctica por un contraproducente –e indeseable– efecto “boomerang”<sup>711</sup>, no en vano, aun partiendo del interés de proteger al colectivo femenino, terminan por retraer su contratación por los empresarios, lo cual no deja de ser peligroso sobre todo si, como ocurre, el ordenamiento jurídico español se muestra particularmente inoperante a la hora de acometer el esfuerzo parificador en el momento de la contratación<sup>712</sup>, limitándose a encomendar a los servicios públicos de empleo, a sus entidades colaboradoras y a las agencias de colocación sin fines lucrativos, velar específicamente para evitar las discriminaciones en el acceso al trabajo, considerando atentatoria frente al principio de igualdad la oferta de colocación referida exclusivamente a uno de los sexos (disposición adicional 17ª LOIEMH)<sup>713</sup>.

Aun admitiendo que las normas tuitivas tienen una finalidad del todo lícita, un exceso de protección –que partiría de una ubicación no igual sino inferior de la mujer trabajadora<sup>714</sup>– puede conducir a una posición alejada del objetivo deseado, incrementando el coste de la mano de obra femenina y, a la postre, traducándose en una clara preferencia por el trabajo masculino y una mayor dificultad de la mujer de acceder al empleo<sup>715</sup>. De ahí la importancia que en el desarrollo e impulso de las políticas de fomento de la igualdad laboral puede

---

<sup>711</sup> Término que se gestó en el Derecho Norteamericano con ocasión de la interpretación que el Tribunal Supremo Federal fue elaborando del concepto de discriminación de los grupos protegidos por la Civil Rights Act de 1964, en cuyo título se cristalizó la distinción entre la discriminación intencional o “tratamiento desigual” y el “impacto desigual”. CABEZA PEREIRO, J.: “Discriminación salarial indirecta por razón de sexo. Comentario a la STC 58/1994, de 28 de febrero (BOE de 24 de marzo)”, *Relaciones Laborales*, núm. 20, 1994, p. 49.

<sup>712</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones”, en AA.VV.: *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1985, p. 924.

<sup>713</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “La ‘parte general’ de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: la extensión material de la tutela por razón de sexo”, en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Coords.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, 2007, p. 29.

<sup>714</sup> RUIZ MIGUEL, A.: “Discriminación inversa e igualdad”, en AA.VV. (VALCARCEL, A., Comp.): *El concepto de igualdad*, Madrid, 1994, pp. 77-113.

<sup>715</sup> Y es que “todo exceso de protección se vuelve contra el sujeto protegido”. PÉREZ DEL RÍO, T.: “El principio de no discriminación por razón de sexo en el trabajo ante el Tribunal Constitucional: de la tutela a la paridad”, en AA.VV.: *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1985, p. 828.

tener la colaboración de las Administraciones públicas, tal y como reconoce el art. 34.2 de la LOIMH anteriormente transcrito.

La enorme trascendencia de la habilitación que este precepto efectúa a favor de la Administración a la hora de establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares un criterio de desempate (no un criterio de adjudicación)<sup>716</sup> entre ofertas más ventajosas para la adjudicación del contrato se subordina, no obstante, como precisa el propio art. 34.2 LOIEMJ, a la prelación establecida en la disposición adicional sexta LCSP, lo cual obliga a interrogarse sobre los cauces reales y las manifestaciones concretas a través de los cuales el Ente público podrá comprobar que efectivamente la posible empresa adjudicataria promueve efectivamente la demandada igualdad laboral para aplicar la preferencia en la adjudicación del contrato.

Alguna pista en este sentido puede deducirse del propio articulado de la LOIEMH, pues contempla la creación de un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado como señuelo en el tráfico comercial de la entidad productiva. Con el fin de obtener este distintivo, cualquier organización empresarial podrá presentar al Ministerio de Trabajo un balance sobre los parámetros de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados (art. 50 LOIEMH). Para la concesión del mismo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías

---

<sup>716</sup> STSJ, Cont-Admtivo, Extremadura 16 junio 2009 (JUR 288993), que considera que uno de los criterios de adjudicación incluidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que rige la contratación de las obras de acondicionamiento de la EX 320 de Zaragoza a Barcelona, no se ajusta a la ilegalidad al incluir entre los criterios de adjudicación del contrato uno denominado “de igualdad” que otorga hasta un máximo de 5 puntos sobre un total de 100 a aquel licitador que presente un mayor porcentaje de personal femenino fijo en el total de la plantilla, valorándose con 5 puntos al de mayor porcentaje, 0 puntos al de menor porcentaje y adjudicándose para los valores intermedios una puntuación proporcional. MEDINA ARNAIZ, M.T.: “La igualdad de género entre los criterios de adjudicación de un contrato público (comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura núm. 535/2009, de 16 de junio)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 794, 2010, pp. 8 y ss. o ESTÉVEZ MARTIN, A.E.: “La igualdad de género en el mercado laboral: su impulso a través de la contratación pública (comentario a la STSJ de Extremadura 535/2009, de 16 de junio)”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 97, 2010, pp. 58 y ss.

profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la paridad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la entidad empresarial (art. 46 Ley Orgánica 3/2007). Sin duda, la posesión de tal distintivo puede ser considerado por la Administración como acreditación empresarial para aplicar el criterio social de desempate, máxime cuando el art. 11.1 d) Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización de dicho distintivo, establece que “sin perjuicio de otras que pudieran establecerse, la obtención del distintivo de igualdad en la empresa, conllevará las siguientes facultades: ...su consideración en la adjudicación de los contratos en los términos y condiciones establecidos en el art. 34.2 Ley Orgánica 3/2007. A estos efectos, cuando los órganos de contratación dispongan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia para aquellas empresas que establezcan medidas tendentes a promover la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa, se entenderá que cumplen tal requisito las poseedoras del distintivo empresarial, sin perjuicio de que tal circunstancia pueda acreditarse por cualesquiera otros medios que el órgano de contratación determine. La empresa que hubiera hecho uso de esta preferencia, estará obligada a mantener los parámetros de igualdad durante el plazo fijado en la adjudicación”<sup>717</sup>.

Manifestación señera de esos “otros medios” de acreditación puede encontrarse en los conocidos como “planes de igualdad”, a través de los cuales se canalizará el conjunto de medidas de acceso al empleo, clasificación y promoción profesional, formación, retribuciones y ordenación del tiempo de trabajo, tendentes a alcanzar en la organización productiva, después de realizar un diagnóstico de situación, la igualdad entre mujeres y hombres y a eliminar las discriminaciones por razón de sexo (art. 45 LOIEMH). Los planes de igualdad tendrán tres partes: 1) la fijación de los objetivos a alcanzar; 2) la estrategia y prácticas a adoptar para su consecución; 3) el establecimiento de

---

<sup>717</sup> CASTELLANO BURGUILLO, M.E.: “El distintivo de igualdad en la empresa: a medio camino entre la responsabilidad social empresarial y el cumplimiento de la norma legal”, *Temas Laborales*, núm. 104, 2010, pp. 121 y ss. o SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y PÉREZ CAMPOS, A.I.: “Distintivo empresarial en materia de igualdad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 148, 2010, pp. 845 y ss.

sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados (art. 46.1 LOIEMH)<sup>718</sup>.

En fin, conviene alertar, por último, que aun cuando no cabe detectar inconveniente si el derecho de preferencia deriva de la acreditación mediante la posesión del mencionado distintivo, toda vez que entre los múltiples criterios a tener en cuenta para la obtención del mismo figuran actuaciones o circunstancias ligados a mandatos o conceptos obligatorios en el conjunto de los Estados integrantes de la Unión Europea, al estar contenidos en la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre, no procede llegar a la misma conclusión cuando atiende a la implantación de un plan de igualdad, pues no tendría por qué existir correspondencia con dicha figura en los sistemas jurídicos de otros Estados comunitarios<sup>719</sup>.

## 2. INICIATIVAS AUTONÓMICAS. ESPECIAL REFERENCIA A CASTILLA Y LEÓN

La LOIEMH posibilita que las Administraciones públicas introduzcan medidas dirigidas a la consecución de la igualdad de género en la fase de preparación a través de los pliegos de cláusulas administrativas como criterios de selección<sup>720</sup>, estableciendo una preferencia en la adjudicación de los contratos públicos a favor de las empresas especialmente sensibles en materia de igualdad laboral por razón de género. Ello favorece, sin duda, el empleo de las mujeres a través de la consecución de la deseada paridad entre sexos en las relaciones laborales, la cual no es sólo un derecho fundamental de la mujer, ni sólo un valor superior del ordenamiento, es también un requisito y exigencia para lograr una sociedad más justa y una economía más dinámica y competitiva<sup>721</sup>.

<sup>718</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres", *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2007, pp. 61 y ss.

<sup>719</sup> CONDE-POMPIDU TOURON, M.T., CUTRIN DOMÍNGUEZ, M. y LÓPEZ CORRAL, J.C.: "Igualdad de género y contratación administrativa", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 12, 2009, p. 151.

<sup>720</sup> ZAMBONINO PULITO, M.: "La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la contratación de las Administraciones Públicas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo", *Revista de Administración Pública*, núm. 175, 2008, pp. 463 y ss.

<sup>721</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer", *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2006, p. 1.

Por su parte, muchas normas autonómicas recogen también –como patrón común dotado de ciertas matizaciones– disposiciones en este sentido<sup>722</sup>. Cabe citar, en primer lugar, lo previsto en el art. 14.6 Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en Castilla y León<sup>723</sup>, Ley pionera en esta materia, en el cual se prevé, dando un paso más sobre la lo dispuesto en el art. 34.2 LOIEMH, que, entre las acciones a llevar a cabo por las Administraciones públicas de Castilla y León a fin de promover acciones positivas a favor de la mujer, se encuentra la inclusión “en los baremos de los concursos de contratación que realice la Administración Autónoma con empresas para la ejecución de servicios públicos, la realización de buenas prácticas en materia de género por parte de las mismas”. Igualmente el IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres y Castilla y León (2007-2011), establece la necesidad de impulsar la inclusión de criterios de valoración relacionados con la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en los expedientes de contratación administrativa. Por su parte, el tenor del art. 14.6 Ley 1/2003 se reitera, en idénticos términos, en el art. 1.2 e) Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre.

En segundo lugar, el art. 12 Ley 12/2007, de 26 de noviembre, sobre Promoción de la igualdad de género en Andalucía, afirma que la Junta de Andalucía, a través de sus órganos de contratación, podrá establecer condiciones especiales en relación con la ejecución de los contratos que celebre, con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo. Dichos órganos de contratación señalarán, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la preferencia de la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas organizaciones productivas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan la marca de excelencia o desarrollen medidas destinadas a lograr la igualdad de oportunidades, y las medidas de igualdad aplicadas permanezcan en el tiempo y mantengan la efectividad, de acuerdo con las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

---

<sup>722</sup> GALA DURÁN, C.: “Responsabilidad social empresarial, derecho a al libre prestación de servicios y contratación pública de obras y servicios”, cit., pp. 31 y ss

<sup>723</sup> En Castilla y León, las tasas medias de actividad y empleo de las mujeres en el año 2009 fueron del 45,9% y del 38,3%, respectivamente, frente al 63,4% y 56% de los varones. Asimismo, la tasa de paro femenina está situada 4,7 puntos porcentuales por encima que la masculina. CESCyL: *Situación económica y social de Castilla y León en 2009, Economía, Mercado laboral, Calidad de Vida y protección social*, Tomo I, Valladolid, 2010, p. 12.

En tercer lugar y en parecidos términos, la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres en Galicia, en sus arts. 11.4 y 19.3, establece que las empresas que hayan implantado un plan de igualdad u obtengan la marca gallega de excelencia en igualdad tendrán preferencia en la adjudicación de los contratos de la Comunidad Autónoma de Galicia, siempre que las proposiciones presentadas iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación. A estos efectos, los órganos de contratación advertirán de esa preferencia en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, aunque la ausencia de advertencia no privará del derecho a la preferencia en la adjudicación, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrirse. Asimismo, si la empresa hubiera hecho uso de este parámetro de desempate, estará obligada a mantener los parámetros de igualdad durante el plazo fijado en la adjudicación, que, si el contrato resultara de ejecución sucesiva, será igual a su duración temporal (art. 28 Decreto 33/09, de 21 de enero)<sup>724</sup>. A la marca de excelencia canaria de igualdad se refiere, en esta misma línea, el art. 13 Ley 1/2010, de 26 de febrero, Canaria de Igualdad entre Mujeres y Hombres.

Además, la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres de la Generalitat de Valencia, establece en su art. 46, que, en caso de empate, tendrán preferencia en la adjudicación las proposiciones de los licitadores que con la solvencia técnica de la empresa presenten un plan de igualdad previamente aprobado por cualquier Administración pública u órgano competente.

Asimismo, el art. 46 Ley 9/2003, de 4 de julio, de Apoyo a las Familias de Cataluña, señala que las Administraciones públicas deben recomendar incluir, como condición de ejecución contractual, cuando la prestación lo permita, que las empresas adjudicatarias de la gestión de servicios públicos establezcan a favor de sus trabajadores las medidas de conciliación de la vida familiar y la vida laboral aplicables al personal de la Administración de la Generalitat. Al tiempo, los órganos de contratación deben señalar, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por las empresas licitadoras que establezcan a favor de sus trabajadores las medidas de conciliación de la vida

---

<sup>724</sup> CONDE-POMPIDU TOURON, M.T., CUTRIN DOMÍNGUEZ, M. y LÓPEZ CORRAL, J.C.: "Igualdad de género y contratación administrativa", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 12, 2009, p. 151.

familiar y la vida laboral aplicables al personal de la Administración de la Generalitat, siempre que los términos de su proposición igualen a los de la más ventajosa desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación.

Además, el art. 65 Ley 12/2006, de 30 de septiembre, de la Mujer de las Islas Baleares, prevé que los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma han de indicar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos por las proposiciones que presenten las empresas que cuenten con un plan de igualdad que debe haber visado previamente el Instituto Balear de la Mujer o un órgano equivalente de otras Administraciones Públicas, siempre que estas proposiciones igualen en su términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación. El órgano de contratación también puede incluir en los pliegos la obligación de la persona titular del contrato de aplicar medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres a la hora de realizar la prestación. Estas medidas deben incluirse en el anuncio de licitación.

También, el art. 65.1 Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco, establece la posibilidad de establecer medidas de discriminación positiva a favor de la entidad que solicita un concierto con la Administración, siempre que, a lo largo de su trayectoria, acredite, entre otras, la circunstancia de contar con más de un 40 por 100 de mujeres en los órganos de dirección. Ya con anterioridad, en este mismo ámbito autonómico, el art. 20.2 Ley 4/2005, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, establecía la posibilidad, por un lado, de incluir, entre los criterios de adjudicación del contrato, uno que valore la integración de la perspectiva de género en la oferta presentada, y, por otro, de contemplar como condiciones de ejecución del contrato la obligación del adjudicatario de aplicar, al realizar la prestación, medidas tendentes a promover la igualdad de hombres y mujeres<sup>725</sup>.

En fin, el art. 38 Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres, de Castilla-La Mancha, habilita a los órganos de contratación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para recoger "en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación

---

<sup>725</sup> LESMES ZABALEGUI, S.: *Incorporación de la perspectiva de género en los contratos públicos. Desarrollo del art. 20.2 de la Ley 4/2005, para la igualdad de mujeres y hombres*, [www.bultz-lanconsulting.org](http://www.bultz-lanconsulting.org)

de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en su momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, hayan adoptado medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral, a lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar", siempre y cuando respeten los términos de la legislación de Contratos del Sector Público.

## VII. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE NATURALEZA SOCIAL

Como ya consta, la promoción y la estabilidad en el empleo, sobre todo de los colectivos más desfavorecidos, la contratación de servicios de empresas de economía social o con organizaciones de comercio justo, son propósitos de las políticas públicas que, en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, se incorporan al ordenamiento positivo, de forma paulatina y a través de diversas técnicas acogidas por la legislación de contratos del sector público en su disposición adicional sexta como criterios de desempate entre ofertas equivalentes. Es más, al margen de lo previsto en tal disposición, nada impide a la Administración pública introducir, si una ley, tal y como ha sucedido con la LOIEMH a favor de las empresas sensibles con la paridad por razón de género, le habilita para ello, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, otros criterios sociales de preferencia distintos de los anteriores (entre propuestas igualmente ventajosas) con el fin de dar prioridad a la contratación con empresas especialmente sensibles hacia temas sociales tan importantes como la no discriminación en el empleo<sup>726</sup>.

Ahora bien, pese a todos estos avances en aras de la tan ansiada justicia social, lo cierto es que la incidencia de dichos parámetros de desempate a la hora de proceder a la adjudicación de un determinado contrato administrativo, previstos en los pliegos de cláusulas particulares, va a quedar muy relegada en la práctica y despojada de gran parte de su virtualidad, no en vano en una valoración en la que se incluyen décimas o centésimas de puntos resulta bastante imposible un efectivo equilibrio técnico entre distintas propuestas que justifique la aplicación de los criterios sociales mentados para justificar la oportuna inclinación de la balanza a favor de una de las ofertas<sup>727</sup>.

<sup>726</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, cit., pp. 134 y ss.

<sup>727</sup> LESMES ZABALEGUI, S.: *Manual para la aplicación de cláusulas sociales. La adjudicación de contratos de riesgo de exclusión social*, Pamplona, p. 63. ([www.gaztelan.org](http://www.gaztelan.org)).

Como con acierto se ha dicho, “en una licitación pública el empate es casi imposible (se desciende hasta un valor infinitesimal sin perder nunca de vista la discrecionalidad de que gozan los tribunales y mesas de contratación), de modo que es más que dudoso que existan muchos casos donde dichas cláusulas de desempate hayan llegado a dirimir de forma efectiva una contratación”<sup>728</sup>. Cobra pleno sentido, por tanto, la posible introducción de las consideraciones sociales en otros momentos del proceso de licitación, singularmente en dos siguientes fundamentales habilitados expresamente por la nueva LCSP: como criterios de valoración de las ofertas, lo que será objeto de atención seguidamente, y como condiciones especiales de ejecución del contrato, a tratar en el epígrafe siguiente.

---

## 1. LA PERSPECTIVA “EUROPEÍSTA”

Ha sido precisamente en la fase de adjudicación del contrato, y en concreto en relación con los criterios a aplicar, donde se han suscitado, en mayor medida, las dudas relativas a la admisión de consideraciones sociales en la contratación administrativa, dando lugar a un rico debate doctrinal sobre su admisibilidad, así como un buen número de pronunciamientos de órganos consultivos y jurisdiccionales<sup>729</sup>.

Tras la selección de aquellos licitadores aptos para la ejecución del contrato, la siguiente fase es la evaluación de sus ofertas. Como ha declarado de forma reiterada el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, la coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene principalmente por objeto descartar, tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores nacionales en cualquier adjudicación de contratos, como la posibilidad de que una entidad adjudicadora pública se guíe por consideraciones ajenas a la eficacia de la contratación de que se trate<sup>730</sup>. La evaluación

---

<sup>728</sup> LESMES ZABALEGUI, S.: “Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral”, *Lan Harremanak*, núm. 13, 2005, p. 70. En este mismo sentido se manifiesta el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 1/2005, de 11 de marzo de 2005.

<sup>729</sup> SÁEZ LARA, C.: “Las cláusulas sociales en los contratos del sector público”, *Relaciones Laborales*, 2009, Tomo II, p. 520.

<sup>730</sup> SSTJCE 380/98, de 3 de octubre de 2000, asunto *Univerity of Cambrige*, y 237/1999, de 1 de febrero de 2001, asunto *Comisión contra Francia y Lombardini y Mantovani*.

de las ofertas para la adjudicación de un contrato público debe realizarse, así, en virtud de criterios directamente relacionados con el objeto del vínculo contractual, que respondan a la finalidad de seleccionar la mejor y la más ventajosa propuesta, en nombre de la transparencia, la competencia y la no discriminación. Ha de lograrse, en definitiva, la mejor atribución posible<sup>731</sup>.

No puede extrañar, por tanto, que la incorporación de las condiciones sociales como criterios de adjudicación en los concursos públicos haya sido mayoritariamente rechazada por los posibles efectos discriminatorios que son capaces de generar y por entender que pueden no tener relación directa con el concreto objeto del contrato. Desde esta perspectiva, las condiciones sociales como criterios de adjudicación se han considerado ajenas al interés público que se persigue con la ejecución de la contratación administrativa e, incluso, se ha estimado que su integración en el proceso de licitación podría llegar a ser contraproducente para conseguir el fin esencial del contrato, no en vano pueden producir un efecto discriminatorio respecto a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea cuyas respectivas legislaciones no se acomoden a las categorías del ordenamiento interno, alterando las reglas de la competencia empresarial<sup>732</sup>.

Retrotrayendo la vista atrás aunque ello suponga reiterar alguna de las afirmaciones anteriormente vertidas, cabe recordar que la trascendental Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 20 de septiembre de 1988<sup>733</sup>, entre otras cuestiones se ocupó de rechazar la posibilidad de excluir a un licitador de un concurso por la incapacidad de dicho empresario para emplear trabajadores en paro prolongado. El tenor de la respuesta dada por el órgano judicial fue el siguiente: “la circunstancia de estar la empresa licitadora en condiciones de emplear a desempleados de larga duración no guarda relación ninguna con los criterios de adjudicación del contrato, pudiendo, además, infringir el principio de no discriminación por razón de nacionalidad consagrado en el (entonces) apartado 2 del art. 7 del Tratado”.

---

<sup>731</sup> VERNIA TRILLO, S.: “La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, 2002, p. 439.

<sup>732</sup> NÚÑEZ MUNÁIZ, R.: *Comentarios al texto refundido y al reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, p. 315.

<sup>733</sup> Asunto *Beentjes*. Con un carácter más permisivo, SSTJCE de 26 de septiembre de 2000, asunto *Nord-Pas de Calais*, y de 17 de septiembre de 2002, asunto *Concordia Buys Finland Oy*.

Muy significativo es también el hecho de que durante los trabajos de preparación de la Directiva 93/37, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, los Estados miembros se manifestaran explícitamente en contra de la introducción de criterios de carácter no estrictamente económico a la hora de adjudicar los contratos<sup>734</sup>. Años más tarde, la Comunicación de la Comisión, de fecha 11 de marzo de 1998, titulada “la contratación pública en la Unión Europea”, dedicó el apartado “contratación pública y aspectos sociales” a poner de manifiesto la importancia que la política social tiene para la Unión Europea y a exponer el conjunto de posibilidades existentes para tomar en consideración dichos aspectos, pero, de una forma radical, no admitió que se tuvieran en cuenta como criterios de adjudicación de los contratos, siguiendo la misma tesis que la sentencia anteriormente mencionada<sup>735</sup>.

La Comisión anunciaba, además, su intención de clarificar este extremo en una futura Comunicación interpretativa, que tuvo lugar en fecha 15 de octubre de 2001, en la cual se partía de la base de que las entonces vigentes Directivas sobre contratos públicos (Directivas 92/50, de 18 de junio de 1992, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; 93/36, de 14 de junio de 1993, referida a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro; y 93/37, de 14 de junio de 1993, centrada en la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras) no contemplaban “expresamente la posibilidad de que se persiguieran objetivos de política social con motivo del procedimiento de adjudicación de un contrato público..., no en vano estos aspectos no contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa”. Así pues, la Comisión Europea tampoco se ha mostrado partidaria de incluir este tipo de cláusulas sociales como criterios de adjudicación de los contratos<sup>736</sup>, pues una y otra vez reafirma los planteamientos restrictivos al respecto, admitiendo únicamente la inclusión de las cláu-

---

<sup>734</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, p. 375.

<sup>735</sup> SOLAS RAFECAS, J.M. DE y SASTRE BECEIRO, M.: “Art. 86. Criterios para la adjudicación del concurso”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, T. III, Granada, 2004, p. 414.

<sup>736</sup> COM (2001) 566 final.

sulas sociales como meros criterios de desempate entre ofertas equivalentes (anteriormente analizados) o como condiciones de ejecución contractual a realizar por la empresa adjudicataria (a los que posteriormente se hará referencia)<sup>737</sup>.

Es más –y siguiendo con esta línea restrictiva–, la Directiva 2004/18, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, sólo admite dos criterios de adjudicación: el precio más bajo y la oferta económicamente más ventajosa. Así, atendiendo al tenor literal de esta norma europea, que por su claridad merece la pena transcribir: “la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Por consiguiente, conviene admitir únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, a saber, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa” (considerando 46).

Únicamente posibilita la introducción, cuando se utilice el segundo sistema, de criterios adicionales (características medioambientales pero no criterios sociales)<sup>738</sup>, en todo caso vinculados al objeto del contrato: “sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios, los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos serán: a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate, por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las condiciones medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio postventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de ejecución; b) o bien solamente el precio más bajo” (art. 53.1)<sup>739</sup>.

<sup>737</sup> MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *Nuevo régimen de la contratación administrativa (adaptada al nuevo reglamento de contratos y a la Ley de Concesión de Obras Públicas)*, Madrid, 2003, p. 380.

<sup>738</sup> STJCE 220/251, de 17 de diciembre de 2000.

<sup>739</sup> AA.VV.: *Memento Práctico Francis Lefebvre. Contratos públicos (2008-2009)*, Madrid, 2007, p. 570.

Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha dejado claro que, en el marco de la contratación pública, sólo puede imponerse a las empresas con sede en un Estado miembro que desplacen a sus trabajadores a otro país el cumplimiento de las leyes y convenios colectivos de aplicación general, pero no podría establecerse el obligado respeto de condiciones que superen dichos mínimos, pues se estaría vulnerando el principio de libre prestación de servicios<sup>740</sup>.

---

## 2. POSICIÓN DEL ORDENAMIENTO INTERNO

Aun cuando el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, la Comisión Europea y ahora también la Directiva 2004/18, se esfuerzan en dejar claro que los criterios de adjudicación sólo pueden ser pautas objetivas relacionadas directamente con el objeto del contrato y que no tienen cabida, por tanto, las cuestiones sociales, lo cierto es que han ido surgiendo interpretaciones doctrinales que apuestan por la introducción de estos objetivos sociales entre los criterios de adjudicación de determinados contratos públicos dentro del sistema español de contratación administrativa, no en vano “la adjudicación es justamente el momento más importante a la hora de calibrar la calidad social de las empresas”<sup>741</sup>.

Para fundamentar tal arriesgada teoría, los autores favorables a la misma han venido tomando como punto de partida el hecho de que, en nuestro ordenamiento interno, la enumeración de los criterios que efectuaba el anterior art. 86 de la LCAP (“precio, fórmula de revisión, en su caso, plazo de ejecución o entrega, coste de utilización, calidad, rentabilidad, valor técnico, características estéticas o funcionales, posibilidad de repuestos, mantenimiento, asistencia técnica, servicio postventa u ‘otros semejantes’”), era meramente enunciativa, entendiendo que tal relación tenía carácter de *numerus apertus*<sup>742</sup>, susceptible

---

<sup>740</sup> STJCE 346/06, de 3 de abril de 2008, asunto *Rüffert*.

<sup>741</sup> ROMÁN VACA, E.: “Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario. El ejemplo sevillano”, *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006, p. 204.

<sup>742</sup> Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 45/96, de 22 de julio de 1996 y 11/99, de 30 de junio. En el mismo sentido, Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid 4/1997, de 6 de mayo, e Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña 4/2001, de 23 de noviembre de 2001. En la doctrina judicial, STSJ, Cont-Admtivo, Madrid 30 mayo 2003 (TOL 423349).

de ser ampliada con otros parámetros con el fin de evitar la inacción de las políticas públicas<sup>743</sup>. La utilización de la expresión “otros semejantes” era clara en este sentido<sup>744</sup>.

Este sector de la doctrina venía entendiendo, en contra de reiterados pronunciamientos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa<sup>745</sup>, que el órgano de contratación, a la hora de establecer en el pliego de cláusulas administrativas tales criterios de valoración gozaba de una amplia facultad de decisión, pues podía elegir no sólo alguno de los consignados expresamente en el art. 86 LCAP, sino, según ese mismo artículo señalaba, “otros semejantes”, con la sola limitación de que la elección de tales postulados estuviera presidida por la lógica satisfacción del interés público que persigue todo contrato administrativo, de manera que los mismos fueran coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del vínculo contractual<sup>746</sup>. Consideraban, así, que aquella relación que preveía el legislador nacional, en el citado art. 86.1 de la LCAP, nunca podía ser cerrada en la medida en que, como indicaba el legislador comunitario, en el art. 36 de la Directiva 92/50, en el art. 26 de la Directiva 93/36 y en el art. 30 de la Directiva 93/37 (actualmente sustituidas por la Directiva 2004/18), los criterios a tomar en consideración únicamente han de tener una directa e innata relación con el correspondiente contrato<sup>747</sup>, razón por la cual, cumpliendo tal requisito, la Administración podría

---

<sup>743</sup> LESMES ZABALEGUI, S.: *Manual de cláusulas sociales. La adjudicación de contratos de las Administraciones públicas como herramienta de inserción sociolaboral para personas en situación o riesgo de exclusión social*, Pamplona (documento virtual), p. 61 o AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, p. 419.

<sup>744</sup> Como ha señalado el Tribunal Supremo, las listas ejemplificativas no agotan los supuestos admisibles como criterios de adjudicación, sirven para determinar el tipo o clase de tales supuestos. STS, Cont-Admtivo, 24 septiembre 2008 (RJ 4570).

<sup>745</sup> Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 13/98, de 30 de junio de 1998, 44/98, de 16 de diciembre de 1998, 11/99, de 30 de junio de 1999, 44/04, de 12 de noviembre de 2004 y 42/2006, de 30 de octubre de 2006, en virtud de los cuales “entre los criterios de adjudicación a la proposición económicamente más ventajosa no aparece ninguno que haga referencia a las características de la empresa, sino que todos ellos se refieren a la propia oferta y al objeto posible del contrato”.

<sup>746</sup> AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002, p. 716.

<sup>747</sup> STJCE de 16 de septiembre de 1999, asunto C-27/98.

incluir como parámetros todos aquellos que considerara adecuados para la adjudicación del correspondiente vínculo contractual<sup>748</sup>.

Es más –y en apoyo de esta tesis–, el Consejo de Estado español en su Dictamen 4464/1998, de 22 de diciembre, relativo al ya derogado Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, por el que se establecían medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad en el empleo<sup>749</sup>, ha señalado que “la lectura del (entonces vigente) art. 86 LCAP hace ver que los criterios que pueden sentarse en los concursos para la adjudicación del contrato son variables y acomodables a cada caso, y además no prohíben que una Comunidad Autónoma que haya asumido competencias de desarrollo legislativo en materia de contratos, haga uso, dentro del marco de la legislación básica, de su facultad normativa, como ahora lo hace, sin contravenir las bases de la regulación para todo el Estado, para establecer criterios objetivos de adjudicación de los contratos públicos, como los indicados en el presente proyecto de Decreto; criterios estos que, por lo demás, no dejan de ser objetivos ni de estar referidos a la oferta más ventajosa para los intereses públicos, porque una de las posibles manifestaciones de seriedad y fiabilidad de una empresa puede ser precisamente la estabilidad y calidad de los contratos que ofrece a sus empleados, pudiendo ser un criterio objetivo para la adjudicación..., para seleccionar al contratista que corresponda, y precisamente para proteger los intereses públicos presentes en la oferta más ventajosa, dado que la calidad del empleo ofrecido por una empresa, y la cualificación de sus recursos humanos, es uno de los factores

---

<sup>748</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, p. 363.

<sup>749</sup> El art. 2 de dicho Decreto indicaba que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos que debieran adjudicarse por concurso se incluirían necesariamente uno o varios de los siguientes objetivos relacionados con el empleo: “a) la estabilidad de la plantilla de la empresa referida al mantenimiento o incremento del número de trabajadores con contrato indefinido durante el año anterior a la fecha de presentación de la proposición; b) porcentaje de trabajadores con contrato indefinido en la plantilla de la empresa en el momento de presentación de la proposición, respecto del total de trabajadores de aquélla; c) porcentaje de trabajadores de la plantilla de la empresa afectos a la ejecución directa del objeto del contrato; d) nuevas contrataciones de trabajadores vinculadas a la ejecución del objeto del contrato. A los efectos de valoración de los criterios objetivos de empleo, en el caso de empresarios individuales se tendrá en cuenta, asimismo, su alta en el régimen especial de trabajadores autónomos”. El valor ponderado atribuido a dichos criterios se situaba en torno al 20 por 100. MARTÍNEZ FONS, D.: *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, cit., p. 17.

objetivos que puede influir en la selección del contratista más adecuado"<sup>750</sup>. Considera, en suma, que el órgano de contratación podrá concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operan tales criterios y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

Por seguir con esta misma argumentación favorable al establecimiento de pautas sociales como criterios de adjudicación del contrato administrativo, cabe mencionar también que el Consejo Económico y Social, en su sesión ordinaria de 27 de mayo de 1998, establece cómo los criterios con arreglo a los cuales se verifica la adjudicación del contrato con la Administración no han de limitarse a una mera consideración presupuestaria, sino que han de venir integrados con el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos. En concreto, fines como la promoción del empleo, la seguridad y salud de los trabajadores, la estabilidad en el puesto de trabajo o la contratación con empresas de economía social, son factores que han de poder ser manejados para evaluar la solvencia y calidad de las ofertas de contratación. Ciertamente, la Ley no ha de imponer en todos los pliegos la consecución de tales factores, pero tampoco ha de ser un obstáculo para que en cada caso, y por cada Administración, se puedan configurar esos aspectos a la hora de confeccionar los criterios de valoración del contratista<sup>751</sup>. Sin embargo, el Consejo Económico

---

<sup>750</sup> NÚÑEZ MUNÁIZ, R.: *Comentarios al texto refundido y al reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, p. 216.

<sup>751</sup> Dictamen 3485/1998, de 19 de noviembre. El parecer del CES fue rebatido en el voto particular formulado por uno de sus consejeros (Sr. Pastor Rodríguez-Ponga), quien expresa su opinión afirmando que "no se trata en modo alguno de ir contra objetivos tan respetables como la promoción y estabilidad del empleo, la seguridad y salud de los trabajadores y el medio ambiente..., sino que el alcance del voto particular tiene su razón de ser en los siguientes argumentos: A) Al no estar definido jurídicamente, en nuestro Derecho, qué son las empresas de economía social, sobra cualquier referencia a las mismas, máxime cuando algunas de esas empresas (consideradas como tales desde una perspectiva política) son grandes organizaciones que no merecen, en modo alguno, mayor protección que el resto de las pequeñas y medianas que no se califican de economía social. B) Por otro lado, es más que dudoso que la normativa de la Unión Europea sobre contratación, posibilite el establecer un sistema de preferencias en la adjudicación de los contratos por razón de los caracteres subjetivos de las empresas (que sí pueden, en cambio, ser tenidas en cuenta en la fase de admisión). C) Finalmente, desde la perspectiva de política de empleo, debe tenerse muy presente que si bien las nuevas técnicas pueden llegar a producir una innecesaria mano de obra directa, no menos cierto es que en la creación y producción de estas técnicas se emplea otra mano de obra cualificada, que podría verse seriamente perjudicada por la concesión de preferencias a otros sectores de trabajadores. De ahí que se considere que debería haber sido eliminada del Dictamen del CES toda referencia a esa cláusula social".

y Social se pronunció, después, sobre el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Decreto 49/2003, de 3 de abril), donde dio un paso atrás, pues, aunque admite haberse manifestado favorablemente sobre la inclusión del criterio relativo a la calidad y estabilidad de empleo en el Dictamen anterior, entiende que debía reconsiderarse o suspenderse la inclusión de dicho criterio, porque el Decreto 213/1998 se hallaba en ese momento impugnado ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y bajo denuncia ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (expediente 58/5040 de la Comisión)<sup>752</sup>. En tercer lugar, sobre el texto del Decreto 128/2005, de 15 de diciembre, que deroga parcialmente determinadas medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad en el empleo, este órgano consultivo señala que dicho texto debía abordarse con mayor rigor, teniendo en cuenta los intereses en juego y las posibilidades que ofrece la normativa comunitaria en este materia, pues si bien la jurisprudencia del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha permitido una cierta apertura a los criterios sociales en fase de adjudicación, algunos siguen considerándose incompatibles con las Directivas de contratación pública<sup>753</sup>. Posteriormente, y ya en cuanto al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, sugiere un replanteamiento de la redacción inicial del art. 134 LCSP que solamente aludía a la posibilidad de utilizar criterios sociales como condiciones de adjudicación de los contratos sin explicación alguna, exigiendo una mayor precisión<sup>754</sup>.

En fin, de la incipiente línea interpretativa a favor de la utilización de las cláusulas sociales como criterios de adjudicación tampoco se apartan algunos pronunciamientos de los órganos judiciales internos que han sentado cómo en el supuesto de que "los criterios de selección se encuentren directamente relacionados con el objeto del contrato, sean objetivos y aplicables a todos los participantes, no cabe apreciar vulneración de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación por el hecho de que no todos los interesados puedan cumplir con los mismos"<sup>755</sup>.

---

<sup>752</sup> Dictamen 585/2003, de 20 de marzo.

<sup>753</sup> Dictamen 1638/2005, de 13 de octubre.

<sup>754</sup> Dictamen 514/2006, de 25 de mayo.

<sup>755</sup> STSJ, Cont-Admtivo, Cataluña 28 mayo 2004 (TOL 475055). Por su interés cabe hacer referencia también a la STS, Cont-Admtivo, 27 junio 2006 (rec. 337/2004), en virtud de la cual ha de entenderse que "una determinada estabilidad de la plantilla de una empresa, valorada

Cierto es, pues, que el órgano de contratación debe adjudicar el contrato “de conformidad” a los criterios establecidos, sin tener en cuenta nuevas pautas no previstas en el pliego o que no se deduzcan de una interpretación y aplicación razonable de los mismos. No menos cierto resulta tampoco que, en ningún caso, podrá el pliego ni el órgano de contratación en interpretación del mismo introducir criterios de carácter personal, no objetivo o discriminatorio. Ahora bien, de conformidad con la interpretación doctrinal anteriormente trascrita, refrendada por el Consejo de Estado Español, con matices por el Consejo Económico y Social, y por algún pronunciamiento de la jurisdicción interna, es posible incluir, entre los criterios cualitativos de adjudicación, aquellos que tengan por fin satisfacer “necesidades sociales” propias de categorías especialmente desfavorecidas (discapacitados, excluidos, mujeres, jóvenes o parados de larga duración, por ejemplo) o tendentes al bienestar general siempre que tengan relación con la finalidad del contrato<sup>756</sup>.

Afortunadamente esta propuesta ha sido recogida por el legislador español, en el nuevo art. 134 de la LCSP, cuyo tenor literal establece: “para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales,

---

mediante una ponderación prudente de la baremación total de una oferta (el 20 por 100 en el caso concreto) no puede calificarse como criterio ajeno a los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación de un contrato, ni ser calificado de invalorable o susceptible de aplicación arbitraria...; antes al contrario, la naturaleza del empleo de la empresa tiene su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada, o en los aspectos de conocimientos técnicos y experiencia... y, en definitiva, pueden ser perfectamente valorados por la Administración a la hora de determinar la oferta más ventajosa”. En el mismo sentido, STSJ, Cont-Admtivo, 30 mayo 2003 (TOL 423349).

<sup>756</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Actuaciones preparatorias, tramitación de expedientes de contratación y adjudicación de los contratos”, en AA.VV.: *Comentario a la ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004, p. 463.

la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes; cuando sólo se utilice un criterio, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo”.

La diferencia respecto de lo previsto en el anterior art. 86 de la LCAP es, pues, abismal. Ahora, por fin, se cuenta ya con el reconocimiento expreso, en la legislación básica, de los criterios sociales como aptos para ser incluidos entre los baremos de adjudicación. De este modo, la consideración de los valores sociales debe entenderse, no como un elemento ajeno y que puede perjudicar la ejecución del contrato, sino como una aportación más que puede influir, de forma positiva, en la elección de la oferta más ventajosa y en la concreta ejecución del vínculo contractual.

En todo caso, los parámetros sociales deberán de ser objetivos y su aplicación uniforme a todos los empresarios, de modo que no podrán ser discriminatorios ni restrictivos del principio de concurrencia de las licitaciones públicas<sup>757</sup>. Es claro que la oposición empresarial a este tipo de cláusulas no tiene otro fundamento que el sacrosanto principio de la libre competencia. Pero, con la debida transparencia, estas cláusulas sociales en poco dañan a este postulado. Debidamente publicitadas, todas las empresas serán conocedoras de los criterios a utilizar por la Administración a la hora de adjudicar el contrato, y todas podrán acomodar a los mismos su política de gestión laboral para concurrir en igualdad de condiciones con las demás<sup>758</sup>.

---

### 3. LÍMITES

Pese a estos importantes avances, derivados de la nueva redacción del art. 134 LCSP, lo cierto es que la introducción de las cláusulas sociales entre los criterios de adjudicación del contrato no llega a alcanzar la cota más deseable, pues la obligada relación con la prestación demandada no siempre es fácil de justificar<sup>759</sup>. El problema reside, sobre todo, en el hecho de que el “esnobismo

---

<sup>757</sup> STJCE de 18 de octubre de 2001, asunto C-19/00.

<sup>758</sup> ROMÁN VACA, E.: “Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del *¿aberrante?* Derecho Comunitario. El ejemplo sevillano”, *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006, p. 210.

<sup>759</sup> GIMENO FELIU, J.M.: “Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista General de Derecho Administrativo (Iustel)*, núm. 14, 2006, p. 33.

europeo" vuelve a dar señales de vida como consecuencia de las expresiones limitativas copiadas, cómo no, de los criterios de la Comunidad Europea, no en vano la promoción de la contratación de los colectivos con problemas de inserción laboral, la estabilidad en el empleo, la seguridad y salud de los trabajadores, el carácter indefinido de los contratos laborales o la contratación con empresas de economía social, son factores objetivos que pueden influir en la selección del contratista más adecuado, situándose entre los fines prioritarios de actuación de los poderes públicos en atención a las demandas sociales, pero, al tiempo, pueden producir un efecto discriminatorio respecto a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea cuyas respectivas legislaciones pueden no adecuarse con las categorías laborales de la normativa patria, lo cual impediría (o al menos dificultaría) la acreditación de la concurrencia de los requisitos exigidos en el pliego respectivo<sup>760</sup>.

Sólo, desde esta perspectiva del respeto a los principios del Derecho Comunitario, cabe entender las tres restricciones a la utilización de las exigencias sociales como pautas de valoración de las ofertas, que el art. 134 de la LCSP menciona, y el añadido que el art. 136.2 LCSP efectúa en relación con las ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas<sup>761</sup>:

1. En primer lugar, que, reconociendo abiertamente la aplicabilidad de los criterios sociales, se hable al mismo tiempo de "oferta económicamente más ventajosa", en lugar de "oferta más ventajosa", sin más adjetivos ni adverbios restrictivos. Como con acierto ha afirmado la doctrina, la oferta más ventajosa no debe ser únicamente la más barata en precio. Puede serlo también la que genera mayores ventajas en creación de empleo de calidad, en inserción laboral de sectores desfavorecidos, en prácticas contra la discriminación por razón de sexo o en cualesquiera otras líneas de política social. Así –y a título meramente ejemplificativo–, no cabe duda que una mayor estabilidad en el mercado laboral ocasiona menos gastos en prestaciones por desempleo; más presencia de discapacitados en las

<sup>760</sup> Informe 44/98, de 28 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Con un razonamiento idéntico para los criterios medioambientales, Informe 73/04, de 11 de marzo de 2005, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

<sup>761</sup> LLINARES CERVERA, P.: "Algunas consideraciones sobre los criterios de adjudicación en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la luz del Derecho Comunitario", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 82, 2009, pp. 39 y ss.

plantillas de las empresas conlleva menos gastos en auxilios dinerarios y sanitarios (no se olvide la tremenda repercusión que el desempeño de un trabajo normal puede, psíquicamente, suponer para una persona también normal pero que por su discapacidad ha llegado a ser tratada como distinta); una más acentuada preocupación por la prevención de riesgos laborales conduce al consiguiente ahorro de prestaciones económicas y reparadoras de la salud de los trabajadores; una mayor tasa de ocupación de personas en situación de exclusión social acarrea un menor gasto en servicios sociales...; en fin, la lista podría ser interminable.

2. En segundo término, que se insista en que los criterios estén directamente “vinculados al objeto del contrato”<sup>762</sup>, condicionando tales parámetros a la calidad de la prestación como tal<sup>763</sup>, lo cual, a veces, es difícil de materializar, pues normalmente los aspectos sociales son más bien elementos propios del sujeto y no del objeto contractual<sup>764</sup>.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha venido haciendo, además, una interpretación muy estricta de este requisito, entendiendo que la vinculación directa exige que el criterio de valoración afecte a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma. No puede afectar a cuestiones contingentes cuya justificación en nada altere ni la forma de ejecutar la prestación ni los resultados de la misma, de modo que, en paradigmático ejemplo, las circunstancias referentes al origen o lugar en el que la empresa adjudicataria realiza preferentemente sus actividades en nada influye ni en la prestación misma, ni en sus resultados<sup>765</sup>. Así, este órgano consultivo, con ocasión de la iniciativa del anterior Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas generales o particulares la obligación de tener en cuenta como criterio de adjudicación el número

---

<sup>762</sup> Así lo exige la STJCE 513/99, de 17 de septiembre de 2002, asunto *Concordia Bus*.

<sup>763</sup> Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía número 453/2006, de 3 de octubre.

<sup>764</sup> BERNAL BLAY, M.A.: “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número extraordinario, 2008, p. 235.

<sup>765</sup> Informe 9/2009, de 31 de marzo.

o porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla vinculados directamente a la ejecución del contrato, como medida de fomento para la integración real y efectiva de personas discapacitadas, ha señalado que “la exigencia de utilizar mano de obra que reúna determinadas características juega su papel en la contratación pública como condición de ejecución (art. 102 LCSP) o en la forma prevista en la disposición adicional sexta (como parámetro de desempate), pero no como criterio de adjudicación”, de manera que “no es posible exigir la utilización como criterio de adjudicación del número o porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla vinculados a la ejecución del contrato, porque tal criterio no cumple el requisito de estar vinculado directamente al objeto del contrato”<sup>766</sup>. Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha declarado expresamente “la improcedencia de incluir aspectos relativos a la prevención de riesgos laborales como criterio de adjudicación”<sup>767</sup>.

La limitación legal y la interpretación estricta efectuada por este órgano consultivo hacen que la exigencia de vinculación de las posibles cláusulas sociales con el objeto del contrato las hagan prácticamente inviables en la fase de adjudicación perjudicando a la pequeña empresa y a la entidad de carácter social<sup>768</sup>, lo cual parece contradecir lo dispuesto en diversos preceptos del Tratado de Funcionamiento de la Comunidad Europea. En efecto, este Tratado señala, entre sus objetivos, el fomento del empleo y la mejora de las condiciones de vida y trabajo, a fin de conseguir un nivel de ocupación elevado y duradero, luchando contra las exclusiones (art. 151). Para alcanzar tales objetivos, la Comunidad apoyará la acción de los Estados conducente, entre otros aspectos, a la integración de las personas excluidas del mercado laboral [art. 153.1 h)], a la igualdad entre hombres y mujeres en cuanto a las oportunidades en el mercado laboral [art. 153.1 i)] o, en fin, a la lucha contra la exclusión social [art. 153.1 j)]. A poco que se detenga uno en ello, resulta evidente que las cláusulas

<sup>766</sup> Informe 53/08, de 29 de enero de 2009.

<sup>767</sup> Informe 42/2006, de 30 de octubre.

<sup>768</sup> PÉREZ-ILLZARBE, J.A.: “Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público”, *Zerbitzuan*, núm. 40, 2006, p. 26.

sociales, como criterio de adjudicación de los contratos públicos, coadyuvan seriamente a la consecución de los objetivos del art. 151 del Tratado, y constituyen acciones de los Estados que la Comunidad debe apoyar según lo dispuesto en el art. 153, razón por la cual la exigencia de que estas cláusulas tengan que estar necesariamente vinculadas al objeto del contrato puede estar violentando nada menos que las previsiones del Derecho Comunitario originario<sup>769</sup>.

No hay que olvidar, sin embargo, que tal y como recuerda la Junta Consultiva del Ministerio de Economía y Hacienda, no sería admisible el establecimiento en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de criterios de adjudicación que valoren la ejecución del contrato por personas desempleadas inscritas en las oficinas de empleo correspondientes a un determinado lugar geográfico<sup>770</sup>. Esta pauta puede contradecir, además, lo previsto en el art. 9.3 Real Decreto Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la dinamización de la economía y el empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación, de conformidad con el cual “para la adjudicación de los contratos financiados con cargo al Fondo, los Ayuntamientos tomarán en consideración, como criterios de adjudicación para la valoración de las ofertas, indicadores relevantes de la medida en que el contrato de obra contribuirá al fomento del empleo” sin condicionante adicional<sup>771</sup>. Previsión que reitera el art. 17.3 Real Decreto Ley 13/2009, de 26 de octubre, por el que se crea el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Social<sup>772</sup>.

Se como fuere, el principio de la “relación directa con el objeto del contrato”, recogido en el art. 134 LCSP y exigido, entre otros organismos,

---

<sup>769</sup> ROMÁN VACA, E.: “Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario”, cit., p. 310.

<sup>770</sup> Informe 3/2009, de 25 de septiembre.

<sup>771</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, L.: “El Fondo Estatal de Inversión Local y el equilibrio entre los principios de interés público local”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 95, 2010, pp. 31 y ss. o DOMINGO ZABALLOS, M.J.: “El Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre: notas sobre el Fondo Estatal de Inversión Local”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 769, 2009, pp. 9 y ss.

<sup>772</sup> BALLESTEROS MOFFA, L.A.: *La adjudicación de contratos en el sector público*, Madrid, 2010, p. 202.

por la Junta de Contratación Administrativa del Estado<sup>773</sup>, por la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña<sup>774</sup>, por la Junta Consultiva de Contratación de las Islas Baleares<sup>775</sup>, y por el Consejo de Estado<sup>776</sup>, hace que solamente en aquellos supuestos en los que dicho objeto consista en la ejecución de programas de ayudas a sectores sociales necesitados se puedan introducir criterios sociales en la fase de adjudicación del contrato<sup>777</sup>.

3. En tercer lugar, que la satisfacción de las exigencias sociales deba responder a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, supone también una grave limitación (más aún, si cabe, que las anteriores) que el legislador no debería haber impuesto, pues será preciso identificar en cada caso este tipo de necesidades. En ciertas ocasiones dicha tarea resultará sencilla, tal y como sucede cuando la Administración que paga una renta mínima o un ingreso mínimo de inserción, contrata con empresas que dan empleo a perceptores actuales o potenciales de dicho subsidio o cuando la Administración, que proporciona ayudas directas o indirectas a personas en situación o riesgo de exclusión social, contrata con empresas que tengan a su servicio personal de este tipo. Piénsese, también, en la dispensa de un servicio de asistencia y recuperación a mujeres víctimas de violencia de género, en relación con un criterio de adjudicación que valore la existencia en la empresa de mujeres en puestos de mando o supervisión<sup>778</sup>.

---

<sup>773</sup> Informes 11/99, de 30 de junio, 44/2004, de 12 de noviembre y 42/2006, de 30 de octubre.

<sup>774</sup> Informes 4/01, de 23 de noviembre, y 2/2006, de 16 de mayo. Asimismo, Recomendación 1/2001, de 5 de abril.

<sup>775</sup> Informe 4/02, de 27 de junio.

<sup>776</sup> Dictamen 51/2006, de 25 de mayo.

<sup>777</sup> MARTÍNEZ FONS, D.: *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, cit., p. 38.

<sup>778</sup> SÁEZ LARA, C.: "Las cláusulas sociales en los contratos del sector público", *Relaciones Laborales*, 2009, Tomo II, p. 525.

En este marco de posibilidades, es de interés destacar lo previsto en el art. 51.3 Ley Foral 2/2006, de Contratos Públicos de Navarra, modificada por la Ley Foral 1/2009, en virtud del cual: “previa definición en los pliegos de cláusulas administrativas, y con la finalidad de satisfacer las necesidades de categorías de población especialmente desfavorecida que figuren como usuarias o beneficiarias de las prestaciones a contratar, se incorporarán criterios que respondan a dichas necesidades, tales como los dirigidos a las personas discapacitadas, las desfavorecidas del mercado laboral, las precarizadas laboralmente, las dirigidas a favorecer la igualdad entre mujeres y hombres, al cumplimiento de las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo o a garantizar los criterios de accesibilidad y diseño universal para todas las personas”.

Entre otros posibles ejemplos, cabe mencionar también los dos siguientes: en primer lugar, el pliego de condiciones del Ayuntamiento de Burgos para la contratación de la gestión de los servicios de atención domiciliaria, donde se establece una puntuación máxima de 2 puntos para el licitador que tenga contratadas personas pertenecientes a los colectivos con mayores dificultades de inserción; en segundo término, el pliego del Instituto Aragonés de Servicios Sociales para la contratación de la gestión del servicio de información de atención a menores, en el cual se valora hasta un máximo de un punto la circunstancia de que una empresa esté inscrita en el registro de empresas de inserción laboral. Pese a la bondad de estas previsiones, sin embargo, en otros muchos supuestos –la mayoría– la concurrencia del requisito establecido en el art. 134.3 LCSP puede complicarse en exceso, haciendo imposible el establecimiento de este tipo de cláusulas sociales de adjudicación, tal y como ha sucedido en significativa muestra con el pliego de cláusulas administrativas generales contra la siniestralidad laboral del Ayuntamiento de Sevilla de 2004 declarado nulo por sentencia judicial<sup>779</sup>. Ahora bien, la restricción del art. 134.3 LCSP puede chocar con ciertas previsiones comunitarias, señaladamente y al menos para determinados colectivos, con la Directiva

---

<sup>779</sup> STSJ, Cont-Admtivo, Andalucía/Sevilla 3 diciembre 2008, citada y comentada por ROMÁN VACA, E.: “Una ilusión frustrada: la anulación del pliego de cláusulas administrativas generales contra la siniestralidad laboral del Ayuntamiento de Sevilla”, *Temas Laborales*, núm. 100, 2009, vol. III, pp. 1351 y ss.

2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación<sup>780</sup>.

La primera de estas dos normas dispone, en su art. 7, bajo el sugestivo título de “acción positiva y medidas específicas”, lo siguiente: “1. Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos relacionados en el art. 1 (religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual). 2. Por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral”.

La segunda de las Directivas mencionadas, también bajo el título de “acción positiva”, dispone que “los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el art. 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la realidad la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral”. Dicho precepto es todavía más elocuente en su literalidad: “con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá en ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

En fin, vistas las previsiones de estas dos Directivas, cabe llegar a la conclusión de que la inclusión de las cláusulas de calidad social entre los

---

<sup>780</sup> ROMÁN VACA, E.: “Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario”, cit., p. 310.

criterios de adjudicación de los contratos no constituye sino una acción positiva a favor de ciertos colectivos que no debe ser limitada sino potenciada, no en vano intentan acelerar el proceso de igualación de oportunidades y compensar una situación histórica y tradicional de inferioridad<sup>781</sup>. La LCSP (pese al avance que supone al incluir “la satisfacción de exigencias sociales” entre los criterios de valoración de las proposiciones) debería haber sido más consecuente con el planteamiento efectuado en su Exposición de Motivos y haber establecido los mecanismos necesarios para la incorporación de “consideraciones de tipo social” en el proceso de contratación pública, configurándolas como verdaderos criterios de valoración de las ofertas sin otro tipo de cortapisas distintas a la garantía del principio de libertad de establecimiento y prestación de servicios exigidos por la normativa comunitaria. Y es que la demanda social de nuevas formas de hacer políticas sociales debería de haber traído consigo la posibilidad de que “en toda licitación pública se pueda discriminar positivamente o favorecer a quien más aporta a la sociedad en su conjunto, como un criterio de valoración transversal y general”<sup>782</sup>.

4. Las reflexiones anteriores no deben hacer olvidar lo dispuesto en el art. 55 de la Directiva 2004/18, el cual indica que si el organismo adjudicador considera alguna oferta anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar la misma, solicitará las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta presentada. Precisiones que podrán referirse, entre otros aspectos, a la observancia de las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo vigentes en el lugar de ejecución del contrato. No cabe, por consiguiente, que la autoridad adjudicante introduzca la exclusión automática de los licitadores que presentan ofertas que eventualmente puedan considerarse temerarias.

Por su parte, el art. 136.2 LCSP contempla la posibilidad de que el órgano de contratación determine discrecionalmente en el pliego de cláusulas los parámetros que, en relación con los distintos criterios de adjudicación,

---

<sup>781</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, p. 200.

<sup>782</sup> ROMÁN VACA, E.: “El pliego de cláusulas administrativas generales de calidad social en la contratación pública del Ayuntamiento de Sevilla”, cit., p. 222.

permitan apreciar el carácter anormalmente bajo de las ofertas. Con todo, dicho precepto alude únicamente a dos aspectos. Primero, a la posibilidad de establecer límites cuantitativos respecto del precio, cuando éste sea un criterio de adjudicación, de manera que los importes que queden fuera de aquellos límites permitan apreciar la anomalía de la oferta, pudiendo tomarse en consideración el hecho de ofertar por debajo del nivel retributivo que fuere legalmente de aplicación. Segundo, a la justificación por parte de los dictadores de las condiciones de sus ofertas en lo referente, entre otras, a las circunstancias favorables que disponga para ejecutar el objeto del contrato, lo cual implica, por ejemplo, atender como criterio de anomalía a la *ratio* de recursos humanos que se destinarán a la ejecución del vínculo administrativo, tanto en número como en formación<sup>783</sup>. Éste debiera ser el sentido restrictivo en el que cabe interpretar la posibilidad esbozada por el art. 136.2 LCSP.

## VIII. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DE CARÁCTER SOCIAL

Desde los inicios del debate sobre el tema, la fase de ejecución del contrato ha sido considerada como el momento más adecuado para la incorporación de cláusulas sociales. La posibilidad de supeditar las adjudicaciones de los vínculos administrativos a la colaboración del adjudicatario en determinadas políticas sociales se muestra ya con claridad en el Libro Verde de la Contratación Pública de la Unión Europea, el cual en su apartado 5.42 establece la imposición, como condición de ejecución de los contratos administrativos adjudicados, del respeto de las obligaciones de carácter social, encaminadas, por ejemplo, a fomentar el empleo de las mujeres o a favorecer la protección de determinadas categorías desfavorecidas<sup>784</sup>. La respuesta común formulada por la Comisión Europea a las preguntas escritas E-0816/00 y E-0817/00<sup>785</sup> se

<sup>783</sup> MARTÍNEZ FONS, D.: *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, cit., p. 19.

<sup>784</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Libro Verde. La Contratación Pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro*, presentado el 27 de noviembre de 1996.

<sup>785</sup> DOCE C-374E, de 28 de diciembre de 2000.

manifiesta, igualmente, a favor de “plantear, como condición de ejecución de contratos públicos ya adjudicados, el respeto de obligaciones de carácter social..., (pues ello no supone sino) un compromiso de los licitadores para adoptar determinadas medidas si se les adjudica el vínculo contractual”.

También la Comunicación Interpretativa, de 15 de octubre de 2001, determina con claridad que: “es ante todo en la fase de ejecución, es decir, una vez adjudicado, cuando un contrato público puede constituir para los poderes adjudicadores un medio de fomentar la persecución de objetivos sociales. En efecto, éstos pueden imponer al titular del contrato la observancia de cláusulas contractuales relativas a la forma de ejecución del mismo que sean compatibles con el Derecho Comunitario. Estas cláusulas pueden englobar medidas a favor de determinadas categorías de personas y actuaciones positivas en materia de empleo... En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo se pueden citar, entre otras, las obligaciones –aplicables a la ejecución del contrato– de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los parados o los jóvenes; la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o a evitar la diversidad racial o étnica; de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT o de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional”.

En este mismo sentido –y utilizando prácticamente idénticos términos–, el considerando 33 de la Directiva 2004/18 reitera que “las condiciones de ejecución de un contrato serán compatibles con la presente Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En particular, pueden tener por objeto especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo se pueden citar, entre otras (y reiterando casi textualmente lo dispuesto por la Comisión Interpretativa), las obligaciones –aplicables a la ejecución del contrato– siguientes: a) Dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizar la prestación. b) Aplicar medidas destinadas a promover la diversidad racial o étnica, o la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. c) Respetar en lo esencial las disposiciones de los convenios de la OIT, en el supuesto de que éstas no se hayan incorporado ya

al ordenamiento jurídico nacional. d) Contratar a un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo<sup>786</sup>. En concordancia con lo anterior, el art. 26 de la citada Directiva establece la posibilidad de que los poderes adjudicadores exijan condiciones especiales de ejecución que expresen exigencias sociales (o medioambientales), en los términos antes expuestos, es decir, bajo las exigencias de compatibilidad con el Derecho Comunitario, y siendo necesaria su indicación, de forma expresa, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones<sup>787</sup>.

En el Derecho interno –y siguiendo este modelo–, el art. 33 LOIEMH establece que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y, en relación con la ejecución de los contratos que celebre, “podrán establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público”<sup>788</sup>. Cabría incluir, así, la adopción de cualesquiera de las medidas mencionadas en los arts. 43, 45, 48, 73 o 75 de la LOIEMH en clara referencia, respectivamente, a la promoción de la igualdad en la negociación colectiva, elaboración y aplicación de planes de igualdad, prevención del acoso sexual y por razón de género en el trabajo, acciones de responsabilidad social de las empresas en materia de paridad sexual y participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles<sup>789</sup>. Es más, en relación con las condiciones tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, la LOIEMH establece que, anualmente, el Consejo de Ministros, a la vista de la evolución e impacto de las

<sup>786</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, cit., p. 234.

<sup>787</sup> SÁEZ LARA, C.: “Las cláusulas sociales en los contratos del sector público”, cit., p. 527.

<sup>788</sup> Admitiendo la utilización de un criterio de discriminación positiva a favor de la mujer en la contratación pública, TOBLER, C.: “Encore: women’s clauses in public procurement under Community Law”, *European Law Review*, núm. 6, 2000, pp. 618 y ss.

<sup>789</sup> PÉREZ DEL RÍO, T. y ZAMBONINO PULITO, M.: “La acción positiva y sus instrumentos: la inclusión de las cláusulas sociales de género en la contratación de las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008, p. 52.

políticas de igualdad en el mercado laboral, determinará los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluirlas<sup>790</sup>.

Con carácter más general, el art. 102 de la LCSP va a permitir, también, que se supedite la adjudicación de contratos al cumplimiento, por parte de quien resulte adjudicatario, de consideraciones de tipo social “con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo definida en el art. 125 del Tratado constitutivo de la Unión Europea (actual art. 145 TFUE) o garantizar el respeto de los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo” (Convenios núms. 29, sobre trabajo forzoso; 87, sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicación; 98, sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva; 100, sobre igualdad de remuneración; 105, sobre abolición del trabajo forzoso; 111, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación; 138, sobre edad mínima; y 182, sobre las peores formas del trabajo infantil)<sup>791</sup>.

Este reconocimiento expreso de la posibilidad (no obligatoriedad) de aplicar criterios sociales en la fase de ejecución del contrato proporciona un plus importante de seguridad jurídica, pues, hasta la promulgación de la LCSP, venía siendo necesario ampararse en el conocido precepto general de la legislación de contratos según el cual “la Administración podrá concertar los pactos... que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración” (art. 4 LCAP, actual art. 25 LCSP). Ahora ya no habrá inconveniente alguno en establecer criterios objetivos como pudiera ser exigir a la empresa adjudicataria la contratación de parados de más de cuarenta y cinco años o con más de uno o dos años en situación de desempleo, jóvenes sin empleo hasta deter-

---

<sup>790</sup> SÁEZ LARA, C.: “Las cláusulas sociales en los contratos del sector público”, cit., p. 528.

<sup>791</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Contratación pública y condiciones de trabajo”, cit., pp. 5 y ss.

minada edad, personas con minusvalías, víctimas de violencia de género, excarcelados, ex internos de centros tutelares de menores, personas en rehabilitación por toxicomanías o alcoholismo, perceptores de rentas mínimas o de inmigrantes que aún no han cumplido el período previo de empadronamiento exigido para ello, pertenecientes a minorías étnicas o personas incluidas en programas para eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral. También se le podrá requerir al contratista el desarrollo de una adecuada política formativa de los trabajadores, la garantía de unas condiciones de trabajo dignas<sup>792</sup> y seguras<sup>793</sup>, el respeto al principio de igualdad de trato u otras actuaciones tendentes a la satisfacción de otras exigencias sociales consideradas prioritarias por parte de la Administración contratante<sup>794</sup>.

Se trata, por tanto, de una lista abierta de materias, ampliable, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, las características de la actividad a contratar, duración de la misma y/o del lugar en que se va a prestar. Cabe alertar, así, que la disposición adicional 1ª Ley 44/2007, de 13 de diciembre, reguladora de las empresas de inserción, especifica que las condiciones especiales de ejecución del contrato podrán incluir consideraciones relativas a la situación social de los trabajadores vinculados a su ejecución, de conformidad con lo dispuesto en la LCSP. La inserción laboral de las personas en situación de exclusión social no sólo puede establecerse, como se explicó anteriormente, en cuanto criterio dirimente de posibles empates ante ofertas igualmente ventajosas desde el punto de vista de la adjudicación, sino también a la hora de supeditar dicha adjudicación al cumplimiento de dicho postulado por parte del adjudicatario<sup>795</sup>.

---

<sup>792</sup> En relación con el fomento de la estabilidad en el empleo, Dictamen 1/2003, de 20 de marzo, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana.

<sup>793</sup> En su Recomendación de 17 de diciembre de 2002, la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia propone la inclusión de cláusulas por las cuales el órgano de contratación se reserve la potestad de exigir al contratista cuanta documentación y datos estime oportunos sobre el personal contratado y que preste sus servicios en centros y dependencias de aquél, para garantizar la adecuación a la normativa vigente especialmente en materia de prevención de riesgos laborales.

<sup>794</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, cit., pp. 170 y ss.

<sup>795</sup> MARTÍNEZ FONS, D.: "La contratación pública como instrumento de la política de empleo y libre competencia"; cit., pp. 666-667.

Sea como fuere, la condición de ejecución se definirá en cada caso por el correspondiente órgano de contratación de manera clara y precisa, a los efectos de evitar problemas futuros a la hora de determinar si se ha producido realmente un incumplimiento por parte de la empresa contratista. No bastaría, así, establecer como condición especial de ejecución que la empresa deberá contratar para el desarrollo del contrato a personas en situación de exclusión social, sino que es necesario concretar cuántas y con qué tipo de contratos, o que se garantizará una igualdad real entre hombres y mujeres sino que deberá especificarse a través de qué medidas se debe alcanzar dicha igualdad, ni tampoco que se mejorará la formación en general de los trabajadores sino que deberá determinarse cómo y cuando<sup>796</sup>.

Convenientemente especificadas, únicamente es necesario que tales condiciones de ejecución sean compatibles, en primer lugar, con el Derecho Comunitario en particular en lo que se refiere a la libre prestación de servicios, tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que –como ya consta– ha declarado que una ley de un Estado miembro “no puede exigir a la entidad licitadora designar como adjudicatarios de contratos públicos de obras únicamente a las empresas que, en la licitación, se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores..., como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable” en el lugar que se vaya a realizar la obra<sup>797</sup>. En segundo término, es necesario que respeten el principio de igualdad –que no sean directa o indirectamente discriminatorias– y el principio de publicidad –que el contenido de dichas cláusulas se señale en el anuncio de licitación y en el contenido del pliego de condiciones–<sup>798</sup>. Sobre el primer condicionante, se ha pronunciado la Junta Consultiva del Ministerio de Economía y Hacienda, señalando –en interpretación ya conocida– que es perfectamente válido que en el pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato determinado se establezca una previsión imponiendo la obligación de contratar personas desempleadas, pues el empleo de mano de obra desocu-

---

<sup>796</sup> GALA DURÁN, C.: “Responsabilidad social empresarial, derecho a la libre prestación de servicios y contratación pública de obras o servicios”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2010, p. 27.

<sup>797</sup> STJCE 346/06, de 3 abril de 2008, asunto *Rüffert*.

<sup>798</sup> Dictamen del Consejo de Estado número 514/2006, de 25 de mayo, y Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía núm. 253/2007, de 16 de mayo.

pada constituye un objetivo social que puede cumplirse a través de las condiciones de ejecución del contrato, pero que no resulta admisible que una condición de ejecución exija la contratación de personas inscritas en un determinado lugar geográfico, pues ello provoca discriminación respecto del resto de los desempleados nacionales u originarios de otros Estados miembros de la Unión Europea<sup>799</sup>, ni tampoco que la empresa adjudicataria tenga su domicilio o sede social en un determinado territorio, pues resulta igualmente discriminatorio<sup>800</sup>.

Si se respetan los límites señalados, cabe afirmar que las cláusulas contractuales de carácter social establecidas como condiciones de ejecución del contrato son legítimas. Basta, en principio, con que los licitadores se comprometan, al entregar su oferta, a cumplir el requisito previsto, siempre que no sea discriminatorio, en el supuesto de que el vínculo contractual les sea adjudicado, de forma que la oferta de un licitador que no acepte tal obligación no se ajustaría al pliego de condiciones y no podría, por tanto, ser seleccionada<sup>801</sup>. A diferencia de las fases de selección de licitadores y de adjudicación, en la fase de ejecución del contrato, la introducción de consideraciones sociales no está condicionada internamente a su necesaria conexión con el objeto contractual, es decir, con la realización de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios al que se dirige el contrato del sector público. Y esta diferencia es la que determina que, finalmente, tales circunstancias sean admisibles y se regulen como efectivas condiciones de ejecución<sup>802</sup>.

Como ha señalado el Tribunal Supremo, un pacto materializado en el pliego de condiciones particulares en este sentido implica una determinación específicamente convenida por ambas partes contratantes que ha de ser considerada como de aplicación preferente a la normativa legal genérica siempre que

---

<sup>799</sup> Informe 3/2009, de 25 de septiembre. En el mismo sentido, Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 6/2009, de 15 de abril.

<sup>800</sup> Informe 9/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda.

<sup>801</sup> STJCE 243/1989, de 22 de junio de 1992, asunto *Storebaelt*, en la cual se deja claro que los poderes adjudicadores están obligados a rechazar las ofertas que no se ajusten al pliego de condiciones, pues de lo contrario violarían el principio de igualdad de los licitadores.

<sup>802</sup> SÁEZ LARA, C.: "Las cláusulas sociales en los contratos del sector público", cit., p. 531.

no contradiga la misma<sup>803</sup>. Es importante comprender, pues, que el contrato, en manos de la Administración, no es sólo un instrumento de intercambio de bienes y servicios sino, sobre todo, una herramienta de gestión de intereses públicos: la posición vicaria o ministerial de quien ostenta un *munus* u *officium* y que se ve asistido de potestades, peculiar posición jurídica mezcla de deber y derecho y, en consecuencia, irrenunciable para el sujeto que la recibe<sup>804</sup>.

Ejemplo de este tipo de actuaciones puede encontrarse en el art. 9.3, párrafo segundo, Real Decreto Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea un Fondo Estatal de Inversión Local –además de un Fondo Especial del Estado para el Estímulo de la Economía y el Empleo– y el art. 17.3, apartado segundo, Real Decreto Ley 13/2009, de 26 de octubre, por el que se crea el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, pues ambos prevén que deberá asegurarse, mediante la inclusión de una cláusula estableciendo una condición especial de ejecución, que el nuevo personal que el contratista necesite emplear para la ejecución de obras se encuentra en situación de desempleo<sup>805</sup>.

También, en la Resolución 6/2008, de 2 de junio, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento del País Vasco, por la que se dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno “sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma y de su sector público”, en la cual se establece la posibilidad de exigir a la empresa adjudicataria el “compromiso de incorporar en la ejecución de la prestación contratada al menos un 20 por 100 de personas desempleadas que se encuentren en especial dificultad para acceder al empleo”<sup>806</sup>. Asimismo, el Decreto 84/2006, de 20 de junio, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa para fomentar la integración laboral de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, de Canarias, que establece en su art. 1,

---

<sup>803</sup> STS, Cont-Admtivo, 15 marzo 1999 (RJ 1999/2289).

<sup>804</sup> AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, 2004, p. 99.

<sup>805</sup> BALLESTEROS MOFFA, L.A.: *La adjudicación de contratos en el sector público*, cit., p. 202.

<sup>806</sup> BOPV 19 junio 2008.

como condiciones de ejecución del contrato, “la obligación de contratar a un número de personas discapacitadas superior al exigido por la LISMI, la obligación de dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, la obligación de organizar actividades de formación para los jóvenes o desempleados, y la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad entre mujeres y hombres”.

Igualmente, cabe hacer mención a los pliegos de calidad social del Ayuntamiento de Sevilla, donde se establece lo siguiente: “el adjudicatario se compromete a contratar al menos el 10 por 100 de personas procedentes de colectivos desempleados que se encuentren en especial dificultad para acceder a un empleo, respecto al total de personas necesarias para ejecutar el contrato...; todo adjudicatario que disponga de una representación de mujeres en plantilla desequilibrada deberá hacer durante la ejecución del contrato al menos una nueva contratación de una mujer o transformar una contratación temporal indefinida...; durante la ejecución del contrato la organización adjudicataria deberá cumplir y acreditar al menos el 30 por 100 de la plantilla adscrita al servicio con contratación indefinida...; las organizaciones adjudicatarias llevarán a cabo durante la ejecución del contrato acciones de sensibilización, formación y orientación dentro de la jornada laboral para las personas trabajadoras”<sup>807</sup>.

Como ha quedado constatado, las condiciones de ejecución no deben ser directa o indirectamente discriminatorias, ni primar a los licitadores locales o nacionales, debiendo además señalarse en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, no en vano la cláusula contractual es una obligación que debe ser aceptada por el adjudicatario del contrato, pues se refiere a la ejecución de éste. Las empresas, al participar en una licitación, se comprometen, en consecuencia, a cumplir el requisito social señalado en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado. La oferta de un licitador que no aceptara la obligación en cuestión no se ajustaría al pliego de condiciones y no podría, por tanto, ser seleccionada<sup>808</sup>. Por esta misma razón, en caso de incumplimiento

---

<sup>807</sup> BOC 28 junio 2006.

<sup>808</sup> LESMES ZABALEGUI, S.: “Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral”, *Lan Harremanak*, núm. 13, 2005, p. 81.

de los requerimientos establecidos, el órgano de contratación puede optar por resolver la contratación o por imponer penalidades, según disponga el pliego, sin que quede garantizado, no obstante, que lo así recaudado se destine a compensar a aquellas empresas perjudicadas por el incumplimiento de las cláusulas sociales aquí analizadas; antes al contrario, cada Administración debe preocuparse de que así sea en el caso concreto<sup>809</sup>, lo cual no es mucho decir, pues se deja en manos de los poderes públicos la reparación del daño causado a los licitadores a los que no se les adjudicó el contrato. De hecho, el examen de la doctrina del Consejo de Estado<sup>810</sup> y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>811</sup> revela una manifiesta tendencia a favor del mantenimiento de los vínculos (sin proceder a la resolución de los mismos) al estimarse con carácter general que ésta es la solución que mejor defiende los intereses públicos a los que los contratos sirven siempre, sin perjuicio de la imposición al contratista de las sanciones que procedan y de la exigencia de responsabilidad por los daños que su incumplimiento haya ocasionado<sup>812</sup>. La resolución del contrato sólo se podrá producir cuando la obligación incumplida constituya un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes contratantes, pero no si se trata de obligaciones accesorias o complementarias<sup>813</sup>. En todo caso, la Administración ha de llevar a cabo una ponderación de las circunstancias concurrentes a los efectos de alcanzar la necesaria proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, conforme a la buena fe, la equidad y, siempre, en aras del interés público<sup>814</sup>.

El incumplimiento de las condiciones de ejecución de carácter social puede conllevar también para el empresario la prohibición de contratar *ad futurum* con la Administración, si bien tal veto no podrá exceder de un año y su efi-

---

<sup>809</sup> PÉREZ-ILLZARBE, J.A.: "Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público", *Zerbitzuan*, núm. 40, 2006, p. 29.

<sup>810</sup> Dictámenes 1191/1993, de 25 de noviembre, y 3811/1998, de 8 de octubre.

<sup>811</sup> STS, Cont-Admtivo, 14 diciembre 2001 (RJ 1433).

<sup>812</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Valladolid, 2007, pp. 43 y ss.

<sup>813</sup> El Dictamen del Consejo de Estado 119/2004, de 25 de marzo, entendió que el incumplimiento de las cláusulas de ejecución sobre seguridad y salud laboral puede determinar la resolución contractual.

<sup>814</sup> SÁEZ LARA, C.: "Las cláusulas sociales en los contratos del sector público", cit., p. 535.

cacia está condicionada a la inscripción y constancia en el Registro Oficial de licitadores y empresas clasificadas [art. 49.2 e) LCSP].

La cuestión principal quedaría, no obstante, situada en determinar las vías mediante las cuales puede la Administración verificar el efectivo incumplimiento por el empresario adjudicatario de sus compromisos sociales adquiridos como condiciones de ejecución. Sería necesario, por tanto, extremar el cuidado en garantizar que la organización productiva que ha obtenido el contrato administrativo quede sometida a la obligación de soportar auditorías sociales externas destinadas a acreditar el respeto a tales exigencias, información de la que luego se servirá la Administración para adoptar o no la decisión de mantener o extinguir los vínculos adquiridos<sup>815</sup>. También sería interesante que el Ente público pudiera exigir el acceso directo a los centros de trabajo de sus adjudicatarios, para poder comprobar de primera mano (a través de técnicos en la materia) el respeto de los parámetros sociales recogidos en los pliegos, llegando incluso a reservarse la facultad de poder realizar entrevistas y encuestas privadas a los trabajadores que allí presten servicios para que, libre y anónimamente –ajenos a todo tipo de presión–, puedan describir la situación laboral realmente existente<sup>816</sup>.

Quizá para evitar estos problemas el art. 103 LCSP se detenga en establecer que el órgano de contratación podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la protección del medio ambiente y, por lo que aquí interesa, a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato. Asimismo, el órgano de contratación que use esta posibilidad solicitará a los licitadores que manifiesten expresamente haber tenido en cuenta, en la elaboración de sus ofertas, las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes<sup>817</sup>.

<sup>815</sup> BAYLOS GRAU, A.: "Códigos de conducta y buenas prácticas de las empresas en materia laboral. El problema de la exigibilidad judicial", *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 66, 2004, pp. 272 y ss.

<sup>816</sup> ÁLVAREZ CIVANTOS, O.J.: *Mercado sostenible y responsabilidad social (Hacia la responsabilidad social de los actores sociales)*, Granada, 2006, p. 142.

<sup>817</sup> RIAÑO POMBO, M. y SÁNCHEZ VILLALTA, M.: "Criterios sociales y medioambientales en la contratación pública", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 301, 2010, p. 78.

## IX. EXCLUSIÓN DE LICITADORES POR CAUSAS SOCIALES

Junto a los motivos de exclusión *ex lege* de cualquier licitador, enumeradas en el art. 45.1 Directiva 2004/18, condenado por sentencia firme por participación en organización delictiva, corrupción, fraude o blanqueo de capitales, el art. 45.2 de la norma europea contiene también una lista de razones de exclusión cuya aplicación es facultativa para los poderes adjudicatarios, entre las que se encuentra el hecho de haber incumplido las normas laborales y de Seguridad Social. Concretamente podrá ser excluido de la participación en el contrato todo operador económico que: 1) haya sido condenado por sentencia con autoridad de cosa juzgada según las disposiciones legales del país y en la que se aprecie un delito que afecte a su moralidad profesional; 2) haya cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por cualquier medio que los poderes adjudicadores puedan justificar; 3) no esté al corriente en sus obligaciones relativas al pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido o las del país del poder adjudicador.

A tenor de tales previsiones, cabe deducir, en primer lugar, que las causas de exclusión son facultativas para los órganos administrativos contratantes, lo que no excluye que puedan ser configuradas como imperativas por las normas nacionales, limitando así las amplias facultades que les confiere la regulación comunitaria para conciliar los diversos intereses en juego. De este modo, pueden entenderse constreñidas a través de la exigencia de un informe donde deben constar los nombres de los candidatos o licitadores seleccionados y los motivos que justifican su elección, así como los nombres de los candidatos o licitadores excluidos y las razones que justifican su exclusión. Todo ello permitirá el eventual control judicial de las decisiones adoptadas al respecto (art. 23 Directiva 2004/18)<sup>818</sup>.

En segundo término, no cabe duda tampoco que la enumeración de las causas de exclusión tiene carácter exhaustivo, quedando sujetas a una interpretación estricta, si bien nada impide que un Estado miembro prevea otras medidas de exclusión que tengan por objeto garantizar la observancia de los

---

<sup>818</sup> SÁEZ LARA, C.: "Las cláusulas sociales en los contratos del sector público", cit., p. 510.

principios de transparencia e igualdad de trato entre los licitadores, siempre que tales medidas no excedan de lo necesario para alcanzar tal objetivo<sup>819</sup>.

En tercer lugar, la prohibición de contratar de una empresa no alcanza, automáticamente, a las organizaciones productivas a ella vinculadas, o pertenecientes a su grupo de empresas, pero sí a aquéllas que por razón de las personas que las dirigen sean continuación de las incursas en dicho veto, lo cual exige una labor de valoración de cada una de las circunstancias concurrentes<sup>820</sup>.

Descendiendo al ordenamiento español, el art. 49 LCSP manifiesta la intención de privar de la condición de licitador a quienes estén inhabilitados para ello por concurrir, entre otras, alguna de las siguientes circunstancias: 1) haber sido condenados mediante sentencia firme por delitos contra la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores; 2) haber sido sancionados con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad; 3) haber sido sancionado con carácter firme por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS); 4) no hallarse al corriente de las obligaciones de Seguridad Social; 5) haber incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas de acuerdo con lo señalado en el art. 102, que expresamente se refiere a cuestiones de índole profesional, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave de conformidad con las disposiciones de desarrollo de esta Ley, y concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario.

La introducción de estas limitaciones *ope legis* cobra pleno sentido con el solo hecho de tener en cuenta cómo la celebración del contrato administrativo va a suponer la incorporación indirecta por el Ente público del trabajo de los operarios del contratista, lo cual puede provocar la asunción de importantes consecuencias de responsabilidad en materia laboral por parte de la Adminis-

---

<sup>819</sup> STJCE 213/07, de 16 diciembre 2008, asunto *Michaniki AE*.

<sup>820</sup> Informe 7/2009, de 28 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

tración<sup>821</sup>. Al objeto de no reiterar temas tratados en otros apartados del presente estudio, procede centrar ahora la atención en las siguientes circunstancias prohibitivas:

---

## 1. NO ESTAR AL CORRIENTE EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES Y CON LA SEGURIDAD SOCIAL

Como con acierto se ha dicho, “es precisamente la prestación de los trabajadores de una empresa (el contratista o concesionario) para otra (la Administración) la que hace que esas relaciones interempresariales, en principio extralaborales, pasen a tener trascendencia para el ordenamiento jurídico social”<sup>822</sup>. La condición pública del organismo que adjudica la contrata o la concesión administrativa no puede hacer olvidar ni transmutar la naturaleza de la prestación, motivo por el cual su gestión indirecta no afectará a la responsabilidad frente a los trabajadores.

Por ello, no puede extrañar que la LCSP se detenga en exigir a los posibles adjudicatarios la acreditación de que efectivamente se hallan al corriente del cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, pues en caso contrario quedarían marginados para cualquier contratación pública [art. 49.1 d) LCSP]. Es más, el licitador debe justificar no sólo estar al corriente en este tipo de obligaciones, sino también estar inscrito en el sistema de la Seguridad Social (y, si se trata de un empresario individual, estar afiliado y en alta en el régimen que corresponda por razón de la actividad), haber afiliado y dado de alta a sus trabajadores, haber presentado los documentos de cotización correspondientes a las cuotas de Seguridad Social y, si procediese, de los conceptos de recaudación conjunta con las mismas, así como de las asimiladas a aquéllas a efectos recaudatorios correspondientes a los doce meses anteriores a la fecha de solicitud de la certificación (art. 14 RCAP)<sup>823</sup>.

---

<sup>821</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Responsabilidades de régimen laboral de la Administración en las concesiones de obra pública*, Gijón, 2007, pp. 111 y ss.

<sup>822</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Laboral*, núm. 8, 1997, p. 125.

<sup>823</sup> MORELL OCAÑA, L.: “Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas”, en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004, pp. 155-156.

Todo ello redundará en el buen fin de la contrata o concesión, salvaguardando los derechos del colectivo más débil involucrado en todo este proceso de descentralización de actividades públicas: los trabajadores. La finalidad de tales previsiones no es sino la de evitar aquellas cargas y responsabilidades (por deudas salariales y con el sistema de protección social) que debería asumir la Administración respecto de los empleados del adjudicatario, no en vano las mismas derivan directamente del vínculo suscrito entre el Ente público y el titular de la contrata o concesión administrativa; de hecho, de no haber exteriorizado la actividad, la Administración sería el empleador directo de los trabajadores afectados<sup>824</sup>.

Así, aun cuando el sistema de responsabilidad administrativa considera al adjudicatario como único obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de una contrata o concesión administrativa (art. 198 LCSP), lo cierto es que el art. 42 ET deja clara la existencia de una responsabilidad solidaria entre la Administración y el contratista por las deudas salariales y con la Seguridad Social contraídas por este último con sus empleados<sup>825</sup>. Tal y como ha reconocido expresamente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo –y sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá–, “una interpretación del mencionado art. 42, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto ‘contratas y subcontratas’ celebradas por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de ‘concesión administrativa’ ya que, de un lado, la generalidad de los términos ‘contratas o subcontratas’ no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otro, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión directa de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el Ente público, dueño de la obra que se explota o del servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida”<sup>826</sup>.

<sup>824</sup> QUIRÓS HIDALGO, G.: “Algunas cuestiones sobre la atribución de responsabilidades ex art. 42 ET en un supuesto de contrata encargada por una sociedad cooperativa de viviendas, a su vez concesionaria de un Ayuntamiento”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2005, p. 15.

<sup>825</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas. Problemas laborales*, Madrid, 2006, pp. 17 y ss.

<sup>826</sup> SSTS, Social, 18 marzo 1997 (RJ 2572), citando a su vez las SSTS, Social, 15 julio, 27 septiembre, 18 noviembre y 14, 23 y 31 diciembre 1996 (RJ 5900, 6910, 8628, 9464, 9844 y 9867).

De todas formas, tal y como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, mientras la documentación expedida por los órganos competentes de la Seguridad Social no afirmen de manera expresa y categórica que el empresario no se encuentra al corriente de sus obligaciones de Seguridad Social, el órgano de contratación no debe apreciar incurso al empresario en la causa de la prohibición de contratar<sup>827</sup>.

---

## 2. INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Atendiendo a la relevancia que en la siniestralidad laboral juegan las concesiones administrativas, las cuales llevan aparejados, directa o indirectamente, un cúmulo de factores de riesgo que actúan sobre los empleados y determinan su mayor vulnerabilidad, no puede extrañar tampoco que de conformidad con lo previsto en el art. 49.1 c) de la LCSP, quede vetada la contratación con la Administración de aquellas empresas sancionadas con carácter firme por “infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones del orden social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LISOS)”.

### A. Marco legal

La LCSP no se ajusta plenamente a las infracciones tipificadas por la LISOS, que, en relación con los empresarios establece infracciones en materia de relaciones laborales, en materia de prevención de riesgos laborales, en materia de empleo, en materia de Seguridad Social y en materia de movimientos migratorios y de trabajo de extranjeros. Los problemas de seguridad jurídica que suscita la primera ley se agudizan aún más, pues distingue, al establecer como causa de la prohibición de contratar, entre sanción por infracción grave en materia de disciplina de mercado y en materia profesional y sanción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención

---

<sup>827</sup> Informe 1/1994, de 3 de febrero.

de riesgos laborales, distinción que, como se verá, no supera un mínimo juicio de razonabilidad y proporcionalidad<sup>828</sup>.

Sobre la aplicación de esta concreta causa de prohibición por infracción de la normativa de seguridad y salud laboral, la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa ha establecido los siguientes criterios interpretativos<sup>829</sup>: 1) Nunca puede ser apreciada automáticamente por los órganos de contratación, sino que requiere siempre la instrucción del oportuno expediente, cuya resolución corresponderá, en todo caso, al Ministerio de Economía y Hacienda; 2) Son las autoridades y órganos que acuerden las sanciones o resoluciones firmes las que deben decidir si procede elevar las actuaciones a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para la posterior resolución del expediente por el Ministerio o, por el contrario, que no procede la remisión del mismo, todo ello a la vista de las circunstancias concurrentes; 3) La firmeza exigida ha de entenderse referida a la vía jurisdiccional, sin que, en consecuencia, proceda la instrucción del expediente por la Junta Consultiva cuando la sanción impuesta está pendiente de recurso en dicha vía.

Centrando al atención en la preocupación por garantizar la seguridad y la salud en el ámbito de las contrataciones y concesiones administrativas como salvaguarda del derecho a la vida y a la integridad (física, psíquica y moral) frente a los elementos vinculados a la prestación de servicios que pueden quebrantarla, cabe poner de manifiesto que la aludida prohibición no sólo se recoge en el art. 49.1 c) LCSP anteriormente transcrito, interpretado en el sentido indicado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sino también en el art. 45 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), en virtud del cual se podrán establecer limitaciones a la facultad de contratar con la Administración para las entidades productivas condenadas “por la comisión de delitos o infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo previsto en la LCAP” (referencia que hoy hay que entender hecha a la LCSP, actualmente vigente).

Tales prohibiciones, establecidas en dos textos legales, con similar tenor literal (no idéntico), vienen a demostrar cómo el grado de inobservancia de lo

---

<sup>828</sup> SÁEZ LARA, C.: “Las cláusulas sociales en los contratos del sector público”, *Relaciones Laborales*, 2009, Tomo II, p. 512.

<sup>829</sup> Informe 17/2002, de 18 de abril.

previsto en la normativa preventiva es tan elevado como para hacer caer en saco roto el esfuerzo normativo y colocar en una situación delicada a quien ha de poner en juego su integridad física en el desarrollo de una profesión u oficio. Ni siquiera la presencia de un amplio y completo elenco de responsabilidades [a saber: la administrativa –recogida en los arts. 11 a 13 LISOS–; la penal –a la que hacen referencia los arts. 316 y 317 CP–; la de Seguridad Social –a través de un recargo de prestaciones –art. 123 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)–y la civil –art. 14 LPRL–, todas ellas compatibles entre sí (salvo las dos primeras si se atiende al principio *non bis in idem*) y no asegurables para la empresa (con excepción de la última)], han supuesto un acicate suficientemente efectivo para conseguir el éxito en la aplicación de la normativa preventiva<sup>830</sup>. De ahí la importancia de una previsión como la incorporada al art. 45 de la LPRL y en el art. 49.1 c) de la LCSP, en las cuales es suficiente la condena derivada de la comisión de un delito relacionado con la seguridad y salud laboral o de una infracción administrativa muy grave para que una empresa no pueda contratar con la Administración<sup>831</sup>.

## B. La entidad de la conducta transgresora

Es notoria la existencia de una importante discrepancia entre la literalidad del art. 45 de la LPRL y del art. 49.1 c) de la LCSP, pues el primero se refiere tanto a las condenas derivadas “de la comisión de delitos o infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo”, mientras el segundo alude exclusivamente a las sanciones “con carácter firme por infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales”. Tal divergencia obliga a efectuar una reflexión más detenida sobre sus posibles consecuencias.

Como puede comprobarse, el art. 49.1 c) de la LCSP no establece prohibición de contratar con la Administración para aquellas empresas que hubieran cometido delito en materia de seguridad y salud en el trabajo. Tal laguna puede que-

---

<sup>830</sup> TASCÓN LÓPEZ, R.: *Aspectos jurídico laborales de la responsabilidad social corporativa*, Madrid, 2008, p. 219.

<sup>831</sup> GIL IBÁÑEZ, J.L.: “Capacidad para contratar y clasificación de los contratistas”, en AA.VV. (GIL IBÁÑEZ, J.L., Dir.): *Contratación administrativa*, Madrid, 1995, p. 273.

dar integrada, empero, si se atiende a lo previsto en el párrafo a) del propio art. 49.1 de la LCSP, en virtud del cual el impedimento de contratar con el sector público se extiende a quienes hubieran sido condenados mediante sentencia firme por la comisión de, entre otros, “delitos contra los derechos de los trabajadores”, debiendo entender incluidos aquí los atentados constitutivos de ilícito penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

No hubiera sobrado, sin embargo, la mención expresa de esta prohibición en el apartado c) del art. 49.1 de la LCSP, pues, de un lado, la intervención sancionadora pública aparece como instrumento fundamental para perfeccionar el conjunto legislativo específico y asegurar el cumplimiento de las obligaciones generales y particulares en él contenidas, quedando amparado por los arts. 25 y 40 CE e inspirado en los principios de legalidad, irretroactividad, tipicidad, proporcionalidad, antijuridicidad, culpabilidad y *non bis in idem*<sup>832</sup>; y, de otro, el fin más típico e inmediato de la responsabilidad penal es la reprensión pública de determinadas conductas, con el horizonte siempre de la ejemplaridad y la prevención general<sup>833</sup>, lo cual cobra pleno sentido en materia de seguridad y salud laboral por la importancia de los bienes en juego. Es más, no hay que desconocer tampoco que el procedimiento administrativo sancionador se suspende, entre otros motivos, si la infracción puede constituir delito. En tal caso, si el Tribunal penal condena ya no se sigue el procedimiento sancionador (no cabe doble sanción por el mismo hecho); pero si no hay condena penal, se reanuda la tramitación administrativa por si hubiera infracción social y sanción punitiva en esta segunda vía.

Ningún problema plantea la existencia de una diferencia de matiz entre la nueva LCSP y lo previsto en su precedente más próximo [el art. 20.1 d) LCAP], pues mientras éste se remitía a la LPRL, aquélla lo hace a la LISOS. Tal discrepancia tiene una clara justificación: en el momento en que se aprueba la LCAP, el régimen sancionador en materia de seguridad y salud en el trabajo se encontraba recogido en la propia Ley 31/1995; en el momento actual, sin embargo, es el Real Decreto Legislativo 5/2000 el que integra el conjunto de infracciones posibles en materia laboral, incluyendo –lógicamente– las relativas a la prevención de riesgos laborales.

<sup>832</sup> STCo 8/1981, de 8 de junio.

<sup>833</sup> ARROYO ZAPATERO, L.: *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Barcelona, 1998, pp. 91 y ss.

No se alcanza a comprender, sin embargo, por qué el art. 49.1 c) de la LCSP eleva la entidad de la infracción, capaz de hacer aplicable la prohibición de contratar con la Administración, de grave a muy grave cuando se refiere a la “materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales” y no para las infracciones, reseñadas también en el mismo párrafo, “en materia de disciplina de mercado..., profesional, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad”, pues en estos últimos casos basta con que se trate de un ilícito grave. La protección de derechos fundamentales tan importantes como la vida o la integridad física hacen del todo desaconsejable esta diferencia.

Por lo demás, se precisa sanción firme para que concurra la prohibición de contratar con la Administración, no en vano la responsabilidad administrativa tiene naturaleza pública, de ahí que dé lugar a la imposición de sanciones de esta misma cualidad, consistentes, principalmente, en multas económicas de cuantía variable, caracterizadas por un incremento exponencial respecto a las sanciones previstas para el resto del orden social (art. 40.2 LISOS). Como toda norma punitiva, debe de ser objeto de una interpretación restrictiva, de forma que la simple existencia de un recurso contencioso-administrativo demora el nacimiento de la causa de prohibición y ello independientemente de los efectos suspensivos o no de la interposición del mismo<sup>834</sup>. El carácter firme exigido sólo se produce en el doble supuesto de que la resolución administrativa haya devenido consentida por no haber sido objeto de la correspondiente impugnación en la vía jurisdiccional o porque, producida la misma, se haya resuelto en dicha sede sin posibilidad de ulterior recurso<sup>835</sup>.

---

### 3. DIFICULTADES A LA HORA DE COMPROBAR LA CONCURRENCIA DE LAS CAUSAS DE INHABILITACIÓN

Las prohibiciones anteriormente mentadas tratan, ante todo, de apartar del tráfico jurídico a determinados sujetos que, por su conducta antecedente en

---

<sup>834</sup> Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 49/1982, de 1 de julio, 91/82, de 25 de noviembre y 44/1998, de 16 de diciembre.

<sup>835</sup> NÚÑEZ MUNÁIZ, R.: *Comentarios al texto refundido y al reglamento general de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, p. 106.

el propio sector en que se desenvuelven, no cuentan con un nivel indispensable de credibilidad personal; y pueden crear, además, un riesgo adicional o manifiesten una conducta *quasi* inmoral<sup>836</sup>. Más importante aún, pretenden contribuir, de un lado, a reducir los elevados índices de siniestralidad laboral obrantes en el desempeño de actividades públicas por empresas privadas (lo cual supondrá una clara mejora de las condiciones de los trabajadores ocupados en las mismas), y, de otro, a mejorar las condiciones de trabajo de los empleados al servicio de las empresas adjudicatarias<sup>837</sup>.

Ahora bien, aun cuando la conciencia de la necesidad e importancia que tiene respetar estas limitaciones se pone de manifiesto al comprobar que su incumplimiento está sancionado con la nulidad radical, de pleno derecho, del contrato administrativo, lo cierto es que la apreciación de que un contratista está incurso en alguna de las circunstancias establecidas en la LCSP como prohibiciones para contratar, singularmente por haber incumplido la normativa de prevención de riesgos laborales en los términos anteriormente indicados o tener dudas salariales o con la Seguridad Social pendientes, no resulta fácil en la práctica, pues normalmente el órgano de contratación sólo dispone de la documentación aportada por el interesado junto a las correspondientes propuestas, siendo el propio licitador quien presenta las pruebas y acreditaciones pertinentes (art. 50 LCSP). Tal dificultad se complica, además, porque la competencia para declarar la prohibición cuando se trata de condena por sentencia firme reside únicamente en el Ministro de Hacienda, tras oír la propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y revestirá carácter general para todas las Administraciones públicas<sup>838</sup>. En los demás supuestos, se declarará *in casu* por la propia Administración contratante (art. 50 LCSP)<sup>839</sup>.

<sup>836</sup> MORELL OCAÑA, L.: "Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas (arts. 10 a 23 de la Ley)", en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, p. 159.

<sup>837</sup> GARCÍA MURCIA, J. y BERNARDO JIMÉNEZ, I.: Art. 54", en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., Coords.): *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granada, 2004, p. 536.

<sup>838</sup> DÍAZ MOLINER, R.: *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales*, Vol. II, Madrid, 1998, p. 655.

<sup>839</sup> BENÍTEZ MORCILLO, G.: "Prohibiciones para contratar (arts. 20 y 21)", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo II, Granada, 2003, p. 131.

El mejor cauce para poder apreciar con verdadero conocimiento la concurrencia o no de las causas de prohibición aquí analizadas sería contar con un adecuado y completo registro en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el que consten todas las incidencias que afectan a los licitadores, relativas a su posible inhabilitación, pero tal posibilidad resulta, sin duda, excesiva, pues el Registro oficial de licitadores y empresas clasificadas, pese a sus cuantiosos avances, todavía no está demasiado actualizado, máxime cuando el art. 14 Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo (RCSP), precisa que las prohibiciones de contratar no producirían efectos hasta su constancia en dicho Registro Oficial.

Es muy difícil conseguir que, en paradigmático ejemplo, los jueces y tribunales que intervengan en un procedimiento concursal o admitan la existencia de un incumplimiento de la normativa laboral o de seguridad e higiene en el trabajo, comuniquen la existencia del mismo a los posibles efectos de inhabilitar al concesionario. Se podría considerar una gran conquista que los distintos órganos de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas notificaran a la Junta Consultiva los incumplimientos laborales, la insatisfacción de determinadas deudas tributarias, las sanciones por distraer fondos de una subvención o –descendiendo al terreo aquí analizado– los delitos o infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo o en materia de no discriminación de las personas con discapacidad, pues aun cuando es cierto que la LCSP impone la obligación de las autoridades y órganos competentes de notificar a la Junta Consultiva de Contratación, y a los órganos correspondientes autonómicos, las sanciones y resoluciones firmes que se adopten (art. 50.5 LCSP), no lo es menos pensar que este deber se incumple sistemáticamente<sup>840</sup>.

Nuevas perspectivas abre, sin embargo, la promulgación del Real Decreto 597/2007, de 4 de mayo, sobre publicación de sanciones administrativas impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, sanciones que se harán públicas en el Boletín Oficial del Estado o en el Boletín Oficial de las Comunidades Autónomas de acuerdo con el correspondiente ámbito competencial, incluyendo, lógicamente, el nombre o razón

---

<sup>840</sup> FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, Madrid, 1997, pp. 106-107.

social de la empresa sancionada y toda una serie de datos identificativos de la misma. Tal actuación debería servir de inspiración para ordenar también la publicación de cuantas infracciones en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad se cometan. La necesidad de tutelar los intereses de este colectivo con el fin de superar criterios de mero utilitarismo o rudo pietismo lo aconsejan sin más demora.

## X. LA ACREDITACIÓN DE CUALIFICACIÓN TÉCNICA Y SU INCIDENCIA EN LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Como en cualquier contrato, el carácter sinalagmático del nexo público pone de manifiesto cómo forman parte de él necesariamente dos sujetos: el que insta la contratación, es decir, el llamado poder adjudicador, y el que ejecuta la prestación que es causa del contrato. Ahora bien, las diferencias más notables entre las contrataciones públicas y las privadas radica en la circunstancia de que, respecto a las primeras, el ordenamiento jurídico prescribe la forma según la cual han de dirigirse las autoridades comitentes a los contratistas, los procedimientos de selección de éstos, así como –y por lo que aquí interesa– las particularidades jurídicas y de solvencia económica y técnica exigidas a los empresarios licitadores<sup>841</sup>.

La libertad de concurrencia es uno de los principios tradicionales de la contratación con los Entes públicos y persigue una doble finalidad: de un lado, proteger los intereses económicos de la Administración, suscitando en cada caso la máxima competencia posible; de otro, garantizar la igualdad de acceso a la contratación. Sin embargo, este principio admite excepciones respecto de las personas que pueden aspirar a convertirse en contratistas de un Ente público<sup>842</sup>. Las reglas sobre capacidad y solvencia de las empresas aseguran la elección por parte de la Administración de colaboradores aptos para el desempeño de funciones públicas, lo cual equivale a rechazar al oportunista, a quien carece

<sup>841</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005, p. 115.

<sup>842</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 11ª edición, Madrid, 2002, p. 700.

de la entidad necesaria para acometer una serie de prestaciones que se consideran esenciales para la satisfacción de necesidades generales con arreglo a estándares de eficacia<sup>843</sup>. Así, a los sujetos que quieran contratar con la Administración se les exige, aparte de la lógica capacidad de obrar y de no estar inhabilitados, que acrediten su solvencia económica, financiera, técnica o profesional, en el bien entendido sentido de que mientras la capacidad para contratar con la Administración es necesaria siempre, la solvencia, por el contrario, opera con entidad variada en función de la envergadura y condiciones específicas de cada contrato, debiendo justificarse documentalmente o, en algunos supuestos, de forma automática, mediante la oportuna clasificación, que puede ser objeto de suspensión o revisión según las cambiantes circunstancias de la vida de la empresa<sup>844</sup>.

Determinados contratos, de importante cuantía, no sólo requieren una persona capaz y solvente, sino que esa capacidad económica y técnica tenga indicios de permanencia y estabilidad, que en absoluto sea circunstancial. Así, desde la promulgación del texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado en el año 1963 se viene exigiendo, para adjudicar algunos vínculos contractuales cuyo presupuesto exceda de determinada cantidad, que el contratista hubiera superado un examen sobre su capacidad técnica y empresarial, prueba rigurosa realizada de modo uniforme por un específico órgano administrativo, que supone su "clasificación" para poder beneficiarse de la adjudicación<sup>845</sup>. Con el previo filtro que implica la clasificación se consigue conocer ya de antemano la idoneidad de los contratistas y, en consecuencia, agilizar los trámites durante el procedimiento de adjudicación al estar ya verificadas y analizadas las situaciones y características de la empresa. Hoy en día, la necesaria acreditación en cualquier contrato por todo contratista de su solvencia económica y técnica ha reducido en parte la importancia de la opor-

---

<sup>843</sup> AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, 2004, p. 150.

<sup>844</sup> MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *Nuevo régimen de la contratación administrativa (adaptada al nuevo reglamento de contratos y a la Ley de concesión de obra pública)*, Madrid, 2003, p. 143.

<sup>845</sup> RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A.: "La clasificación de las empresas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 136, pp. 117 y ss.

tuna clasificación, aunque subsisten algunos cuya envergadura<sup>846</sup> exige el cumplimiento de este requisito previo (arts. 54 y ss. LCSP)<sup>847</sup>.

Téngase en cuenta que la solvencia de las empresas se configura como un soporte fundamental del sistema de selección de los candidatos idóneos, cuyas ofertas puedan ser analizadas en la fase de la adjudicación del contrato, y, por tanto, constituye una de las bases del sistema de contratación pública. El proceso de selección de los licitadores se conforma en su regulación como una operación diversa a la de adjudicación del contrato, regida por normas diferentes. En la primera fase se tienen en cuenta circunstancias relativas a las empresas, a diferencia de lo que sucede en la segunda, donde se valoran las ofertas o proposiciones presentadas y, por ello, deben utilizarse criterios tendentes a comprobar cuál es la económicamente más ventajosa. En principio, la introducción de exigencias sociales, al ser circunstancias relativas a las empresas (antes que a sus ofertas), resulta más idónea o adecuada en esta fase de selección, utilizándose como criterios de valoración de la aptitud de los licitadores participantes en el procedimiento<sup>848</sup>.

Conforme a la Directiva 2004/18, los poderes adjudicadores procederán a la verificación de la aptitud de los contratistas con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera, técnica y profesional especificados en los arts. 47 y 48. Concretamente, las capacidades técnicas de los operadores económicos podrán acreditarse por uno o más de los medios que enumera el art. 48, refiriéndose a los siguientes: 1) personal técnico y organismos técnicos que estén integrados o no en la empresa; 2) indicación de títulos de estudios y profesionales del empresario o directivo, y en particular del responsable de la prestación del servicio o de la ejecución de la obra; 3) declaración que indique la plantilla media anual del empresario y la importancia del personal directivo durante los tres últimos años; 4) indicación de la parte del contrato que el prestador de servicios tiene eventualmente el propósito de subcontratar<sup>849</sup>.

---

<sup>846</sup> Ejecución de contratos de obras de importe igual o superior a 350.000 euros o de contratos de servicios por presupuesto igual o superior a 120.000 euros (art. 54 LCSP).

<sup>847</sup> FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, cit., pp. 43 y ss.

<sup>848</sup> SÁEZ LARA, C.: "Las cláusulas sociales en los contratos del sector público", cit., p. 516.

<sup>849</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La solvencia del empresario contratista de la Administración como cauce para la tutela de los derechos laborales", *Justicia Laboral*, núm. 39, 2009, pp. 59 y ss.

Como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, la finalidad de estas previsiones no es delimitar la competencia de los Estados miembros, sino determinar cuáles son las referencias comprobatorias o los medios de prueba que pueden aportarse para justificar la capacidad financiera, económica y técnica de los contratistas<sup>850</sup>.

Por su parte, la regulación contenida en la LCSP establece una lista exhaustiva de medios para acreditar la solvencia técnica, que han de consignarse en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas, entre los cuales, por lo que aquí interesa, cabe mencionar la declaración sobre la plantilla media anual de la empresa (arts. 65, 66, 67 y 68 LCSP). No aparece, sin embargo, ninguna acreditación relativa, por ejemplo, al cumplimiento de planes de igualdad o de gestión de prevención de riesgos laborales, a diferencia de la importancia o relevancia que en este apartado se otorga a la gestión medioambiental (art. 70 LCSP)<sup>851</sup>. No hay que olvidar, al tiempo, que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en relación con posibles criterios relativos a la prevención de riesgos laborales, ha mantenido antes y después de la Directiva de 2004, una doctrina firme sobre la imposibilidad de su aplicación como medios de valoración de la solvencia técnica, sin perjuicio, claro está, de que el cumplimiento de la legislación específica pueda y deba exigirse por los medios concretos previstos en la legislación vigente<sup>852</sup>.

---

## 1. LA OBLIGADA DECLARACIÓN SOBRE LA PLANTILLA MEDIA ANUAL DE LA EMPRESA LICITADORA

Atendiendo al dato cierto de que “la Administración tiene en la solvencia el mejor instrumento para dominar el contrato, porque la misma no es sino sinónimo de idoneidad para su ejecución”<sup>853</sup>, no puede extrañar que en el contrato

---

<sup>850</sup> STJCE 27 a 29/1986, de 9 julio 1987, asunto *CEI y Bellini*.

<sup>851</sup> SÁEZ LARA, C.: “Las cláusulas sociales en los contratos del sector público”, *Relaciones Laborales*, 2009, Tomo II, p. 517.

<sup>852</sup> Informes 42/2006, de 30 de octubre, y 36/2007, de 5 de julio.

<sup>853</sup> BELTRÁN GÓMEZ, A.I.: “Algunas consideraciones sobre la problemática práctica de la acreditación de la solvencia por los licitadores”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 2, 2002, p. 5.

de obra [art. 65 e) LCSP], en el de servicios [art. 67. g) LCSP] y en el resto (art. 68 LCSP), aparezca, entre la enumeración de los medios para valorar la idoneidad técnica, la obligación del titular de la organización productiva de efectuar una “declaración sobre la plantilla media anual de la empresa”, pues ello permite ofrecer una dimensión real de la actividad productiva al margen de desviaciones como pueden ser las contrataciones de personal a través de empresas de trabajo temporal o de sucesivos contratos a *termino* de escasa duración. Facilita, por tanto, una dimensión constante del volumen de empleo de la entidad empresarial por encima de los altibajos de las cargas de trabajo momentáneas, lo cual redundará en una mayor eficacia de la prestación de la actividad pública a favor de los ciudadanos y, al tiempo, hará descender los índices de inestabilidad laboral.

Tal previsión pretende tener, pues, una repercusión directa sobre la estructura del mercado de trabajo, al tratar de reducir los parámetros de rotación de la mano de obra, introduciendo a tal fin una diferencia de hondo calado respecto de su precedente. En la anterior LCAP era necesario que, como requisito de solvencia técnica, el licitador hiciera referencia expresa al grado de estabilidad en el empleo [art. 17 d) para el contrato de obras; art. 18 c) para el contrato de suministros y art. 19 d) para los restantes contratos]. Esta previsión fue introducida entonces por el texto de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, como una cláusula social que actuaba única y exclusivamente a efectos de capacidad, pues no cabe duda que “la naturaleza del empleo de la empresa adjudicataria iba a tener su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada”<sup>854</sup>. Tal exigencia planteaba algún problema de acomodo con lo previsto en el Derecho Comunitario, pues el criterio de estabilidad en el empleo no aparecía (ni aparece) recogido entre los requisitos de solvencia que, con carácter exhaustivo, enumera hoy la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y tampoco sus precedentes (las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37)<sup>855</sup>. Quizá por esta razón –y pese a la opinión en contra del Consejo

---

<sup>854</sup> STSJ, Cont-Admto, 30 mayo 2003 (TOL 423349).

<sup>855</sup> AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, p. 145.

Económico y Social—<sup>856</sup>, la referencia expresa al grado de estabilidad en el empleo ha desaparecido del tenor legal de la actual LCSP.

Es más, si lo que se pretende es asegurar que no se acrediten plantillas más o menos irreales a la hora de concurrir a una licitación pública (en el sentido de haberse efectuado las incorporaciones laborales necesarias) bastaría la remisión, como hace el texto vigente, al promedio anual de la plantilla y no a la que pudiera existir en el momento concreto en que se presenta la proposición aunque en este específico lapso temporal fuera estable, pues el nuevo tenor respeta mejor el principio de libertad de competencia<sup>857</sup>. La expresión “promedio anual de la plantilla” utilizada ahora por la LCSP parece, pues, que se acomoda mejor a las exigencias del Derecho Europeo sobre contratación pública, en particular, a las libertades y principios de él derivados, tendentes a proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer sus bienes o servicios a las Entidades adjudicadoras situadas en otro Estado miembro.

De todos es conocido como uno de los mayores anhelos de cualquier persona consiste en alcanzar una situación de fijeza profesional que le permita desarrollar con unas mínimas garantías su proyecto vital<sup>858</sup>. Así, aun cuando del tenor legal actual ha desaparecido la referencia expresa a la estabilidad en el empleo como parámetro a aportar por el empresario en el momento de acreditar solvencia técnica que sí existía en el texto precedente, lo cierto es que la lucha no sólo por la creación de puestos de trabajo, sino por su mejora y por la reducción de las variantes portadoras del riesgo de discontinuidad, sigue estando presente, si cabe con mayor firmeza, en el espíritu de la LCSP, que presenta, además, una redacción más depurada desde el punto de vista técnico. Esta Ley continúa, por tanto, la estela de la política dispensada, en los últimos tiempos, por los poderes públicos, destinada a dar una respuesta integral a la precariedad y a la alta rotación laboral, intentando corregir sus deplo-

---

<sup>856</sup> CES: *Dictamen núm. 4/2006, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, 2006, p. 16.

<sup>857</sup> AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002, p. 264.

<sup>858</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo y nuevas propuestas de fomento de la contratación indefinida”, *Documentación Laboral*, núm. 58, 1999, p. 16.

rables efectos: descualificación, desmotivación, inseguridad profesional y personal, siniestralidad, disminución del consumo, etc.<sup>859</sup>.

Sin lugar a dudas, el carácter temporal de un porcentaje demasiado elevado de contratos de trabajo viene constituyendo uno de los principales obstáculos en orden a reconocer la calidad del modelo español de relaciones laborales<sup>860</sup>, al punto de ser considerado como una de las lacras más importantes a combatir por el legislador<sup>861</sup>. La archiconocida exigencia de una causa justificada como requisito para poder concertar alguna de las modalidades legales de contratos de duración determinada no casa en absoluto con un panorama general de contratación temporal (masiva y voluble, dado su volumen, absolutamente incontrolable)<sup>862</sup>, circunstancia capaz de demostrar que, en realidad, la temporalidad está siendo utilizada, sobre todo en épocas de crisis, por los empresarios como fórmula para actuar a sus anchas de manera *quasi* ilegal o fraudulenta bajo una sensación de impunidad<sup>863</sup>.

Más que un secreto pregonado a voces, constituye una evidencia (estadísticamente reafirmada una y otra vez) que el sistema de relaciones laborales vive en una permanente contradicción<sup>864</sup>: mientras que el diseño normativo ha ido cerrando las puertas a la contratación *a termino* y favoreciendo la de carácter indefinido; la realidad indica que la inmensa mayoría de los contratos de trabajo realizados cada año escapan de ese paradigma y se refugian en alguna

<sup>859</sup> PASCUAL ALLÉN, M.C.: "Los contratos temporales y las empresas de trabajo temporal", en AA.VV. (VALDES DAL-RE, F., Dir.): *La reforma pactada de las legislaciones laborales y de Seguridad Social*, Valladolid, 1997, pp. 97 y ss.

<sup>860</sup> MONTOYA MELGAR, A.: "Contratos temporales y principio de estabilidad en el empleo", *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 32, 2002, pp. 31 y ss.

<sup>861</sup> OJEDA AVILÉS, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, Madrid, 2006, p. 21.

<sup>862</sup> COLINA ROBLEDÓ, M.: "La nueva regulación de los contratos temporales estructurales para obra o servicio determinado y de eventualidad, y los contratos de trabajo a tiempo parcial y de trabajadores fijos discontinuos", *Documentación Laboral*, núm. 54, 1997, pp. 103 y ss.

<sup>863</sup> DE LA VILLA GIL, L.E.: "¿Acabar con el trabajo precario? Notas de urgencia a la reforma laboral del 2006", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 11, 2006, p. 4.

<sup>864</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: "El principio de causalidad en la contratación temporal", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001, p. 120.

de las categorías cuyo arco temporal está predeterminado *ab initio*<sup>865</sup>. En particular, procede recordar cómo España padece de forma sistemática durante las dos últimas décadas una tasa de temporalidad superior al 30 por 100 (virtualmente el doble de la media europea)<sup>866</sup>, algo que, amén de la frustración personal de quien no ve satisfechas sus expectativas, supone un índice ineludible de precariedad en el empleo<sup>867</sup>. Cabe detectar, pues, una clara “polarización” de la fuerza de trabajo, capaz de hacer retroceder de manera harto significativa el principio de igualdad de oportunidades al establecer una separación cada vez más perceptible y acentuada entre trabajadores “esenciales” o “núcleares” (*core workers*), relativamente seguros y bien pagados, y trabajadores “periféricos” (*periphery workers*), con bajos salarios y manifiesta inseguridad laboral<sup>868</sup>.

La situación descrita ha propiciado una importante reforma laboral (operada a través Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, tramitado como la Ley 35/2010, de 17 de septiembre), en virtud de la cual se revitaliza un nunca por completo abandonado principio de estabilidad en el empleo<sup>869</sup>, a través de cuatro grandes grupos de medidas destinadas a favorecer la contratación indefinida: una primera bien conocida y de dudosa eficacia; a saber, un amplio elenco de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social a los empresarios que transformen vínculos temporales de sus empleados en otros de carácter indefinido o tengan la valentía de contratar directamente con ese carácter, medida de fomento del empleo que ha adquirido ya la nada justificable condición de estructural<sup>870</sup>.

---

<sup>865</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La contratación temporal y el Estatuto de los Trabajadores: cuestiones generales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005, p. 152.

<sup>866</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La reforma laboral de 2006 y la contratación temporal. La lucha contra el abuso de la contratación temporal: un análisis de urgencia”, *Actualidad Laboral*, núm. 17, 2006, p. 2037.

<sup>867</sup> BRITTON, A.: “Full employment in the industrialized countries”, *Industrial Labor Review*, Vol. 136, núm. 3, 2000, pp. 301-302.

<sup>868</sup> Citando a HUWS, U., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La situación de los trabajadores en las empresas descentralizadas: merma de sus garantías y la ‘crisis’ del trabajo subordinado”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001, p. 52.

<sup>869</sup> DIEGUEZ CUERVO, G.: “Estabilidad en el empleo y contratos temporales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 2, 1980, pp. 135 y ss.

<sup>870</sup> DE LA VILLA GIL, L.E.: “*Do ut facias*: en torno a los estímulos de contratación laboral”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Ejemplar dedicado a Estudios de Derecho del Trabajo en homenaje al Prof. Juan Antonio Sagardoy Bengoechea)*, núm. 23, 1999, pp. 567 y ss.

Una segunda, ampliando los colectivos de trabajadores que pueden ser contratados a través del contrato para el fomento de la contratación indefinida, acompañado de una indemnización legal por la ruptura unilateral del vínculo por parte del empleador fijada en 33 días de salario por año de antigüedad del trabajador, con un máximo de 24 mensualidades, considerablemente inferior a la que resulta de aplicar los parámetros del contrato indefinido ordinario (45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades)<sup>871</sup>.

Otra tercera, casi se podría decir que espectacular y muy necesaria desde un plano "ético y estético"<sup>872</sup> (aun cuando oculte algunas limitaciones que ponen en duda su eficacia de futuro), cual es la de modificar el art. 15.5 ET para asignar directamente la condición de fijos a aquellos trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades, incluyendo lo supuestos de sucesión de empresas<sup>873</sup>. Se trata, en definitiva, de erradicar una práctica muy extendida, conforme a la cual las empresas contratan a sus trabajadores a través de fórmulas temporales y les mantienen bajo vínculos de tal naturaleza durante largos períodos de tiempo, en los cuales se puede decir que el operario se encuentra plenamente a prueba (alargando de forma absolutamente injustificada el carácter temporalmente limitado de tal pacto ex art. 14 ET y tratando de asegurar así el ahorro derivado de una eventual futura extinción del contrato), alcanzando la consolidación en la empresa

<sup>871</sup> LUJÁN ALCARAZ, J.: "El contrato para fomento de la contratación indefinida tras el Real Decreto Ley 10/2010", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 3, núm. 7-8, 2010, pp. 11 y ss. o GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: "Las indemnizaciones por despido en la última reforma laboral del mercado de trabajo", *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 13, 2010, pp. 2 y ss.

<sup>872</sup> DE LA VILLA GIL, L.E.: "¿Acabar con el trabajo en precario? Notas de urgencia a la reforma laboral de 2006", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 11, 2006, p. 7.

<sup>873</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: "Reforma 2010 del mercado de trabajo: una nueva milonga del capitalismo de casino", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 282, 2010, p. 15.

únicamente tras soportar una suerte de rito expiatorio como meritorio<sup>874</sup>. En fin, una cuarta, consistente en introducir un límite máximo de tres años (ampliable a 4) en la duración del contrato por obra o servicio determinado, momento a partir del cual el trabajador adquirirá la condición de fijo [art. 15.1 a) ET]<sup>875</sup>.

Más allá de los parámetros fijados por la reciente reforma laboral, la LCSP trata de atender también, pero –como es lógico– de una forma harto diferente, a una expectativa tan elemental de los trabajadores como es la de su estabilidad laboral, incentivando que la propia empresa adjudicataria instrumente un sistema de contratación en el que se favorezca la provisión de puestos indefinidos. En el convencimiento de que la apuesta por la mejora de la productividad del trabajo y de la competitividad empresarial –dos de los grandes desafíos de futuro para la economía nacional– deben pasar necesariamente por alcanzar un mayor nivel de estabilidad en el empleo, la LCSP parece enviar porque el contrato indefinido vuelva a ser el verdadero paradigma, estableciendo, entre los posibles medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional, para aquellos contratos públicos en los que sea posible por su naturaleza, el dato relativo al promedio anual del personal de la empresa licitadora, circunstancia que se demostrará mediante certificado emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social<sup>876</sup>, esto es, el conocido informe sobre la vida laboral de la empresa o la indicación del número medio anual de trabajadores empleados en los tres últimos años que expide la Tesorería General de la Seguridad Social<sup>877</sup>. Con tal medida, el legislador pretende incidir, de nuevo, en la consecución del siguiente doble objetivo: reducir las tasas de precariedad laboral obrantes en el mercado laboral español y garantizar la eficacia en la prestación del servicio de interés general que se encomienda a los adjudicatarios.

---

<sup>874</sup> TASCÓN LÓPEZ, R.: *Aspectos jurídico-laborales de la responsabilidad social corporativa*, cit., p. 153.

<sup>875</sup> LAHERA FORTEZA, J.: "La reforma de la contratación laboral", *Relaciones Laborales*, núms. 21-22, 2010, pp. 51 y ss.

<sup>876</sup> BLÁZQUEZ ROMÁN, J.A. y RAMÍREZ HORTELANO, P.: "Las cláusulas sociales en la contratación administrativa", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, p. 48.

<sup>877</sup> Dictamen 1/2003, de 21 de marzo, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana sobre inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública de la Generalitat Valenciana.

No cabe ocultar tampoco cómo la Ley Foral 10/1998, de 18 de junio, de las Administraciones Públicas de Navarra, y el Acuerdo de la Comunidad Autónoma de Madrid de 18 de junio de 1998, también han intentado primar la estabilidad en la plantilla. Así, la primera establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporarán, con carácter general entre los criterios de adjudicación, el de la situación laboral de las empresas, de forma que se valore y puntúe positivamente a aquéllas que en el momento de acreditar su solvencia tengan en su plantilla un número de eventuales no superior al 10 por 100. En el caso de la Comunidad de Madrid se prioriza a aquéllas empresas con un peso mayoritario de trabajadores indefinidos, incorporando a sus pliegos de condiciones cláusulas de las que resulte una puntuación del 20 por 100 del total de la baremación<sup>878</sup>.

## 2. EL NÚMERO MÍNIMO DE CONTRATOS INDEFINIDOS EXIGIDOS EN LA SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

Con esta misma finalidad de fomentar el empleo de calidad y teniendo en cuenta que los trabajadores temporales sufren más accidentes que los fijos de plantilla<sup>879</sup>, no hay que olvidar tampoco cómo la Ley 32/2006, de 18 de octubre, por la que se establece el régimen jurídico de la subcontratación para el sector de la construcción (LSC), recoge un número mínimo de vínculos indefinidos para cuantas empresas se dediquen a ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras (privadas o –por lo que aquí interesa– públicas) en este sector de la actividad, cuyos índices de peligrosidad superan con creces los de cualquier otro<sup>880</sup> y en el cual la tasa de temporalidad es casi el doble que la del conjunto del empleo asalariado<sup>881</sup>.

<sup>878</sup> RIAÑO POMBO, M. y SÁNCHEZ VILLATA, M.: "Criterios sociales y medioambientales en la contratación pública", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 301, 2010.

<sup>879</sup> Tan sólo el 18,4 por 100 de los accidentes de trabajo en la construcción los sufren los trabajadores indefinidos, mientras que este porcentaje se eleva al 81,6 por 100 en el caso de empleados temporales. CALVO GALLEGOS, J.: "La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción", *Temas Laborales*, núm. 87, 2006, p. 24.

<sup>880</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: "El derecho de las contrataciones entre la licitud y la prevención", *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006, p. 52.

<sup>881</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y NIETO ROJAS, P.: "La Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción", *Relaciones Laborales*, 2007, Tomo I, pp. 815 y ss.

Resulta obligatorio, por tanto, para las empresas, que pretendan actuar en el sector de la construcción (de obras públicas *in casu*) como contratistas o subcontratistas, disponer de un nivel mínimo de empleo fijo en relación al volumen total de la plantilla (incluyendo tanto el personal que trabaja en oficinas como el que presta servicios a pie de obra)<sup>882</sup>, lo cual ha tenido una enorme importancia cuantitativa con el solo hecho de considerar cómo el Real Decreto 9/2008, de 28 de noviembre, ha creado un fondo especial consistente en la aportación de una ingente cantidad de recursos públicos para la contratación de personal mediante iniciativas municipales de promoción de obras públicas<sup>883</sup>.

El pretendido incremento de trabajadores fijos de plantilla<sup>884</sup> no debe hacer olvidar, sin embargo, las dificultades de aplicación práctica de dicha pretensión sobre todo en el ámbito público de la edificación, no en vano se trata de un sector donde la variación del volumen de mano de obra por efectos de la temporalidad de los encargos es una característica implícita de la naturaleza de la actividad<sup>885</sup>. Por tal razón, la forma de cómputo que establece el desarrollo reglamentario de la LSC, el cual tuvo lugar por Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, atiende a unos parámetros novedosos en el ordenamiento jurídico español, caracterizados por los dos siguientes aspectos: la flexibilidad en el cómputo, al tomar un período de referencia de doce meses con objeto de

---

<sup>882</sup> FERNÁNDEZ URRUTIA, A.: "Un intento de freno a la siniestralidad y a la precariedad laboral en las obras de construcción: la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y sus normas de desarrollo reglamentario y convencional", *Documentación Laboral*, núm. 80, 2007, p. 94.

<sup>883</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: "El 'rescate' de los desempleados 'por un puñado de euros': 'compra de empleos' y tragicomedia del 'crash 2008'", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 310, 2009, p. 19; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Los requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción", en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J.R., Coord.): *La nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, Valladolid, 2007, p. 70 o GARCÍA NINET, J.I.: "La subcontratación en el sector de la construcción o el abuso de la subcontratación y el crecimiento de la siniestralidad en el sector", *Tribuna Social*, núm. 191, 2006, pp. 7 y ss.

<sup>884</sup> MERINO SEGOVIA, A.: *Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*, Albacete, 2006, p. 56 o GARCÍA BLASCO, J.: "El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas", en AA.VV. (DE VAL TENA, A.L. y GARCÍA BLASCO, J., Coord.): *La subcontratación en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona, 2007, pp. 39 y ss.

<sup>885</sup> SÁNCHEZ DE LA ARENA, M.A.: "Análisis de la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción", *Justicia Social*, núm. 29, 2007, p. 73.

evitar exigencias desproporcionadas que resultarían de aplicar las reglas de forma diaria y mensual; y la estricta proporcionalidad que se mantiene en la imposición del porcentaje, al tomar como base los días trabajados por los trabajadores temporales e indefinidos a lo largo de esos doce meses<sup>886</sup>. Su finalidad no es otra que terminar con la inveterada costumbre de crear empresas constructoras con una estructura material y laboral minimalista<sup>887</sup>.

El mecanismo habilitado se basa en dos cálculos relativamente sencillos y en la comparación de sus resultados<sup>888</sup>. En primer lugar, se estimaría la dimensión laboral de la empresa mediante la división por trescientos sesenta y cinco de la suma de todos los días trabajados por cualquier empleado por cuenta ajena durante los últimos doce meses anteriores al momento del cómputo. Y ello, por tanto, con independencia de si siguen o no trabajando para la entidad empresarial en cuestión y del tipo de contrato o de su duración superior o inferior al año, si bien no parece que puedan tenerse en cuenta los cedidos por empresas de trabajo temporal. A estos efectos, se contabilizarán, además, tanto los días efectivamente trabajados, como los de descanso semanal, los permisos retribuidos y días festivos, las vacaciones anuales y, en general, los períodos en que se mantenga la obligación de cotizar. En estos casos, debe tomarse en consideración lo dispuesto en los arts. 106 LGSS y 13.2 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, del mismo modo que, para evitar fraudes, los trabajadores a tiempo parcial se contabilizarán en proporción a su *ratio* de parcialidad<sup>889</sup>.

Una vez obtenido este total, en segundo lugar, se calculará sobre el mismo el porcentaje que debería ser cubierto con trabajadores indefinidos, esto es, el 10, 20 o –ahora– el 30 por 100 según las fechas de las que se trate (dieciocho

---

<sup>886</sup> PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: "La subcontratación en el sector de la construcción. A propósito de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, que regula la misma y de su desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto", *Tirant on Line*, núm. 1.126.932, 2007, p. 8.

<sup>887</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y NIETO ROJAS, P.: "El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (el RD 1109/2007, de 24 de agosto)", *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2007, p. 82.

<sup>888</sup> GARCÍA BLASCO, J. y AGUILAR MARTÍN, C.: "La subcontratación en la construcción: a propósito del Reglamento de 24 de agosto de 2007", *Aranzadi Social*, núm. 17, 2009, p. 96.

<sup>889</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La prevención de riesgos laborales en las obras públicas: logros y fracasos", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 20, 2010, pp. 147 y ss.

primeros meses de vigencia de la Ley, del decimonoveno mes al trigésimo sexto o del trigésimo séptimo en adelante, respectivamente). Y finalmente, como tercer paso, se comparará este dato con el resultado de dividir, nuevamente entre trescientos sesenta y cinco, la totalidad de días trabajados por empleados con contratos indefinidos, incluidos los fijos discontinuos, durante el mismo período de tiempo de doce meses o el inferior específico para las empresas de nueva creación. En estos casos la principal duda sería cómo tomar en consideración los días que durante ese período hayan trabajado aquellos empleados con contratos temporales posteriormente convertidos en indefinidos. El tenor literal de la norma parece apoyar el cómputo tan sólo de los días trabajados con esa última condición, pero quizás no sea esa la solución más adecuada atendiendo a la finalidad del precepto, pues impediría que una empresa pudiera rápidamente ajustarse a las exigencias de la norma. De ahí que parezca más razonable contar todos los días trabajados por esos empleados con independencia de que en el momento de prestar los servicios lo hicieran bajo una relación temporal<sup>890</sup>.

Desde esta misma perspectiva, tampoco podrán computar como trabajadores indefinidos los mal denominados “fijos de obra”, figura prevista en la negociación colectiva y que permite a un trabajador participar sucesivamente en varias construcciones durante un período máximo de tres años, o incluso más si los trabajos de su especialidad se prolongan superado el citado plazo, extendiéndose éste hasta la terminación de la última obra emprendida<sup>891</sup>. Así pues, pese a su denominación, no se trata de trabajadores indefinidos y, por lo tanto, sólo pueden sumarse en la plantilla global de la empresa como trabajadores temporales<sup>892</sup>.

En definitiva, el paso dado por la LSC, en cuanto a la exigencia de estabilidad en el empleo, ha sido de gigante, y bien podría extenderse a todos los procesos de subcontratación de parcelas de la actividad privada o –por lo que aquí

---

<sup>890</sup> CALVO GALLEG0, F.J.: “El desarrollo reglamentario y convencional de la Ley de la Subcontratación en el sector de la Construcción”, *Temas Laborales*, núm. 93, 2008, pp. 112 y ss.

<sup>891</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2008, pp. 21 y ss.

<sup>892</sup> TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M.: “Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto”, *Aranzadi Social*, núm. 15, 2007, p. 5.

interesa— pública como avanzadilla para la lucha contra la precariedad y la temporalidad<sup>893</sup>. El beneficio social obtenido por los trabajadores no sería nada despreciable y la garantía de eficiencia en la prestación del servicio público tampoco.

## XI. TRANSMISIÓN EMPRESARIAL DEL VÍNCULO ADMINISTRATIVO: CONSECUENCIAS PARA LOS TRABAJADORES AFECTADOS

La privatización del funcionamiento de un ente gestor de servicios públicos, unida a la consecuente aplicación del Derecho del Trabajo a la mano de obra implicada, obliga a descender al detalle de un problema fundamental: el régimen jurídico aplicable a los trabajadores inmersos en un posible proceso de sucesión de empresas prestatarias de la actividad de interés general.

La circunstancia de que en la contratación administrativa opera una delegación de facultades desde la Administración al empresario contratista, cuyo objeto es precisamente una actividad de interés general, y la necesidad de que en dicho adjudicatario concurren las cualidades y condiciones fijadas previamente, son datos que justifican la importancia atribuida al principio de personalidad de la concesión y la habilitación de potestades suficientes en favor de la Administración concedente para que controle, no sólo el cumplimiento de las condiciones previstas, sino que efectivamente sea el propio sujeto seleccionado por ésta quien asuma la prestación de la actividad pública. La identidad del contratista o concesionario es, pues, una cuestión de máxima importancia para la entidad administrativa, no en vano “a ésta no le resulta indiferente quién es el titular de la adjudicación”<sup>894</sup>.

Ahora bien, los extensos plazos de duración de las contrataciones y concesiones administrativas hacen que sea muy probable, casi seguro, que se produzcan a lo largo de aquéllas múltiples incidencias que pueden afectar a la identidad

<sup>893</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La precariedad laboral: análisis y propuestas de solución*, Albacete, 2008, p. 115.

<sup>894</sup> MESTRE DELGADO, J.F.: “Las formas de prestación de los servicios públicos laborales. En particular, la concesión”, en AA.VV. (MUÑOZ MACHADO, S., Dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II, 2ª edición, Madrid, 2003, p. 1492.

del sujeto que, como contratista o concesionario, está obligado a cumplir los deberes inherentes al vínculo administrativo. En muchas ocasiones esa traslación de las obligaciones del adjudicatario a un tercero puede llevar a la sustitución íntegra del mismo por otro sujeto, tras la oportuna cesión del nexo contractual público. Tal circunstancia no supone sólo un cambio jurídico empresarial de la titularidad de la prestación de servicios públicos de necesario conocimiento y autorización por parte de la Administración, sino que, proyectándose más allá, alcanza a la condición de los trabajadores que prestaban su esfuerzo productivo a favor del antiguo adjudicatario (art. 44 ET)<sup>895</sup>.

---

## 1. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

Con el objetivo último de dar cumplimiento al consolidado principio de continuidad en la contrata o concesión administrativa<sup>896</sup>, caracterizado por el hecho de que el titular de la misma no puede interrumpir ni suspender el servicio público concedido salvo caso de fuerza mayor, la LCSP establece la oportuna “subrogación del cesionario en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente” (art. 209.3), siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: a) que el órgano de contratación hubiera aprobado “expresamente y con carácter previo” la cesión de la concesión [art. 209.2 a)]; b) que el cedente tenga ejecutado al menos el 20 por 100 del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicios públicos, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato [art. 209.2 b)]; c) que el cesionario no sólo tenga capacidad para contratar con la Administración y cuente con la solvencia exigible, debiendo estar debidamente clasificado si ello fuera pertinente, sino también que no esté incurso en ninguna causa de prohibición o inhabilitación para contratar [art. 209.2 c)]; d) que la cesión se formalice en escritura pública [art. 209.2 d)].

---

<sup>895</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración pública: requisitos y consecuencias de la aplicación de los arts. 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores*, Barcelona, 2010, pp. 21 y ss.

<sup>896</sup> REBOLLO RICO, A.: “Derechos y obligaciones del concesionario”, en AA.VV. (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, 2003, p. 215.

Cumplidas tales exigencias, la autorización de la transmisión del vínculo administrativo a un tercero no puede conllevar sino, como lógica consecuencia, que “ante la Administración, los usuarios y cualquier ajeno, el cesionario adquiera la condición de concesionario”<sup>897</sup>. La relación concesional preexistente se extingue por causa de la cesión, quedando el cedente desvinculado de la gestión del servicio y concluyendo su relación jurídica con la Administración concedente, no en vano la empresa adjudicataria ha traspasado a un tercero su relación contractual con la Administración, relación que subsistirá ahora entre el Ente público y el cesionario<sup>898</sup>.

## 2. REQUISITOS PARA LA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LEGISLACIÓN SOCIAL

A esta misma conclusión debería de llegarse si aplicáramos el ordenamiento jurídico-laboral, pues, en principio, parecería lógico que este sector del ordenamiento, en virtud de su carácter marcadamente tuitivo, apostara por garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por el cambio de adjudicatario, no en vano el “principio de continuidad de las relaciones laborales más allá de las vicisitudes que pueda experimentar la titularidad de la empresa” debería constituir un principio consolidado del *Ius Laborum*<sup>899</sup>.

Ahora bien, el tenor literal vigente incorporado al art. 44 ET, antes de adoptar este criterio de la subrogación empresarial con carácter general, es sumamente claro al condicionar la aplicación de dicho mecanismo al cumplimiento de una serie de condicionantes de difícil materialización en muchos supuestos de cesión de un contrato administrativo a un tercero. Es más, en aquellas

<sup>897</sup> MESTRE DELGADO, J.F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, 1992, p. 163.

<sup>898</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, p. 512.

<sup>899</sup> La intención tutelar de la estabilidad en el empleo ha sido reconocida tradicionalmente en los pronunciamientos de los Tribunales; entre otras, ya clásicas, SSTS, Social, 27 marzo y 19 diciembre 1980 (Ar. 1543 y 4956), 15 mayo 1981 (Ar. 2252), 15 marzo y 17 junio 1983 (Ar. 1155 y 3017), 18 julio 1986 (Ar. 4238), 26 enero, 3 y 9 marzo, 9 julio y 6 octubre 1987 (Ar. 292, 1321, 1355, 5123 y 6834), 25 febrero y 12 julio 1988 (Ar. 948 y 5098), 30 septiembre y 15 diciembre 1997 (Ar. 7185 y 9180) y 15 diciembre 1998 (Ar. 437/1999) o SSTSJ, Social, País Vasco 13 mayo 1991 (Ar. 1022) y La Rioja 24 febrero 1992 (Ar. 862).

circunstancias en las cuales sea preceptiva la aplicación del principio de la sucesión de adjudicatarios con el obligado respeto de los derechos de los trabajadores transmitidos por cumplirse los requisitos previstos en el art. 44 ET, van a surgir de inmediato dudas de difícil solución con el exiguo marco normativo vigente en la actualidad; una insuficiencia que lleva a exigir la oportuna intervención legislativa tendente a aclarar un panorama que ha ido encontrando únicamente solución a través de los pronunciamientos judiciales capaces de propiciar en ocasiones notables contradicciones y un importante grado de inseguridad jurídica.

La asunción por el nuevo empresario de los derechos y obligaciones laborales del anterior y, por consiguiente, la continuidad con el primero de las relaciones laborales concertadas en su día por el segundo, esto es, el mantenimiento en su empleo de los trabajadores contratados por éste, aparece condicionada, para que pueda tener lugar por imperativo legal, a que medie entre los dos empresarios una transmisión “de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma” (art. 44.1 ET). Se trata de una condición necesaria, pero no suficiente, pues se requiere también que lo transmitido “afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria” (art. 44.2 ET)<sup>900</sup>.

Teniendo en cuenta los presupuestos objetivos indicados, para que el fenómeno de la transmisión de empresa vaya acompañado del efecto subrogatorio, es necesario que tenga lugar una efectiva cesión de “partes individualizadas” de la entidad empresarial, “siempre que conserven su identidad”<sup>901</sup> y “lo que se transmita sea susceptible de explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado”<sup>902</sup>, esto es, que, en el caso aquí analizado, quede garantizada la eficiencia de la contrata o concesión frente a los usuarios. Si el objeto de la transmisión no encaja en esta descripción legal, la subrogación

---

<sup>900</sup> GARATE CASTRO, J.: “Descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social, con especial referencia a las Administraciones públicas”, *Actualidad Laboral*, 2004, Tomo I, p. 1053.

<sup>901</sup> SSTs, Social, 5 abril y 30 diciembre 1993 (Ar. 2906 y 10078), 20 enero y 19 octubre 1996 (Ar. 115 y 7778), 10 diciembre 1997 (Ar. 736) o 29 abril y 8 junio 1998 (Ar. 3879 y 6693). También, SSTSJ, Social, Murcia 27 septiembre 1999 (Ar. 3087) y Castilla y León/Valladolid 15 julio 1999 (Ar. 3762).

<sup>902</sup> STS, Social, 27 octubre 1994 (Ar. 8531).

empresarial devendría inviable en cuanto pretendiera sustentarse en la normativa laboral de referencia<sup>903</sup>.

Es sumamente importante que la unidad productiva a transmitir al nuevo adjudicatario constituya, pues, un conjunto de elementos productivos o patrimoniales, dotados de la suficiente autonomía funcional<sup>904</sup> o individualidad<sup>905</sup>, quedando excluidos supuestos de transferencia de elementos materiales o instrumentales aislados, sin sustantividad propia. En consecuencia, y como prolongación de la autonomía, la transmisión ha de permitir la continuidad de la actividad empresarial, esto es, la permanencia de ésta como unidad organizativa de producción que configura la identidad del objeto transmitido<sup>906</sup>.

Desde tal perspectiva, es cuestionable la concurrencia de esta exigencia en todos los supuestos de transmisión a tercero de una contrata o concesión administrativa<sup>907</sup>, pues aun cuando la cesión lleva *per se* aparejada la entrega de la infraestructura pertinente, en realidad “no se transmite la organización empresarial básica para la explotación del servicio, lo cual... es condición necesaria para la actuación del artículo 44 ET”<sup>908</sup>. Efectivamente, la sucesión de concesionarios en la mera actividad objeto del contrato administrativo no es subsumible, en principio, en el supuesto contemplado en el art. 44 ET, no en vano el cambio de titularidad en la concesión administrativa no suele ir acompañado por la traslación de un conjunto de elementos organizados dotados de

<sup>903</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid, 2006, pp. 153 y ss.

<sup>904</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “El problema de la identificación del concepto de ‘unidad productiva autónoma’ ex art. 44 ET: la posibilidad de nuevos usos hermenéuticos”, *Temas Laborales*, núm. 32, 1994, pp. 53-55.

<sup>905</sup> Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 3/1999, de 30 de junio, 33/2002, de 23 de octubre o 58/2009, de 26 de febrero de 2010.

<sup>906</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L.: “El concepto de transmisión de empresas en la jurisprudencia española”, *Relaciones Laborales*, núm. 24, 2000, pp. 13 y ss.

<sup>907</sup> CAMPS RUIZ, L.M.: “Constitución de filiales y estatuto del personal aplicable a los trabajadores al servicio de un grupo de sociedades”, *Poder Judicial*, núm. 16, 1989, pp. 230-231.

<sup>908</sup> STS, Social, 22 abril 1997 (RJ 3581). En el mismo sentido, SSTS, Social, 5 abril 1993 (RJ 2906), 23 febrero y 14 diciembre 1994 (RJ 1227 y 10093), 9 febrero 1995 (RJ 789), 27 y 29 diciembre 1997 (RJ 9639 y 9641), 31 marzo y 29 abril 1998 (RJ 4575 y 3879), 26 abril y 1 diciembre 1999 (RJ 4532 y RJ 2000, 516) o 11 abril, 22 mayo y 10 julio 2000 (RJ 3946, 4624 y 8295).

autonomía productiva<sup>909</sup> o, en palabras de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, “requiere la transferencia de toda una serie de elementos organizativos que la dotan de individualidad”<sup>910</sup>. La doctrina jurisprudencial más clásica ha venido estableciendo con claridad cómo en estos supuestos de sucesión de contratos o concesiones administrativas no hay efectiva transmisión de empresas, sino extinción de una contrata y comienzo de otra jurídicamente distinta, aunque su objeto sea el mismo<sup>911</sup>. Cabe afirmar, por ende, cómo no tiene lugar la subrogación del nuevo concesionario respecto de los trabajadores del anterior, pues no se produce la efectiva transmisión patrimonial requerida por el artículo 44 ET, a no ser –como lógica excepción– que dicha subrogación venga impuesta por el pliego de condiciones o por el convenio colectivo aplicable<sup>912</sup> (tal y como sucede, en paradigmático ejemplo, en el art. 23 del IV convenio colectivo general del sector de la construcción 2007-2011 para los trabajadores empleados en contratos de mantenimiento de carreteras o vías férreas)<sup>913</sup>.

Con todo, esta tesis restrictiva debería ser matizada al calor de una nueva línea interpretativa apuntada desde algunos pronunciamientos de órganos supranacionales, recogiendo a tenor de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, una noción funcional de la transmisión y no centrando su atención solamente en la concepción de empresa-organización, de conformidad con la cual “dicha entidad [económica organizada] si bien ha de ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo a su mínima

---

<sup>909</sup> ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C.: “La sustitución de los contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos y en la jurisprudencia del TJCE)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, 2002, pp. 241 y ss.

<sup>910</sup> Informe 58/09, de 26 de febrero de 2010.

<sup>911</sup> Entre muchas, SSTS, Social, 6 febrero 1997 (RJ 999) y 21 octubre 1998 (RJ 9299).

<sup>912</sup> ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratos”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, p. 270. En la doctrina judicial, entre muchas, SSTS, Social, 1 diciembre 1999 (RJ 516) y 25 febrero 2000 (RJ 4624).

<sup>913</sup> BOE núm. 197, de 27 de agosto de 2007.

expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una organización común pueden constituir una actividad económica cuando no existen factores de producción"<sup>914</sup>, debiendo ser asumida la plantilla por la empresa adquirente en aquellos sectores en los cuales la unidad de producción es esencialmente la mano de obra<sup>915</sup>. A tenor de esta novedosa doctrina, podría llegarse a la conclusión de que "las actividades públicas gestionadas indirectamente constituirían *per se* un complejo orgánico –una unidad productiva en sentido funcional y técnico– encaminado a realizar un servicio público definido y delimitado, lo que supone que las vicisitudes que representen un cambio subjetivo en el ejercicio de la explotación integrarían el supuesto de hecho del art. 44 ET que acciona el efecto subrogatorio *ex lege* del que se hace eco efectivamente del servicio objeto de concesión como una unidad productiva"<sup>916</sup>. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea considera, por ejemplo, que la aplicación del principio de transmisión de empresas "a los supuestos de cambio de titular en la explotación de una concesión administrativa de transporte público no podía entenderse como un obstáculo a la competencia entre empresas..., pues los operadores conservan su margen de maniobra para hacer jugar la competencia entre ellos"<sup>917</sup>. No obstante esta tesis, el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en pronunciamientos más recientes procede a matizar el

<sup>914</sup> SSTJCE 173/96 y 247/96, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Sánchez Hidalgo y otros*; 127/96, 229/96 y 74/97, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Hernández Vidal y otros*; 172/99, de 25 de enero de 2001, asunto *Oy Liikenne Ab*; 51/00, de 24 de enero de 2002, asunto *Temco*, 340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto *Carlito Abler y otros* y 232 y 233/04, de 15 de diciembre de 2005, asunto *Güney-Gorres y Demir*. Un estudio en profundidad sobre las mismas en SALCEDO BELTRAN, M.C.: *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, Albacete, 2005, pp. 17 y ss.; CAVAS MARTÍNEZ, F.: "A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario", *Aranzadi Social*, núm. 22, 2006, pp. 9 y ss. o RAMOS QUINTANA, M.I.: *Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial*, Albacete, 2007, pp. 81 y ss.

<sup>915</sup> Con serias dudas, SSTS, Social, 20 y 27 octubre 2004 (RJ 7162 y 7202).

<sup>916</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: "Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas", *Relaciones Laborales*, 1986, Tomo II, p. 68.

<sup>917</sup> STJCE 172/1999, de 4 de diciembre de 2000, asunto *Oy Liikenne*, comentada por MARTÍNEZ FONS, D.: *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, cit., p. 28.

contenido fundamental de la misma, entendiendo que la ampliación del radio de acción normativa de las garantías de la transmisión de empresa ante un contrato administrativo más allá de la aplicación de la Directiva 2001/23 podría llegar a ser considerada restrictiva de la libre competencia<sup>918</sup>.

Cierto es, por lo demás, que la interpretación extensiva primeramente esbozada por el Tribunal Comunitario ha empezado a ser asumida por algunos Tribunales Superiores de Justicia<sup>919</sup>, pero no menos verdad resulta que la línea mayoritaria del Tribunal Supremo (aun cuando con determinadas matizaciones referidas a aquellos supuestos en los que el nuevo empresario se hace cargo en términos significativos de calidad y número de una parte del personal del cedente)<sup>920</sup> sigue consistiendo en defender *a priori* cómo la aplicación del art. 44 ET queda condicionada a la ya conocida existencia de un mínimo soporte patrimonial constituido por una unidad organizada que permita prestar una actividad independiente al concesionario, porque la transmisión de unos meros servicios no constituyen por sí mismos ni un centro de trabajo, ni una unidad productiva autónoma, si la sucesión en una contrata o concesión no lleva aparejada la entrega de una infraestructura u organización<sup>921</sup> (si bien

---

<sup>918</sup> STJCE 460/02, de 9 de diciembre de 2004, asunto *Aeropuertos italianos*, en la cual se considera contraria al Derecho Comunitario una previsión del Derecho italiano (Decreto Legislativo n.º 18/99) que contemplaba dos medidas de protección de los trabajadores que pudieran verse afectados por el proceso de liberalización del mercado de asistencia en tierra de los aeropuertos. En primer lugar, se imponía a los operadores que accedieran a dicho mercado la obligación de asegurar, durante los 30 meses siguientes a la entrada en vigor de la norma, el mantenimiento de los niveles de empleo y la continuidad de las relaciones laborales del personal dependiente del anterior prestador de servicios. En segundo lugar, cualquier transmisión de actividades que afectase a una o más categorías de servicios de asistencia en tierra debía llevar aparejada la asunción del personal del anterior prestador de servicios de manera proporcional a la parte de tráfico o de las actividades que asumiera. Tales previsiones impiden, en palabras del Tribunal, que “los prestadores de servicios que deseen acceder al mercado de la asistencia en tierra elijan su propio personal y, por consiguiente, el tipo de organización de los servicios que van a prestar para poder ejercer su actividad en el mercado.

<sup>919</sup> Por todas, SSTSJ, Social, Canarias/Las Palmas 16 enero 2009 (AS 855).

<sup>920</sup> Significativamente, SSTS, Social, 17 octubre 2004 (RJ 7202) y 25 enero 2006 (RJ 2687).

<sup>921</sup> PEDRAJAS MORENO, A.: “Relaciones de trabajo de carácter interprofesional: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa”, en AA.VV.: *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, Valencia, 1998, pp. 225 y ss.

—en excepción ya conocida— las normas sectoriales o el pliego de condiciones pueden prever que el nuevo contratista o concesionario se haga cargo de todo o parte del personal que prestaba sus servicios para el anterior, así como establecer una regulación específica respecto de las deudas salariales sin que se trate de un supuesto de aplicación del precepto legal transcrito).

Con mayor detalle, en palabras del Alto Tribunal, “en los casos de sucesión de contratas no hay transmisión de las mismas, sino finalización de una y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aun cuando materialmente la contrata sea idéntica, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, no produciéndose por tanto la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores (salvo si lo impusiere el pliego de condiciones —que de ser aceptado vinculará al nuevo concesionario— o se derive de normas sectoriales) si no se transmiten los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación, pues, caso contrario, lo que hay es una nueva sucesión temporal en la actividad sin entrega del soporte patrimonial para la realización de ésta, no siendo por tanto de aplicación el art. 44 ET”<sup>922</sup>; esto es, se trataría del término de la concesión con la entrada de un nuevo empleador, quien no aparece vinculado con el precedente por ningún título traslativo respecto de elementos materiales y organizativos de la unidad productiva<sup>923</sup>.

En definitiva, pese a la línea interpretativa vertida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (matizada, no obstante, en los supuestos de contratos públicos), que acentúa la protección de los intereses de los trabajadores más que los de los contratistas y de las empresas comitentes, la posición última a la que ha llegado el Alto Tribunal español<sup>924</sup> considera que si no han sido

<sup>922</sup> Por todas, SSTs, Social, 6 febrero, 12 marzo, 17 junio y 10 diciembre 1997 (RJ 999, 2318, 4758 y RJ 1998, 736), 9 febrero 1998 (RJ 1644) y 30 septiembre y 1 diciembre 1999 (RJ 9100 y RJ 2000, 516) o ATS, Social, 21 octubre 1998 (RJ 9299).

<sup>923</sup> STSJ, Social, Cataluña 17 febrero 2005 (AS 602).

<sup>924</sup> RIVERO LAMAS, J.: “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral” y ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratas”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, pp. 49 y 271, respectivamente.

transmitidos los elementos que configuran la infraestructura organizativa básica de la concesión o si el nuevo concesionario no se hace cargo, voluntariamente o porque así lo prevea el pliego de condiciones o el convenio colectivo de aplicación, de una parte esencial, en términos de número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento del encargo público, no se produce sin más el efecto subrogatorio previsto en el art. 44 ET<sup>925</sup>.

Siguiendo con tal razonamiento judicial, procede señalar cómo “la aplicación o no del artículo 44 a un supuesto de sucesión de concesiones administrativas se va a determinar... en función de las circunstancias concurrentes, de tal forma que si se produce la transmisión de una unidad organizada, y se trasladan los elementos patrimoniales (materiales o inmateriales) o en su caso la plantilla y la actividad, cabe sostener la aplicación de este precepto”<sup>926</sup>. Con mayor detalle, “la adjudicación mediante concesión administrativa a una empresa de una determinada instalación o infraestructura de titularidad pública puede tener muchas variantes distintas con consecuencias radicalmente diferentes en orden a determinar si debe o no operar el instituto de la sucesión empresarial que regula el art. 44 ET. Es perfectamente posible que la concesión comporte el derecho a la explotación comercial frente a terceros

---

<sup>925</sup> SSTS, Social, 22 mayo 2000 (RJ 4624); en idéntico sentido, SSTS, Social, 29 abril 1998 (RJ 3879), 22 mayo 2000 (RJ 4624), 14 junio 2006 (TOL 970175), 20 septiembre 2006 (RJ 6667) y 12 diciembre 2007 (RJ 2008, 460) o SSTSJ, Social, Galicia 5 diciembre 2000 (AS 3972), 17 enero 2002 (JUR 72485) y 22 enero 2003 (AS 1962), Castilla-La Mancha 9 enero 2003 (AS 937), Extremadura 23 febrero 2006 (TOL 849208), Murcia 10 abril 2006 (TOL 953358) y Valladolid 31 octubre 2007 (AS 2008, 488). Así ocurriría también cuando “no se trate de una mera continuidad en la prestación del servicio anterior por parte de la nueva adjudicataria, sino de una contrata nueva, con circunstancias completamente distintas a la precedente... no hay así transmisión de una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada, ni de elementos patrimoniales esenciales –maquinaria, herramientas y demás medios necesarios– para la prestación de los servicios propios de la concesión ni siquiera asunción de todo o una parte significativa del personal de la anterior contratista, sino que conforme al pliego de cláusulas administrativas y condiciones técnicas vigente en ese momento, la nueva empresa adjudicataria asumió la obligación de aportar ‘la totalidad de los elementos patrimoniales y personales necesarios para la realización del contrato’”, SSTSJ, Social, Galicia 2 abril 2004 (AS 2004, 1668) y Castilla y León/Valladolid 4 julio 2005 (JUR 175020).

<sup>926</sup> STSJ, Social, Canarias/Las Palmas 30 septiembre 2003 (ILJ 2584). En el mismo sentido, SSTS, Social, 26 octubre 2004 (TOL 550624) y 17 mayo 2005 (TOL 668429) o SSTSJ, Social, Cataluña 6 octubre 2004 (TOL 542426) y Madrid 17 octubre 2008 (JUR 387385).

de la instalación pública, de forma que la actividad de la empresa adjudicataria consista precisamente en obtener beneficios económicos con cargo al precio que percibe de los terceros que utilizan esa instalación, a cambio de la suma correspondiente que debe abonar la Administración titular de la misma por la adjudicación. En estos casos, ninguna duda cabe que se produciría sucesión empresarial cuando la instalación pública se pone a disposición de la empresa con toda la infraestructura y elementos productivos necesarios para su explotación. Pero también es posible que lo adjudicado no sea la explotación comercial frente a terceros de la instalación, sino tan sólo el simple y mero mantenimiento de la misma, de forma que la empresa adjudicataria no sólo no basa su actividad económica en el precio que recibe de terceros por la utilización de tal instalación, pagando a cambio un determinado canon a la Administración, sino que, muy al contrario, es la Administración titular quien abona a la empresa una cierta cantidad en pago de sus servicios. En estos casos la instalación se pone a disposición de la adjudicataria, no para su explotación comercial, sino tan sólo para el mantenimiento y conservación de sus elementos, pero esta simple puesta a disposición de la instalación de titularidad pública no tiene por qué conllevar aparejada necesariamente la entrega de la infraestructura empresarial que se necesite para realizar los servicios de mantenimiento objeto de la concesión, siendo precisamente esta infraestructura la que ha de aportar la empresa a quien se le adjudica el servicio"<sup>927</sup>.

Es necesario, pues, estar al caso concreto, no pudiendo afirmar *a priori* la aplicación del art. 44 ET y, en consecuencia, del mecanismo subrogatorio en todos los supuestos de transmisión de una contrata o concesión administrativa; antes al contrario, la subrogación *ex lege* tendrá lugar únicamente cuando la nueva empresa adjudicataria va a asumir la posesión de todos los elementos de la cesante afectos a la concesión en cuestión y, por tanto, objeto de reversión, lo que puede implicar la devolución de cuantos bienes inmuebles y muebles (obras e instalaciones)<sup>928</sup> estén sujetos al desarrollo de la contrata y que, a la postre, pueden llevar incluso a la disolución de la empresa que pierde el

---

<sup>927</sup> STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 20 febrero 2002 (TOL 484994). En el mismo sentido, STSJ, Social, Extremadura 14 septiembre 2004 (TOL 494525).

<sup>928</sup> STS, Cont-Admivo, 22 octubre 2008, recogida en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 83, 2009, pp. 83 y 84.

concurso público y no puede continuar con su labor. En semejantes circunstancias, parece clara la aplicación de las previsiones establecidas en el art. 44 ET. Así sucede, en paradigmático ejemplo, con la entrega de las llaves de un camping titularidad de un Ayuntamiento y todos los elementos necesarios para su explotación a la nueva entidad que se va a hacer cargo de su gestión<sup>929</sup>. En tales supuestos, si la subrogación se produjera ésta tendría lugar a todos los efectos, tal y como se deduce de un reciente pronunciamiento judicial en el cual queda claro que la empresa entrante como adjudicataria de una concesión administrativa de transporte urbano estaría obligada a la contratación de un nuevo relevista si el trabajador jubilado parcial continuase a su servicio, pues el anterior relevista ha pasado a ser dado de alta en la nueva empresa concesionaria bajo una figura contractual distinta de la precedente, esto es, no como tal relevista sino como trabajador indefinido a tiempo parcial aunque, en la realidad, esta modalidad goce de mayor garantía de estabilidad<sup>930</sup>.

En otros casos, la inseguridad jurídica está servida, salvo que el pliego de condiciones administrativas o el convenio colectivo aplicable establezcan expresamente la subrogación<sup>931</sup>, debiendo quedar claro, además, “que no existe obligación de incorporar en su estructura al personal de la contratista cuando el objeto de la contrata es diferente y el convenio colectivo aplicable también”<sup>932</sup>.

En fin, sin apartar la vista de lo previsto en el art. 44 ET y para evitar la desprotección de los trabajadores derivada de la no aplicación la cláusula subrogatoria establecida por esta norma estatutaria al no concurrir los requisitos exigidos para ello, sería harto conveniente –y el legislador debe animar a ello con mayor contundencia que lo hace en la actualidad– que el pliego de condiciones de la contrata (una práctica que se está implantando cada vez más

---

<sup>929</sup> STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 13 enero 2009 (AS 843).

<sup>930</sup> STSJ, Social, País Vasco 2 febrero 2010 (rec. 2688/2009).

<sup>931</sup> STSJ, Social, Navarra 30 enero 2004 (AS 2046). En el mismo sentido, SSTSJ, Social, Cataluña 5, 21 y 22 octubre, 5 noviembre (ILJ 2453, 2626, 2615 y 2659), Canarias/Las Palmas 29 y 30 septiembre 2003 (ILJ 2589 y 2584), País Vasco 23 septiembre 2003 (ILJ 2347) o Cantabria 29 marzo 2006 (TOL 800515). En este mismo sentido, Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 3/1999, de 30 de junio, 33/2002, de 23 de octubre o 58/2009, de 26 de febrero de 2010.

<sup>932</sup> STS, Social, 25 febrero 2009 (JUR 185958).

en el ordenamiento español pero sin alcanzar el rango de regla general) se detuviera en establecer la obligación de la nueva adjudicataria de asumir las relaciones laborales pactadas con los trabajadores de la antigua, sin “más consecuencias que las estrictamente previstas en el título del que deriva la sucesión”<sup>933</sup>, todo ello en aras a garantizar la estabilidad de los trabajadores<sup>934</sup>. Para materializar esta posibilidad, de momento facultativa, el art. 104 LCSP, de una forma un tanto tímida, dispone que “en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información necesaria sobre las condiciones de los vínculos laborales a los que afecte la subrogación para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida; a estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste”, en clara referencia “a las personas que serán traspasadas, la antigüedad de las mismas, y su coste laboral actual, incluyendo las partidas salariales y las extrasalariales”<sup>935</sup>. Como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, “el

<sup>933</sup> STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 11 julio 2005 (TOL 681552). En el mismo sentido, SJS, 1, Menorca 5 abril 2005 (AS 428). De no establecerse nada al respecto el efecto jurídico es similar a la subrogación *ex lege*: “la entrada en la relación contractual de un nuevo empresario en sustitución del primitivo, sin que tal novación subjetiva afecte al complejo contenido obligacional de la relación de trabajo, el cual subsiste en su plenitud sin variación alguna”, STSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 19 julio 2001 (AS 3472).

<sup>934</sup> SSTS, Social, 26 abril y 30 septiembre 1999 (RJ 4532 y 9100), 11 abril 2000 (RJ 3946) y 14 octubre 2008 (JUR 380623).

<sup>935</sup> Así lo ha considerado la Junta Consultiva del Ministerio de Hacienda en su Informe 33/02, de 23 de octubre, al afirmar que “la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que no son sólo las propias relativas a la presentación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que provienen de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el art. 49 LCAP (actual art. 99 LCSP). Desde tal perspectiva, el conocimiento de las personas que vienen prestando servicios y aquellos aspectos que afectan a su situación laboral cobran especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta, en la precisión de que el candidato, y consecuentemente el contratista, aceptan, en los términos establecidos en el art. 79.1 de la Ley (actual art. 129 LCSP), el contenido de todas las cláusulas sin excepción alguna al presentar su proposición”.

conocimiento de las personas que vienen prestando el servicio y aquellos aspectos que afectan a su situación laboral cobra especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta, en la precisión de que el candidato, y, consecuentemente el contratista, aceptan ... el contenido de todas las cláusulas sin excepción alguna al presentar su proposición”<sup>936</sup>. Se trata, pues, de “una garantía asumida por la nueva empresa concesionaria del servicio, de tal forma que lo pactado y convenido... en el pliego [sobre] el referido mantenimiento de las condiciones de trabajo que los actores vinieran disfrutando... obliga a su debido cumplimiento”<sup>937</sup>, pero sólo en el caso de que el propio pliego lo imponga.

---

### 3. REVERSIÓN A MANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE UNA ACTIVIDAD PREVIAMENTE EXTERIORIZADA

En tanto la utilización por parte de las Administraciones públicas de las vías establecidas en el ordenamiento para la externalización formal de parte de sus actividades ha acabado siendo un proceso muy habitual en España, no van a ser infrecuentes tampoco aquellos casos en los cuales la concreta actividad o competencia descentralizada vuelve a ser recuperada por su anterior titular.

Ante tal eventualidad, inmediatamente surge la duda de si los afectados por ese trasvase podrían aspirar a integrarse en la Administración o si tal oportunidad les queda vedada. Para dar respuesta a este interrogante resulta necesario tomar como punto de partida la siguiente hipótesis: si junto con la reversión de la competencia para la prestación de la actividad se le transmiten cuantos bienes conformaban el activo utilizado para la prestación del servicio, habría de operar el mecanismo de subrogación previsto en el art. 44 ET; sin embargo, cuando tal retorno no fuera acompañado de la entrega de ninguna clase de sustrato material, no entrarían en juego las previsiones del art. 44 ET y, en consecuencia, los contratos de trabajo podrían quedar extinguidos<sup>938</sup>.

---

<sup>936</sup> Informe 58/2009, de 26 de febrero de 2010.

<sup>937</sup> STSJ, Social, Comunidad Valenciana 12 noviembre 2004 (AS 3875), con cita de la STS, Social, 6 junio 2001 (RJ 5490). En el mismo sentido, STS, Social, 3 mayo 2004 (TOL 463070).

<sup>938</sup> Por todas, STCo 66/1987, de 21 de mayo. En el mismo sentido, SSTSJ, Social, Navarra 31 marzo 1992 (Ar. 1277), Cataluña 1 junio 1992 (Ar. 3312), Valencia 3 junio 1992 (Ar. 2898), País Vasco 18 abril 1994 (Ar. 1418) o Castilla-La Mancha 15 julio 1998 (Ar. 2802).

La aparente claridad de tales postulados se torna rápidamente en penumbra con el solo hecho de tener en cuenta las dos circunstancias siguientes:

1. Aun no siendo de aplicación el mecanismo subrogatorio en los supuestos en los que el cambio de titularidad en la gestión del servicio público no vaya acompañado por la transmisión de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva<sup>939</sup>, nada impediría al convenio colectivo o al pliego de condiciones de la contrata establecer la obligación de mantener las relaciones de trabajo de la anterior empresa adjudicataria, en aras a garantizar la estabilidad de los trabajadores<sup>940</sup>. En estos casos, los efectos subrogatorios no nacen de la Ley sino del propio convenio colectivo o del contrato administrativo<sup>941</sup>.

No es habitual que en los pliegos de condiciones administrativas se recoja la obligación del Ente público de asumir la mano de obra destinada a la gestión del servicio público previamente externalizado. No obstante, cabe mencionar algunos ejemplos como pudiera ser el apartado 14 del modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares de la Consejería para la igualdad y bienestar social de la Junta de Andalucía para la regulación del contrato de gestión de servicios públicos por concesión mediante procedimiento abierto o restringido, en virtud de la cual "cuando la actividad de un centro cese, por finalización o modificación total o parcial del contrato de gestión, y sea adjudicataria de dicha explotación otra

---

<sup>939</sup> ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C.: "La sustitución de los contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos y en la jurisprudencia del TJCE)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, 2002, pp. 241 y ss.

<sup>940</sup> SSTS, Social, 26 abril y 30 septiembre 1999 (RJ 4532 y 9100) y 11 abril 2000 (RJ 3946). "En ese sentido, es de destacar que el Tribunal Supremo viene entendiendo que a los efectos de considerar aplicable el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los casos de sucesión de empresas que sean prestatarias de servicios, que para ello es necesario, o bien que haya concurrido una transferencia de elementos patrimoniales, o bien que exista una expresa disposición convencional al respecto o, en otro caso, que en la convocatoria para la adjudicación del servicio, se aluda en el pliego de condiciones de un modo expreso a dicha obligación subrogatoria", STSJ, Social, Navarra 30 enero 2004 (AS 2046). En el mismo sentido, SSTSJ, Social, Cataluña 5, 21 y 22 octubre, 5 noviembre (ILJ 2453, 2626, 2615 y 2659), Canarias/Las Palmas 29 y 30 septiembre 2003 (ILJ 2589 y 2584) o País Vasco 23 septiembre 2003 (ILJ 2347).

<sup>941</sup> SSTS, Social, 22 abril y 10 diciembre 1997 (RJ 3581 y 1998, 736) y 9 febrero 1998 (RJ 1644).

empresa o entidad pública, ésta vendrá obligada a subrogarse y absorber a los trabajadores de aquélla adscritos al servicio de las instalaciones que se explotan, respetándoles y conservando en su integridad, con carácter personal e irrenunciable, su antigüedad, salario y demás derechos laborales y sindicales reconocidos en convenio, pactos de empresa y condiciones personales". En parecido sentido se pronuncian también, entre otros, el apartado 16 del pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación del servicio de mantenimiento de parques, jardines, zonas verdes y arbolado viario del municipio de Beasain, el apartado 15 del pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación mediante concurso y procedimiento abierto del servicio de jardinería en el término municipal de Zumaia o el apartado 11º del pliego de cláusulas administrativas particulares del centro especial de empleo para el servicio de mantenimiento de zonas verdes del Ayuntamiento de Aranjuez.

Más frecuente es la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas destinadas a recoger la subrogación de contratistas, sobre todo en aquellos sectores de la actividad caracterizados por la prestación de servicios con escaso soporte material y, al tiempo, por un elevado nivel de precarización en el empleo. Cabe hacer referencia, así, a efectos meramente ilustrativos, a lo previsto en el art. 43 del convenio colectivo estatal de jardinería<sup>942</sup>, art. 14 del convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad<sup>943</sup> o en el art. 63 del convenio colectivo de servicios de atención a personas dependientes<sup>944</sup>. En tales supuestos, la jurisprudencia parece exigir que, para que la subrogación tenga lugar, ésta ha de "venir [necesariamente] impuesta por norma sectorial eficaz"<sup>945</sup> y ejercerse en

---

<sup>942</sup> BOE de 19 de julio de 2006.

<sup>943</sup> BOE de 10 de junio de 2005.

<sup>944</sup> BOE de 1 de abril de 2008.

<sup>945</sup> SSTSJ, Social, Galicia 22 enero 2003 (AS 1962), Cataluña 17 febrero 2005 (AS 602) o Comunidad Valenciana 6 octubre 2004 (JUR 24110) y 3 marzo 2005 (JUR 108712). En el mismo sentido, SSTS, Social, 26 abril, 30 septiembre y 1 diciembre 1999 (RJ 4532, 9100 y RJ 2000, 516) y 17 mayo 2000 (RJ 4620) o SSTSJ, Social, Asturias 30 diciembre 2002 (JUR 2003, 75141), País Vasco 20 abril 2004 (AS 2939), Navarra 30 junio 2004 (AS 2144) y Madrid 1 septiembre 2005 (Rec. 2363/2005). Admitiendo la eficacia a estos efectos de un acuerdo de empresa, SSTSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 11 septiembre y 9 octubre 2000 (AS 4130 y 4148).

los términos y con el alcance en la misma señalada<sup>946</sup>, que generalmente no será el régimen subrogatorio *in toto*, previsto en el art. 44 ET<sup>947</sup>.

Ahora bien, estas cláusulas convencionales, en virtud de las cuales se obliga al gestor del servicio público entrante a incorporar a su plantilla a los trabajadores adscritos a la concesión por el anterior adjudicatario, garantizándoseles así su continuidad en el empleo<sup>948</sup>, deben ser interpretadas, tal y como se viene entendiendo por la doctrina de los Tribunales, de forma restrictiva y literal, pues constituyen “una excepción a la regla general de no subrogación”<sup>949</sup>, quedando vinculados únicamente los sujetos que estén encuadrados en su ámbito de aplicación<sup>950</sup>. Tal posición judicial no ha estado, sin embargo, exenta de críticas al “confundir los términos de la subrogación operada vía convencional por cuanto no existe una regla general de no subrogación ni tampoco una excepción subrogatoria. Se trata, por el contrario, de un derecho reconocido convencionalmente al trabajador, ni más o menos excepcional que cualquier otro que en convenio colectivo se reconozca”<sup>951</sup>.

<sup>946</sup> Conforme señalan algunos pronunciamientos, “los efectos subrogatorios se limitan exclusivamente a la novación de los contratos de trabajo de los trabajadores que se integren en su plantilla `respetando sus antigüedades como el resto de los derechos adquiridos por el trabajador hasta el momento del cambio del contrato’, sin que pueda hacerse extensiva su responsabilidad a las consecuencias derivadas de la posible aplicación del art. 44 ET, al no existir una subrogación en los términos previstos en dicha normativa, reguladores de los supuestos de sucesión de empresa” [STSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 13 junio 2003 (JUR 178337)]; en sentido similar, SSTSJ, Social, Cantabria 24 junio 2004 (JUR 187624) y Castilla y León/Valladolid 18 mayo 2005 (AS 1585)]; o, en otros términos, la “norma convencional no prevé una subrogación igual o similar a la del art. 44 ET sino una nueva contratación tras un proceso de selección imponiendo sólo un porcentaje de nuevas contrataciones pero no la subrogación o novación de los contratos anteriores” [STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 31 enero 2002 (AS 2003, 721)]; aplicando dicha doctrina, SSTSJ, Social, Andalucía/Granada 7 enero 2004 (JUR 79463) o Castilla y León/Valladolid 30 abril y 4 octubre 2004 (JUR 172544 y AS 2741)].

<sup>947</sup> ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratatas”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., p. 272.

<sup>948</sup> SALA FRANCO, T.: “La sucesión de contratatas”, en AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002, p. 275.

<sup>949</sup> Por todas, STS, Social, 8 junio 1988 (Ar. 6693).

<sup>950</sup> SSTS, Social, 28 octubre 1996 (Ar. 7797), 15 diciembre 1997 (Ar. 1998/1136) y 22 mayo 2000 (Ar. 4624) o SSTSJ, Social, Madrid 26 junio 2001 (Ar. 2961) y 23 junio 2003 (Ar. 3420) y Extremadura 10 diciembre 2004 (Ar. 3383).

<sup>951</sup> SALA FRANCO, T.: “La sucesión de contratatas”, cit., p. 275.

De esta manera, el intérprete no estará forzado a analizar si concurren las condiciones legales de subrogación, sino exclusivamente a comprobar el acatamiento de las establecidas en el propio pacto colectivo, entendido desde el punto de vista de los objetivos buscados por él, a situar en una doble esfera: una mayor estabilidad en el empleo y una eliminación de contenciosos entre las partes<sup>952</sup>. A tal fin, cedente y cesionario deberán cumplir los condicionantes –materiales y formales– establecidos expresamente en el convenio<sup>953</sup>, pues la transmisión únicamente se produce “cuando se cumplen los requisitos que a tal fin determina el pacto”<sup>954</sup>, de forma que sólo la inobservancia de condiciones imprescindibles, necesarias y suficientes para entender acreditados los deberes recogidos en la norma convencional implicará la no aplicación de la cláusula subrogatoria en ella recogida<sup>955</sup>.

Bajo tales premisas y descendiendo al terreno que aquí interesa, estas cláusulas convencionales a favor del traspaso de trabajadores en el supuesto de sucesión de contratistas no pueden ser, sin embargo, de aplicación cuando la gestión del servicio revierte a la Administración, en tanto dicha regulación convencional únicamente podría afectar a las empresas incorporadas al ámbito personal del convenio, pero nunca a empleadores en él no incluidos<sup>956</sup>; es decir, el convenio colectivo “ni puede conte-

---

<sup>952</sup> SSTSJ, Social, Comunidad Valenciana 10 julio 2000 (JUR 2001, 57295) y 18 noviembre 2004 (AS 3869).

<sup>953</sup> SSTJ, Social, 10 diciembre 1997 (RJ 736), 9 febrero 1998 (RJ 1644), 30 septiembre 1999 (RJ 9100) y 10 julio y 27 octubre 2000 (RJ 8295 y 9656) o SSTSJ, Social, Cataluña 9 marzo 2001 (AS 1456) y Castilla-La Mancha 13 octubre 2004 (AS 2972).

<sup>954</sup> SSTSJ, Social, Baleares 8 enero 2004 (AS 1505) y Andalucía/Sevilla 2 junio 2009 (JUR 365601).

<sup>955</sup> SSTJ, Social, 11 marzo y 28 julio 2003 (RJ 3353 y 7782) y SSTSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 8 marzo, 17 y 31 (dos) mayo y 14 junio 2004 (AS 739, JUR 173847 y 176317, AS 1933 y 2069), Madrid 18 enero 2005 (AS 86), País Vasco 15 febrero 2005 (AS 540), Comunidad Valenciana 14 enero 2004 (AS 1516) y 3 marzo 2005 (JUR 108712), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 7 abril 2005 (AS 930), Baleares 25 mayo 2005 (AS 1839) o Navarra 30 junio y 26 julio 2005 (JUR 197931 y AS 2197).

<sup>956</sup> Entre otras, SSTJ, Social, 14 diciembre 1994 (RJ 10093), 15 diciembre 1997 (RJ1136) y 22 mayo 2000 (RJ 4624) o SSTSJ, Social, Extremadura 20 marzo 1995 (AS 1080), Murcia 13 octubre 1995 (AS 4044) y 28 julio 1999 (AS 2670), Andalucía/Granada 10 junio 1999 (AS 4042), Castilla-La Mancha 9 enero 2003 (AS 937), Extremadura 10 diciembre 2004 (AS 3383), Cataluña 22 septiembre, 19 octubre y 13 diciembre 2004 (JUR 281889 y AS 3451 y 4011) y Madrid 18 enero 2005 (AS 86).

ner cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación”<sup>957</sup>, razón por la cual la subrogación incorporada en una norma paccionada no obligaría a la Administración, a menos que ésta fuera firmada por dicho órgano público asumiendo el compromiso, en los casos de reversión, de mantener las relaciones de trabajo suscritas con la antigua concesionaria, lo cual parece poco probable.

De todas formas, tampoco hay que perder de vista que en alguna Administración Local de escasas dimensiones, es el convenio colectivo de sector el que regula las condiciones de trabajo de los trabajadores no funcionarios, no en vano, tal y como ha señalado la jurisprudencia, los “convenios colectivos estatutarios constituyen convenios colectivos de eficacia general o *erga omnes* porque alcanzan fuerza normativa y constituyen la segunda fuente de la relación laboral en el orden jerárquico que de tales fuentes suministra el art. 3.1 ET, llegando a formar parte del ordenamiento jurídico, de tal manera que obligan no sólo a los negociadores y a los representados por ellos, sino a muchos trabajadores y empresarios que ni participaron en la negociación ni tampoco estaban representados por los negociadores, según resulta sin lugar a dudas del art. 83.2 ET”<sup>958</sup>. Surge, entonces, la duda de si la Administración se debería subrogar en la posición de la empresa anterior, debiendo entender que en tales supuestos la respuesta ha de ser afirmativa, pasando los afectados a ser considerados, tal y como establece algún pronunciamiento judicial reciente, indefinidos no fijos al servicio del Ente público en cuestión si fueran trabajadores fijos de la empresa anterior, manteniéndose en su puesto de trabajo hasta que la plaza se cubra por el procedimiento reglamentario<sup>959</sup>.

<sup>957</sup> STS, Social, 28 octubre 1996 (RJ 7797) y SSTSJ, Social, Comunidad Valenciana 19 enero 1999 (AS 195), Murcia 5 junio 2000 (AS 5347) y Aragón 8 julio 2009 (JUR 399971).

<sup>958</sup> SSTS, Social, 7 octubre 2004 (rec. 2182/2003) y 1 junio 2005 (rec. 2474/2004).

<sup>959</sup> STSJ, Social, Castilla-La Mancha 1 junio 2010 (rec. 106/2010), en la cual por la aplicación del convenio colectivo del sector limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, se declaró improcedente el despido de una trabajadora por entender que el Ayuntamiento quedó subrogado en la posición de la empresa contratista que había asumido las tareas de limpieza tras la terminación de la misma para asumirla directamente la Corporación Local. En el mismo sentido, STSJ, Castilla-La Mancha, 9 junio 2010 (rec 176/2010) que entiende aplicable a una Entidad Local, ante la inexistencia de convenio propio, el respectivo convenio que regula cada concreta actividad (guarderías, limpieza, etc), en atención tanto a razones de equidad como de evitación de tratos desiguales.

Cuando estuvieran contratados mediante un contrato de obra o servicio, habría que entender, conforme dispone el nuevo art. 15.5 ET, en la redacción proporcionada por la Ley 35/2010 que contradice doctrina judicial anterior<sup>960</sup>, lo siguiente: como por cada contrata o concesión parece que se ha de suscribir un nuevo contrato de obra aunque haya subrogación empresarial, la reversión del contrato administrativo al Ente público conllevará la aplicación de la doctrina del encadenamiento contractual, entendiendo si entre ambos contratos se sobrepasa el tiempo de veinticuatro meses dentro de un periodo de treinta, el trabajador igualmente adquiere la condición de indefinido no fijo<sup>961</sup>.

Todo ello sin olvidar, de un lado, que la aplicación del convenio colectivo del sector, como fuente reguladora de las condiciones de trabajo, se mantendrá hasta la fecha de la expiración del mismo o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable<sup>962</sup>, y, de otro, que tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, los representantes legales de los trabajadores que ejercían tal función en las empresas concesionarias de servicios públicas transferidos, en el supuesto enjuiciado, a un Ayuntamiento, continuarán ejerciendo su función en las dependencias de este último, pues “el mero cambio de los máximos responsables jerárquicos (que ahora son el Alcalde y los respectivos Concejales) no puede de por sí menoscabar la autonomía de la entidad transmitida, a menos que los nuevos máximos superiores jerárquicos dispongan de facultades que les permitan organizar directamente la actividad de los trabajadores de la referida entidad y sustituir así a los superiores inmediatos de dichos trabajadores en la adopción de decisiones dentro de esta última”<sup>963</sup>.

---

<sup>960</sup> Que consideraba que la sucesión de contratas o concesiones con el mismo o distinto empresario no conllevaba la extinción de los contratos para obra ni la celebración de nuevas contrataciones temporales, permaneciendo vigente el contrato inicial. STS, Social, 17 y 18 junio 2008 (RJ 4229 y 4449).

<sup>961</sup> LAHERA FORTEZA, J.: “La reforma de la contratación laboral”, cit., p. 59.

<sup>962</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Transmisión de empresas y nuevas formas de organización productiva”, *Tribuna Social*, núm. 239, 2010, p. 25.

<sup>963</sup> STJCE 151/2009, de 29 de julio de 2010, asunto *Ayuntamiento Línea de la Concepción*.

2. No hay que olvidar tampoco –y conectando con la tesis anterior– que el mecanismo de la subrogación por parte de la Administración en los supuestos de reversión podría vulnerar los principios constitucionales y legales que requieren la necesidad de acceder al empleo público a través de un procedimiento respetuoso con los parámetros de mérito y capacidad; en este sentido, los vínculos laborales en que se hubiera podido producir la subrogación por parte de la Administración si se cumplen los requisitos exigidos en el art. 44 ET o lo establece el pliego de condiciones o el convenio colectivo, deberían considerarse nulos por no haber cumplido con aquel requisito *sine qua non* y extinguidos con los solos derechos establecidos en el art. 9.2 ET: percibir el salario correspondiente a los trabajos prestados como si se hubiera tratado, hasta ese momento, de un contrato válido y eficaz.

Teniendo en cuenta la peculiar naturaleza del trabajo, de cuya efectiva prestación fáctica no se puede hacer abstracción, y la imposible exigencia de repetición "*in natura*", es lógico que el trabajador pueda exigir una restitución indirecta que evite el enriquecimiento sin causa de la otra parte, quien ya ha hecho suyos los frutos de la actividad prestada, optando el art. 9.2 ET por pautar directamente como medida de valor del trabajo que hubiese desarrollado el empleado el referente que el propio ordenamiento posee como recíproco respecto a la prestación de actividad: el salario correspondiente.

Esta interpretación no soluciona, sin embargo, de una forma adecuada la concurrencia entre los principios de estabilidad en el empleo y legalidad de la actuación administrativa, pudiendo distinguir los tres siguientes supuestos<sup>964</sup>:

- a) Si la reversión de la actividad a favor de la Administración se produce con el objetivo inmediato de su nueva adjudicación a un tercero y se cumplen los requisitos del art. 44 o lo establece el pliego de condiciones o el convenio colectivo, se produciría la subrogación

<sup>964</sup> GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: "El difícil equilibrio entre el rescate de las contrataciones y los principios de mérito y capacidad en el acceso del personal laboral a la función pública", en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, pp. 528 y ss.

en los contratos de trabajo cuando acaezca la reversión a manos públicas, procediendo, no obstante, a su inmediata suspensión (no habiendo prestación de actividad laboral por el trabajador no procederá tampoco contraprestación económica por parte de la Administración). Es más, dicha situación de dependencia se mantendrá sólo hasta tanto la actividad fuera cedida de nuevo a otro contratista, momento en el cual tendría lugar una nueva subrogación. Esta podría ser una solución justa y satisfactoria para ambas partes involucradas en el proceso: para la Administración por cuanto no debería asumir los costes anejos al personal, y para el operario habida cuenta vería salvaguardado –al menos en parte– su derecho a la estabilidad en el empleo.

Una oportuna intervención legislativa debería apostar, pues, por la subrogación provisional, con la inmediata suspensión del contrato, hasta la devolución de la actividad a otro empresario privado<sup>965</sup>; de lo contrario, otorgar al trabajador una posición de estabilidad sin condiciones supondría una onerosidad excesiva para la Administración, así como una injusticia respecto a quienes consiguieron acceder al empleo público de manera “regular”.

- b) El problema se agrava, empero, cuando la iniciativa no va a ser entregada a un nuevo empresario privado, sino desempeñada directamente por el propio Ente público, pues en este caso, de aplicar el mecanismo de la subrogación si ello fuera pertinente, el trabajador estaría accediendo al empleo público –permítase la expresión– “por la puerta de atrás”.

Para evitar tan deplorable consecuencia algunos pliegos de cláusulas administrativas particulares establecen expresamente que en ningún caso la Administración contratante “se subrogará en las relaciones contractuales entre la entidad adjudicataria y el personal de la misma, ya sea por terminación del contrato o por cualquier otra causa”, tal y como sucede, por poner un ejemplo, en la cláusula undécima del pliego de cláusulas administrativas particu-

---

<sup>965</sup> Idea apuntada por la STS, Social, 17 abril 1984 (Ar. 2106).

lares del centro especial de empleo para el servicio de mantenimiento de zonas verdes del Ayuntamiento de Aranjuez<sup>966</sup>.

No estaría de más –conforme ocurría en el supuesto anterior– un pronunciamiento normativo expreso capaz de salvaguardar el obligado respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad. Quizá lo más oportuno, a estos efectos, sea considerar al operario en situación de interinidad hasta la cobertura definitiva de la plaza, no existiendo inconveniente, en opinión de cierto sector de la doctrina, para contemplar como mérito la experiencia acumulada en la empresa cedente<sup>967</sup>.

Cabe aplicar, en consecuencia, la doctrina reiterada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>968</sup>, en la que se trata de especificar el alcance jurídico de la diferenciación entre trabajadores fijos de plantilla e indefinidos, recogida ahora de forma expresa en el párrafo segundo del art. 11.1 Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)<sup>969</sup>. La clave reside, desde esta perspectiva, en el comportamiento del organismo contratante, el cual debe consolidar la plaza ocupada a través de la vía ordinaria de reclutamiento correspondiente y –se

<sup>966</sup> En parecido sentido, cláusula 13 del pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación del servicio de mantenimiento y conservación de parques y jardines en el municipio de Berja (Almería).

<sup>967</sup> MORENO GENE, J.: *Los grupos de empresas públicas. Identificación del empresario responsable*, Valencia, 2002, p. 71.

<sup>968</sup> SSTS, Social, 21 enero, 27 marzo, 20 y 28 abril 1998 (Ar. 1138, 3725, 3725 y 3874), 19 y 26 enero 1999 (Ar. 810 y 1105), 8 febrero, 29 mayo y 29 noviembre 2000 (Ar. 1744, 4804 y 1440), 6 mayo 2003 (RJ 2003, 5765), 8 noviembre 2005 (rec. 3779/2004), 21 diciembre 2006 (rec. 4537/2005), 27 febrero 2007 (rec. 4220/2005), 27 marzo y 26 abril 2007 (RJ 3190 y 4634) y 29 enero 2009 (TOL 1453844) o SSTSJ, Cont-Admtivo, Baleares 23 septiembre 2003 (JUR 2004, 55961), Madrid 6 octubre 2003 (JUR 2004, 93260), Galicia 13 diciembre 2003 (AS 2004, 861) y 23 abril 2004 (AS 2292), Andalucía (Sevilla) 22 enero 2004 (AS 2005, 255), Castilla y León (Valladolid) 30 julio 2004 (JUR 210676), Navarra 11 abril 2005 (JUR 1355611), Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 10 marzo 2006 (AS 1352) y Castilla y León/Valladolid 10 septiembre 2008 (AS 2736).

<sup>969</sup> DE LA VILLA GIL, L.E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Iustel*, núm. 17, 2008, p. 8.

insiste– también extinguir el vínculo laboral anterior<sup>970</sup>, bien mediante la cobertura/amortización de la plaza, bien a través del cumplimiento del término final previsto para ello<sup>971</sup>, sin necesidad, en consecuencia, de ningún tipo de indemnización económica.

Procede abrir aquí un breve paréntesis para recordar que aun cuando el Tribunal de Justicia Comunitario ha admitido expresamente la posibilidad de establecer exclusiones a la transformación automática en fijos de aquellos trabajadores contratados irregularmente por las Administraciones públicas, no en vano la Directiva 1999/70, de 28 de junio, deja cierto margen de actuación a los diferentes Estados miembros a fin de transponer sus objetivos<sup>972</sup>, lo cierto es que acto seguido exige la adopción de medidas efectivas para prevenir y sancionar semejantes irregularidades<sup>973</sup>. Así, al albur de la interpretación realizada por el órgano judicial supranacional, el ordenamiento español queda forzado a establecer algún tipo de indemnización en los supuestos de extinción del contrato indefinido consecuencia de la cobertura definitiva de la vacante hasta ese momento ocupada de manera irregular, reparación tasada por ley que impediría reclamar en la vía contenciosa contra la Administración por su funcionamiento anormal<sup>974</sup>. Tal argumentación ya ha sido recogida parcial y tímidamente por algún pronunciamiento judicial, en virtud del cual “para que se extinga el contrato de trabajo del indefinido no fijo es preciso siem-

---

<sup>970</sup> SSTs, Social, 22 septiembre 1998 (Ar. 7423), 15 marzo 1999 (Ar. 2920) o, con carácter más reciente, 30 mayo 2007 (rec. 5315/2005), comentada esta última por VALDÉS ALONSO, A.: “Contrato de trabajo fijo y contrato de trabajo indefinido en la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2007, pp. 41 y ss.

<sup>971</sup> LAHERA FORTEZA, J.: *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, Madrid, 2001, p. 133.

<sup>972</sup> STJCE 212/04, de 4 de julio de 2006, asunto *Adelener y otros*.

<sup>973</sup> STJCE 53/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino*.

<sup>974</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “La figura del contrato indefinido en la Administración: la convalidación legislativa de una mala praxis de los poderes públicos” y NICOLÁS BERNARD, J.A.: “La reparación de los principios constitucionales vulnerados en la relación laboral indefinida no fija”, ambos en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2009, p. 529 y 687, respectivamente.

pre que la plaza sea cubierta reglamentariamente, con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad. En el momento en que dicha cobertura se produzca, ello acarreará la extinción sin indemnización del contrato del trabajador indefinido no fijo que la ocupaba. Pero, si, por el contrario, la Administración considerara innecesarias las plazas por motivos legalmente amparados en los arts. 51 ó 52 ET (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), podrá proceder, si existe causa justa para ello debidamente acreditada, a la amortización de las mismas y a la extinción de los correspondientes contratos, lo que conllevará en todo caso el abono de la indemnización legalmente prevista (veinte días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades)"<sup>975</sup>.

- c) En fin, no exento de dificultades se encuentra el supuesto en el cual el cometido previamente descentralizado y rescatado no va a ser entregado nuevamente a un empresario privado ni va a ser ejercido tampoco por la propia Administración. La respuesta a este espinoso supuesto de hecho dista de ser unánime, existiendo pronunciamientos judiciales diversos: mientras algunos sostienen la extinción de los contratos por ausencia de objeto [arts. 49.1 c), 49.1 j) y 51 ET]<sup>976</sup>, al no ser de aplicación el art. 44 ET<sup>977</sup>, otros van más allá y apuestan porque, de acaecer la recuperación del servicio, automáticamente debe tener lugar la subrogación, si se cumplen los requisitos exigidos, en favor de los afectados<sup>978</sup>. De conformidad con una sólida interpretación judicial, "lo decisivo para que exista subrogación empresarial no puede estar en que el titular continúe el servicio o actividad objeto de concesión

<sup>975</sup> STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 14 enero 2009 (rec. 1743/2008).

<sup>976</sup> SSTSJ, Social, Canarias 31 julio 1993 (Ar. 3510), Castilla y León (Valladolid) 28 febrero 1995 (Ar. 635), Madrid 6 noviembre 1996 (Ar. 3731) o Cataluña 22 enero 1998 (Ar. 649). En la doctrina, GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRES, L.E.: "Reestructuraciones de plantillas en los entes locales: un nuevo supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en las Administraciones Públicas", *Justicia Laboral*, núm. 4, 2000, pp. 5 y ss.

<sup>977</sup> STS, Social, 1 diciembre 1999 (Ar. 866) o STSJ, Social, Madrid 9 marzo 2000 (Ar. 2347).

<sup>978</sup> STS, Social, 5 febrero 1991 (Ar. 800) o STSJ, Social, Cataluña 16 mayo 1999 (Ar. 1903).

administrativa, cosa que puede depender únicamente de su voluntad, sino en que tenga la posibilidad de hacerlo. Aquello supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir a quienes utilizan esta forma de gestión indirecta de servicios el poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin costo alguno, recuperando los bienes que constituyen el '*substratum*' objetivo de la empresa"<sup>979</sup>. Eso sí, ante la imposibilidad de prestar servicios, y en una solución análoga a cuanto se prevé para los fijos-discontinuos, es posible apreciar que el vínculo permanece en estado latente, de tal manera que si el servicio vuelve a prestarse, automáticamente se reactiva la cláusula subrogatoria y los afectados deberán volver a ser llamados para prestar servicios a la Administración<sup>980</sup> o, cabría añadir, a un privado si aquélla decide exteriorizar, de nuevo, su gestión; durante esta situación suspensiva especial los trabajadores deberán ser considerados en situación legal de desempleo en aras a lucrar, en su caso, dicha prestación y además, ante la incertidumbre sobre el posible llamamiento en el futuro, habría de fijarse una indemnización a su favor como consecuencia de la falta de ocupación, cifrada en unas cuantías cercanas a las previstas en el artículo 51.8 ET (veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades).

Habida cuenta en este caso cabe asistir a un proceso mixto (en primer lugar, la reversión de la actividad previamente exteriorizada a la Administración y, acto seguido, la decisión de ésta de no continuar con ella), lo más aconsejable –por tercera vez– es que una futura ley se pronuncie de forma expresa al respecto y obligue al Ente público a asumir a quienes trabajaban en la actividad entregada para su ejercicio a la entidad privada y, posteriormente, al amortizarla, proceder a extinguir los contratos laborales afectados previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la

---

<sup>979</sup> STS, Social, 5 febrero 1991 (RJ 800); en términos parecidos, STS, Social, 26 mayo 1987 (RJ 3886). Siguiéndolas SSTSJ, Social, Castilla-La Mancha 19 noviembre 1998 (AS 4517) y Madrid 17 (dos) mayo 2005 (AS 1522 y JUR 156066).

<sup>980</sup> STSJ, Social, Cataluña 16 mayo 1999 (AS 1903).

normativa social de común aplicación [despido objetivo –art. 52 c) ET– o despido colectivo –art. 51 ET–]<sup>981</sup>, pagando la indemnización prevista legalmente cifrada en 20 días de salario por año de servicio.

## **XII. LAS GARANTÍAS DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN MATERIA SALARIAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL EN LOS SUPUESTOS DE SUBCONTRATACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN**

En nuestro ordenamiento jurídico y contando con el apoyo que proporciona el art. 38 CE, el empresario privado dispone de libertad para contratar o subcontratar la realización de obras o servicios. Se trata, no obstante –tal y como recuerda el art. 42 ET–, de una libertad a ejercitar con sujeción a determinadas condiciones dirigidas a preservar los derechos de los trabajadores frente a eventuales incumplimientos o fraudes por parte de la empresa contratista o subcontratista a la que pertenecen. De esta posibilidad pueden hacer uso, lógicamente, las Administraciones públicas, que quedarán sometidas, entonces, al régimen de responsabilidades que diseña el Derecho del Trabajo para quien ocupa ante él la posición de empresario “principal” o “comitente”, lo cual tropieza con muchas dificultades que no se plantean en el ámbito privado, pues en el sujeto responsable concurre la condición de entidad que participa, en mayor o menor grado, de potestades públicas.

Tal circunstancia obliga a analizar si del incumplimiento de las deudas salariales o con la Seguridad Social contraídas por el concesionario o el contratista deberá de responder también la Administración y en qué casos y bajo qué condiciones. En tanto en cuanto la normativa laboral no ha arbitrado una respuesta específica a estas cuestiones, no puede extrañar que la aplicación del régimen de responsabilidad empresarial solidaria previsto en el art. 42 ET provoque un importante grado de inseguridad jurídica, máxime cuando la técnica legislativa utilizada en dicho precepto, de un lado, propicia todo tipo de

<sup>981</sup> BODAS MARTÍN, R.: “Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral y de las Administraciones Públicas”, en AA.VV. (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000, p. 307.

equivocos necesitados de urgente corrección y, de otro, entra en directa contradicción con lo previsto en la LCSP<sup>982</sup>.

Es más, no hay que olvidar tampoco que el relevo parcial del adjudicatario de un contrato administrativo, materializado a través del mecanismo de la subcontratación, es un fenómeno cada vez más frecuente en la práctica de la contratación pública, no en vano la complejidad intrínseca al objeto contractual impone, en multitud de ocasiones, que determinadas partidas integrantes del mismo puedan ser encomendadas a terceros<sup>983</sup>. Es muy habitual, por tanto, que los adjudicatarios de las contrataciones o concesiones soliciten la colaboración de otra(s) empresa(s) auxiliares en la prestación del servicio público asumido, en el bien entendido sentido de que estos empresarios auxiliares pueden ser, a su vez, "principal" de otros a efectos laborales<sup>984</sup>. La longitud de la cadena puede adquirir, por tanto, grandes dimensiones.

---

## 1. LA PERMISIVIDAD DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El imperativo empresarial de ganar en productividad, capacidad de adaptación y dinamismo en un mercado cada vez más competitivo e internacionalizado, al que no son ajenas las Administraciones públicas y sus contratistas o concesionarios, impulsa a buscar estrategias de reducción de las dimensiones de las empresas adjudicatarias de servicios de interés general a través de la externalización de la producción (*outsourcing*)<sup>985</sup>, en aras de la mejora de la calidad y eficiencia del servicio<sup>986</sup>.

---

<sup>982</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Responsabilidades de régimen laboral derivadas de la subcontratación de concesiones administrativas", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 281-282, 2006, pp. 5 y ss.

<sup>983</sup> TOLOSA TRIBIÑO, C.: "La subcontratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J.R., Coord.): *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Valladolid, 2007, p. 170.

<sup>984</sup> STS, Social, 9 julio 2002 (RJ 10538).

<sup>985</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: "Outsourcing y relaciones laborales", en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2000, pp. 251-252.

<sup>986</sup> DE QUINTANA PELLICER, J.: "La descentralización productiva (outsourcing). Algunos apuntes en relación con las cuestiones que plantea desde el punto de vista judicial", *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2000, p. 163.

Exigencias de funcionamiento como las expuestas explican la progresiva tendencia a la fragmentación (u “horizontalización”)<sup>987</sup> del proceso de explotación de la concesión o de realización de la contrata en pequeñas unidades de producción –autónomas–, operada por mor de la especialización productiva en aras a garantizar la calidad del servicio ofrecido al público. Esta es la positiva idea de la que parte el art. 210 LCSP, el cual se encarga de aclarar que, a través de este fenómeno, en virtud del cual el adjudicatario concierta con un tercero la realización parcial del contrato administrativo, no se atribuye al nuevo empresario disponibilidad sobre la gestión del servicio, sino que ésta la mantiene el empleador originario<sup>988</sup>, de manera que los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal, siendo este último el que asumirá la total responsabilidad de la ejecución del vínculo contractual frente a la Administración y terceros, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y –cómo no– a los términos del propio contrato (art. 210.4 LCSP)<sup>989</sup>.

En la circunstancia de que el contratista inicial no es reemplazado de su posición respecto de la Administración reside precisamente la razón última por la que la legislación administrativa en esta materia se decanta por un criterio favorable hacia la posible materialización del fenómeno de la subcontratación en aras de la eficiencia de la propia concesión: no habiendo sustitución jurídica del concesionario, no se falsea la licitación, motivo por el cual los posibles celos acerca de este instrumento ceden y, en su lugar, emergen razones a favor de su aplicación, atendiendo, sobre todo, a la propia complejidad del objeto del contrato público y a la creciente especialización que exige su pleno cumplimiento<sup>990</sup>.

---

<sup>987</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, 1999, p. 10.

<sup>988</sup> MESTRE DELGADO, J.F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, 1992, p. 176.

<sup>989</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, p. 513.

<sup>990</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Madrid, 1997, p. 17.

Nada impide, por tanto, a los agentes económicos subcontratar con terceros una parte, esencial o no, del contrato que tienen adjudicado. En tanto subcontratar significa simplemente concertar con un tercero la realización parcial del vínculo administrativo, no puede extrañar que los requisitos exigidos para su realización sean menos estrictos que si de una cesión se tratara: no se precisa y, por ende, no es obligatoria, la previa autorización expresa del órgano de contratación [salvo para aquellos contratos de carácter secreto o reservado, en aquellos cuya ejecución deba de ir acompañada de medidas de seguridad especiales o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado –art. 210.2 d) LCSP–]; antes al contrario, únicamente es necesario para ello comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, si bien es pertinente señalar la parte de la prestación que se pretende subcontratar y –cómo no– la identidad del subcontratista, justificando, al tiempo, suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia [art. 210.2 b) LCSP]. En ningún caso podrá concertarse con el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar o afectadas por alguna causa de prohibición (art. 210.5 LCSP). La nueva LCSP se esfuerza, al tiempo, en dejar claro que lo importante en la contratación pública es la correcta ejecución del contrato adjudicado, de manera que la infracción de estas condiciones podrá dar lugar a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por 100 del importe subcontratado (art. 210.3 LCSP)<sup>991</sup>.

Esta permisividad ha provocado alguna controversia judicial que ha llegado a ser resuelta por el Tribunal Constitucional, tal y como ha sucedido en un supuesto en el cual un sindicato cuestiona la legalidad de la decisión de la Administración de externalizar tareas de apoyo técnico en lugar de encomendárselas al propio personal de la Tesorería General de la Seguridad Social, entendiendo el alto intérprete de la Norma Fundamental que “no puede considerarse desproporcionado exigir al sindicato recurrente del acto de adjudicación que hubiera impugnado previamente la convocatoria, ni tampoco el rechazo por parte de los órganos judiciales a que pudieran hacerse valer pretensiones relativas a la convocatoria del concurso a través del recurso pro-

---

<sup>991</sup> TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Contratación administrativa*, 2ª edición, Pamplona, 2008, pp. 541 y ss.

movido contra la resolución de adjudicación..., pues el perjuicio para el interés económico o profesional (defendido por la confederación sindical) se derivaría, en su caso, de la convocatoria del concurso para externalizar las tareas controvertidas y no de la decisión de adjudicación del contrato a una determinada empresa licitadora en perjuicio de otras"<sup>992</sup>.

En suma, con el fin de garantizar el buen fin de la concesión, la nueva LCSP no se opone al recurso de la subcontratación; únicamente establece, además del cumplimiento necesario de las mencionadas formalidades, ciertas limitaciones que intentan asegurar la responsabilidad global del agente económico adjudicatario inicial del contrato<sup>993</sup>. De este modo, el contratista principal –es decir, el adjudicatario– continúa obligado a todos los efectos ante el poder adjudicador y el subcontratista queda obligado sólo ante el contratista principal (art. 210.4 LCSP). De esta diferenciación obligacional, cabe inferir la existencia de dos contratos perfectamente distintos: uno, de naturaleza pública, es decir, el del poder adjudicador con el agente adjudicatario, y otro, de naturaleza privada, esto es, entre este último y un nuevo empresario, de lo que se deduce que la subcontratación no implica la existencia de una tercera parte en el contrato público, sino únicamente una relación jurídica y económica entre el adjudicatario y el subcontratista ajena a la relación principal entre el poder adjudicador y el primero<sup>994</sup>. Ahora bien, tal diferenciación, clara desde el punto de vista teórico, no siempre está tan definida en la práctica, máxime cuando entra en juego una posible responsabilidad en materia laboral.

## 2. LA IMPUTABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

El sistema de responsabilidad administrativa, que se hace recaer en exclusiva sobre el adjudicatario, no implica, sin embargo, que los derechos de los trabajadores inmersos en el proceso de descentralización queden desprotegidos, pues la aplicación del art. 42 ET deja patente la existencia de una

<sup>992</sup> STCo 183/2009, de 7 de septiembre.

<sup>993</sup> IBÁÑEZ GARCÍA, I.: "La subcontratación en los contratos del sector público", *Actualidad Administrativa*, núm. 1, 2007, pp. 17-22.

<sup>994</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005, p. 127. En este sentido, Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 71/09, de 23 de julio de 2010.

responsabilidad solidaria entre la Administración, el contratista y los subcontratistas por las deudas salariales y de Seguridad Social contraídas por estos últimos con sus empleados. Llegar a esta conclusión, no es, sin embargo, fácil<sup>995</sup>, tal y como se tratará de demostrar a lo largo de las páginas siguientes.

Para combatir el riesgo de fraudes y de incumplimientos laborales que puede llevar aparejado el fenómeno de la subcontratación, en la medida en que la concurrencia de varios empresarios propicia la elusión de obligaciones y de responsabilidades, la Ley laboral establece una serie de cautelas o garantías en beneficio de los trabajadores, consistentes en el establecimiento, bien de determinadas obligaciones para la empresa principal respecto de las empresas contratistas y subcontratistas, bien –por lo que aquí interesa– de una responsabilidad solidaria de la empresa principal para el supuesto de incumplimiento por parte de las empresas auxiliares de sus obligaciones laborales o de Seguridad Social con su personal<sup>996</sup>.

Así, en aras a evitar las posibles situaciones de desprotección para el trabajador, el art. 42 ET diseña un mecanismo destinado a depurar imputabilidades tanto del empleador directo como de los “empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad” cuando vayan referidas a las obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social contraídas por el primero “durante el período de vigencia de la contrata”.

## A. La doctrina de los Tribunales del orden social

En tanto en cuanto el art. 42 ET se refiere expresamente a “los empresarios que contraten o subcontraten...”, parece que está exigiendo a las dos partes involucradas en la contratación o subcontratación una determinada condición subjetiva que, en todo caso, deben reunir para que la responsabilidad en materia salarial y de Seguridad Social sea solidaria. Interpretada restrictivamente, en sentido económico o mercantil, dicha condición no alcanzaría a las Administraciones públicas, pues cuando éstas adjudican la ejecución de obras

---

<sup>995</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid, 2006, pp. 17 y ss.

<sup>996</sup> SALA FRANCO, T.: “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2005, pp. 1016-1017.

y la prestación de servicios a empresas privadas actúan sometidas al Derecho Administrativo y no obtienen, con carácter directo, lucro alguno que deban restituir<sup>997</sup>. Es más, las Administraciones contratantes no externalizan la obra o servicio público “por razón de una actividad empresarial”, mención contenida en el último párrafo del art. 42 ET, sino como consecuencia de una “actividad de planificación o fomento” dirigida a la satisfacción de un interés general, razón por la cual los Entes públicos no serían, en una primera aproximación, “empresarios titulares” de una organización económica específica ni, consecuentemente, contraparte contractual frente al empresario contratista a efectos de imputación de responsabilidades ex art. 42 ET<sup>998</sup>.

Este fue el criterio judicial adoptado inicialmente en diversas sentencias del Tribunal Central de Trabajo y posteriormente mantenido en algunos de los ulteriores pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, quienes a los referidos argumentos han añadido consideraciones tan escasamente jurídicas como que, de interpretar lo contrario, la responsabilidad que recaería sobre la Administración impondría una carga demasiado pesada a la actividad pública de fomento<sup>999</sup>.

Ahora bien, pese a las iniciales reticencias de las instancias judiciales a aplicar el art. 42 ET cuando en el comitente concurre la cualidad de ser un Ente público, la doctrina científica ha admitido y continúa admitiendo tal posibilidad<sup>1000</sup>, en

<sup>997</sup> SANTOR SALCEDO, H.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, p. 194.

<sup>998</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Actividades laborales externalizables: régimen jurídico”, en AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002, p. 119.

<sup>999</sup> SSTCT 19 enero y 8 marzo 1982 (Ar. 168 y 1439); SSTS, Cont-Admtivo, 10 diciembre 1986 (Ar. 1987/1034) o SSTSJ, Cont-Admtivo, Baleares 5 diciembre 1992 (AS 519), Navarra 22 marzo 1994 (AS 891) y 28 abril 1995 (AS 1355), País Vasco 17 octubre 1995 (AS 3718) o Cataluña 22 enero 1996 (AS 174).

<sup>1000</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: “Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratadas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratadas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, pp. 148 y ss.; GALA DURÁN, C.: “La responsabilidad empresarial en materia salarial en el ámbito de las contratadas y subcontratadas de obras y servicios”, en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Valladolid, 2001, pp. 226 y ss.; LÓPEZ ANIORTE, M.C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Murcia, 2003, pp. 35 y ss. o NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contratadas. La noción de ‘contratada de propia actividad’*, Valencia, 2004, p. 37.

especial, tras una serie de resoluciones judiciales en las que de forma expresa se reconoce la aplicabilidad del mencionado precepto estatutario en el ámbito de las Administraciones públicas<sup>1001</sup>, no en vano el término “contratas y subcontratas” utilizado por la norma tiene un marcado carácter “atécnico”<sup>1002</sup>.

Cuando la Administración comitente y el empresario concesionario conciertan la gestión por este último de un servicio público encargado por la primera, por regla general, están celebrando un contrato administrativo-empresarial cuya ejecución supone disponer la organización de medios materiales y humanos por parte del adjudicatario al servicio de la Administración por razón de ese encargo. El objeto del contrato celebrado entre ambos sujetos conlleva la puesta en funcionamiento de la organización productiva del titular de la concesión como parte accidental del ciclo de actuación de la Administración. Esta circunstancia supone, en la práctica, la incorporación indirecta por el Ente público del trabajo de los operarios del adjudicatario, lo cual provoca consecuencias importantes desde el punto de vista laboral. Esa relación fáctica de trabajo entre la Administración comitente y el trabajador al servicio del concesionario no puede pasar desapercibida, lógicamente, para el Derecho del Trabajo<sup>1003</sup>.

Como con acierto se ha dicho, “es precisamente la prestación de servicios de los trabajadores de una empresa –el adjudicatario– para otra –la Administración– la que hace que esas relaciones interempresariales, en principio extralaborales, pasen a tener trascendencia para el ordenamiento jurídico social”<sup>1004</sup>, motivo por el cual todo tipo de cargas y responsabilidades que la Administra-

---

<sup>1001</sup> Entre muchas, SSTSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 12 enero 1998 (AS 1998/1173), Castilla-La Mancha 23 marzo 1998 (AS 1282), Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1242 y 1805) y 24 diciembre 1999 (AS 4356), Cataluña 14 septiembre 1999 (AS 3045), Murcia 18 diciembre 2000 (AS 4167), Madrid 13 junio 2001 y 16 febrero 2004 (AS 2811 y TOL 488844) y Barcelona 20 julio 2004 (TOL 479692).

<sup>1002</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1992, pp. 114 y ss.

<sup>1003</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las leyes laborales*, Vol. VIII, Madrid, 1988, p. 105.

<sup>1004</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Laboral*, núm. 8, 1997, p. 125.

ción pueda tener con los empleados del adjudicatario deriva directamente del vínculo suscrito entre el Ente público y dicho titular de la contrata o concesión a partir del cual se origina la relación mediata de trabajo<sup>1005</sup>. En principio, la condición pública del organismo que adjudica la gestión indirecta de un servicio público no puede hacer olvidar ni transmutar la naturaleza de la prestación, razón por la cual su dispensa indirecta no debería afectar al *solidum* legal; de hecho, de no haberse exteriorizado la actividad, la Administración sería el empleador inmediato<sup>1006</sup>.

Por otra parte, el contrato administrativo encaja sin trauma alguno en el concepto de "contrata", tal y como ha reconocido expresamente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en varias ocasiones: "una interpretación del reiterado art. 42, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto 'contratas y subcontratas' celebradas por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de 'concesión administrativa' ya que, de un lado, la generalidad de los términos 'contratas o subcontratas' no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otro, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el Ente público, dueño de la obra que se explota o del servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida"<sup>1007</sup>. De esta manera, "entendida la contrata como el derecho que un empresario o empresa tiene a la prestación de un servicio a un tercero, este tercero puede ser una empresa pero puede ser también la Administración que, utilizando el mecanismo de la concesión administrativa, adjudica la gestión de un servicio

<sup>1005</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 del ET", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1996, p. 6.

<sup>1006</sup> QUIRÓS HIDALGO, G.: "Algunas cuestiones sobre la atribución de responsabilidades ex art. 42 ET en un supuesto de contrata encargada por una sociedad cooperativa de viviendas, a su vez concesionaria de un Ayuntamiento", *Aranzadi Social*, núm. 4, 2005, p. 15.

<sup>1007</sup> SSTS, Social, 18 marzo 1997 (RJ 2572), citando a su vez las SSTS, Social, 15 julio, 27 septiembre, 18 noviembre y 14, 23 y 31 diciembre 1996 (RJ 5900, 6910, 8628, 9464, 9844 y 9867). Con carácter más reciente, SSTS, Social, 23 enero, 24 junio y 3 octubre 2008 (RJ 2775, 4233 y 359050).

a quien corresponda según los términos de la convocatoria y cumpliendo los trámites establecidos al efecto por el Derecho Administrativo”<sup>1008</sup>.

## B. Problemas para su aplicación

Estas reflexiones vienen a avalar la necesidad de extender el mecanismo de la responsabilidad solidaria por incumplimiento de las obligaciones salariales y con la Seguridad Social previsto en el art. 42 ET, no sólo al contratista o concesionario, que procede a subcontratar parte de la actividad asumida, sino a la propia Administración comitente. El principal problema en la materialización de tal objetivo radica, no obstante, en el hecho de que la LCSP es muy clara al establecer una previsión básica y fundamental: es el contratista o concesionario el único obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros por la explotación de una concesión administrativa a no ser que (única excepción) tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia de una orden de la propia Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma (art. 198 LCSP)<sup>1009</sup>.

El adjudicatario es, pues, responsable de las consecuencias que se deriven de la ejecución y resolución de los contratos que haya celebrado con terceros, no sólo frente al órgano de contratación sino también frente a los propios auxiliares<sup>1010</sup>. “Los terceros no existen a efectos jurídicos para la Administración concedente, ya que cualquier resultado de sus actuaciones es asumido según la Ley por el concesionario..., (de modo que) el concedente se desvanece para los terceros por cuanto la única instancia que les resulta a éstos asequible es la del concesionario con el que contratan”<sup>1011</sup>. El legislador administrativo pretende preservar, así, la independencia de la concesión, como

---

<sup>1008</sup> STSJ, Social, Asturias 11 febrero 2000 (AS 262). En parecido sentido, STSJ, Social, Madrid 18 enero 2005 (AS 86).

<sup>1009</sup> MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *Nuevo régimen de contratación administrativa*, 3ª edición, Madrid, 2003, pp. 429 y ss.

<sup>1010</sup> MORCILLO MORENO, J.: “Las obligaciones del concesionario de obra pública tras la Ley 13/2003, de 23 de mayo”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 43, 2005, p. 28.

<sup>1011</sup> ALONSO COLOMER, F.: “Ejecución de las obras”, en AA.VV. (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Madrid, 2003, p. 185.

relación entre Administración contratante y concesionario, frente al también deseable dinamismo del mercado. De conformidad con lo previsto en la LCSP, el Ente público no tiene que responder por los daños ocasionados por los adjudicatarios ni mucho menos por las empresas auxiliares de éstos, ya que tales sujetos no se encuentran integrados en la organización administrativa, “no habiendo solidaridad alguna entre la Administración y el contratista, ni siendo en absoluto equiparables la técnica de la concesión con la de la delegación”<sup>1012</sup>. La responsabilidad del concesionario por los daños que ocasione en la explotación de la concesión es, pues, directa y objetiva, asumiendo la indemnización de todos los perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato<sup>1013</sup>.

Tal régimen jurídico, derivado de lo previsto en la LCSP, debe ser matizado, empero, atendiendo a la normativa laboral que persigue fines tuitivos distintos, no en vano, en la realidad, el contratista o concesionario no deja de ser un sujeto que asume el ejercicio de funciones administrativas cuya titularidad se reserva la Administración, quien actuaría como empresario directo de los trabajadores involucrados en la prestación del servicio público si no acudiera a la técnica de la concesión. Sin duda el art. 42 ET no fue redactado pensando en el ámbito contractual público, pero pretender en todo caso la exoneración de responsabilidad de la Administración comitente alegando que su actividad de fomento no entraña ejercicio de “actividad empresarial”, supone un trato diferenciado carente de justificación frente al sector privado y una discriminación

---

<sup>1012</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: “La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas”, *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, p. 206. En el mismo sentido, BELADIEZ ROJO, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1997, p. 150. En la jurisprudencia, SSTS, Cont-Adm. 31 julio 1989 (Ar. 6183) y 25 enero 1992 (Ar. 1343).

<sup>1013</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956 (2ª edición, facsímil, 1984); LEGUINA VILLA, J.: *La responsabilidad civil de la Administración*, Madrid, 1983; MARTÍN REBOLLO, L.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, 1997; REBOLLO PUIG, M.: “Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro”, *Poder Judicial*, núm. 20, pp. 23 y ss.; BOCANEGRA SIERRA, R.: “Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 18, 1978, pp. 397 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985 o DE AHUMADA RAMOS, F.J.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2000, pp. 232 y ss.

con efectos previsiblemente negativos para los trabajadores de los empresarios con quienes contrate<sup>1014</sup>. Así, “a la Administración le debe alcanzar la responsabilidad en materia laboral y de Seguridad Social por los hechos o actos del concesionario-gestor, incluso cuando éste entre en relaciones de derecho privado..., (de modo que) ésta no puede desentenderse de ninguna manera de los daños que cause la actuación del adjudicatario o las empresas auxiliares con las que éste subcontrate parcelas de la prestación del servicio público asumido”<sup>1015</sup>.

La normativa laboral no ha arbitrado una respuesta específica a estas cuestiones, de modo que el régimen legal previsto en el art. 42 ET de responsabilidad empresarial solidaria en caso de contrata y subcontrata es aplicable (con severas matizaciones como se ha tenido ocasión de comprobar) no sólo al supuesto de hecho de contrata o subcontrata de naturaleza privada, sino también a las contrata y concesiones administrativas. Más clara se debería haber manifestado, en este sentido, la LCSP, excepcionando del principio de responsabilidad directa y exclusiva por parte del adjudicatario aquellos daños causados a terceros (trabajadores) relacionados con deudas de tipo salarial o con la Seguridad Social, para adoptar aquí el principio de responsabilidad solidaria, sin limitarse a establecer el deber del contratista de informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral (indicando, por tanto, el nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa subcontratista, el objeto y la duración de la subcontrata, el lugar de ejecución, el número de trabajadores que serán ocupados en la subcontrata en el centro de trabajo del contratista

---

<sup>1014</sup> SANTOR SALCEDO, J.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, cit., p. 196.

<sup>1015</sup> SSTS, Cont-Admtivo, 19 mayo 1987 (Ar. 3615) y 9 mayo 1989 (Ar. 4487). En la doctrina, GONZÁLEZ NAVARRO, F.: “Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núms. 44-45, 1976, pp. 215 y ss.; ARIÑO ORTIZ, G.: “El servicio público como alternativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 23, 1979, p. 552; VILLAR EZCURRA, J.L.: *La responsabilidad en materia de servicios públicos*, Madrid, 1981, pp. 19 y ss.; JURISTO SÁNCHEZ, R.: *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1983, pp. 165 y ss.; SUAY RINCÓN, J.: “La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación”, en AA.VV. (GÓMEZ FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004, p. 415.

y las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales –arts. 210.6 LCSP–), pues tal previsión, pese a ser importante, se queda, sin duda, corta.

### C. Sobre el concepto “propia actividad”

El sistema de la garantía solidaria instrumentado por el art. 42 ET, de aplicación también a los supuestos de descentralización de vínculos contractuales públicos, queda supeditado, no obstante, al cumplimiento de una exigencia *sine qua non*: que el objeto de la contrata o concesión administrativa pertenezca a la “propia actividad” de la Administración comitente, concepto jurídico harto problemático, pues la frontera entre lo principal y lo accesorio no siempre resulta nítida ni mucho menos generalizable, máxime cuando las Administraciones públicas no realizan una sola o preferente actividad sino una pluralidad de ellas, consecuencia a su vez de la multiplicidad de funciones y ámbitos de actuación asignados a su competencia.

La alusión genérica a la “propia actividad” –“*vexata quaestio*”, expresión ambigua en extremo, de difícil aprehensión y “sobre todo enormemente escurridiza”<sup>1016</sup>– dificulta en gran medida la determinación de las situaciones de hecho a partir de las cuales desencadenar todas las consecuencias previstas en el ET, buena muestra de lo cual viene dada por las inseguras e insatisfactorias conclusiones alcanzadas al respecto por la doctrina<sup>1017</sup> y la consiguiente necesidad de un recurso permanente a los pronunciamientos judiciales para poder

<sup>1016</sup> RIVERO LAMAS, J.: “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., p. 41.

<sup>1017</sup> Para un sector de la doctrina, “propia actividad” equivale a total igualdad de las actividades, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990, p. 31. Para otros es suficiente con la sustituibilidad, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La regulación protectora del trabajo en las contratas”, *Revista de Política Social*, núm. 93, 1972, p. 37 o MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios*, Madrid, 1980, p. 6. No falta quien, sin embargo, identifica la expresión legal con el núcleo de la actividad empresarial, CRUZ VILLALÓN, J.: “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, cit., pp. 130-131.

encontrar un poco de luz en la materia<sup>1018</sup>. Teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial de la conexión de las obras o servicios contratados con la finalidad productiva y las necesidades normales del comitente, puede considerarse “actividad propia” de las Administraciones públicas toda aquella realizada en el ejercicio de las competencias y atribuciones que la normativa estatal, autonómica y, en su caso, local, les encomiendan expresamente, lo cual desencadenaría la responsabilidad de la Administración en cualquier supuesto. Excluidas las funciones públicas que impliquen ejercicio de autoridad, la contratación administrativa puede tener cualquier objeto siempre que “su necesidad para los fines del servicio público” se justifique en el expediente administrativo, de modo que cualquier contrato de la Administración cumpliría el requisito señalado.

No parece, sin embargo, procedente entender que todo contrato administrativo, por el hecho de justificarse su necesidad para los fines de servicio público, se entienda incluido en el concepto “propia actividad” a efectos de imputación de responsabilidades laborales a la Administración, pues dicha noción no puede identificarse con cualquier actividad contratada, aunque el expediente de contratación así lo declare por imperativo legal<sup>1019</sup>. Es necesario imponer, por tanto, una modulación del concepto acorde con la limitación objetiva que incorpora la norma social. La realización en régimen descentralizado de obras y servicios competencia de las Administraciones públicas debe perseguir la satisfacción del interés general, pero no todas las obras ni todos los servicios contratados se dirigen directa e inmediatamente a la satisfacción de ese interés público. Al igual que en el ámbito privado, existen servicios complementarios necesarios para el ejercicio de la función pública descentralizada, pero no “inherentes” a la misma, y obras contratadas cuya ejecución no constituye propiamente función o cometido específico de la Administración<sup>1020</sup>.

---

<sup>1018</sup> Si bien es preciso recordar la inexistencia “en la doctrina científica y en la jurisprudencia [de] criterios enteramente consolidados sobre el alcance preciso de este concepto”, MARTÍN VALVERDE, A.: “La protección jurídica del trabajo en contratos: delimitación de los supuestos de hecho”, en AA.VV. (SÁNCHEZ PEGO, F.J., Dir.): *Cesión de trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratos de obras o servicios. Sucesión de empresas*, Madrid, 1994, p. 119.

<sup>1019</sup> SANTOR SALCEDO, H.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, cit., p. 204.

<sup>1020</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, cit., pp. 39 y ss.

El criterio de la conexión con la finalidad pública de la actividad objeto de concesión debe ser completado, por ello, con otros, como el de la “sustitución” o el de la “proyección pública” del servicio contratado. A tenor del primero, cabría sostener que el objeto del vínculo administrativo se corresponde con la “propia actividad” de la Administración comitente cuando, de no haberse concertado su prestación indirecta, la propia Administración tendría que gestionarlo necesariamente por sí misma con su propio personal. De acuerdo con el segundo, el indicio de exteriorización productiva vendría dado por la existencia de servicio público con efectiva proyección o incidencia *ad extra*<sup>1021</sup>. A la postre, el calificativo “inherente” a la Administración de un servicio contratado dependería del destinatario del mismo: de ser el ciudadano el usuario del servicio, la Administración habría descentralizado su “propia actividad” en el ejercicio regular de su función pública; de ser la propia Administración la destinataria, el servicio sería necesario para su funcionamiento pero accesorio o puramente instrumental para la satisfacción del interés general.

Este último es el parámetro que parece haber adoptado casuísticamente la doctrina de los Tribunales<sup>1022</sup>. La mayor parte de las resoluciones judiciales vienen a considerar cómo aquellas actividades que respondiesen a las previsiones fijadas en la normativa específica que reparte y atribuye las funciones y competencias de las diferentes Entidades administrativas formarían parte del concepto “propia actividad” y, en consecuencia, caso de proceder a su contrata, sería de aplicación el mecanismo de la responsabilidad solidaria entre Administración comitente y contratista, siempre y cuando el destinatario último fuera el ciudadano<sup>1023</sup>. La pauta más utilizada (insegura a todas luces) viene siendo, por tanto, la de la pertenencia material al “ciclo productivo”

<sup>1021</sup> CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998, pp. 24 y ss.

<sup>1022</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: “Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., pp. 153 y ss. o MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y propia actividad”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1999, pp. 705-710.

<sup>1023</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “El concepto de ‘propia actividad’ empresarial”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, p. 168.

pero con una versión marcadamente finalista, pues, como resulta impropio hablar de “ciclo productivo” en una Administración pública, se ha optado por considerar que efectivamente existe “propia actividad” cuando la obra o servicio contratado esté dirigido a la consecución de fines propios de la competencia específica de la Administración contratante, con la condición de que ello redunde en beneficio de la colectividad<sup>1024</sup>.

Por poner algunos ejemplos capaces de manifestar que aún no están claramente definidos los perfiles de un criterio interpretativo objetivo que tenga vocación de validez generalizada para la interpretación del requisito de la “propia actividad” de una Administración pública, cabe destacar cómo con tal fundamento se ha declarado que forma parte de este concepto “el servicio de retirada de vehículos mal aparcados”<sup>1025</sup>, “la ayuda a domicilio”<sup>1026</sup>, “la conservación y mantenimiento de parques naturales”<sup>1027</sup>, “la gestión de unas entidades deportivas”<sup>1028</sup>, “la limpieza y mantenimiento de los jardines públicos”<sup>1029</sup>, “ciertas tareas de vigilancia”<sup>1030</sup>, “el mantenimiento de una estación depuradora de aguas”<sup>1031</sup>, “la explotación de un teatro perteneciente a un ente autonómico”<sup>1032</sup>, “la gestión del servicio de cuidado de minusválidos psíquicos profundos”<sup>1033</sup>, “la adjudicación administrativa de comedores escolares”<sup>1034</sup>, “la toma de datos para la informatización de un servicio”<sup>1035</sup>, “una actividad de restauración medioambiental”<sup>1036</sup> o “el transporte sanitario ordi-

---

<sup>1024</sup> SSTS, Social, 18 enero 1995 (RJ 514) y 15 julio 1996 (RJ 5990).

<sup>1025</sup> STSJ, Social, Andalucía/Málaga 24 diciembre 1999 (AS 4356).

<sup>1026</sup> SSTS, Social, 15 julio, 27 septiembre, 18 noviembre y 14, 23 y 31 diciembre 1996 (TOL 236633, 235747, 236634, 235882, 236222 y 236640) o 3 y 18 marzo 1997 (TOL 238147 y 237728).

<sup>1027</sup> SSTSJ, Social, Canarias 24 abril 2003 (JUR 128636) y Aragón 12 junio 2003 (JUR 183838).

<sup>1028</sup> STSJ, Social, Murcia 18 diciembre 2000 (AS 4167).

<sup>1029</sup> SSTSJ, Social, Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1242 y 1805).

<sup>1030</sup> STS, Social, 18 enero 1995 (RJ 514).

<sup>1031</sup> STSJ, Social, País Vasco 17 febrero 1998 (AS 759).

<sup>1032</sup> STSJ, Social, Madrid 27 enero 1999 (AS 96).

<sup>1033</sup> STSJ, Social, Canarias 12 enero 1998 (RJ 6216).

<sup>1034</sup> STS, Social, 27 julio 1998 (RJ 6216).

<sup>1035</sup> STSJ, Social, Cataluña 25 enero 2002 (AS 1079).

<sup>1036</sup> STS, Social, 14 junio 2005 (TOL 675689).

nario por parte de un ente autonómico de salud"<sup>1037</sup>. Por el contrario, se ha marginado del ámbito aplicativo del concepto aquí analizado "la contrata suscrita por una Consejería para efectuar una mudanza"<sup>1038</sup>, "las obras de construcción y remodelación de un edificio contratadas por una Comunidad Autónoma"<sup>1039</sup>, "la prestación de servicios de seguridad o vigilancia en edificios públicos"<sup>1040</sup>, "la limpieza de los entes docentes públicos de una ciudad"<sup>1041</sup> o "el encargo procedente del servicio público de empleo para impartir un curso de formación"<sup>1042</sup>.

La remisión al casuismo y la constante adaptación del precepto, a través de su interpretación, al entorno social en que ha de aplicarse conjuga mal con la seguridad jurídica, valor que, ciertamente, resulta primordial en una disposición normativa como el ET, donde interactúan distintos intereses (de los trabajadores, de la Administración, del contratista o concesionario, de los empresarios participantes...)<sup>1043</sup>. El problema principal que se plantea es la distinción de las actividades necesarias respecto de las accesorias y, dentro de estas últimas, identificar cuáles resultan esenciales para la consecución del fin perseguido por la Administración en beneficio de la colectividad y cuáles no. Se trata de un interrogante cuya respuesta sólo puede darse –como se ha visto– de forma particularizada, con las limitaciones y los inconvenientes que de dicho método derivan<sup>1044</sup>: la falta de seguridad o certeza<sup>1045</sup>. Siempre será difícil, por no decir imposible, fijar unas fronteras claras de lo que por propia actividad hay que entender, pues no existe un concepto *in rerum natura* que

<sup>1037</sup> SSTS, Social, 23 enero, 24 junio y 3 octubre 2008 (RJ 2775, 4233 y 359050).

<sup>1038</sup> STSJ, Social, Madrid 12 julio 1997 (AS 2632).

<sup>1039</sup> STSJ, Social, Cataluña 23 septiembre 1998 (AS 6948).

<sup>1040</sup> SSTS, Social, 18 enero 1995 (RJ 514) y 15 julio 1996 (RJ 5990).

<sup>1041</sup> STSJ, Social, Cataluña 1 febrero y 1 abril 1997 (AS 712 y 1994).

<sup>1042</sup> STS, Social, 29 octubre 1998 (AS 9049).

<sup>1043</sup> MONTOTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, 2004, p. 138.

<sup>1044</sup> GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981, p. 29.

<sup>1045</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Propia actividad y contrata", *Relaciones Laborales*, núm. 6, 1996, p. 42 o MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas: problemas y soluciones*, Madrid, 1998, p. 43.

permita fijar con validez universal las distintas fases y operaciones que integran el mismo, resultando imposible determinar con seguridad si una concreta actividad forma parte o se integra en un ciclo productivo cuyos límites se desconocen<sup>1046</sup>.

## D. La exoneración de responsabilidad de la Administración prevista en los pliegos de condiciones

No es infrecuente, como crítica adicional, que en los pliegos de condiciones ("ley primordial del contrato" o "*lex inter partes*")<sup>1047</sup> se incorporen, a favor de la Administración comitente, cláusulas exoneratorias de la responsabilidad que pudiera derivarse del incumplimiento por el concesionario o los sucesivos subcontratistas de la normativa laboral y de protección social. Por poner solamente un par de ejemplos, así se establece en el pliego de prescripciones técnicas particulares para la contratación del servicio de transporte de documentación, paquetería y muestras biológicas ante las necesidades que se generan en los centros sanitarios dependientes de la Gerencia de Atención Primaria del SACYL de Segovia o en el pliego de cláusulas administrativas particulares del servicio de limpieza de centros de trabajo de la Consejería de Fomento de la provincia de Soria.

Como con acierto se ha dicho, "la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota o fondo común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades en el que las normas fundamentales y en primer término aplicables son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, por lo que los derechos y obligaciones derivados de estos contratos se regulan, ante todo, por lo previsto en el pliego de condiciones publicado para su celebración como ley primordial del contrato, resultando obligado, en consecuencia de ello, para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego"<sup>1048</sup>.

---

<sup>1046</sup> NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contratos. La noción de `contrata de propia actividad'*, Valencia, 2004, p. 115.

<sup>1047</sup> STS, Cont-Admtivo, 4 octubre 1982 (RJ 6318).

<sup>1048</sup> STS, Cont-Admtivo, 9 julio 1988 (RJ 5880).

El pliego de condiciones se conforma como receptor del acervo jurídico, económico y técnico al cual ha de ajustarse la licitación, adjudicación y ejecución de los contratos<sup>1049</sup> y, al ser conocido por la empresa al presentarse al concurso y aceptado de manera expresa en el momento de firmar la concesión, vinculará a las partes en cuanto a sus términos y alcance<sup>1050</sup>. La autoexoneración de responsabilidad prevista en el mismo hace depender, no obstante, la aplicabilidad de una norma imperativa, como es el art. 42 ET, de la voluntad unilateral de la parte obligada a cumplirla, lo cual no puede ser admitido en ningún caso, pues dicho precepto estatutario establece un régimen de responsabilidad empresarial solidaria a favor de los trabajadores indisponible para las partes e inderogable para la Administración<sup>1051</sup>.

Siguiendo a la mejor doctrina, “estos pliegos carecen de sustancia normativa en sentido propio, en cuanto simples piezas integrantes del contenido de un contrato, que extraen su fuerza precisamente de su inclusión en el mismo por los contratantes”<sup>1052</sup>, razón por la cual “el carácter de *lex contractu* de los pliegos está en función de que no se vulneren preceptos de derecho necesario supraordenados a las partes”<sup>1053</sup>. Tres argumentos avalan esta conclusión<sup>1054</sup>: a) De conformidad con el art. 25 de la LCSP, las Administraciones públicas pueden concertar los pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las normas y principios superiores del ordenamiento. b) La falta de impugnación en tiempo y forma convalida los posibles vicios de los pliegos, que adquieren, por ello, eficacia jurídica, pero esta regla

<sup>1049</sup> SSTSJ, Social, Asturias 11 febrero 2000 (AS 262) y Cataluña 9 marzo 2001 (AS 1456).

<sup>1050</sup> SSTS, Social, 7 noviembre 1991 (RJ 813) y 5 abril 1993 (RJ 2906). También, SSTSJ, Social, Madrid 10 junio 1998 (AS 2587), Cataluña 3 enero 2000 (AS 1657), Galicia 5 y 12 diciembre 2000 (AS 3972 y 3740), Canarias/Las Palmas 28 noviembre 2000 (JUR 2001, 119829) y 30 enero 2002 (AS 2236), País Vasco 23 noviembre 2002 (JUR 2003, 81739) y La Rioja 11 y 18 noviembre 2003 (JUR 2004, 100009 y AS 2004, 707).

<sup>1051</sup> GARCÍA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contrataciones y subcontratas*, Valencia, 1998, p. 20.

<sup>1052</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 14ª edición, Madrid, 2008, p. 680.

<sup>1053</sup> SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª edición, Madrid, 2004, p. 202, con gran apoyo jurisprudencial.

<sup>1054</sup> SANTOR SALCEDO, H.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, cit., p. 214.

no alcanza a los vicios de nulidad de pleno derecho, en cuyo caso su denuncia no está sujeta a plazo preclusivo alguno<sup>1055</sup>. c) El art. 2 del Convenio número 94 de la OIT, relativo a las cláusulas de trabajo de los contratos celebrados para la ejecución de obras y servicios públicos, garantiza a los trabajadores de los contratistas implicados en la contrata condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas para trabajos idénticos en el ámbito privado, de donde cabe inferir la prohibición de derogación *in peius* del régimen tuitivo establecido en la normativa laboral, máxime si dicha derogación obedece a una decisión unilateral del comitente público.

Una prohibición expresa en la LCSP de la inclusión de este tipo de cláusulas exoneratorias en los pliegos evitaría, no obstante, muchos problemas planteados en la práctica.

### **XIII. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. LA DESAPARICIÓN DE LOS LÍMITES A LA INTERMEDIACIÓN DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL**

La contratación de trabajadores para cederlos a otro empresario (en este caso, a una Administración pública) implica una consecuencia primera y principal prohibida por el ordenamiento jurídico laboral: frente a la relación tradicional y típica de trabajo que presupone la existencia de dos sujetos (trabajador y empresario), donde el primero tiene como obligación fundamental la prestación de servicios al segundo y donde el empresario retribuye y recibe esos servicios, se produce una relación triangular caracterizada por la disociación de facultades empresariales entre dos sujetos y por la existencia de dos relaciones jurídicas diferenciadas: una, que deriva del contrato de trabajo y que une al trabajador con el empresario formal y otra, material o real, que vincula al operario con el empresario-Administración para el que realmente presta servicios, relación esta última que no se articula mediante un contrato de trabajo ni mediante ninguna otra fórmula contractual, pero se trata de una relación jurídico-laboral de hecho merecedora de protección jurídica<sup>1056</sup>.

---

<sup>1055</sup> SSTS, Cont-Admtivo, 21 octubre 1981 (RJ 4614) y 4 noviembre 1997 (RJ 8158).

<sup>1056</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración pública: requisitos y consecuencias de la aplicación de los arts. 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 55 y ss.

El empresario prestatario se limita a proporcionar la fuerza de trabajo que realizará su actividad bajo la dependencia, organización y dirección de la Administración<sup>1057</sup>, es decir, se ciñe al “simple reclutamiento y cesión de personal”<sup>1058</sup>. Esa falta de integración determina la existencia de una interposición ilícita, pues el empresario ficticio restringe su actividad al suministro de mano de obra al Ente Público sin ejercer su capacidad de planificación, disciplina y gestión, ni los derechos, obligaciones, riesgos, responsabilidades y poder de dirección que son inherentes a su condición de empleador<sup>1059</sup>. De esta forma, el interpuesto es un “auténtico medio propio” de la propia Administración<sup>1060</sup>, no existiendo dos voluntades independientes sino una mera relación “*in house providing*”<sup>1061</sup>, a través de la cual se contribuye al “mantenimiento de las políticas administrativas de precarización laboral”, no en vano “existe una masa obrera flotante destinada a desempeñar las distintas ocupaciones públicas sin ninguna garantía de estabilidad”<sup>1062</sup>, previa existencia de un ente artificial de imputación jurídica<sup>1063</sup>.

Una valoración equilibrada de este tipo de prácticas exige tomar como punto de partida lo previsto en el art. 43 ET, en virtud del cual se prohíbe literalmente

---

<sup>1057</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas*, Madrid, 1999, p. 101.

<sup>1058</sup> SSTs, Social, 9 febrero y 12 diciembre 1997 (Ar. 803), 14 septiembre 2001 (Ar. 202/582), 17 enero 2002 (Ar. 3755), 19 mayo 2004 (TOL 449745) y 11 mayo 2005 (TOL 657196).

<sup>1059</sup> SSTs, Social, 19 enero 1994 (Ar. 352), 12 diciembre 1997 (Ar. 9315), 25 octubre 1999 (Ar. 8152), 29 enero 2004 (TOL 347152) y 29 abril 2005 (675614).

<sup>1060</sup> “Lo cual no es admisible: si la Administración matriz va a pagar íntegramente todo el coste del nuevo personal necesario para realizar la actividad, no se comprende por qué razón no lo hace directamente. O peor aún: sí se comprende; se comprende que lo hace para huir de las normas de selección de funcionarios o de contratación de personal por la Administración...”. REBOLLO PUIG, M.: “Los entes instrumentales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Documentación Administrativa*, núm. 243, 1995, pp. 392-393.

<sup>1061</sup> SSTJCE 107/98, de 18 de noviembre de 1999, asunto *Teckal* o 94/99, de 7 de diciembre de 2000, asunto *Arge*. Por extenso, DELVOLLE, P.: “Marchés publics: les critères des `contrats-maison’”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, núm. 1, 2002, p. 56.

<sup>1062</sup> AMOEDO SOUTO, C.A.: “La precarización laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas mediante la utilización de `medios propios’. El caso de Tragsa”, *Aunario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, p. 983.

<sup>1063</sup> NAVARRO NIETO, F.: “Descentralización productiva y relaciones laborales”, *Documentación Laboral*, núm. 71, 2004, p. 47.

un comportamiento objetivo, una determinada conducta descrita en términos fácticos, es decir, toda situación ficticia, por medio de la cual aparezca como empleador formal quien no es el efectivo empleador que organiza y recibe el servicio ejecutado por el trabajador. Es más, el propio art. 43 ET se esfuerza en dejar claro algunos supuestos que, en todo caso, comportan cesión prohibida: a) que el objeto de los contratos se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria (la Administración); b) que la primera carezca de una actividad o de una organización propia y estable; c) que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad; d) que no ejerza funciones inherentes a la condición de empresario<sup>1064</sup>.

Si bien no es necesario que concurren todos estos requisitos de forma simultánea, sí lo es que lo hagan algunos de ellos, tal y como reconoce un interesante pronunciamiento judicial, en virtud del cual no se califica como cesión ilegal la prestación de servicios de tres técnicos informáticos, contratados por una tercera empresa a favor de un Ayuntamiento. Argumenta el órgano juzgador lo siguiente: “del conjunto de indicios que nos ofrece la relación concreta de prestación de servicios que nos ocupa no se desprenden elementos suficientes como para entender que existe una auténtica relación jurídico laboral, pues faltan las notas de la dependencia y la ajenidad consustanciales a la relación laboral; así, no consta que los tres técnicos informáticos al servicio de la Corporación demandada se dedicaran a llevar a cabo la actividad administrativa ordinaria de la misma, sino que desempeñaban funciones especializadas de instalación, puesta en funcionamiento y aplicación de los sistemas informáticos utilizados para el desarrollo de la actividad propia de aquella (justificación técnica del recurso a la empresa suministradora y autonomía de su objeto); tampoco ha quedado acreditado que estuvieran sometidos al ámbito de organización y dirección del Ayuntamiento (no recibían órdenes e instrucciones del personal directivo de éste a la hora de desarrollar la actividad, no existía jornada ni horario de trabajo mínimamente regulares), ni que tuvieran garantizada una retribución fija y periódica sino cobros condicionados a la efectiva realización de sus funciones (que, además, compatibilizaban con los que a su vez percibían de otros clientes por la prestación de servicios similares); el hecho de que los tres técnicos desarrollaran su actividad profesional

---

<sup>1064</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 3ª edición, 2010, p. 149.

principalmente para el Ayuntamiento demandado y en sus instalaciones, amén de ser una condición esencial para la prestación de sus servicios especializados, no deja de ser un indicio neutro e irrelevante a la hora de calificar la relación jurídica"<sup>1065</sup>.

La existencia de cesión ilegal da lugar, por lo demás, a responsabilidades diversas para los empresarios infractores, el cedente y la propia Administración, al tiempo que, para los trabajadores, genera derechos adicionales que minimizan los efectos perjudiciales del tráfico ilícito. En cuanto a las responsabilidades empresariales, el art. 43.2 ET hace responsables solidarios a ambos empresarios de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social. En cuanto a los derechos de los trabajadores sometidos al tráfico prohibido, el art. 43.3 ET les otorga el de adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria, una vez transcurrido un plazo igual al legal o convencionalmente previsto como período de prueba<sup>1066</sup>. Por su parte, el art. 104 LGSS, declara a ambos, cedente y cesionario, responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y el art. 127.2 LGSS prevé la responsabilidad solidaria entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso y no lucrativo<sup>1067</sup>.

La dicción de dos de estos preceptos (el art. 43.2 ET y el art. 127.2 LGSS), pese a su aparente contradicción, no plantea serios problemas interpretativos. Mientras el art. 127.2 *in fine* se refiere específicamente a las responsabilidades prestacionales, el art. 43.2 comprende todas las responsabilidades en materia de Seguridad Social, por lo que aquél es una reiteración de lo que éste establece o una simple especificación<sup>1068</sup>. Así, las obligaciones frente a las que responden solidariamente cedente y cesionario (Administración *in casu*) son todas las contraídas con los trabajadores (salarial, indemnizatoria, de

<sup>1065</sup> STSJ, Social, Canarias/Las Palmas 15 noviembre 2006 (JUR 68563).

<sup>1066</sup> SSTS, Social, 12 diciembre 1997 (Ar. 9315), 3 febrero 2000 (Ar. 1600), 27 diciembre 2002 (Ar. 1844) o 16 junio 2003 (Ar. 7092). En idéntico sentido, STSJ Madrid 5 marzo 1998 (Ar. 787).

<sup>1067</sup> STS, Social, 14 septiembre 2001 (RJ 582).

<sup>1068</sup> BLASCO PELLICER, A.: *La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social*, Pamplona, 2005, p. 62.

readmisión...) y con la Seguridad Social (pago de cotizaciones, de prestaciones...) adquiridas durante la vigencia de la cesión ilegal, no las anteriores ni posteriores a aquélla. La razón de esta amplitud se halla, sin duda alguna, en su carácter de respuesta frente a la actuación contraria a la Ley tanto del prestamista como del receptor, así como en la intención de proteger de la forma más completa posible al trabajador, cuyos derechos laborales –y de Seguridad Social– son los que pueden verse más directamente afectados por la actuación de aquéllos. Es más, en muchos casos, muy probablemente, el cedente es una empresa ficticia, sin patrimonio propio y muchas veces insolvente, razón por la cual los trabajadores, en la práctica, sólo van a poder ser resarcidos por la Administración, si bien aquéllos deberán dirigir la reclamación judicial contra ambos para evitar la alegación de la excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario<sup>1069</sup>.

Desde tal perspectiva, en muchas ocasiones la empresa suministradora de mano de obra, aun actuando como interpuesta, carece de entidad real, de modo que, como ha reconocido la jurisprudencia, “mal cabría optar por adquirir la condición de trabajador en una empresa que no existe”<sup>1070</sup>. En este caso, el operario podría pasar a ocupar una plaza en propiedad en dicha Administración, pero sin someterse a los procedimientos de selección establecidos<sup>1071</sup>, razón por la cual la doctrina jurisdiccional se ha visto obligada a hacer una forzada interpretación con el fin de no permitir tal consecuencia<sup>1072</sup>, ejerciendo una auténtica labor pretoriana capaz de dotar de coherencia al exiguo régimen legal<sup>1073</sup>. A tal fin, cuando una empresa privada preste irregularmente a

---

<sup>1069</sup> GALA DURÁN, C.: *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Pamplona, 1999, p. 465.

<sup>1070</sup> STS, Social, 17 enero 1991 (Ar. 58).

<sup>1071</sup> ANTONIO ALTÉS, J.: *La contratación temporal en la Administración Pública*, Valencia, 1984, p. 107.

<sup>1072</sup> GARATE CASTRO, J.: “Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social de la descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la ‘propia actividad’ (referencias al empleo de esta fórmula de descentralización productiva por parte de las Administraciones Públicas)”, en AA.VV. (GARATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Barcelona, 2004, p. 158.

<sup>1073</sup> MONTOYA MARTÍN, E.: *Las empresas públicas sometidas a Derecho Privado*, Madrid, 1996, p. 965.

alguno de sus trabajadores a un empleador de naturaleza pública procede entender corregida y adaptada la letra del precepto comentado (art. 43 ET), reconociendo la posibilidad de que, si el interesado lo elige, adquiriera la condición de empleado público, pero sólo hasta tanto la plaza se cubra en forma reglamentaria y con carácter definitivo en el centro administrativo correspondiente<sup>1074</sup>, pasando a ocupar la categoría (ya conocida) de trabajadores indefinidos no fijos<sup>1075</sup>.

No es descartable tampoco, a la postre, que el trabajador afectado fuera ya indefinido en la empresa prestataria a través de la cual se procedió a la cesión ilegal a la Administración, de forma que la aplicación de esa doctrina matizada, negando el reconocimiento de la condición de fijo en la Administración, supone un retroceso de lo ya reconocido al trabajador afectado en la empresa cedente, pues la calificación judicial de “indefinido no fijo de plantilla” no es identificable, ni equiparable, con la condición de indefinido en el empleador ordinario, sino más perjudicial. En este sentido, la opción judicialmente reconocida a favor del operario se convertiría, sorprendentemente, en una alternativa en su contra, y la tutela judicial en una auténtica trampa y una norma premial para la Administración<sup>1076</sup>, pero el obligado respeto de los principios de mérito y capacidad impiden llegar a una conclusión distinta.

<sup>1074</sup> SSTS, Social, 27 mayo, 12 junio, 22 septiembre y 5, 13 y 22 octubre 1998 (Ar. 3159, 5203, 7423, 8659, 7809 y 8875), 19 y 26 enero y 13 y 18 octubre 1999 (Ar. 810, 1105, 7493 y 8147), 19 junio y 17 septiembre 2002 (Ar. 10677 y 10649), 6 mayo y 11 noviembre 2003 (ILJ 1063 y 2056), 26 julio 2004 (ILJ 923), 19 mayo 2005 (TOL 668428) o SSTSJ, Social, Madrid 18 junio 1998 y 8 junio 2001 (Ar. 2595 y JUR 259592), País Vasco 18 septiembre 2001 (Ar. 4003), Madrid 21 abril 2003 (ILJ 1406), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 5 junio 2003 (ILJ 1086), Extremadura 2 abril 2003 (ILJ 1227), Castilla-La Mancha 14 marzo 2003 y 19 febrero 2004 (ILJ 91578 y 670), Asturias 20 febrero 2004 (ILJ 777), Cantabria 17 mayo 2004 (*Actualidad Laboral*, núm. 21, 2004, p. 2621 y ss.) y Valencia 8 abril 2005 (TOL 672337). En la doctrina, BOLTAÍNA BOSCH, X.: “Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública”, *Aranzadi Social*, Tomo V, 2002, pp. 529 y ss.

<sup>1075</sup> Por solo hacer referencia a algunos de los últimos pronunciamientos judiciales, cabe mencionar las SSTSJ, Social, Cantabria 15 abril 2009 (AS 2099), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 26 mayo 2009 (AS 1852), Castilla y León/Burgos 4 junio 2009 (AS 2218), Canarias/Las Palmas 29 junio 2009 (AS 2450) o Madrid 11 septiembre 2009 (JUR 479227).

<sup>1076</sup> ALFONSO MELLADO, C.L. y PEÑA OLBIOL, S.: “De nuevo el trabajador indefinido no fijo. Ahora en supuesto de cesión ilegal de trabajadores”, *Revista de Derecho Social*, núm. 22, 2003, p. 175.

Conviene aclarar también que las condiciones de trabajo del trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración como consecuencia de una cesión ilegal seguirán siendo reguladas por el convenio colectivo que en el momento del traspaso fuera de aplicación en la empresa correspondiente<sup>1077</sup>, pero sólo hasta la expiración de su vigencia o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio que resulte de aplicación en la entidad cedente<sup>1078</sup>.

Sea como fuere, no hay que olvidar que la cesión deja de ser ilegal cuando se efectúa a través de una empresa de trabajo temporal. No cabe duda de que este tipo de empresas han contribuido decisivamente a la hora de elevar los niveles de marginalidad laboral obrantes en el mercado de trabajo español<sup>1079</sup>, incrementando el “empleo secundario” y “poco protegido”<sup>1080</sup>. La realidad muestra que muchos de los contratos celebrados por estas empresas no pretenden cubrir verdaderas necesidades temporales y excepcionales de mano de obra, sino que, abusando de la figura, ha sido utilizada para ofrecer vínculos laborales bajo el signo de la precariedad, escatimando salarios y condiciones sociales<sup>1081</sup>. El empleador persigue simple y llanamente sustituir trabajadores fijos por aquellos otros temporales suministrados por una empresa de trabajo temporal, reduciendo costes salariales y derechos sociales<sup>1082</sup>.

Por tales razones, no puede extrañar que tradicionalmente la legislación de Contratos del Sector Público se haya esforzado en dejar claro que la Administración no ostentaba una facultad indiscriminada para acudir a estas entidades, actuando en la posición de empresa usuaria. Así, el art. 196.3 *in fine* LCAP vetaba la celebración de contratos de servicios con empresas de trabajo

---

<sup>1077</sup> SSTS, Social, 15 diciembre 1998 (Ar. 1011) o 12 enero 2005 (Ar. 1499).

<sup>1078</sup> SSTS, Social, 22 marzo y 11 octubre 2002 (Ar. 5994 y 10682).

<sup>1079</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “La legalización de las empresas de trabajo temporal en España: crónica de un fracaso legislativo”, *Temas Laborales*, núm. 56, 2000, p. 211.

<sup>1080</sup> SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “Contrato de puesta a disposición”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., Dirs.): *Comentarios a las normas sobre Empresas de Trabajo Temporal*, Madrid, 2004, p. 75.

<sup>1081</sup> PÉREZ GIL, M.C.: “Las empresas de trabajo temporal: trabajo precario y discriminación”, *Aranzadi Social*, 1998, Tomo V, p. 635.

<sup>1082</sup> OJEDA AVILÉS, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, Madrid, 2006, p. 123.

temporal, salvo para “la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos” y sólo “cuando se precise la puesta a disposición de la Administración de personal con carácter eventual”. Con posterioridad, en similares términos que su precedente y tras un azaroso debate parlamentario, la disposición adicional 5ª de la LCSP prohibía la celebración de “contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precisara la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos”<sup>1083</sup>. Este tenor coincidía con el texto primigenio del proyecto de Ley presentado por el Gobierno, si bien cabe alertar sobre el hecho de que durante la tramitación parlamentaria del mismo<sup>1084</sup>, se admitió la celebración de “contratos de servicios con empresas de trabajo temporal para la puesta a disposición de personal por un plazo determinado, siempre que en la documentación preparatoria del contrato se acredite debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales de que dispone la entidad contratante para cubrir las necesidades que tratan de satisfacerse a través del contrato”<sup>1085</sup>.

Al final, la redacción definitiva del texto legal retomó la idea inicial, admitiéndose el recurso por los Entes públicos a las empresas de trabajo temporal –permítase la reiteración– exclusivamente “cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, tomas de datos y servicios análogos”.

<sup>1083</sup> APILLUELO MARTÍN, M.: “Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública”, QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: “Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas” o SERRANO OLIVARES, R.: “Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo”, todos en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2000, pp. 448 y ss., 889 y ss. y 967 y ss., respectivamente; MOLINER TAMBORERO, G.: “La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos”, en AA.VV. (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000, pp. 103 y ss. o FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, pp. 193 y ss.

<sup>1084</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 8 de septiembre de 2007, núm. 95-I.

<sup>1085</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, de 8 de octubre de 2007, núm. 112 (d).

Se intentaba evitar –aunque se deja abierto un amplio marco de escape– que la Administración se sirviera de una vía de reclutamiento de personal laboral caracterizada por la inestabilidad e inseguridad, pues “el concepto que mejor describe el impacto de las empresas de trabajo temporal en las relaciones laborales es el de opacidad (escasa claridad respecto al empleador competente, las condiciones de trabajo o la duración de la relación, un reparto poco nítido de obligaciones y responsabilidades entre los dos empresarios... hay, pues, una división de funciones que confunden al trabajador)”<sup>1086</sup>.

Sin pretender descender al detalle de los problemas planteados por el diseño actual del régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal, únicamente cabe poner de manifiesto, en el contexto de este análisis, cómo las citadas empresas aparecen reguladas en la Ley 14/1994, de 1 de junio (LETT), como única excepción (dejando a salvo las previsiones establecidas en las normas reguladoras de relaciones laborales especiales, señaladamente la de los deportistas profesionales y la de los estibadores portuarios, esta última en verdad muy próxima en su concepto a estas especiales empresas) a la tradicional prohibición de cesión de trabajadores prevista en el art. 43 ET<sup>1087</sup>.

Así pues, subsistente el veto de las actividades de tráfico ilícito de mano de obra –cuya vulneración acarrea las consecuencias de solidaridad de la responsabilidad y de reconocimiento de un derecho de opción al trabajador afectado entre adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o en la cesionaria–, el legislador reconoce, en un ejercicio de realismo, la legalidad de

---

<sup>1086</sup> OJEDA AVILÉS, A. y GORRELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, cit., p. 98.

<sup>1087</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del derecho español de trabajo”, en AA.VV. (VALDES DALRE, F. y CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E., Coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1994, p. 342 y ss. y *Las empresas de trabajo temporal en España*, Valencia, 1994, pp. 43 y ss.; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 34, 1994, p. 525; MERCADER UGUINA, J.R.: “La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 14, 1994, p. 37; RAMOS MORCILLO, M.J.: “El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, *Revista Técnico Laboral*, núm. 68, 1996, p. 292 o GALA DURÁN, C.: *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, Madrid, 1998, pp. 16 y ss.

la cesión efectuada en los términos establecidos en la Ley 14/1994<sup>1088</sup>. Definida la empresa de trabajo temporal por su art. 1 como “aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados” –siempre y cuando la empresa aparezca debidamente autorizada<sup>1089</sup>–, el resultado no es sino la “ruptura del sinalagma funcional”<sup>1090</sup>, al faltar la coincidencia entre la figura del empresario (empresa de trabajo temporal) y el receptor de los servicios del trabajador (empresa cliente –en este caso, la Administración–), con el consiguiente quebranto a la presunción establecida en el art. 8.1 ET, según el cual “se presumirá existente [el contrato de trabajo] entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”.

La nueva forma jurídica de trabajar que la empresa de trabajo temporal instrumenta no sólo pone en paréntesis la radical unidad y unicidad de la relación obligatoria a la que da vida el vínculo laboral, sino que quiebra también la propia noción del nexo contractual celebrado entre un trabajador y un empresario como fuente exclusiva de derechos y obligaciones. La empresa de trabajo temporal, que es a la que corresponde la condición formal de empresario, ni ejerce la integridad de los poderes derivados de esta titularidad ni soporta en régimen de monopolio las responsabilidades laborales; aquéllos se distribuyen entre ambas por razón de la materia y estas otras o bien se reparten entre las dos con idénticos criterios materiales o bien dan lugar a fórmulas de co-responsabilidad<sup>1091</sup>. La quiebra tiene lugar, pues, a partir de la superación de la

---

<sup>1088</sup> PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F.: “Las empresas de trabajo temporal: a medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra”, en AA.VV.: *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, 1994, pp. 106 y ss.; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal” (I), *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1996, p. 1 o VALDES DAL-RE, F.: “Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición”, en AA.VV.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel ALONSO GARCÍA*, Madrid, 1995, pp. 87 y ss.

<sup>1089</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: “Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición (I)”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1995, pp. 3 y ss.

<sup>1090</sup> GALA DURÁN, C.: *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, cit., pp. 14-15.

<sup>1091</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: “La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo”, en AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002, p. 38.

bilateralidad como elemento de vital importancia “para la caracterización estructural del contrato de trabajo”<sup>1092</sup> y la construcción de una estructura tri-polar, trilateral o triangular<sup>1093</sup> –no mera mediación<sup>1094</sup>–, en la cual quien dirige la prestación no coincide con quien la retribuye, provocando una singular manifestación de la dependencia, pues el círculo rector al que aparece subordinado el trabajador viene dado por un empresario –relacionado con el “empleador” propiamente dicho a través de un contrato de naturaleza civil o mercantil denominado de puesta a disposición<sup>1095</sup>– con quien no existe vínculo laboral alguno, sino una relación innominada.

En este marco, la prohibición impuesta por la disposición adicional 5ª de la LCSP a la posibilidad de que los Entes públicos utilizaran de manera general los servicios de una empresa de trabajo temporal no sólo merecía una valoración positiva por cuanto contribuía a no aumentar las tasas de precariedad laboral, sino también porque trataba de evitar una vulneración de los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público. Salta a la vista de inmediato que, a través de una empresa de trabajo temporal, la Administración se podría servir de personas previamente reclutadas sin tener en cuenta los parámetros de mérito y capacidad recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE. En efecto, la empresa usuaria (Ente público –en este caso–) en aras de una mayor eficacia no seleccionaría al personal temporal cedido; su intervención quedaría ceñida únicamente a decidir cuál será la concreta empresa de trabajo temporal con la cual se iba a suscribir el contrato de puesta a disposición. Más

---

<sup>1092</sup> RIVERO LAMAS, J.: “Tipificación y estructura del contrato de trabajo”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XXV, 1972, pp. 157 y 160.

<sup>1093</sup> OLMO GACÓN, A.M.: “Alteración sustancial del contrato laboral en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal”, *Actualidad Laboral*, núm. 46, 1996, p. 881; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Las empresas de trabajo temporal”, *Tribuna Social*, núm. 43, 1994, pp. 118 y 121; PÉREZ YÁÑEZ, R.: “El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a los trabajadores en misión”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1998, pp. 18-19; DEL REY GUANTER, S. y LEAL PERALVO, F.: “La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada”, *Relaciones Laborales*, 1996, T. II, p. 120; SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*, Valencia, 1994, p. 27 o GALA DURÁN, C.: “Supuestos y consecuencias de la utilización ‘inadecuada’ de las empresas de trabajo temporal”, *Relaciones Laborales*, núm. 19, 1998, p. 43.

<sup>1094</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Las empresas de trabajo temporal en España*, cit., p. 48.

<sup>1095</sup> SÁNCHEZ PEGO, F.J.: “La realización interempresarial de trabajo temporal: el contrato de puesta a disposición”, *Documentación Laboral*, núm. 46, 1995, p. 87.

tarde, la escogida sería quien propusiera, con criterios propios, al trabajador más acorde con la plaza a cubrir, sin que en tal determinación procediera –obviamente– respetar los mentados principios, aplicándose, por el contrario, íntegramente el Derecho del Trabajo. En consecuencia, si el cedido iba a realizar una labor en favor de la Administración sin haberse sometido a los criterios del art. 103.3 CE, se estaba admitiendo “que, o bien algunos servicios públicos no eran tales, o para prestar algunos no hacía falta seguir el procedimiento reglado de reclutamiento, bastando acudir, por tanto (cuando existan lo cual no es infrecuente), a otros cualesquiera privados”<sup>1096</sup>.

Pese al acierto de la mentada prohibición, era criticable, no obstante, la delimitación del ámbito de aplicación de la disposición adicional quinta de la LCSP (hoy derogada) cuando permitía utilizar, si bien con carácter excepcional, los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal, con carácter eventual, para la “realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos”, pues si bien estaba claro cuanto cabía entender por “encuestas” y “toma de datos”, no lo estaba tanto la determinación de cuáles eran los trabajos “de naturaleza análoga” a los anteriores, no en vano parecía hacer referencia a actividades de soporte administrativo de configuración excesivamente laxa<sup>1097</sup>. Por si fuera poco, y siendo deplorable el punto de arranque, no lo era menos el desarrollo posterior de la contratación de trabajadores a través de una ETT,

<sup>1096</sup> APILLUELO MARTÍN, M.: “Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública”, cit., p. 488. En el mismo sentido, MOLINER TAMBORERO, G.: “La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos”, en AA.VV. (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000, p. 103.

<sup>1097</sup> QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: “Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 889. No es infrecuente la intervención de una empresa de trabajo temporal para la realización de encuestas anuales por el INE o para la cobertura de tareas de soporte administrativo en el período de matriculación de estudios en centros escolares o universitarios. SERRANO OLIVARES, R.: “Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 967.

permitida por la disposición adicional 5ª de la LCSP, pues la “realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos” eran las actividades (demasiado amplias) a cubrir también por la vía laboral ordinaria: contratos para obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción. La única limitación al efecto prevista era su duración (también harto arbitraria), no en vano finalizarían, no cuando concluyera la tarea (de aplicación sólo en las empresas privadas), sino cuando expirara el término fijado en el negocio de puesta a disposición, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga y sin que en ningún caso la duración máxima pediera superar los seis meses.

La extinción *ex lege* de los contratos celebrados con la empresa de trabajo temporal, al vencimiento de su plazo inicial, sin admisión de prórroga alguna (ni siquiera hasta alcanzar los seis meses), llevaba necesariamente a preguntarse por la situación de los trabajadores cedidos que realizan las tareas cuando éstas quedaban sin finalizar y concluía el término. Con ello se abría un nuevo punto de incertidumbre acerca de la calificación jurídica de este tipo de variantes en presencia, así como sobre el cauce legal para hacer viable la conclusión de los cometidos en curso, sin que necesariamente fuera menester suscribir un nuevo contrato de servicios a partir del cual se siga la cesión del mismo (u otro) trabajador para idéntica Administración<sup>1098</sup>. La cuestión todavía se complicaba más por un tenor legal claro en su consecuencia de provocar la cesación en su prestación a todos los efectos, sin posibilidad alguna de continuación. Así, el segundo párrafo de la disposición adicional 5ª de la LCSP intentaba eliminar, impidiendo la aplicación del art. 7.2 LETT, la consecuencia de la indefinición para aquellos supuestos en los cuales el contratado a través de una empresa de trabajo temporal seguía prestando servicios en la empresa usuaria más allá del máximo establecido. El motivo para apoyar esta opción legal enlazaba con la inviabilidad de que, a partir de irregularidades formales o de infracciones cometidas por las Administraciones, los empleados de la empresa de trabajo temporal pudieran llegar a consolidarse en los puestos de trabajo como fijos<sup>1099</sup>.

---

<sup>1098</sup> QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: “Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, cit., p. 889.

<sup>1099</sup> AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, p. 1088.

Ahora bien, pese a lo categórico de la afirmación, tal proceder excluía expresamente la operatividad de uno de los preceptos del ordenamiento social que constituyen un mecanismo de garantía y de protección de los cedidos. Al tiempo, dicha previsión normativa parecía no ser –en el sentir de algunos autores– ajustada a Derecho, pues las consecuencias jurídico-laborales de una contratación temporal irregular no podían ser suprimidas de un plumazo por el legislador administrativo, máxime cuando la excepción a la aplicación de lo previsto en el art. 7.2 LETT, sobre la consolidación mentada, aparecía formulada de manera significativamente restrictiva e insegura, no en vano únicamente quedaba referida a quienes “realizaran las actividades que constituyan el objeto del contrato”. De esta forma, si dichos trabajadores llevaban a cabo tareas distintas no quedaban incluidos en el ámbito de aplicación de la disposición adicional quinta aquí analizada, pudiendo, en su caso, llegar a consolidar su posición como personal al servicio de la Administración usuaria. Insistiendo sobre esta idea, la previsión transcrita “no podía enervar la aplicación del art. 7.2 LETT, en tanto en cuanto una Ley cuyo objeto era la regulación de las relaciones de carácter mercantil o civil entre Entes públicos y sujetos privados no podía afectar a los laborales destinados por el contratante a la ejecución de su objeto, o, en otros términos, no debía entrar a ordenar el vínculo *de facto* entablado entre cualquiera de aquéllos y el o los trabajadores en misión al servicio de la empresa de trabajo temporal, no en vano la situación quedaba referida a un vínculo disciplinado por una ley social específica”<sup>1100</sup>.

De esta manera, y atendiendo a una interpretación lógica, procedía señalar cómo debía resultar de aplicación efectiva el abundantemente citado art. 7.2 LETT tanto para cuantos cedidos realizaran tareas constitutivas del objeto pactado como para aquellos otros encargados de desarrollar funciones distintas, debiendo considerar que quienes a la finalización del plazo de puesta a disposición continuaran prestando servicios en la Entidad pública correspondiente pasarían a estar vinculados a la misma por un contrato indefinido. Tal efecto resultaba perfectamente adecuado a la línea jurisprudencial imperante en materia de irregularidades en la contratación temporal en el ámbito de los

---

<sup>1100</sup> SERRANO OLIVARES, R.: “Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo”, cit., p. 967.

organismos públicos (actualmente recogida en el art. 11 EBEP), la cual viene a reconocer únicamente el carácter de indefinidos, y no así de fijos de plantilla, a los afectados, a fin de no contrariar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las tareas de interés general, con una doble consecuencia: por una parte, la Administración estaría obligada a cubrir la plaza a través de los procedimientos de selección reglamentarios, en cuyo caso concurriría una causa lícita para la extinción del contrato del trabajador; por otra, el empleado habría de participar y superar las oportunas pruebas si quisiera adquirir la condición de fijo.

Con todo, tal interpretación no estaba exenta de críticas, pues estos nuevos laborales “indefinidos” integrarían una categoría *ad hoc* de individuos al servicio de la Administración, “que, por haber accedido a través de criterios de selección privados, hubieron obtenido posición laboral subjetiva casi idéntica a la que hubieran conseguido en una empresa privada”<sup>1101</sup>, sometida, no obstante, a una gran inseguridad, pues, en manos de la Administración quedaba la consolidación de la plaza ocupada a través de la vía de reclutamiento legítima que corresponde y la extinción del vínculo laboral anterior, sin, por el momento, necesidad de ningún tipo de indemnización económica<sup>1102</sup>.

En este contexto de incertidumbre, la promulgación del Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, planteó nuevas dudas, pues, después de reservar un período para que la negociación colectiva se pronunciara, dentro de los sectores excluidos de la intermediación de las empresas de trabajo temporal por motivos de seguridad y salud, procedió a definir de manera razonada y justificada los ámbitos de especial riesgo que no podían ser objeto de un contrato de puesta a disposición, introduciendo una nueva disposición adicional 4ª en la Ley 14/1994 con el siguiente tenor: “a partir del 1 de enero de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes a la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, con la única

---

<sup>1101</sup> APILLUELO MARTÍN, M.: “Algunas reflexiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública”, cit., p. 492.

<sup>1102</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, cit., p. 240.

excepción de lo establecido en la disposición adicional segunda de esta ley. A partir de esa fecha, las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas sólo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos”.

No quedaba claro, en consecuencia, si tal previsión iba a implicar la posibilidad de que las Administraciones Públicas pudieran acudir a las empresas de trabajo temporal sin las restricciones hasta ese momento existentes, pues no se derogaba de manera expresa la disposición adicional 5ª LCSP.

Más clara se manifiesta la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en virtud de la cual se introduce una nueva disposición adicional 4ª en la LETT con los tres objetivos siguientes: 1) Derogar, a partir del 1 de abril de 2011, la disposición adicional 5ª LCSP. 2) Establecer por el Gobierno, previa negociación en la Mesa General, los criterios de aplicación de las limitaciones o prohibiciones referidas, siguiendo las pautas de la Directiva 2008/104, a “razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos”. 3) Vetar la suscripción de contratos de puesta a disposición entre Administraciones Públicas y empresas de trabajo temporal para realizar tareas que, por norma de rango legal, están reservadas a funcionarios públicos, esto es, “funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades gubernativas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca” (art. 9.2 EBEP).

#### **XIV. LA HUIDA DEL CONTRATO DE TRABAJO: LA UTILIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS**

A medida que se han venido incrementando las tareas a realizar en la Administración pública se ha visto la necesidad de habilitar a favor de la misma una gran variedad de mecanismos no sólo de movilidad y de planificación de efectivos, sino también de contratación para afrontar estas nuevas actividades, lo cual se ha llevado a cabo a través de diversas fórmulas tanto en

régimen administrativo como laboral<sup>1103</sup>. La utilización por las Administraciones del contrato de trabajo a la hora de reclutar a su personal, manteniendo en paralelo las figuras tradicionales de prestación de servicios en el ámbito público, ha hecho surgir, entre otros muchos problemas interpretativos, el de distinguir adecuadamente el uno de las otras<sup>1104</sup>.

---

## 1. ANTECEDENTES

Con anterioridad a la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP), y para determinados ámbitos y funciones, cabía acudir en un amplio número de supuestos a contratos de servicios en régimen administrativo a través, sobre todo, de los llamados contratos de colaboración temporal<sup>1105</sup>.

Retrotrayendo la mirada, procede destacar cómo, en un principio, el art. 6.2 b) Decreto 315/194, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE), autorizaba su suscripción cuando el objeto fuera la cooperación durante un período dado en las tareas de la respectiva dependencia en consideración al volumen de la gestión encomendada al Ministerio o centro, si por exigencias y circunstancias especiales de la labor no pudieran atenderse adecuadamente por los funcionarios de carrera a disposición del organismo. Con posterioridad, el Decreto 1742/1966, de 30 de junio, dispuso una regulación más pormenorizada de este tipo contractual, estableciendo –como límite– que su duración no podía ser, en ningún caso, superior al año. Por su parte, el art. 25.1 del Texto Articulado Parcial de la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto del Régimen Local, aprobado por el Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, autorizaba su utiliza-

---

<sup>1103</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. I, 3ª edición, Madrid, 2000, pp. 673 y ss.

<sup>1104</sup> Sirvan de ejemplo, entre muchas, las SSTs, Social, 27 mayo 1992 (Ar. 3678), 12 enero y 2 febrero 1994 (AS 52 y 782) y 19 mayo 2005 (TOL 668428) o SSTSJ, Social, La Rioja 25 noviembre 1992 (Ar. 3415) y 20 marzo 2001 (Ar. 198), Castilla-León/Burgos 2 noviembre 2004 (TOL 581457) y Valencia 8 abril 2005 (TOL 672337).

<sup>1105</sup> GARCÍA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del Derecho del Trabajo (Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, socios, contratos administrativos)*, Granada, 1999, p. 129.

ción a las Corporaciones Locales para “labores administrativas o técnicas, concretas y con una duración no superior a un año”. De este modo, aun cuando se contemplaba como una válvula de escape de carácter excepcional, capaz de aliviar la rigidez del corsé funcional, poco idóneo para seleccionar personal urgentemente o para casos de extraordinaria especificidad de la prestación<sup>1106</sup>, en verdad esta fórmula fue utilizada con asiduidad como alternativa para eludir la aplicación de la normativa social.

Por tal razón, no puede extrañar que tras la aprobación de la Ley 30/1984, el panorama descrito cambiara radicalmente, pues aquella prohibió expresamente el recurso a la colaboración temporal (disposición adicional 4<sup>a</sup>.1 LMRFP), admitiendo sólo con carácter excepcional y único la contratación en régimen administrativo “para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales” (disposición adicional 4<sup>a</sup>.2 LMRFP)<sup>1107</sup>. La figura quedaba relegada al campo de lo extraordinario (conforme indican los calificativos “específicos”, “concretos” e “inhabituales”), vinculada a trabajos desarrollados por cuenta de las Administraciones públicas pero fuera de su círculo de organización y dirección. Ahora bien, considerando que su duración no podía exceder de un año, salvo (óbice demasiado amplio, sin duda) cuando fueran complementarios de otros de obras o lo exigiera la naturaleza y circunstancias de la prestación (en cuyo caso la duración de aquellas obras o de la prestación situada en su base objetiva eran las encargadas de determinar su extensión temporal), quedaba abierta una certera brecha de utilización fraudulenta y retorno a la situación anterior; de ahí la utilización de expresiones tan significativas como el “mal muerto contrato administrativo de servicios”<sup>1108</sup>, pues “o bien nunca murió [,de hacerlo el art. 6 a) LFCE mantendría su vigor, si bien de manera excepcional y limitada,] o bien había resucitado o, sim-

<sup>1106</sup> ROQUETA BUJ, R.: “La contratación administrativa del personal: evolución”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001, p. 188.

<sup>1107</sup> CEGARRA FERNÁNDEZ, F.J.: “La definitiva exclusión del personal contratado para ‘trabajar en el exterior’ del convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 123, 2004, p. 515.

<sup>1108</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R.: *La nueva configuración legal de la relación de empleo público: funcionarios y contratados laborales*, Sevilla, 1985, p. 10.

plemente, algo más que su espectro campeaba por las Administraciones públicas”<sup>1109</sup>.

Con posterioridad, la quiebra mentada se vio firmemente ampliada cuando la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas, no sólo mantuvo esta última figura, sino que introdujo a su lado otra: los contratos administrativos de consultoría, asistencia y servicios (art. 197), susceptibles de suscitar sospechas similares<sup>1110</sup>. El art. 197.4 LCAP de 1995 definía los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales como aquellos que no estando incluidos en los de consultoría y asistencia o de servicios, se celebraran excepcionalmente por la Administración cuando su objeto no pudiera “ser atendido por la labor ordinaria de sus órganos”. Tal definición negativa suscitó graves problemas de aplicación práctica y utilización fraudulenta –por excesiva– de la modalidad, dando pie a una dosis litigiosidad altísima, capaz de llevar a su derogación expresa por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre.

---

<sup>1109</sup> LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, p. 237.

<sup>1110</sup> FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: “Funcionarios interinos y contratación laboral: ¿debe mantenerse el tradicional criterio de delimitación jurisdiccional?”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001, p. 726. Por extenso, ANIORTE SANZ, R.: “El fraude de ley en la contratación de personal por las Administraciones Públicas: la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 206, 2000, pp. 81 y ss. En la doctrina sobresalen, además, las aportaciones de CASTILLO BLANCO, F.A.: “Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 86, 1995, pp. 193 y ss.; ROMERO RODENAS, M.J.: “Algunas particularidades del proceso de trabajo contra las Administraciones Públicas”, *Actualidad Laboral*, núm. 25, 1998, pp. 493 y ss.; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M.<sup>a</sup> P.: “Los contratos administrativos para trabajos específicos: naturaleza, régimen jurídico y delimitación respecto de los contratos laborales para obra o servicio determinado”, *Temas Laborales*, núm. 41, 1997, pp. 25 y ss.; GARCÍA PIQUERAS, M.: “El contrato para la prestación de servicios a los entes públicos en régimen de Derecho Administrativo”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1998, pp. 8 y ss. o, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, MARTÍNEZ BLANCO, A.: “El personal contratado en régimen administrativo de las Comunidades Autónomas”, *Documentación Administrativa*, núm. 194, 1982, pp. 5 y ss. Con carácter general, es especialmente recomendable el estudio de CAMPS RUIZ, L.M.: *La contratación laboral temporal para ocupar puestos de trabajo vacantes en las Administraciones Públicas*, Valencia, 1990, especialmente pp. 60 y ss.

Con todo, aun cuando la manifestación siguiente de este *iter* normativo, incorporada al texto del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), tuvo como fin último y principal poner freno a los conflictos surgidos a resultas de la utilización abusiva de estas vías, ciertamente siguieron manteniéndose los contratos de consultoría, servicios y asistencia, los cuales, habida cuenta su amplia y flexible configuración legal, pudieron seguir siendo destinados también a dar cobertura formal a relaciones laborales encubiertas por las siguientes razones fundamentales:

1. Su objeto aparecía conformado en el tenor de la LCAP a partir de una noción de servicios consistentes en prestaciones de carácter intelectual por parte del contratista o sujeto adjudicatario del contrato, presentándose como fórmulas abocadas básicamente a convenios con profesionales<sup>1111</sup>. Buena prueba de ello era tanto la enumeración de las tareas encargadas de dotarlo de contenido sustantivo (especificadas en el art. 196.2 LCAP)<sup>1112</sup>, como el hecho de añadirse una cláusula residual capaz de permitir su aplicación a "otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las cuales también predominaron las de carácter intelectual, en particular, los contratos que la Administración celebrara con profesionales, en función de su titulación académica, así como aquellos otros para el desarrollo de actividades de formación del personal al servicio público"<sup>1113</sup>. En torno a esos dos datos, aparecían

<sup>1111</sup> SSTSJ, Social, Asturias 17 septiembre 2004 (*Actualidad Laboral*, núm. 3, 2005, pp. 344 y ss.) y Aragón 4 abril 2005 (TOL 682133).

<sup>1112</sup> Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. Llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones: 1.ª Investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico. 2.ª Asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter. 3.ª Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. GONZÁLEZ IGLESIAS, M.A.: *El contrato administrativo de consultoría y asistencia*, Madrid, 2002, p. 13.

<sup>1113</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.: "El contrato de consultoría y asistencia tras la reforma de la LCAP con ocasión de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 107, 2000, pp. 389 y ss. o AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1085.

diversos objetos en cuyo contenido se entremezclaban y superponían –y no constaba intención alguna del legislador en orden a diferenciar la consultoría y la asistencia– actividades y prestaciones diferentes, algunas de las cuales claramente de consultoría en tanto se recurría al estudio, informe o apoyo técnico de personas expertas ajenas a la Administración, y otras más bien de asistencia o colaboración con aquélla para la realización de determinadas tareas. Pero en todos los casos se trataba de actuaciones que requerían una considerable especialización y estar en posesión de conocimientos técnicos particulares (certificados a través de la titulación académica) que no podían ser satisfechos o prestados por los propios medios personales con que contaba el Ente público, razón por la cual no mediaba inconveniente para poder efectuarlas también a través de un vínculo laboral para obra o servicio determinado<sup>1114</sup>.

La discrecionalidad de que parecía gozar la Administración para elegir entre una u otra vía era prácticamente absoluta<sup>1115</sup>, pues los contratos administrativos de consultoría y de asistencia partían únicamente del “carácter excepcional de las tareas encomendadas, es decir, debía tratarse de una necesidad no generalizada, ocasional, una tarea que ocurría rara vez o que se apartaba de lo ordinario”<sup>1116</sup>, circunstancias que no eran extrañas a la contratación laboral temporal. Las necesidades atendidas a través de este tipo de contratación administrativa, al igual que las cubiertas por la contratación laboral para obra o servicio determinado, “eran, pues, de carácter no perdurable sino espontáneo y hasta cierto punto perentorio para el Ente público, y además no se preveía que adquirieran carácter permanente”<sup>1117</sup>. En definitiva, lo contratado debía ser “un pro-

---

<sup>1114</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M.<sup>a</sup> P.: “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001, p. 168.

<sup>1115</sup> SJS, núm. 33, Madrid, 24 mayo 2005 (AS 2005, 1717), comentada por SELMA PENALVA, A.: “Precariedad laboral ahora también en la Administración Pública”, *Aranzadi Social*, núm. 11, 2005, pp. 30 y ss.

<sup>1116</sup> PÉREZ LUQUE, A.: *Personal temporal de las Corporaciones Locales*, Madrid, 1989, p. 25.

<sup>1117</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.: *El contrato de consultoría y asistencia*, Madrid, 2002, p. 305.

ducto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente de su resultado final"<sup>1118</sup>.

2. Mientras el contrato de consultoría y asistencia se caracterizaba, en la LCAP, por su componente predominantemente intelectual, el de servicios ("nuevo cajón de sastre por su heterogeneidad")<sup>1119</sup> se orientaba a la realización de actividades de carácter preferentemente manual<sup>1120</sup>: a) técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga no comprendido en aquel primero o en otros regulados de manera expresa en la LCAP; b) complementario para el funcionamiento de quien los requería; c) de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones; o d) programas de ordenador desarrollados a medida por el "empleador", de libre utilización para éste<sup>1121</sup>.

Habida cuenta la generalidad en la formulación legal de los supuestos, su posible contenido se asimilaba, en la práctica, en unos casos al expresamente enunciado como propio de la contratación temporal laboral y, en otros, como una variante para reabrir la puerta pretendidamente cerrada con la supresión de los contratos para trabajos específicos:

- a) La LCAP se refería expresamente a determinadas actividades de considerable similitud con algunas de las ocupaciones reservadas por la entonces vigente LMRFP al régimen laboral en su art. 15.1 c): trabajos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, de artes gráficas y de realización de encuestas. Así, la coincidencia de objeto fue en ocasiones plena, conforme sucedía con la realización de encuestas; en otras, aun cuando la formulación legal no era exactamente idéntica, la labor a realizar era

<sup>1118</sup> SSTS, Social, 17 octubre 2006 (TOL 1013559), 30 abril 2007 (TOL 1079860), 20 y 26 junio 2007 (TOL 1143893 y 1143893) y 24 julio 2007 (TOL 1138596).

<sup>1119</sup> AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1087.

<sup>1120</sup> SERRANO OLIVARES, R.: "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo", cit., p. 942.

<sup>1121</sup> PADROS, X. y FORTUNY, J.M.: *Legislació bàsica sobre contractes: la Llei de Contractes de les Administracions Públiques*, Barcelona, 1995, pp. 220 y ss.

asombrosamente similar, según acontecía con las de mantenimiento y conservación de equipos e instalaciones<sup>1122</sup>.

- b) Junto a la enumeración de supuestos concretos, la LCAP incluía una definición negativa o excluyente de su ámbito material cuando se trataba de la realización de actividades técnicas, económicas, industriales, comerciales o análogas (art. 196.4), cometidos susceptibles de ser llevados a efecto mediante contratos laborales para obra o servicio determinado<sup>1123</sup>. Dicha cláusula de cierre permitía, además, la formalización de un vínculo de esta naturaleza para el desempeño de tal tipo de quehaceres si no era posible acudir a la consultoría o asistencia, lo cual recordaba en buena medida la función en su momento adjudicada a los contratos para trabajos específicos<sup>1124</sup>.
- c) Por si la similitud de objeto no quedaba suficientemente evidenciada, el art. 15.1 c) LMRFP, en aquel momento en vigor, se refería a la posibilidad de acudir a la vía laboral para ocupar puestos correspondientes a cuantas áreas de actividad requieran conocimientos técnicos especializados de no existir cuerpos o escalas de funcionarios cuyos miembros acreditaran la preparación específica necesaria para su desempeño. El supuesto encajaba perfectamente dentro de los contratos de consultoría y asistencia si se trataba de un profesional a quien se contrataba por su titulación académica, lo cual sucedía en la mayoría de los casos, y dentro de los de servicios cuando no era factible en los anteriores<sup>1125</sup>.
- d) Algunos de estos últimos quedaban excluidos de cualquier posible calificación como contratos administrativos típicos. Eran, de un lado, los de seguros, bancarios y de inversiones, y, de otro, cuan-

---

<sup>1122</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M.<sup>a</sup> P.: "Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado", cit., p. 168.

<sup>1123</sup> MORENO MOLINA, J.A.: "Los contratos de consultoría, asistencia y servicios", en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004, pp. 1061 y ss.

<sup>1124</sup> MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *El nuevo reglamento de contratación de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2001, p. 200.

<sup>1125</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M.<sup>a</sup> P.: "Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado", cit., p. 170.

tos tuvieran por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos<sup>1126</sup>. Siendo clara la exclusión de los contratos financieros, los cuales se regían por las clásicas reglas privadas, al no requerir una especial protección del interés general y un despliegue de prerrogativas por parte de la Administración, no podía decirse lo mismo de los artísticos, pues la intervención del Ente público quedaba limitada a la preparación y adjudicación, sin posibilidad alguna de modificar o resolver el vínculo, pues, sin duda, “el arte, la personal interpretación o la singular genialidad presidían el cumplimiento de las obligaciones personalísimas que integraban su contenido”, razón por la cual el trabajador-artista adquiriría la condición de fijeza hasta la finalización de la obra (*certus an, incertus quando*)<sup>1127</sup>.

En definitiva, y al calor de las reflexiones anteriores, aun cuando los contratos que suscribía la Administración con profesionales en función de su titulación deberían haberse restringido en la LCAP a aquellas labores en las cuales predominaran las prestaciones de carácter intelectual y además no supusieran la realización de las tareas propias de los empleados públicos, en realidad la ausencia de tal previsión, unida a la amplia formulación bajo la cual se describían los cometidos a cubrir a través de la consultoría, acabaron siendo un instrumento en el cual incluir todas las fórmulas no enunciadas expresamente en la normativa reguladora. De esta forma, la práctica totalidad de los contratos formalizados con “profesionales” pudieron tener esta naturaleza, ya viniera atribuida de forma directa, por resultar encuadrables en el objeto propio de los de consultoría o asistencia, o de forma indirecta, esto es, los celebrados para la prestación de servicios técnicos, económicos, industriales o comerciales, no enumerados en el objeto de aquéllos. Es más, la mayor parte de cuantos no hubieran de materializarse con tales sujetos pudieron también adquirir carácter administrativo, bien por tratarse de alguno de los supuestos

---

<sup>1126</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, p. 696.

<sup>1127</sup> FUERTES LÓPEZ, M.: “Los problemas de delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas”, *Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi)*, Vol. VI, 2000, p. 41.

enumerados expresamente entre estos últimos (mantenimiento, conservación, limpieza de bienes, etc.), bien por presentar un carácter técnico, económico, industrial o comercial y no resultar factible su reenvío a los de consultoría y asistencia, al no tener por contraparte a alguien en función de su titulación académica.

---

## 2. INTERPRETACIÓN JUDICIAL

La proximidad de objeto, el empleo de fórmulas legales excesivamente abstractas, la especial posición de prevalencia reconocida a la Administración y cierta obsesión por huir del Derecho del Trabajo y de sus mecanismos de protección, se tradujo en la práctica en un uso abusivo, desviado y fraudulento de los contratos administrativos aquí analizados<sup>1128</sup>, lo cual provocó un resultado harto deplorable calificado como “el fenómeno de la función pública paralela”<sup>1129</sup>, “tan arbitraria cuanto, por lo mismo, abierta a la inseguridad jurídica”<sup>1130</sup>. Este recurso inapropiado ha venido dado en unos casos por la cobertura de una necesidad permanente con sucesivos vínculos, y en otros por la mera celebración de alguno de este tipo para hacer frente a una necesidad que, aun temporal, por sus características caía fuera de su objeto, dando ocupación, en realidad, “a verdaderos trabajadores en el sentido propio determinado en el ET para prestar actividades atinentes a una naturaleza enteramente laboral”<sup>1131</sup>, sin desconocer tampoco los riesgos de una contratación libre de servicios de “*casual workers*” con escasa cualificación,

---

<sup>1128</sup> MORA MATEO, J.E.: “La frontera entre la relación laboral y la relación administrativa en la prestación de servicios a las Corporaciones Locales”, en AA.VV. (GARATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Barcelona, 2004, pp. 135 y ss.

<sup>1129</sup> JIMENEZ ASENSIO, R.: *Políticas de selección en la función pública española (1808-1978)*, Madrid, 1989, pp. 424 y ss. o NIETO GARCÍA, A.: “La noche oscura de la función pública”, *Cuadernos Económicos ICE*, núm. 13, 1980, p. 10.

<sup>1130</sup> ALONSO OLEA, M.: “Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas”, en AA.VV.: *Libro homenaje al Profesor Villar Palasí*, Madrid, 1989, p. 57.

<sup>1131</sup> CORDERO SAAVEDRA, L.: *Régimen de trabajo de las Administraciones Públicas*, Murcia, 2003, p. 141.

acentuando la excesiva precariedad y temporalidad en el seno de las Administraciones públicas<sup>1132</sup>.

La doctrina jurisprudencial discurre, en este sentido, por un cauce “unívoco y lineal”: “lo fundamental para determinar la adscripción al área de la contratación administrativa, con exclusión de la laboral, no es la naturaleza del servicio prestado, sino la existencia de una normativa con rango de Ley que la autorice y su sometimiento a la misma, lo cual significa que, en ocasiones, sólo el bloque normativo regulador del contrato por la libre decisión de quienes lo conciertan, de acuerdo con las Leyes, es capaz de diferenciar una y otra modalidad contractual”<sup>1133</sup>.

En los años noventa se consolida una conocida doctrina del Tribunal Supremo que sostiene cómo la correcta calificación del contrato ha de atender al contenido real de las prestaciones de las partes y no al *nomen iuris* que éstas le hayan dado, o a las formalidades administrativas que se hayan seguido para su concertación<sup>1134</sup>. Conforme a la misma, el contrato habrá de calificarse como laboral en los supuestos en que la apariencia formal de un vínculo administrativo deje ver de manera clara la realidad subyacente de un contrato de trabajo, en el que el objeto del nexo no es un resultado específico, sino una actividad genérica llevada a cabo en régimen de subordinación, pues la contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto

<sup>1132</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración pública: requisitos y consecuencias de la aplicación de los arts. 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 91 y ss.

<sup>1133</sup> Únicamente la actuación hermenéutica sobre la ley ha permitido ir recortando progresivamente el voluntarismo, según muestran de forma más acabada las SSTS, Social, 2 y 10 febrero y 27 abril 1998 (Ar. 1248, 1798 y 3870), 17 diciembre 2004 (rec. 4178/2003) y 14 octubre 2008 (TOL 1407898); las SSTSJ, Social, Cataluña 23 diciembre 2003 (TOL 475115), Murcia 8 marzo 2004 (TOL 393866), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 14 marzo y 1 septiembre 2005 (TOL 733677 y AS 805), Madrid 12 abril 2005 (TOL 634038), Valencia 14 julio 2005 (TOL 700877), Navarra 30 septiembre 2005 (TOL 733485) y Cantabria 22 octubre 2008 (JUR 359405) o la SJS, núm. 31, Madrid 21 marzo 2005 (AS 1153), comentada por PALOMAR OLMEDA, A.: “De nuevo sobre el tema de la contratación administrativa en el ámbito de las Administraciones Públicas”, *Aranzadi Social*, núms. 7-8, 2005, pp. 32 y ss.

<sup>1134</sup> SSTS, Social, 2 octubre 1992 (AS 7842), 24 abril 1997 (AS 3498), 27 abril y 24 y 29 septiembre 1998 (AS 3870, 7425 y 7583), 18 febrero 1999 (AS 2015) y 1 septiembre 2004 (AS 5605).

que la habilita, es decir, a que se refiera “a la realización de un trabajo específico, concreto y no habitual”, lo que exige que se trate de “un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente de su resultado final”. Esta exigencia no se cumple, en palabras del alto tribunal, “cuando la actividad efectivamente realizada en la ejecución del contrato ha sido la prestación de servicios habituales y permanentes en régimen de dedicación temporal y en el marco organizativo de una unidad administrativa, lo que pone de manifiesto que el objeto del contrato no ha sido la realización de una obra entendida como el resultado de una actividad humana, sino esa actividad misma en su proyección temporal”.

En síntesis, esta doctrina consolidada puede resumirse así: 1) El art. 1.3 a) ET excluye del régimen laboral las relaciones del personal de las Administraciones públicas que se regulen por normas de Derecho Administrativo al amparo de una Ley; 2) Esta exclusión permite en principio romper la presunción de laboralidad de las relaciones de servicios establecida en el art. 8.1 ET; 3) Ahora bien –excepción a la excepción– el art. 8.1 ET recupera su virtualidad cuando la contratación administrativa se ha efectuado al amparo de una disposición legal, pero con flagrante desviación del cauce previsto; 4) Es esto lo que sucede en supuestos en que la contratación administrativa se acoge formalmente a la norma legal, pero el trabajo efectivamente prestado consiste en servicios genéricos sin sustantividad propia prestados de forma dependiente y por cuenta ajena<sup>1135</sup>. A la vez, se consolida la doctrina del Tribunal Supremo a favor de la competencia del orden jurisdiccional social sobre el conocimiento de los litigios en los que se discute la naturaleza jurídica de la relación de servicios reclamando su consideración laboral a pesar de su apariencia<sup>1136</sup>.

Una valoración ajustada de este tipo de prácticas ha llevado a los órganos judiciales a matizar lo previsto en el art. 43 ET para los supuestos de cesión ilegal de trabajadores, reconociendo la posibilidad de que, si el interesado lo elige, adquiera la condición de empleado público indefinido no fijo cuando se ha utilizado irregularmente la vía de la contratación administrativa, eludiendo

---

<sup>1135</sup> STSJ, Social, La Rioja 30 octubre 2001 (AS 4080), Valencia 21 febrero 2002 (AS 1111) y Castilla y León/Valladolid 9 mayo 2005 (AS 117).

<sup>1136</sup> SSTS, Social, 2 y 10 febrero 1998 (AS 1248 y 2208), 27 abril y 13 julio 1998 (AS 3870 y 6170), 3 junio y 29 septiembre 1999 (AS 6005 y 7539) y 17 septiembre 2004 (AS 6047).

la celebración de un contrato laboral<sup>1137</sup>. Ahora bien, el hecho de que el otorgamiento del carácter de indefinición contractual por vía judicial, aun cuando sin la condición de fijos, no sea una forma idónea de seleccionar personal por parte de las Administraciones públicas, ha llevado al Tribunal de Cuentas a alertar sobre la necesidad de que se proceda, por parte de los Entes públicos, a la cobertura de los puestos de trabajo mediante los medios de provisión regulados en las normas administrativas, previa modificación de las relaciones de puestos de trabajo si ello fuera necesario, evitando recurrir a esta vía para cubrir las carencias permanentes de personal, relacionadas con el ejercicio de las competencias que tenga atribuidas la Entidad pública u organismo de que se trate<sup>1138</sup>.

### 3. ÚLTIMAS REFORMAS NORMATIVAS

Dos importantes hitos normativos pretenden corregir esta inseguridad en el deslinde entre la contratación administrativa y la laboral, con más fortuna el primero que el segundo. Así, de un lado, el EBEP deroga la disposición adicional 4.2 LMRFP, clasificando a los empleados públicos, sin ninguna vía de escape, en las cuatro categorías siguientes: funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral (fijo, por tiempo indefinido o temporal) y personal eventual (art. 8)<sup>1139</sup>. De otro, la propia LCSP suprime, en buena lógica, la categoría de contratos de asistencia y consultoría que tantos problemas

<sup>1137</sup> Entre muchas y ya clásicas, SSTS, Social, 27 mayo, 12 junio, 22 septiembre y 5, 13 y 22 octubre 1998 (Ar. 3159, 5203, 7423, 8659, 7809 y 8875), 19 y 26 enero y 13 y 18 octubre 1999 (Ar. 810, 1105, 7493 y 8147), 19 junio y 17 septiembre 2002 (Ar. 10677 y 10649), 6 mayo y 11 noviembre 2003 (ILJ 1063 y 2056), 26 julio 2004 (ILJ 923) o 19 mayo 2005 (TOL 668428). Más recientes, SSTSJ, Social, Cantabria 15 abril 2009 (AS 2099), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 26 mayo 2009 (AS 1852), Castilla y León/Burgos 4 junio 2009 (AS 2218) Canarias/Las Palmas 29 junio 2009 (AS 2450) o Madrid 11 septiembre 2009 (JUR 479227).

<sup>1138</sup> Moción núm. 827 del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad descentralizada, se conviertan en personal laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales. [www.tcu.es](http://www.tcu.es).

<sup>1139</sup> CANTERO MARTÍNEZ, F.: "Estructura del empleo público y clases de empleados públicos", en AA.VV. (CASTILLO BLANCO, F.A., Dir.): *Manual de Empleo Público*, Madrid, 2009, pp. 89 y ss.

venían planteando, pero (aquí es donde surge, de nuevo la crítica), en el intento de depurar el concepto de contrato de servicios vuelve a cometer el mismo error (incluso agravado) que su precedente, pues utiliza términos todavía si cabe más abstractos.

De esta forma, define esta modalidad contractual como aquella, cuyo “objeto sean prestaciones de hacer que tengan por destinatario directo a la entidad contratante, consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro” (art. 10, con remisión al anexo II, en el cual se incluyen 27 supuestos redactados de forma excesivamente *lata*), siempre y cuando “los servicios no impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos” (art. 277.1).

Únicamente se esfuerza en dejar claros los plazos máximos (cuatro años excepcionados en múltiples ocasiones) de vigencia del presente contrato (art. 279)<sup>1140</sup> y en señalar la responsabilidad del contratista respecto de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle, de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas de la ejecución (art. 281.2). Es más, algunas de las modalidades del contrato de servicios siguen presentando grandes paralelismos con el contrato de trabajo, pues, a modo de ejemplo y acudiendo a lo dispuesto en el Anexo II del Real Decreto 817/2009, los servicios de mantenimiento y reparación (categoría 1), los de informática (categoría 7), la elaboración de encuestas (categoría 10) o los servicios de consultoría (categoría 11), pueden constituir también el objeto de la prestación a desarrollar a través de un contrato laboral<sup>1141</sup>.

No ha sido aprovechado, por tanto, el contexto de la reforma recientemente tramitada para precisar la limitación de la libertad contractual de la Adminis-

---

<sup>1140</sup> Cabe prórroga por acuerdo de las partes por una duración no superior a seis años. No obstante, la celebración de contratos de servicios de duración superior a la señalada podrá ser autorizada excepcionalmente por el Consejo de Ministros o por el órgano autonómico competente (art. 279.1 LCSP). Es más, los contratos que sean complementarios de contratos de obras o suministro podrán tener un plazo superior de vigencia que no excederá del plazo de duración del contrato principal (art. 279.2 LCSP).

<sup>1141</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “Criterios de deslinde entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo: historia de una tortuosa coexistencia”, en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2009, p. 255.

tración, elevando los elementos reglados, con el fin último, no tanto de evitar abusos de su posición dominante, sino de eliminar prácticas corruptas derivadas de la colisión entre los administradores públicos y los contratantes privados, protegiendo a la Administración contra sus propias debilidades para el mejor servicio del cumplimiento de sus fines y el buen uso de los fondos públicos frente a las malas prácticas detectadas en muchos casos. La cautela prevista en el art. 277.4 LCSP, tendente a dejar claro que “a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante”, es a todas luces insuficiente”, pues quedará inaplicada si el recurso al contrato administrativo oculta un verdadero contrato de trabajo<sup>1142</sup>. Tampoco sirve de mucho la exigencia de autorización conjunta de los Ministerios de Economía y de Presidencia para proceder a la contratación temporal de nuevos efectivos (Orden 824/2009, de 30 de marzo, por el que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros en virtud del que se aprueban medidas de austeridad y eficiencia en materia de empleo público), pues ello no deja de ser un mero trámite burocrático a incorporar dentro de la documentación preparatoria del contrato sin mayor trascendencia. El legislador ha dejado pasar una importante oportunidad para dar un nuevo sentido al contrato de servicios, estableciendo ciertas cautelas en la utilización del mismo, sobre todo cuando la contraparte sea una persona física.

Muy sugerentes son, a estos efectos, las recomendaciones efectuadas por el Tribunal de Cuentas en la moción núm. 827, en virtud de la cual deviene necesario que en los pliegos de condiciones técnicas, así como en los de cláusulas particulares, de los contratos de servicios, se determinen con precisión las prestaciones a realizar, de manera que se evite el riesgo de que se consolide como personal del organismo contratante el procedente de las empresas contratistas, cuidando, al tiempo, que su ejecución no se desvíe de lo pactado. Es muy importante, igualmente –según señala este organismo–, que los responsables de la gestión de los servicios, para cuya ejecución se recurre a la contratación externa, se abstengan de realizar, durante la ejecución de los contratos, acto alguno que pueda conducir al reconocimiento de una cesión ilegal. En especial,

---

<sup>1142</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: “Los nuevos contratos laborales o la magia social de las leyes pactadas”, *Actualidad Laboral*, suplemento al núm. 26, 1997, p. 642.

deberán respetar, durante dicha ejecución, el poder de dirección que corresponde al empresario, absteniéndose de asumir funciones directivas, señaladamente mediante la impartición directa de órdenes e instrucciones sobre el personal de la empresa contratada, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden al desarrollo de los contratos.

## XV. CONCLUSIÓN

No cabe duda que con la contratación pública no sólo se busca la selección de los mejores adjudicatarios con el fin último de garantizar la eficacia en la prestación de los servicios públicos a favor de los usuarios, sino que también, sin abandonar esta pretensión, se pueden conseguir objetivos sociales capaces de ayudar al incremento del beneficio de la colectividad. En efecto, a nadie se le escapa que el problema del empleo y, más concretamente, la búsqueda y pérdida del mismo, supone una de las cuestiones más acuciantes con que se enfrentan las sociedades industrialmente avanzadas como es el caso de la española, no en vano el acceso al mundo laboral es un derecho básico y una de las formas más positivas para lograr la integración social y la vida autónoma de las personas. Partiendo del dato incuestionable de que, en el marco del principio de libertad de empresa (art. 38 CE), la decisión de crear puestos de trabajo descansa sustancial y mayoritariamente en manos privadas, no cabe duda que corresponde a la acción pública la función instrumental de fomentar o estimular, de facilitar y favorecer en definitiva, aquella iniciativa. La política de empleo no debe quedarse, por tanto, en una finalidad defensiva o redistributiva, sino que debe orientarse al más ambicioso objetivo de una promoción global de los recursos humanos, tendente a alcanzar el aumento del empleo y hacerlo, además, de la forma cualitativamente más satisfactoria, consiguiendo reducir las elevadas tasas de precariedad laboral obrantes en un mercado cada vez más fragmentado.

La Administración puede servirse a tal fin de las posibilidades que brinda el sistema de contratación del sector público, pues permite utilizar el radical señuelo de los intercambios económicos, que se verán más o menos favorecidos en la medida en que las entidades empresariales adopten programas o actuaciones que los poderes públicos desean implementar, singularmente a través de la inserción y reinserción en el mercado de trabajo de quienes más dificultades presentan, así como la reducción de la precariedad laboral que afecta, igual-

mente, a las capas más débiles. Procede seguir avanzando por esta senda, superando criterios de duro utilitarismo o de benéfico pietismo presentes tradicionalmente en nuestro ordenamiento jurídico. La entidad de los bienes en juego demuestra que aún queda mucho por hacer para conseguir una plena afirmación de la dignidad humana, pero no cabe duda que, en el nuevo contexto socioeconómico, el procedimiento de contratación administrativa en sus distintas fases (licitación, adjudicación y ejecución) puede contribuir de manera realmente eficaz a proporcionar al individuo “sin trabajo”, o con una ocupación “harto precaria”, un empleo ofertado en condiciones dignas, conformando la libertad de contratación empresarial en el sentido deseado, exigiendo requisitos no sólo económicos, sino también de calidad social de obligado cumplimiento por contratistas y concesionarios, en tanto cualificados dadores de empleo, sin que esto merme en absoluto la eficacia en el cumplimiento de los contratos.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Efficienza e produttività nelle Pubbliche Amministrazioni: I progetti-pilota i un'occasione fallita?*, Milán, 1991.
- (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002.
- (ARIÑO Y ASOCIADOS): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo II, Granada, 2003.
- (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003.
- (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada*, Madrid, 2004.
- *Memento Práctico Francis Lefebvre. Contratos públicos (2008-2009)*, Madrid, 2007.
- *Programa relativo a la estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres en el período 2001-2005, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones*, COM (2000), 335 final.

- AGUILERA IZQUIERDO, R.: "El principio de causalidad en la contratación temporal", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001.
- "La relación laboral de los trabajadores en situación de exclusión social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asunto Sociales*, núm. 83, 2008.
- AHUMADA RAMOS, F.J. DE: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2000.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R.: *La nueva configuración legal de la relación de empleo público: funcionarios y contratados laborales*, Sevilla, 1985.
- ALBIOL MONTESINOS, I.: "Las empresas de trabajo temporal", *Tribuna Social*, núm. 43, 1994.
- ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G.: "Discriminación laboral de género: un enfoque constitucional", *Tirant on Line*, 636199.
- ALFONSO MELLADO, C.L. y PEÑA OLBOL, S.: "De nuevo el trabajador indefinido no fijo. Ahora en supuesto de cesión ilegal de trabajadores", *Revista de Derecho Social*, núm. 22, 2003.
- ALONSO COLOMER, F.: "Ejecución de las obras", en AA.VV (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Madrid, 2003.
- ALONSO GARCÍA, B.: "La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo", *Tribuna Social*, núm. 91, 1998.
- ALONSO LIGERO, M.S.: "Igualdad salarial", en AA.VV (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Tomo I, Vol. 1º, Madrid, 1994.
- ALONSO OLEA, M.: "Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas", en AA.VV.: *Libro homenaje al Profesor Villar Palasí*, Madrid, 1989.
- "El trabajo de la mujer", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 13, 1998.
- "Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia y buena vecindad", en AA.VV (CRUZ VILLALÓN, J., Ed.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1999.

- ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, 4ª edición, Madrid, 1995.
- ALONSO-ALEGRE, G.: *Manual de contratación pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad*, Madrid, 2009.
- ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: "Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad", en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M.J., Coord.). *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003.
- ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: "Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratadas", en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003.
- ÁLVAREZ CIVANTOS, O.J.: *Mercado sostenible y responsabilidad social (Hacia la responsabilidad social de los actores sociales)*, Granada, 2006.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: "Medidas de creación de empleo", en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGO, F.J., Dirs.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Las condiciones laborales en las empresas de inserción. A propósito de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre", *Tribuna Social*, núm. 214, 2008.
- *La precariedad laboral: análisis y propuestas de solución*, Albacete, 2008.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: "La regulación especial de trabajo de los minusválidos (II)", *Relaciones Laborales*, 1987, Tomo I.
- ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A., *et alii*: "Igualdad y no discriminación", en AA.VV. (RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. y ELORZA GUERRERO, F., Coords.): *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, 2001.
- AMOEDO SOUTO, C.A.: "La precarización laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas mediante la utilización de 'medios propios'. El caso de Tragsa", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004.

- ANIORTE SANZ, R.: "El fraude de ley en la contratación de personal por las Administraciones Públicas: la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 206, 2000.
- ANTONIO ALTES, J.: *La contratación temporal en la Administración Pública*, Valencia, 1984.
- APILLUELO MARTÍN, M.: "Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2000.
- ARAGÓN GÓMEZ, C.: "El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2008.
- ARGUELLES BLANCO, A.R., MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, Madrid, 2004.
- ARIÑO ORTIZ, G.: "El servicio público como alternativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 23, 1979.
- ARROYO ZAPATERO, L.: *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Barcelona, 1998.
- ASCOLI, V.: "Estado de bienestar y acción voluntaria", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 38, 1997.
- AZNAR LÓPEZ, M.: "La configuración jurídica de las entidades no lucrativas de tipo social y humanitario: nuevas perspectivas", *Documentación Social*, núm. 3, 1996.
- BALLESTEROS MOFFA, L.A.: *La adjudicación de contratos en el sector público*, Madrid, 2010.
- BALLESTER PASTOR, M.<sup>a</sup> A.: "La Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1992, de 14 de diciembre, o la ilicitud de la normativa 'protectora' de la mujer en el trabajo, establecida con carácter genérico. El trabajo en la minas", *Tribuna Social*, núm. 27, 1993.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo*, Curitiba, 2007.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Valladolid, 2007.

- BAYLOS GRAU, A.: "Códigos de conducta y buenas prácticas de las empresas en materia laboral. El problema de la exigibilidad judicial", *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 66, 2004.
- BELADIEZ ROJO, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1997.
- BELTRÁN GÓMEZ, A.I.: "Algunas consideraciones sobre la problemática práctica de la acreditación de la solvencia por los licitadores", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 2, 2002.
- BENÍTEZ MORCILLO, G.: "Prohibiciones para contratar (arts. 20 y 21)", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo II, Granada, 2003.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Principio de igualdad y Derecho Privado", en AA.VV.: *El principio de igualdad en la Constitución Española. XI Jornadas de Estudio*, Madrid, Vol. II, 1991.
- BERNAL BLAY, M.A.: "Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número monográfico 2008.
- BLASCO PELLICER, C.: *El nuevo procedimiento de elecciones sindicales: aspectos críticos*, Valencia, 1995.
- *La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social*, Pamplona, 2005.
- BLÁZQUEZ ROMÁN, J.A. y RAMÍREZ HORTELANO, P.: "Las cláusulas sociales en la contratación administrativa", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005.
- BOCANEGRA SIERRA, R.: "Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 18, 1978.
- "La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas", *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994.
- BODAS MARTÍN, R.: "Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral y de las Administraciones Públicas", en AA.VV. (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000.

- BOLTAINA BOSCH, X.: "Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública", *Aranzadi Social*, Tomo V, 2002.
- BORRAJO DACRUZ, E.: "El modelo constitucional de la Seguridad Social en España", *Revista Trabajo*, núm. 65, 1982.
- "Los nuevos contratos laborales o la magia social de las leyes pactadas", *Actualidad Laboral*, suplemento al núm. 26, 1997, p. 642.
- BOSCO, G.: *Il mercato interno della Comunità Economica Europea*, Milán, 1990.
- BRITTON, A.: "Full employment in the industrialized countries", *Industrial Labor Review*, Vol. 136, núm. 3, 2000.
- BRUNETE DE LA LLAVE, M.T.: "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (I). Configuración y actuaciones preparatorias del contrato de CPP", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 96, 2010.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R.: "La integración del principio de igualdad en las distintas políticas públicas sectoriales", en AA.VV (MONTROYA MELGAR, A., Dir.): *Igualdad de mujeres y hombres (Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres)*, Madrid, 2007.
- CABEZA PEREIRO, J.: "Discriminación salarial indirecta por razón de sexo. Comentario a la STC 58/1994, de 28 de febrero (BOE de 24 de marzo)", *Relaciones Laborales*, núm. 20, 1994.
- CABRA DE LUNA, M.: *El tercer sector y las fundaciones de España. Hacia el nuevo milenio (enfoque económico, sociológico y jurídico)*, Madrid, 1998.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: "Creación de empleo y yacimientos de empleo", *Gaceta Sindical*, núm. 167, 1998.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L., COLLADO CURIEL, J.L. y MARTÍNEZ MARÍN, M.I.: *Nuevos yacimientos de empleo en España. Potencial de crecimiento y desarrollo futuro*, Madrid, 1998.
- CALVO GALLEGOS, J.: "La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción", *Temas Laborales*, núm. 87, 2006.
- "El desarrollo reglamentario y convencional de la Ley de la Subcontratación en el sector de la Construcción", *Temas Laborales*, núm. 93, 2008.

- CAMPS RUIZ, L.M.: "Constitución de filiales y estatuto del personal aplicable a los trabajadores al servicio de un grupo de sociedades", *Poder Judicial*, núm. 16, 1989.
- *La contratación laboral temporal para ocupar puestos de trabajo vacantes en las Administraciones Públicas*, Valencia, 1990.
- CANTERO MARTÍNEZ, F.: "Estructura del empleo público y clases de empleados públicos", en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Dir.): *Manual de Empleo Público*, Madrid, 2009.
- CASADO, D.: *Panorámica de la discapacidad*, Barcelona, 1991.
- "El sector voluntario de objeto social en la perspectiva europea", en AA.VV (JEREZ NOVARA, A., Dir.): *¿Trabajo voluntario o participación?*, Madrid, 1998.
- CASARES MARCOS, A.: "Tipología fundacional", en AA.VV (BENEITO PÉREZ, J.M., Dir.): *Tratado de Fundaciones*, Barcelona, 2007.
- CASTELLANO BURGUILLO, M.E.: "El distintivo de igualdad en la empresa: a medio camino entre la responsabilidad social empresarial y el cumplimiento de la norma legal", *Temas Laborales*, núm. 104, 2010.
- CASTILLO BLANCO, F.A.: "Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 86, 1995.
- CASTRO CONTE, M.: "Art. 33. Contratos de las Administraciones Públicas", en AA.VV (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Pamplona, 2008.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: "A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario", *Aranzadi Social*, núm. 22, 2006.
- CEGARRA FERNÁNDEZ, F.J.: "La definitiva exclusión del personal contratado para 'trabajar en el exterior' del convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 123, 2004.
- CESCyL (Consejo Económico y Social de Castilla y León): *Situación económica y social de Castilla y León en 2009, Economía, Mercado laboral, Calidad de Vida y protección social*, Tomo I, Valladolid, 2010.

- *Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Aplicación de la Ley 39/2006 en Castilla y León. Informe a iniciativa propia IIP 3/10*, Valladolid, 2010.
- *Bienestar social y riesgo de pobreza en Castilla y León. Informe a iniciativa propia IIP 2/10*, Valladolid, 2010.
- COLINA ROBLEDO, M.: "La nueva regulación de los contratos temporales estructurales para obra o servicio determinado y de eventualidad, y los contratos de trabajo a tiempo parcial y de trabajadores fijos discontinuos", *Documentación Laboral*, núm. 54, 1997.
- CONDE-POMPIDU TOURON, M.T.; CUTRÍN DOMÍNGUEZ, M.; LÓPEZ CORRAL, J.C.: "Igualdad de género y contratación administrativa", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 12, 2009.
- CORDERO SAAVEDRA, L.: *Régimen de trabajo de las Administraciones Públicas*, Murcia, 2003.
- CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1992.
- "Outsourcing y relaciones laborales", en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2000.
- *Compendio de Derecho del Trabajo*, 3ª edición, 2010.
- CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: "Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos", *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998.
- DELVOLVE, P.: "Marchés publics: les critères des 'contrats-maison'", *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 1, 2002.
- DÍAZ MOLINER, R.: *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales*, Vol. II, Madrid, 1998.
- DIÉGUEZ CUERVO, G.: "Estabilidad en el empleo y contratos temporales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 2, 1980.
- DOMINGO ZABALLOS, M.J.: "El Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre: notas sobre el Fondo Estatal de Inversión Local", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 769, 2009.
- DORREGO DE CARLOS, A.: "La nueva Ley de Contratos del Sector Público: retos y oportunidades para la Administración y nuestras empresas", *La Ley*, núm. 6934, 2008.

- EDO HERNÁNDEZ, V.: "La empresa pública en España", *Papeles de Economía Política*, núm. 38, 1989.
- ELFFMAN, M.: "Discriminación en el empleo", en AA.VV (BLANPAIN, R. Ed.): *XV Congreso mundial del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, I: Discriminación en el empleo*, Leuven, 1998.
- EMBID IRUJO, J.M.: "Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)", *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 7, 2003.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: "Igualdad y acceso al empleo de las personas con discapacidad", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 138, 2008.
- "El mito de la responsabilidad social corporativa: el caso de los trabajadores discapacitados", *Relaciones Laborales*, 2010, Tomo I.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: "Estímulos materiales y ayudas instrumentales a la contratación laboral", *Relaciones Laborales*, 1991, Tomo I.
- "Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres", *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2007.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, 1999.
- "La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000)", *Relaciones Laborales*, 2001, Tomo I.
- "Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas", en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003.
- ESTEBAN LEGARRETA, R. y FUSTE MIQUELA, J.M.: "Los enclaves laborales de centros especiales de empleo en empresas ordinarias (una aproximación crítica tras un período de experimentación)", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 286, 2007.
- ESTEBAN LEGARRETA, R. y MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: "La relación laboral especial de los minusválidos", *Tribuna Social*, núm. 91, 1998.
- ESTÉVEZ MARTÍN, A.E.: "La igualdad de género en el mercado laboral: su impulso a través de la contratación pública (comentario a la STSJ de Extremadura 535/2009, de 16 de junio)", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 97, 2010.

- FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005.
- *Contratación Pública*, Barcelona, 4ª edición, 2008.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: "El comité de empresa. Procedimiento electoral", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, Tomo II.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?", *Revista General de Derecho*, núm. 644, 1998.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005.
- *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Sevilla, 2006.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y TASCÓN LÓPEZ, R.: "Responsabilidad empresarial por los daños causados a una trabajadora a la que se discriminaba por razón de sexo (Comentario a la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1999)", *La Ley*, núm. 5148, 2000.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "La figura del contrato indefinido en la Administración: la convalidación legislativa de una mala praxis de los poderes públicos", en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2009.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G.: *Los minusválidos en el mercado laboral: Incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*, León, 2004.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: "La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional", en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., Coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid, 1991.
- "La discriminación en la jurisprudencia constitucional", *Relaciones Laborales*, 1993, Tomo I.
- "El derecho de las contratadas entre la licitud y la prevención", *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006.

- “Políticas selectivas: un peculiar contenido de las medidas activas de empleo”, en AA.VV.: *XVIII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Murcia, 2007.
- FERNÁNDEZ URRUTIA, A.: “Un intento de freno a la siniestralidad y a la precariedad laboral en las obras de construcción: la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y sus normas de desarrollo reglamentario y convencional”, *Documentación Laboral*, núm. 80, 2007.
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: “Funcionarios interinos y contratación laboral: ¿debe mantenerse el tradicional criterio de delimitación jurisdiccional?”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001.
- FITA ORTEGA, F.: *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Valencia, 1999.
- FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, Madrid, 1997.
- “Los problemas de delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas”, *Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi)*, Vol. VI, 2000.
- GALA DURÁN, C.: *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, Madrid, 1998.
- “Supuestos y consecuencias de la utilización ‘inadecuada’ de las empresas de trabajo temporal”, *Relaciones Laborales*, núm. 19, 1998.
- *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Pamplona, 1999.
- “La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los centros especiales de empleo”, *Temas Laborales*, núm. 55, 2000.
- “La responsabilidad empresarial en materia salarial en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de obras y servicios”, en AA.VV (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Valladolid, 2001.

- “Responsabilidad social empresarial, derecho a la libre prestación de servicios y contratación pública de obras o servicios”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2010.
- “Responsabilidad social empresarial. Derecho a la libre prestación de servicios y contratación pública”, en AA.VV.: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, vol. II, *XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2010.
- GALLARDO MOLLA, R.: “La metamorfosis de la negociación colectiva europea”, *Relaciones Laborales*, 2008, Tomo II.
- GALLEGO CORCOLES, I.: “El procedimiento para la declaración y calificación del grado de minusvalía”, en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003.
- GÁRATE CASTRO, J.: “Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social de la descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la 'propia actividad' (referencias al empleo de esta fórmula de descentralización productiva por parte de las Administraciones Públicas)”, en AA.VV. (GÁRATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Barcelona, 2004.
- “Descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social, con especial referencia a las Administraciones públicas”, *Actualidad Laboral*, 2004, Tomo I.
- GARCÍA BLASCO, J.: “El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas”, en AA.VV. (DE VAL TENA, A.L. y GARCÍA BLASCO, J., Coord.): *La subcontratación en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona, 2007.
- GARCÍA BLASCO, J. y AGUILAR MARTÍN, C.: “La subcontratación en la construcción: a propósito del Reglamento de 24 de agosto de 2007”, *Aranzadi Social*, núm. 17, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956 (2ª edición, facsímil, 1984).
- “Prólogo”, a la obra de SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª edición, Madrid, 2004.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 14ª edición, Madrid, 2008.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal" (I), *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1996.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, núm. 34, 1994.
- GARCÍA INDA, A.: "Aspectos legales del voluntariado: el modelo de la Ley 6/1996, de 15 de enero", *Documentación Social*, núm. 104, 1996.
- GARCÍA MURCIA, J. y BERNARDO JIMÉNEZ, I.: "Art. 54", en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., Coords.): *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granada, 2004.
- GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981.
- "El trabajo de los incapacitados", *Tribuna Social*, núm. 91, 1998.
- GARCÍA NINET, J.: "Régimen jurídico del personal voluntario", *Revista de Seguridad Social*, núm. 18, 1983.
- "La subcontratación en el sector de la construcción o el abuso de la subcontratación y el crecimiento de la siniestralidad en el sector", *Tribuna Social*, núm. 191, 2006.
- GARCÍA PIQUERAS, M.: "El contrato para la prestación de servicios a los entes públicos en régimen de Derecho Administrativo", *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1998.
- *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas*, Valencia, 1998.
- *En las fronteras del Derecho del Trabajo (Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, socios, contratos administrativos)*, Granada, 1999, p. 129.
- GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: "Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos", en AA.VV. (CASAS BAAMONDE M.E.;

- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y VALDÉS DAL-RE, F., Coords.): *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid, 1997.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contrata", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Madrid, 1997.
- GARRIDO PÉREZ, E.: "Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción", *Temas Laborales*, núm. 51, 1999.
- *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, Valencia, 2000.
- "El trabajo de discapacitados en centros especiales de empleo: replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial", en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003.
- GIL IBÁÑEZ, J.L.: "Capacidad para contratar y clasificación de los contratistas", en AA.VV. (GIL IBÁÑEZ, J.L., Dir.): *Contratación administrativa*, Madrid, 1995.
- GIMENO FELIU, J.M.: "Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar los aspectos sociales y medioambientales", en AA.VV. (GIMENO FELIU, J.M., Coord.): *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Barcelona, 2004.
- "Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público", *Revista General de Derecho Administrativo (Iustel)*, núm. 14, 2006.
- GOERLICH PESET, J.M.: "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales", *Actualidad Laboral*, núm. 8, 1997.
- "Actividades laborales externalizables: régimen jurídico", en AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002.

- GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRES, L.E.: "Reestructuraciones de plantillas en los entes locales: un nuevo supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en las Administraciones Públicas", *Justicia Laboral*, núm. 4, 2000.
- GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: "El difícil equilibrio entre el rescate de las contratadas y los principios de mérito y capacidad en el acceso del personal laboral a la función pública", en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000.
- GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: "Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas", *Justicia Administrativa*, núm. 20, 2003.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: "Las indemnizaciones por despido en la última reforma laboral del mercado de trabajo", *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 13, 2010.
- GONZÁLEZ IGLESIAS, M.A.: *El contrato administrativo de consultoría y asistencia*, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: "Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público", *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núms. 44-45, 1976.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y clasificación", *Temas Laborales*, núm. 7, 1986.
- "Los requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción", en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J.R., Coord.): *La nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, Valladolid, 2007.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 97, 1999.
- "La reforma laboral de 2006 y la contratación temporal. La lucha contra el abuso de la contratación temporal: un análisis de urgencia", *Actualidad Laboral*, núm. 17, 2006.
- *La protección por maternidad*, Valencia, 1997.

- HERNÁNDEZ, S.: "Etá lavorativa, etá pensionabile e principio di paritá tra i sessi", *Il Dir. Lav.*, núm. 6, 1996.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I.: "La subcontratación en los contratos del sector público", *Actualidad Administrativa*, núm. 1, 2007.
- IGARTUA MIRÓ, M.T.: *Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial*, Murcia, 2003.
- IGLESIAS CABERO, M.: "La gestión privada del empleo", *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2000.
- ITURRI GÁRATE, J.L.: "Propuestas de revisión de la legislación vigente en materia de trabajo de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Derecho Laboral del siglo XXI. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 118, 2007.
- JACQMAIN, J.: "¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad?", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1997.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *Políticas de selección en la función pública española (1808-1978)*, Madrid, 1989.
- JURISTO SÁNCHEZ, R.: *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1983.
- LAHERA FORTEZA, J.: *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, Madrid, 2001.
- "La reforma de la contratación laboral", *RL*, núm. 21-22, 2010.
- LEGUIDEC, R.: "Decadencia y resurgimiento del trabajo gratuito", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 115, núm. 6, 1996.
- LEGUINA VILLA, J.: *La responsabilidad civil de la Administración*, Madrid, 1983.
- LESMES ZABALEGUI, S.: "Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral", *Lan Harremanak*, núm. 13, 2005.
- *Cláusulas sociales. Contratación pública e inserción sociolaboral de personas en situación desfavorecida*, [www.lamegi.org](http://www.lamegi.org).
- *Incorporación de la perspectiva de género en los contratos públicos. Desarrollo del art. 20.2 de la Ley 4/2005, para la igualdad de mujeres y hombres*, [www.bultz-lanconsulting.org](http://www.bultz-lanconsulting.org)
- *Manual de cláusulas sociales. La adjudicación de contratos de las Administraciones públicas como herramienta de inserción sociolabo-*

- ral para personas en situación o riesgo de exclusión social*, Pamplona (www.gaztelan.org).
- LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas*, Madrid, 1999.
- LLINARES CERVERA, P.: "Algunas consideraciones sobre los criterios de adjudicación en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la luz del Derecho Comunitario", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 82, 2009.
- LÓPEZ ANIORTE, M.C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Murcia, 2003.
- LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995.
- LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS, L.M.: *Las empresas de inserción en España*, Madrid, 2002.
- LUCA, J. DE: "La polémica sobre los derechos de la solidaridad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1995.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: "Empresas de inserción", *Aranzadi Social*, núm. 20, 2007.
- "El contrato para fomento de la contratación indefinida tras el Real Decreto Ley 10/2010", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 3, núm. 7-8, 2010.
- MARTÍN HUERTA, P.: "Régimen económico financiero de la concesión y equilibrio económico del contrato (arts. 245 a 248)", en AA.VV. (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Dir.): *Comentario a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, 2003.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R.: "Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y propia actividad", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1999.
- MARTÍN PUEBLA, E.: "Empresas de inserción y política de empleo", *Aranzadi Social*, 2007, Tomo V.
- MARTÍN REBOLLO, L.: "La administración de garantías: vigencia y limitaciones", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 13, 1992.
- *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, 1997.

- MARTÍN VALVERDE, A.: "El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Política Social*, núm. 137, 1983.
- "La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 33, 1988.
- "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las leyes laborales*, Vol. VIII, Madrid, 1988.
- "La protección jurídica del trabajo en contratas: delimitación de los supuestos de hecho", en AA.VV. (SÁNCHEZ PEGO, F.J., Dir.): *Cesión de trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratas de obras o servicios. Sucesión de empresas*, Madrid, 1994.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: "La discriminación salarial por razón de sexo", *Relaciones Laborales*, núm. 22, 1989.
- MARTÍNEZ BLANCO, A.: "El personal contratado en régimen administrativo de las Comunidades Autónomas", *Documentación Administrativa*, núm. 194, 1982.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios*, Madrid, 1980.
- MARTÍNEZ FONS, D.: *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, Documento de trabajo 153/2009, [www.falternativas.org](http://www.falternativas.org).
- "La contratación pública como instrumento de la política de empleo y la libre competencia", en AA.VV.: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa, XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. II, Madrid, 2010.
- MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas: problemas y soluciones*, Madrid, 1998.
- MARTÍNEZ MARÍN, A.: *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1990.
- MEDINA ARNAIZ, M.T.: "La igualdad de género entre los criterios de adjudicación de un contrato público (comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura núm. 535/2009, de 16 de junio)", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 794, 2010.

MELAN GIL, J.L.: *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Madrid, 1968.

MELERO ALONSO, E. y ESPIN SAEZ, M.: "El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas: fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 1999.

MENDOZA MORENO, D.: *Situación actual y retos del régimen jurídico del trabajo de personas en situación de exclusión social y con discapacidad en España*, Madrid, 2010.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.: "El contrato de consultoría y asistencia tras la reforma de la LCAP con ocasión de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 107, 2000.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.: *El contrato de consultoría y asistencia*, Madrid, 2002.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M.<sup>a</sup> P.: "Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001.

——— "Los contratos administrativos para trabajos específicos: naturaleza, régimen jurídico y delimitación respecto de los contratos laborales para obra o servicio determinado", *Temas Laborales*, núm. 41, 1997.

MERCADER UGUINA, J.R.: "La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 14, 1994.

——— "La 'parte general' de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: la extensión material de la tutela por razón de sexo", en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Coords.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, 2007.

——— "La Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción", *Relaciones Laborales*, 2007, Tomo I.

MERCADER UGUINA, J.R. y NIETO ROJAS, P.: "El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (el RD 1109/2007, de 24 de agosto)", *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2007.

- MERINO SEGOVIA, A.: *Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*, Albacete, 2006.
- MESTRE DELGADO, J.F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, 1992.
- “Las formas de prestación de los servicios públicos laborales. En particular, la concesión”, en AA.VV. (MUÑOZ MACHADO, S., Dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II, 2ª edición, Madrid, 2003.
- MESTRE DELGADO, J.F. y PEÑA, M. DE LA: “El régimen de los minusválidos en España”, en AA.VV. (MUÑOZ MACHADO, S. y DE LORENZO, R., Dirs.): *Código europeo de las minusvalías*, Madrid, 1996.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “El problema de la identificación del concepto de ‘unidad productiva autónoma’ ex art. 44 ET: la posibilidad de nuevos usos hermenéuticos”, *Temas Laborales*, núm. 32, 1994.
- “El ‘rescate’ de los desempleados ‘por un puñado de euros’: ‘compra de empleos’ y tragicomedia del ‘crash 2008’”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 310, 2009.
- “Reforma 2010 del mercado de trabajo: una nueva milonga del capitalismo de casino”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 282, 2010.
- MOLINER TAMBORERO, G.: “La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos”, en AA.VV. (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas”, *Relaciones Laborales*, 1986, Tomo II.
- *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, 1999.
- “Transmisión de empresas y nuevas formas de organización productiva”, *Tribuna Social*, núm. 239, 2010.

- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico, Granada, 1999.
- MONTOYA MARTÍN, E.: Las empresas públicas sometidas a Derecho Privado, Madrid, 1996.
- MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, 2004.
- MONTOYA MELGAR, A.: "Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral", *Revista Política Social*, núm. 121, 1979.
- "Estabilidad en el empleo y nuevas propuestas de fomento de la contratación indefinida", *Documentación Laboral*, núm. 58, 1999.
- "Contratos temporales y principio de estabilidad en el empleo", *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 32, 2002.
- "Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: políticas y normas", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 129, 2006.
- MORA MATEO, J.E.: "La frontera entre la relación laboral y la relación administrativa en la prestación de servicios a las Corporaciones Locales", en AA.VV. (GÁRATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Barcelona, 2004.
- MORA ROSADO, S.: "El fenómeno del voluntariado en España", *Documentación Social*, núm. 104, 1996.
- MORALES ORTEGA, J.M.: "Los destinatarios de las políticas de empleo", en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGO, F.J., Dirs.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006.
- MORCILLO MORENO, J.: "Las obligaciones del concesionario de obra pública tras la Ley 13/2003, de 23 de mayo", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 43, 2005.
- MORELL OCAÑA, L.: "Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas", en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004.
- MORENO GENE, J.: *Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable*, Valencia, 2002.

- MORENO MOLINA, A.M.: "Disposiciones en materia de contratación administrativa y subvenciones públicas", en AA.VV (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Coords.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, 2007.
- MORENO MOLINA, J.A.: *Contratos públicos. Derecho Comunitario y Derecho español*, Madrid, 1996
- "Los contratos de consultoría, asistencia y servicios", en AA.VV (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004.
- MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *Nuevo régimen de la contratación administrativa (adaptada al nuevo reglamento de contratos y a la Ley de Concesión de Obras Públicas)*, Madrid, 2003.
- NAVARRO NIETO, F.: "Descentralización productiva y relaciones laborales", *Documentación Laboral*, núm. 71, 2004.
- NICOLAS BERNARD, J.A.: "La reparación de los principios constitucionales vulnerados en la relación laboral indefinida no fija", en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2009.
- NIETO GARCÍA, A.: "La noche oscura de la función pública", *Cuadernos Económicos ICE*, núm. 13, 1980.
- "La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo", en AA.VV.: *Treinta y cuatro artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid, 1984.
- NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contrata. La noción de 'contrata de propia actividad'*, Valencia, 2004.
- NÚÑEZ MUNAIZ, R.: *Comentarios al texto refundido y al reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004.
- NÚÑEZ-GONZÁLEZ, C.: "La aplicación de la reserva de empleo para personas con minusvalía. Comentario a la Sentencia de 11 de mayo de 1995 del TSJ de la Comunidad Valenciana", *Tribuna Social*, núms. 68-69, 1996.
- OJEDA AVILÉS, A.: "El procedimiento de recolocación revisitado", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 14, 1983.
- OJEDA AVILÉS, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, Madrid, 2006.

- OLMO GASCÓN, A.M.: "Alteración sustancial del contrato laboral en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal", *Actualidad Laboral*, núm. 46, 1996.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L.: "El reto dogmático del principio de eficacia", *Revista de Administración Pública*, núm. 133, 1994.
- "El Fondo Estatal de Inversión Local y el equilibrio entre los principios de interés público local", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 95, 2010.
- ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C.: "La sustitución de los contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos y en la jurisprudencia del TJCE)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, 2002.
- PADROS, X. y FORTUNY, J.M.: *Legislació bàsica sobre contractes: la Llei de Contractes de les Administracions Públiques*, Barcelona, 1995.
- PALOMAR OLMEDA, A.: "De nuevo sobre el tema de la contratación administrativa en el ámbito de las Administraciones Públicas", *Aranzadi Social*, núms. 7-8, 2005.
- PANIZO ROBLES, J.A.: "El nuevo programa de fomento del empleo (comentarios al Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo)", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro Estudios Financieros)*, núm. 280, 2006.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985.
- PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007.
- PARDELL VEA, A.: "La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales", en AA.VV.: *XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2005.
- PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. I, Barcelona, 1998.
- PASCUAL ALLEN, M.C.: "Los contratos temporales y las empresas de trabajo temporal", en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *La reforma pactada de las legislaciones laborales y de Seguridad Social*, Valladolid, 1997.

- PEDRAJAS MORENO, A.: "Relaciones de trabajo de carácter interprofesional: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa", en AA.VV.: *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, Valencia, 1998.
- PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: "La subcontratación en el sector de la construcción. A propósito de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, que regula la misma y de su desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto", *Tirant on Line*, núm. 1.126.932, 2007.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990.
- "El concepto de 'propia actividad' empresarial", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratos. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000.
- PÉREZ DEL RÍO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 1984.
- "El principio de no discriminación por razón de sexo en el trabajo ante el Tribunal Constitucional: de la tutela a la paridad", en AAVV.: *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1985.
- "La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", *Temas Laborales*, núm. 52, 1999.
- PÉREZ DEL RÍO, T. y ZAMBONINO PULITO, M.: "La acción positiva y sus instrumentos: la inclusión de las cláusulas sociales de género en la contratación de las Administraciones Públicas", *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008.
- PÉREZ GIL, M.C.: "Las empresas de trabajo temporal: trabajo precario y discriminación", *Aranzadi Social*, 1998, Tomo V.
- PÉREZ LUQUE, A.: *Personal temporal de las Corporaciones Locales*, Madrid, 1989.
- PÉREZ REY, J.: "Panorámica de las especialidades e incentivos en la contratación laboral ordinaria de trabajadores con discapacidad", en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003.

- PÉREZ YÁÑEZ, R.: "El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a los trabajadores en misión", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1998.
- "La inserción social a través del trabajo: a propósito de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción", *Relaciones Laborales*, 2008, Tomo I.
- PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F.: "Las empresas de trabajo temporal: a medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra", en AA.VV.: *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, 1994.
- PÉREZ-ILLARBE, J.A.: "Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público", *Zerbitzuan*, núm. 40, 2006.
- PLEITE GUADAMILLAS, F.: "Las cláusulas sociales en la contratación administrativa", *Contratación Administrativa Práctica*, núm 56, 2006.
- QUINTANA LÓPEZ, T.: "La actividad administrativa de prestación. El servicio público. La doctrina clásica del servicio público. Evolución de la doctrina. Nacionalización y municipalización de servicios y actividades", en AA.VV.: *Derecho Administrativo. Parte especial*, Madrid, 1995.
- "Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 131, 2006.
- QUINTANA PELLICER, J. DE: "La descentralización productiva (outsourcing). Algunos apuntes en relación con las cuestiones que plantea desde el punto de vista judicial", *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2000.
- QUINTANILLA NAVARRO, B.: *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Madrid, 1996.
- QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: "Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2000.
- QUIRÓS HIDALGO, G.: "Algunas cuestiones sobre la atribución de responsabilidades ex art. 42 ET en un supuesto de contrata encargada por una sociedad cooperativa de viviendas, a su vez concesionaria de un Ayuntamiento", *Aranzadi Social*, núm. 4, 2005.

- RAMOS MORCILLO, M.J.: "El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal", *Revista Técnico Laboral*, núm. 68, 1996.
- RAMOS QUINTANA, M.I.: *Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial*, Albacete, 2007.
- REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A.: *La nueva Ley de Fundaciones*, Madrid, 1994.
- REBOLLO PUIG, M.: "Los entes instrumentales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", *Documentación Administrativa*, núm. 243, 1995.
- "Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro", *Poder Judicial*, núm. 20.
- REBOLLO RICO, A.: "Derechos y obligaciones del concesionario", en AA.VV. (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, 2003.
- REY GUANTER, S. DEL y LEAL PERALVO, F.: "La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada", *Relaciones Laborales*, 1996, T. II.
- RIAÑO POMBO, M. y SÁNCHEZ VILLALTA, M.: "Criterios sociales y medioambientales en la contratación pública", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 301, 2010.
- RIVERO LAMAS, J.: "Tipificación y estructura del contrato de trabajo", *Anuario de Derecho Civil*, T. XXV, 1972.
- "Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral" y ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: "Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratistas", en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: "Criterios de deslinde entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo: historia de una tortuosa coexistencia", en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2009.

- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La situación de los trabajadores en las empresas descentralizadas: merma de sus garantías y la 'crisis' del trabajo subordinado", *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001.
- "Responsabilidades de régimen laboral derivadas de la subcontratación de concesiones administrativas", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 281-282, 2006.
- *Subcontratación de concesiones administrativas. Problemas laborales*, Madrid, 2006.
- *Responsabilidades de régimen laboral de la Administración en las concesiones de obra pública*, Gijón, 2007.
- "El rechazo de la equiparación automática a la condición de 'minusválido' de los incapacitados permanentes de la Seguridad Social (comentario a la STS, Sala cuarta, de 18 de octubre de 2007)", *Tribuna Social*, núm. 208, 2008.
- "La integración laboral de las personas con discapacidad tras la Ley de Contratos del Sector Público", *Temas Laborales*, núm. 95, 2008.
- "Trabajo y exclusión social en el nuevo sistema de contratación del sector público", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 305-306, 2008.
- *La familia en el ámbito jurídico laboral. Situación y protección*, Valencia, 2008.
- *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública*, Madrid, 2008.
- "La solvencia del empresario contratista de la Administración como cauce para la tutela de los derechos laborales", *Justicia Laboral*, núm. 39, 2009.
- *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Madrid, 2009.
- "La prevención de riesgos laborales en las obras públicas: logros y fracasos", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 20, 2010.
- "La promoción de los cupos de reserva a favor de las personas con discapacidad en el nuevo contexto normativo sobre empleo público", *Aranzadi Social*, núm. 4, 2010 (BIB 2010/969).

- *El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración pública: requisitos y consecuencias de la aplicación de los arts. 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores*, Barcelona, 2010.
- "La vis expansiva de las cláusulas sociales en el sistema de contratación pública: un cauce para el fomento del empleo de los colectivos más desfavorecidos permitido por el Derecho Comunitario", en AA.VV.: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa, Vol. II, XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2010.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L.: "El concepto de transmisión de empresas en la jurisprudencia española", *Relaciones Laborales*, núm. 24, 2000.
- RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M.: *La incapacidad para el trabajo*, Barcelona, 1993.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: *Procedimiento de elecciones a representantes de los trabajadores y funcionarios*, Pamplona, 1995.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "La Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del derecho español de trabajo", en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E., Coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1994.
- *Las empresas de trabajo temporal en España*, Valencia, 1994.
- "Propia actividad y contrata", *Relaciones Laborales*, núm. 6, 1996.
- "La legalización de las empresas de trabajo temporal en España: crónica de un fracaso legislativo", *Temas Laborales*, núm. 56, 2000.
- "La libre circulación de los trabajadores en el espacio europeo: del Tratado de Roma a la Directiva Bolkenstein", *Relaciones Laborales*, 2009, Tomo II.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: "La regulación protectora del trabajo en las contratas", *Revista de Política Social*, núm. 93, 1972.
- "El principio de igualdad y las relaciones laborales", *Revista Política Social*, núm. 121, 1979.
- "El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 del ET", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1996.
- *Igualdad y no discriminación por razón de sexo*, Madrid, 1986.

- “La igualdad de los tratamientos laborales y su relevancia constitucional”, *Relaciones Laborales*, núm. 22, 1998.
- “Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2000.
- “La contratación administrativa y el Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2005.
- “El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer”, *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2006.
- “Exclusiones, reservas y preferencias de empleo”, en AA.VV (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, Madrid, 1983.
- “El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?”, *Relaciones Laborales*, 2008, Tomo II.
- “Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, 2009, Tomo II.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones”, en AA.VV.: *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1985.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J.: “Igualdad y no discriminación en las relaciones de trabajo (en torno al art. 17.1)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000.
- ROJO TORRECILLA, E.: “Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos”, *Relaciones Laborales*, 1998, Tomo I.
- “La regulación jurídica de las empresas de inserción”, en AA.VV. (ÁLVAREZ VEGA, M.I., Coord.): *Aspectos jurídico y económico de las empresas de economía social*, Oviedo, 2002.
- ROMÁN VACA, E.: “Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario. El ejemplo sevillano”, *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006.
- “Una ilusión frustrada: la anulación del pliego de cláusulas administrativas generales contra la siniestralidad laboral del Ayuntamiento de Sevilla”, *Temas Laborales*, núm. 100, 2009, vol. III.

- ROMERO RÓDENAS, M.J.: "Algunas particularidades del proceso de trabajo contra las Administraciones Públicas", *Actualidad Laboral*, núm. 25, 1998.
- ROQUETA BUJ, R.: "La contratación administrativa del personal: evolución", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001.
- RUANO RODRÍGUEZ, L.: "Fortaleza física y discriminación por sexo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/1996, de 3 de diciembre)", *Relaciones Laborales*, núm. 13, 1998.
- RUIZ CASTILLO, M.M.: *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Albacete, 2010.
- RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A.: "La clasificación de las empresas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 136.
- RUIZ MIGUEL, A.: "Discriminación inversa e igualdad", en AA.VV. (VALCÁRCEL, A., Comp.): *El concepto de igualdad*, Madrid, 1994.
- SAEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo*, Madrid, 1984.
- *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, 1994.
- "Las cláusulas sociales en los contratos del sector público", *Relaciones Laborales*, 2009, Tomo II.
- SALA ARQUER, J.M.: *El principio de continuidad de los servicios públicos (sus orígenes en Derecho español)*, Madrid, 1977.
- SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*, Valencia, 1994.
- "La sucesión de contratistas", en AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002.
- "Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2005.
- SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, Albacete, 2005.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "Contrato de puesta a disposición", en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., Dirs.): *Comen-*

- tarios a las normas sobre Empresas de Trabajo Temporal, Madrid, 2004.
- SÁNCHEZ DE LA ARENA, M.A.: "Análisis de la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción", *Justicia Social*, núm. 29, 2007.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: "Actuaciones preparatorias, tramitación de expedientes de contratación y adjudicación de los contratos", en AA.VV.: *Comentario a la ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004.
- SÁNCHEZ PEGO, F.J.: "La realización interempresarial de trabajo temporal: el contrato de puesta a disposición", *Documentación Laboral*, núm. 46, 1995.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y PÉREZ CAMPOS, A.I.: "Distintivo empresarial en materia de igualdad", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 148, 2010.
- SÁNCHEZ, M.C.; SILVÁN, E. y URBANO, E.: "La mujer en el mercado laboral. Acceso, condiciones y remuneración", en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A., Coord.): *El tratamiento del género en el ordenamiento español (una visión multidisciplinar del tratamiento de la mujer en los distintos ámbitos sociales)*, Valencia, 2005.
- SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *Los trabajadores discapacitados. Contratación, incentivos, centros especiales de empleo, prestaciones especiales, fiscalidades*, Valencia, 2000.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "Excluidos sociales: empleo y protección social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 59.
- "Responsabilidad social de las empresas y códigos de conducta empresariales: aproximación desde el Derecho del Trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 148, 2010.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. I, 3ª edición, Madrid, 2000.
- SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003.

- SELMA PENALVA, A.: "Precariedad laboral ahora también en la Administración Pública", *Aranzadi Social*, núm. 11, 2005.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: "El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación", *Tribuna Social*, núm. 91, 1998.
- "El trabajo de los minusválidos tras el RD 427/1999, de 12 de marzo", *Aranzadi Social*, 1999, Tomo V.
- "La contratación temporal y el Estatuto de los Trabajadores: cuestiones generales", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y CANO GALÁN, Y.; CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *Políticas sociolaborales*, Madrid, 2005.
- SERRANO OLIVARES, R.: "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo", todos en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2000.
- SOLAS RAFECAS, J.M. DE y SASTRE BECEIRO, M.: "Art. 86. Criterios para la adjudicación del concurso", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, T. III, Granada, 2004.
- SOLER ARREBOLA, J.A.: "Aproximaciones a la nueva Ley para la regulación del régimen de las empresas de inserción", *Temas Laborales*, núm. 95, 2008.
- SOLER VILAR, A. y OLLER RUBERT, M.: "Art. 33", en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.I., Dir.): *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia, 2007.
- SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª edición, Madrid, 2004.
- SUAY RINCÓN, J.: "La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación", en AA.VV. (GÓMEZ FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004.
- TASCÓN LÓPEZ, R.: *Aspectos jurídico laborales de la responsabilidad social corporativa*, Madrid, 2008.
- TOBLER, C.: "Encore: women's clauses in public procurement in the European Community Law", *European Law Review*, núm. 6, 2000.

- TOLOSA TRIBIÑO, C.: "La subcontratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J.R., Coord.): *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Valladolid, 2007.
- *Contratación administrativa*, 2ª edición, Pamplona, 2008.
- TORNOS MAS, J.: "De las actuaciones relativas a la contratación", en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004.
- "Derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la Administración", en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004.
- TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M.: "Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto", *Aranzadi Social*, núm. 15, 2007.
- TRYBUS, M.: "Social Clauses in EU Public Procurement", *Internacional Conference on Corporate Social Responsibility*, Copenhagen University, 6 y 7 noviembre 2008.
- TUSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, Pamplona, 2000.
- "El centro especial de empleo. Naturaleza y clases. Gestión y financiación", en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: "Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas", en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004.
- VALDÉS ALONSO, A.: "Contrato de trabajo fijo y contrato de trabajo indefinido en la Administración Pública", *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2007.
- VALDÉS DAL-RE, F.: "Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición (I)", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1995.
- "Derechos en serio y personas con discapacidad", *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2005.

- “La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo”, en AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002.
- VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico (Comentario a la Ley 44/2007, de 14 de diciembre”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro Estudios Financieros)*, núm. 298, 2008.
- VERNIA TRILLO, S.: “La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, 2002.
- VIDAL, I.: “El mercado, el Estado del bienestar y el sector de la economía social”, en AA.VV. (ÁLVAREZ BEGA, M.I., Coord.): *Aspectos jurídico y económico de la empresa de economía social*, Oviedo, 2002.
- VILANOVA, E. y VILANOVA, R.: *Las otras empresas. Experiencias de economía alternativa y solidaria en el Estado Español*, Madrid, 1996.
- VILLAR CAÑADA, I.M.: “Los enclaves laborales”, en AA.VV. (MOLINA NAVARRETE, C., Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 2005.
- VILLAR EZCURRA, J.L.: *La responsabilidad en materia de servicios públicos*, Madrid, 1981.
- VILLAR PALASI, J.L.: *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964.
- VILLAR PALASI, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L.: *Principios de Derecho Administrativo*, T. III, Madrid, 1983.
- ZAMBONINO PULITO, M.: “La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la contratación de las Administraciones Públicas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 175, 2008.
- VILLA GIL, L.E. DE LA: “La regulación del empleo de los minusválidos en España”, *Tribuna Social*, núm. 55, 1995.
- “Do ut facias: en torno a los estímulos de contratación laboral”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*

- (Ejemplar dedicado a *Estudios de Derecho del Trabajo en homenaje al Prof. Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*), núm. 23, 1999.
- "¿Acabar con el trabajo en precario? Notas de urgencia a la reforma laboral de 2006", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 11, 2006.
- "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Iustel*, núm. 17, 2008.
- VILLA GIL, L.E. DE LA y SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: "El derecho al trabajo de los minusválidos", *Revista de Trabajo*, núm. 79, 1995.





## Capítulo IV

Análisis de la regulación por la LCSP de la nueva figura contractual de colaboración entre los sectores público y privado



# ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN POR LA LCSP DE LA NUEVA FIGURA CONTRACTUAL DE COLABORACIÓN ENTRE LOS SECTORES PÚBLICO Y PRIVADO

Miguel Ángel González Iglesias  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*

## I. LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADOS: INTRODUCCIÓN

Por Resolución de 1 de abril de 2005<sup>1143</sup> se hizo público el Acuerdo del Consejo de Ministros (adoptado el 25 de febrero de ese mismo año) en el que se incluían toda una serie de mandatos cuyo objetivo era la puesta en marcha de una serie de medidas cuya finalidad no era otra que la de dar un impulso a la productividad.

Pues bien, para ese pretendido impulso directo en la mejora de la productividad económica, que debía armonizarse con las exigencias de la estabilidad presupuestaria y de la transparencia oportuna como camino o eje a seguir para la consecución del objetivo final del incremento del bienestar de los ciudadanos se contemplaba, como necesario, que uno de los bloques en los que debía de centrarse la atención es en el de la mejora de la regulación y la labor de la Administración al objeto de maximizar las sinergias que se producen en la interacción de los sectores público y privado.

Más en concreto, de entre las medidas mencionadas para la consecución de esa mejora de la calidad regulatoria de la Administración hay que hacer referencia

---

<sup>1143</sup> Publicada en el BOE núm. 70, del sábado 2 de abril de 2005.

expresa al siguiente mandato: el llevar a cabo la mejora de la contratación pública. Específicamente, el Mandato Cuadragésimo Cuarto de dicho Acuerdo ministerial proponía y exigía al Ministerio de Economía y Hacienda que en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, además de llevarse a efecto la trasposición de las nuevas directivas en materia de contratación, se incluyera una regulación de los contratos de colaboración público privada para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, así como de los mecanismos legales adecuados que permitan identificar la proposición más ventajosa presentada por los licitadores a fin de garantizar la obtención del mayor valor posible como contrapartida a los recursos financieros aplicados al contrato.

Fieles a este mandato el Anteproyecto<sup>1144</sup>, el Proyecto de Ley<sup>1145</sup> y la actual Ley de Contratos del Sector Público (LCSP)<sup>1146</sup> reconocen abiertamente que si bien uno de los factores determinantes para llevar a cabo la modificación de la actual legislación en materia de contratación pública hay que encontrarlo en la exigencia o en la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento una nueva disposición comunitaria en la materia (la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios<sup>1147</sup>), no es menos trascendente que la modificación que se prepara va a suponer una reforma global en dicha materia contractual, pues la misma introduce modificaciones en distintos ámbitos de esta legislación en respuesta, fun-

---

<sup>1144</sup> Aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 16 de diciembre de 2005.

<sup>1145</sup> Aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 7 de julio de 2006.

<sup>1146</sup> Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE, núm. 261 del miércoles, 31 de octubre de 2007). Recientemente modificada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que incorpora, básicamente, la Directiva 2007/66, de 11 de diciembre, cuya finalidad, básicamente, consiste en el reforzamiento de los efectos del recurso especial en materia de contratación que tendrá, a partir de este momento, importantes efectos suspensivos.

<sup>1147</sup> Directiva esta que aparte de refundir en una sola las Directivas 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; 93/36/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro; y 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, introduce importantes cambios en la regulación europea sobre contratos.

damentalmente, a las peticiones que han sido formuladas desde diversas instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales).

Entre esas modificaciones trascendentes de la nueva Ley de Contratos del Sector Público hay que citar, por su importancia para nuestro estudio, la de la tipificación normativa de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado como nueva, dice su Exposición de Motivos, figura contractual que podrá utilizarse para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompasarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto.

De esta manera, se está otorgando carta de naturaleza a este fenómeno de los contratos o acuerdos de colaboración entre el sector público y el sector privado como medio oportuno para conseguir el objetivo de la captación de la participación privada en lo que es la financiación, la proyección, la construcción y la explotación de obras públicas<sup>1148</sup>.

En efecto, no puede olvidarse que las inversiones públicas casi siempre se llevan a cabo con la participación de la empresa privada en la fase de la ejecución de la obra. En la generalidad de los casos, las infraestructuras públicas se ejecutan vía empresas constructoras pues las obras ejecutadas directamente por la Administración constituyen, en la actualidad, una verdadera excepción.

Es más, en la actualidad se tiende a que no sólo la ejecución material de las obras se encargue o encomiende a través del pertinente contrato a una empresa privada, sino que también es cada vez más frecuente que se contrate tanto la elaboración de estudios y proyectos en la fase anterior a la de la propia construcción, como las labores de ingeniería que van asociadas a la supervisión y dirección de la obra. No obstante, estos casos en los que indudablemente estamos ante una participación privada en la actuación pública están ya asumidos como algo normal en lo que es el actuar de la propia Administración y se estima, por ello, que no forman parte del concepto de estos acuerdos de colaboración público privada.

---

<sup>1148</sup> Ver, en este sentido, DORREGO DE CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (Dir.): "La Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público: aspectos administrativos y financieros"; *La Ley*, febrero de 2009.

Ahora bien, existen dos ámbitos de actuación que tradicionalmente han venido siendo realizados por parte de los poderes públicos y que, estimamos, pueden ser atendidos por la iniciativa privada sin que ello suponga, claro está, una merma en la responsabilidad social de aquéllos (los poderes públicos) respecto a los mismos. Estos serían, la financiación y la prestación de servicios públicos. Diríamos, pues, que la financiación privada es el elemento que junto con el fin especial que con la celebración de estos contratos se persigue, esto es, la realización de una prestación o actividad de interés público o general, le otorga sustantividad a esta figura contractual<sup>1149</sup>.

En definitiva, pues, la financiación de la construcción, el mantenimiento y la explotación de las infraestructuras, así como la prestación de servicios públicos son los dos campos de actuación que pueden concertarse con la iniciativa privada, y que adicionándolos a las fórmulas más tradicionales de esta colaboración, servirían para resaltar unas de las notas definitorias de las nuevas fórmulas de participación privada<sup>1150</sup>.

En realidad, el fenómeno del fomento de la participación privada tanto en la financiación, ejecución y explotación de obras públicas como en la prestación de servicios públicos no es exclusivo de nuestro ordenamiento, sino que hay que contemplarlo como un acontecimiento de carácter más amplio, es decir, como un movimiento de carácter internacional en el que se resalta precisamente esto, la apertura a la participación privada en sectores tradicionalmente reservados al sector público.

Una de las razones de esta apertura a la participación privada se encuentra en la necesidad de cuadrar la eficiencia económica con la escasez presupuestaria y con las limitaciones financieras con la que cuentan los distintos organismos internacionales y gobiernos estatales para hacer frente a unas exigencias de gasto cada vez mayores<sup>1151</sup>. Precisamente, es en este contexto de búsqueda

---

<sup>1149</sup> Así lo entiende también el *Memento Práctico Francis Lefebvre: Contratos Públicos* 2008-2009; 2007, p. 910.

<sup>1150</sup> ROJAS, F.: "La colaboración público privada en el PEIT", *Presupuesto y Gasto Público*, I.E.F., núm. 45- (4/2006), p. 106.

<sup>1151</sup> No podemos olvidar que el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, adoptado por Resolución del Consejo Europeo de Ámsterdam, de 17 de junio de 1997 impuso toda una serie de límites en la capacidad de endeudamiento de los poderes o Administraciones públicas. Su quebrantamiento por parte de los mismos se rodea de la imposición de unas severas sanciones.

de mayor eficiencia por parte del sector público y de cumplimiento del objetivo de unas finanzas públicas saneadas donde se afianzan y se extienden las múltiples fórmulas de participación público privadas.

En concreto, los contratos de colaboración público privada se verán favorecidos por la necesidad de aumentar la oferta de servicios a unos contribuyentes cada vez más exigentes vía aumentos de eficiencia y por la obligación de incrementar la financiación disponible del sector público sin tener que ponerse en peligro la estabilidad macroeconómica ni el funcionamiento en competencia de los mercados<sup>1152</sup>.

En esencia, pues, los acuerdos de colaboración público privada se formalizan por medio de contratos donde el sector privado proporciona infraestructuras al sector público, asociadas éstas al suministro de servicios que tradicionalmente han venido siendo prestados por el gobierno a sus ciudadanos.

Precisamente, un campo donde la participación privada ha encontrado un amplio respaldo en lo que se refiere al diseño, construcción, gestión y financiación de obras públicas es en el de la construcción y explotación de grandes infraestructuras económicas, como son las redes de transporte (carreteras, aeropuertos, puertos, etc.)<sup>1153</sup>, sin perder de vista la colaboración privada en infraestructuras de carácter social (prisiones, escuelas u hospitales) o su utilización, también, en aspectos relacionados con el medio ambiente como es el caso de la gestión de vertidos.

En este sentido, estimamos que los acuerdos o contratos de colaboración público privada deberían de centrarse en la garantía del logro de, al menos, los siguientes objetivos: el de la calidad y la eficiencia en la gestión y prestación de los servicios encargados. No puede perderse de vista que las Administraciones Públicas están interesadas en ofrecer a sus ciudadanos bienes y servicios con un elevado nivel de calidad aunque, eso sí, tienen que lidiar con un importante problema: las dificultades de reducción de los costes de los mismos. Por ello, un buen motivo para poder disfrutar de las ventajas de dichos

---

<sup>1152</sup> Así se expresan TER-MINASSIAN, T. y RUIZ, J.L., en : "Aspectos económicos de la Colaboración Público-Privada", *Presupuesto y Gasto Público*, I.E.F, núm. 45- (4/2006), p. 42.

<sup>1153</sup> Sobre este concreto asunto, me remito a la próxima publicación del libro de GONZÁLEZ GARCÍA, J.: "Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte", Marcial Pons, 2011.

acuerdos de colaboración con el sector privado lo encontraríamos en la mejor capacidad de gestión de éste, lo que permitirá obtener menores costes en lo que se refiere a la provisión de dichos servicios.

En consecuencia, para que un contrato de colaboración de este tipo pueda funcionar de forma eficiente sin obstáculos graves para ambos socios, público y privado, sería necesario que se clarificara desde el principio la calidad de los servicios que han de satisfacerse mediante la identificación a través de una serie de posibles estándares capaces de medición por ambas partes. De este modo, el sector público podría contratar la provisión de obras o servicios por el sector privado condicionándose el pago de los mismos a que sean realizados o entregados en la cantidad y calidad prevista en el contrato.

De igual forma, otro aspecto importante y complejo a tener en consideración para que esa colaboración público privada sea eficiente en un proyecto de inversión conjunto es el relacionado tanto con la distribución de riesgos adecuada como con las garantías que se formalicen entre ambos sectores para asegurar el cumplimiento de los riesgos pactados.

Pues bien, hasta la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público<sup>1154</sup>, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas<sup>1155</sup> sólo regulaba, con carácter general, las relaciones contractuales entre la Administración Pública y el sector privado o empresarial a través de las disposiciones relativas a las concesiones<sup>1156</sup>, la figura tradicional por excelencia de la colaboración público privada. Ahora bien, dichas concesiones no dejan de ser sino una especie del género más amplio conformado por estos contratos o acuerdos de colaboración público privada<sup>1157</sup>.

---

<sup>1154</sup> En virtud de la disposición final duodécima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público: "La presente Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, salvo la disposición transitoria séptima, que entrará en vigor el día siguiente de su publicación".

<sup>1155</sup> Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (BOE núm. 148, de 21 de junio).

<sup>1156</sup> Título V del Libro II del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: arts. 220 a 266.

<sup>1157</sup> En este sentido, se manifiestan CASARES MARCOS, A.: "La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad", *Montecorvo*, Madrid, 2007, p. 213 y ROJAS, F.: "La colaboración público privada en el PEIT", *Presupuesto y Gasto Público*, I.E.F., núm. 45- (4/2006), pp. 105 y 106.

En efecto, la forma más tradicional de colaboración público privada, se concreta cuando las Administraciones públicas encargan el sector privado la construcción de una obra pública, por ejemplo, una carretera, quedando reservado para aquéllas tanto su diseño y su financiación como las obligaciones que derivan de su explotación.

Sin embargo, la categoría genérica, más amplia por lo tanto, de contratos de colaboración público privada se concretaría cuando la Administración encarga al sector privado la realización de una obra pública y encomienda al mismo el diseño, la construcción, la financiación de esa construcción y, por último, la explotación de la misma desde el punto de vista económico. Ha sido la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público la que ha reconocido e instaurado en el derecho positivo, como tal categoría contractual, a la de los acuerdos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

La corriente favorable a la existencia de este tipo de contratos de colaboración público privada argumentan, precisamente, que la implicación del sector privado en el diseño, construcción, financiación y la gestión de infraestructuras públicas se traducirá en una mayor eficiencia en cuanto a la provisión de los servicios públicos que derivan de dichas infraestructuras y, al final, en definitiva, serán los ciudadanos los que disfrutarán de unos servicios de mayor calidad a un menor coste.

Ahora bien, hay que dejar claro desde el primer momento que estos Acuerdos o Contratos de Colaboración Público Privada no son la panacea a los problemas de inversión pública. Éstos no son ninguna fórmula mágica que permitan resolver las limitaciones propias existentes en lo que se refiere a la dotación y financiación de servicios públicos. Es cierto que la iniciativa privada puede mover o conseguir recursos financieros suficientes para llevar a cabo las necesarias infraestructuras públicas, adelantándolas en el tiempo y haciendo, por ello, disponibles en el tiempo proyectos que en otro caso deberían demorarse. Pero la financiación privada de proyectos es sólo eso, un postergamiento o una dilación en el pago de los servicios que se prestan o realizan con anterioridad<sup>1158</sup>.

---

<sup>1158</sup> ROJAS, F.: "La colaboración público privada en el PEIT", *Presupuesto y Gasto Público*, I.E.F., núm. 45- (4/2006), p. 108.

Pues bien, con el objetivo de aportar un poco de luz a esta compleja figura contractual, a delimitar su concepto, sus posibilidades, sus ventajas e inconvenientes, así como el estudio de su actual estado en el contexto de la Unión Europea y en la actual Ley de Contratos del Sector Público español va dirigido este estudio.

## II. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: VENTAJAS E INCONVENIENTES

Como se ha apuntado en el apartado anterior, la figura tradicional por excelencia de la colaboración público privada es la de las concesiones, pero no dejaban de ser un supuesto específico del género más amplio que aparece constituido por la colaboración público privada<sup>1159</sup>. Tuvo que ser la Ley de Contratos del Sector Público la que introdujera esta nueva modalidad contractual: la de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado. Estamos, por lo tanto, ante un concepto más amplio que el de la concesión. De hecho, consideramos que, al menos, pueden incluirse dentro de la categoría genérica de CPP, al menos, hasta tres formas contractuales y orgánicas diferentes<sup>1160</sup>:

---

<sup>1159</sup> En contra de esta opinión se manifiesta VALCARCE FERNÁNDEZ, P., en su ponencia presentada en las Jornadas Sobre la Iniciativa Privada En la Financiación de Proyectos Públicos, celebradas en la Universidad de Burgos los días 8 y 9 de febrero de 2007 titulada "Fórmulas alternativas de financiación de infraestructuras públicas. Experiencia de colaboración público privada", en cuya p. 15 viene a señalar expresamente que "estos contratos (de CPP) descansan sobre unos mimbres que, en nuestro Derecho, reconduciríamos al marco de los contratos de concesión".

<sup>1160</sup> Según el documento de la Comisión Europea que lleva por título "Long term contracts between government units and non government partners (public-private partnerships)", Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 2004, pp. 4 a 6; las autoridades comunitarias establecen la siguiente clasificación de estas fórmulas contractuales de colaboración público privada, a efectos de contabilidad pública: a) Compra regular de servicios: la Administración se compromete a adquirir servicios durante un periodo de tiempo, sin fijar requerimientos específicos de los generales del mercado; b) Participación en el capital de una sociedad mediante la titularidad de parte de sus acciones. La condición pública o privada depende de si la Administración ejercer el control efectivo de la entidad o no; c) Garantía pública (avales) de deudas de empresas privadas; d) Contratos de obra "llave en mano", sea con pago único, sea con pago diferido en el tiempo; e) Contratos de arrendamiento de bienes que son propiedad del socio privado; f) Concesiones en las que la Administración encarga la construcción, financiación y explotación de una obra, por cuyo uso se cobra al usuario final, que no es la Administración, y en las que lo general es el traspaso de la propiedad del bien a la finalización del contrato; y, g) Asociaciones Público Privadas, en sentido estricto, en las que el empresario construye y financia un inmueble diseñado para la provisión de servicios a la Administración según

1. La CPP de carácter contractual; a la que se hace referencia en el artículo 11 de la Ley de Contratos del Sector Público.
2. La CPP de tipo institucional que no se cita, con carácter expreso, en la actual Ley de Contratos del Sector Público<sup>1161</sup>; y,

unos estándares y volumen especificados por aquélla en el contrato. Se caracterizan, éstas, por la forma de retribución: el principal pagador es la Administración, de hecho, lo habitual es que sea el único. Esta nota las diferencia de las concesiones. Los bienes, en este caso, son nuevos, renovados, ampliados o rehabilitados, no sólo existentes y están diseñados para ser utilizados, con carácter exclusivo, para el fin para el que hayan sido creados, sin que el empresario pueda disponer libremente de los mismos para otros usos o finalidades distintas de las ya previstas por la Administración. Esta característica, la de ser bienes nuevos o renovados, las distingue de los arrendamientos.

Como señala VILLAR ROJAS, F.J.; "lo cierto es que la separación entre concesiones y asociaciones público privadas se formula con claridad a partir de la diferente modalidad de retribución del contratista". Así lo expresa en: "La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales"; *Revista de Administración Pública*, núm. 172, Madrid, enero-abril, 2007, p. 161.

O, como señala LIENHARD, A.: "se pueden hacer así distinciones entre varios modelos de PPP: 1. Modelo de operador (planificación, construcción, financiación y funcionamiento a cargo del titular privado); 2. Modelo de concesión (prestación de una actividad en monopolio por empresas privadas); 3. Modelo de sociedad (colaboración en instituciones conjuntas)". Así lo expone en: "La asociación entre lo público y lo privado (PPP) en Suiza"; *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. 72, núm. 4, diciembre de 2006; p. 590.

<sup>1161</sup> Uno de los proyectos estrella del gobierno español es el Proyecto de Ley de Economía Sostenible (BOCG, Serie A, 121/000060, de 9 de abril de 2010, núm. 60-1). Pues bien, dicho proyecto de ley sí incorpora ya de forma explícita la regulación de las fórmulas de participación público privadas de carácter institucional en el Capítulo V del Título I, artículo 35.3 (que regula los términos en los que los adjudicatarios de estos contratos pueden concurrir a los mercados de capitales para la obtención de la financiación con el fin de poder ejecutarlos) y la disposición final décimo octava, número treinta y cuatro, que supondrá, en caso de ser aprobado, la añadidura de la Disposición Adicional trigésimo cuarta a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, bajo la siguiente rúbrica: "Régimen de adjudicación de contratos públicos en el marco de fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado" y con el siguiente tenor: "Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado. En los pliegos que deban regir el procedimiento de selección del socio privado habrán de recogerse todos los elementos definitorios de la relación entre éste y la entidad adjudicadora, así como los relativos a la relación contractual entre la entidad adjudicadora y la sociedad de capital mixto, y, en particular, el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la sociedad, así como los estatutos de ésta y los pactos de accionista que, en su caso, deban suscribirse. Igualmente deberán expresarse con claridad y precisión las posibilidades de prórroga o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la sociedad de economía mixta".

3. La concesión de infraestructuras a la que se hace referencia en el Capítulo II del Título II del Libro IV de la Ley de Contratos del Sector Público.

Lo cierto es que no existe una denominación uniforme para referirse a este tipo de colaboraciones o asociaciones entre el sector público y el sector privado, e incluso puede decirse que su denominación global es muy variada y va desde la fórmula británica Public Private Partnership, a la de Asociaciones Público Privadas (APP) o, la más comúnmente aceptada en Europa, de acuerdos de Colaboración Público Privada (CPP).

En efecto, ¿dónde surgen estas fórmulas de colaboración público privadas? Es en Gran Bretaña, por lo que respecta al ámbito europeo, donde desde principios de los años 90 del siglo xx se empieza a emplear el término Private Finance Initiative (PFI) como siglas que sirven para la identificación de una serie de medidas que se adoptaron por parte del Gobierno presidido por John Major, y con las que se pretendía incentivar la cooperación entre los sectores público y privado con el objetivo final de llegar a conseguir la modernización tanto de las infraestructuras públicas como de la gestión de los servicios inherentes a las mismas. En este contexto es donde se contemplaba la celebración de los contratos denominados Public Private Partnership (PPP).

Y, ¿qué es lo que ha posibilitado el surgimiento de estas fórmulas asociativas entre el sector público y el sector privado? Lo explica claramente el Informe titulado: "La solución de la Cooperación Público Privada"<sup>1162</sup>, al señalar que "hace años que convivimos con un déficit de infraestructuras y con su impacto negativo en el crecimiento económico, en la creación de puestos de trabajo y en la cohesión social. No es nada nuevo. La necesidad de mejorar las infraestructuras en Europa, sobre todo en el sector del transporte, se ve como una condición necesaria para un adecuado crecimiento económico. Ahora bien, los recursos financieros de los gobiernos son limitados, las necesidades de capital para mejorar los servicios públicos, crecientes, y su capacidad para obtener financiación, restringida, sobre todo a raíz de la adhesión a los principios de convergencia económica y fiscal, proclamados por Maastricht"<sup>1163</sup>.

---

<sup>1162</sup> La solución de la Cooperación Público Privada; Realidad y futuro de las Infraestructuras de Europa; *Price Waterhouse Coopers*, 2005, p.7.

<sup>1163</sup> En sentido análogo se expresa GARCÉS SANAGUSTÍN, cuando señala que: "La disponibilidad de recursos financieros por parte de los Estados más desarrollados se ha ido erosionando en

Por lo tanto, el vínculo existente entre las necesidades en dotación de infraestructuras y los depauperados presupuestos de las distintas administraciones públicas se convierten en un caldo de cultivo excelente que permiten explorar vías de interacción entre los sectores público y privado.

Lo cierto es que el término Colaboración Público Privada (o CPP) cubre toda una compleja serie de relaciones o de diferentes estructuras en el que el sector privado hace entrega de un proyecto o de un servicio público. Pero a diferencia del contrato tradicional en los que las empresas construían y desaparecían, la CPP pretende garantizar que el sector privado se responsabilice de la calidad del diseño y de la construcción que lleva a cabo, así como del mantenimiento de los activos a largo plazo, de modo que se logre el máximo aprovechamiento de la inversión realizada<sup>1164</sup>.

En realidad, los proyectos de “utilities” y los de transporte basados en concesiones hace años que existen en los Estados miembros de la Unión Europea, especialmente en Francia, Italia y España, con ingresos derivados de los pagos hechos por los usuarios finales, como es el caso de los peajes de las autopistas.

Ahora bien, las Iniciativas para la Inversión Privada (PFI) del Reino Unido ampliaron este concepto para poder abarcar así a más infraestructuras públicas, combinándolo con la introducción de servicios que pagaba el sector público y no los usuarios finales.

---

las últimas décadas, a consecuencia fundamentalmente de políticas fiscales basadas en la reducción de la carga impositiva sobre los contribuyentes y restricciones presupuestarias que penalizaban el déficit y establecían como tendencia la estabilidad presupuestaria. Este escenario de política macroeconómica ha derivado en la búsqueda de soluciones y alternativas viables para el mantenimiento y aún crecimiento de la tasa de infraestructuras y de las prestaciones de servicios públicos, en atención a las demandas generales de los ciudadanos, que lejos de minorarse, crecen en mercados competitivos y globalizados. La capacidad de financiación del sector público exige, por consiguiente, atraer capital privado en condiciones que no afecten a la disciplina del conjunto presupuestario y, en definitiva, que no afecten a los objetivos de contabilidad nacional. En particular, la adhesión de la mayoría de Estados europeos a la Unión Europea y las limitaciones derivadas de los compromisos de convergencia del Tratado de Maastricht han dado paso, con mayor o menor intensidad, a insertar al sector privado en las políticas públicas al servicio de ejecución de infraestructuras y servicios”. GARCÉS SANAGUSTÍN, M.: “El control de los contratos en la colaboración público privada”; *Presupuesto y Gasto Público*, 45/2006, pp. 117 y 118.

<sup>1164</sup> Meeting Investment Challenge (HM Treasury, 2003).

En la actualidad, el uso de la CPP se ha extendido a la mayoría de países de la Unión Europea y, dependiendo del Estado, el término puede abarcar distintos modelos. Así, se incluyen desde contratos de gestión relativamente a corto plazo, con poco o ningún gasto de capital, a contratos de concesión que pueden comportar el diseño y la construcción de activos de una inversión sustancial junto con la provisión de una serie de servicios y la financiación de toda la construcción y de su funcionamiento<sup>1165</sup>, pasando por “joint ventu-

---

<sup>1165</sup> Sobre el modelo concesional se apoya el actual Plan Extraordinario de Infraestructuras, de 7 de abril de 2010, como apuesta conjunta del Gobierno, las entidades financieras y las empresas del sector para reactivar la economía y el empleo a través de la inversión en infraestructuras de transporte, anticipando a 2010 y 2011 inversiones que, en otro caso, se hubieran retrasado en el tiempo. A través de dicho plan se movilizan inversiones por valor de 17.000 millones de euros (el equivalente al 1,7 % del PIB). Para que las inversiones en obra nueva no comprometan la estabilidad presupuestaria, y, por lo tanto, no computen en déficit durante su período de ejecución, su repercusión sobre las cuentas públicas se aplazará hasta el año 2014 y con un impacto reducido a lo largo de un dilatado período de tiempo, que coincidirá con el plazo concesional, fijado generalmente, en 25 años para las inversiones en ferrocarril y en 30 años para las inversiones en carreteras, en función de la vida útil de las infraestructuras. Este modelo contempla un canon único que paga la inversión, la conservación y el mantenimiento de las infraestructuras, así como la retribución de los recursos propios y ajenos invertidos por el concesionario en la construcción de las mismas. En definitiva, con esta decisión, las constructoras se hacen cargo del coste, con el respaldo del ICO –Instituto de Crédito Oficial–, del BEI –Banco Europeo de Inversiones–, la AEB –Asociación Española de la Banca– y la CECA –Confederación Española de las Cajas de Ahorro–, y el Gobierno no empezará a pagarles hasta el año 2014, una vez que entren en servicio las nuevas infraestructuras de transporte. Por lo tanto, el Gobierno está hipotecando a las generaciones futuras pues desde el año 2014 hasta el 2044 el Estado tiene ya comprometido el gasto.

Poco después, exactamente, el día 28 de abril de 2010 fue anunciado el Plan de Ajuste de la Obra Civil por el Gobierno –previamente concretado por el Ministro de Fomento el día 22 de ese mismo mes en la Comisión de Fomento del Congreso–, que fue objeto de una dura crítica por las principales organizaciones del sector (Confederación Nacional de la Construcción, SEOPAN, ANCI, AERCO y CEPCO) al considerarlo como una acción gravemente perturbadora para la economía española, debido a las repercusiones negativas que iba a tener sobre el empleo y sobre la cadena de producción asociada a la obra pública, pues implicaba la rescisión de contratos equivalentes al 10% de la cartera total pendiente de ejecutar por el Ministerio de Fomento (la cartera total se estima en 21.000 millones de euros) y la reprogramación de anualidades de obras en torno al 40% de dicha cartera total (8.400 millones de euros). Dicho ajuste inversor tiene, por lo tanto, un impacto sobre los compromisos de gasto del 2010 de 3.435 millones de euros, que se mantendrá en cantidades equivalentes en los años siguientes hasta 2013. Ante ello, las mencionadas organizaciones entienden prioritario y más necesario que nunca el recurso a la colaboración público privada, reclamando una pronta puesta a punto de la licitación del Programa Extraordinario de Infraestructuras, que el Presidente del Gobierno prometió el 7 de abril ante las organizaciones representativas del sector y una amplia representación de sus empresas, “al estar en juego la capacidad, la ingeniería, la competitividad, la formación de capital humano asociado y

res" y privatizaciones parciales con una propiedad compartida entre el sector público y el sector privado<sup>1166</sup>.

Pero, ¿qué es en realidad una colaboración público privada? Veamos algunos de los conceptos que sobre la misma se han realizado.

"Standard&Poors CPP Credit Survey" (2005) define a la CPP como toda relación a medio-largo plazo entre los sectores público y privado que conlleve compartir los riesgos y los beneficios de unas habilidades, una experiencia y una financiación multisector para obtener los resultados deseados de las políticas<sup>1167</sup>.

Por su parte, Juan Lozano y Rodríguez Márquez señalan que la expresión colaboración público privada se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio<sup>1168</sup>.

---

la innovación de todo un tejido productivo, sólido y reconocido y junto a esta prioridad, es necesario resolver también los problemas pendientes relacionados con ... la elaboración de proyectos que cumplan las condiciones exigibles internacionalmente para que puedan ser financiados por el sector privado" ([http://urbanoticias.com/comun/imprimible.jsp?c\\_noticia=14446](http://urbanoticias.com/comun/imprimible.jsp?c_noticia=14446)).

No obstante, la situación para las infraestructuras ha vuelto a sufrir un duro revés pues el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 destina a inversión pública en infraestructuras 14.639,71 millones de euros, lo que representa una reducción del 31% de los 21.240 millones programados para 2010. Especialmente significativa es la reducción de la inversión en infraestructuras de transporte que ha bajado de 17.191 millones en 2010 a 11.992 millones de euros (un 30,02% menos). A esta situación preocupante para el sector se argumenta que "el ahorro que se persigue con el recorte del plan de infraestructuras podría conseguirse mediante una reducción del gasto corriente de las diversas administraciones". Así se recoge en la revista *Correo de la Construcción*, Periódico de Técnica y Noticias de la Construcción, n.º 1182, octubre de 2010, p. 5.

<sup>1166</sup> La solución de la Cooperación Público Privada; Realidad y futuro de las Infraestructuras de Europa; Price Waterhouse Coopers, 2005, p.12.

<sup>1167</sup> La definición aparece tomada del Informe que lleva por título: La solución de la Cooperación Público Privada; Realidad y futuro de las Infraestructuras de Europa; Price Waterhouse Coopers, 2005, p.14.

<sup>1168</sup> JUAN LOZANO, A.M. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J; "La Colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras o servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros"; *IEF*, 2006, p. 35.

Y para Concha Jarava, las colaboraciones público-privadas son contratos, acuerdos, convenios u otras formas de cooperación entre entidades públicas y privadas para acometer la ejecución de infraestructuras (diseño, construcción, ampliación e, incluso, su gestión o explotación) así como su financiación<sup>1169</sup>.

Para el Banco Europeo de Inversiones, colaboración público-privada es un término genérico que describe las relaciones formadas entre órganos del sector público y empresas del sector privado normalmente con el objetivo de introducir recursos y experiencia del sector privado para ayudar a proporcionar y a entregar activos y servicios al sector público. El término CPP se usa, pues, para describir una amplia variedad de acuerdos de trabajo, desde asociaciones estratégicas, informales o flexibles, hasta contratos DBFO (diseño, construcción, financiación y operación) pasando por las empresas mixtas<sup>1170</sup>.

En el ámbito del Derecho europeo no existe, en la actualidad una definición oficial para el término CPP. Ahora bien, el Libro Verde de la Comisión, de 2004, sobre la Colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones<sup>1171</sup> engloba en el concepto de CPP a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación y gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio<sup>1172</sup>.

---

<sup>1169</sup> CONCHA JARAVA, M.: "La participación público-privada en la ejecución de las infraestructuras", en Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública, *HispaLex*, Sevilla, 2005, p. 52.

<sup>1170</sup> Banco Europeo de Inversiones; "The EIB's role in Public-Private Partnerships", julio de 2004.

<sup>1171</sup> En concreto, en el Apartado 1 de dicho Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones COM (2004) 327 final, de 30 de abril de 2004.

<sup>1172</sup> Según LIENHARD, A.: "la PPP no está restringida a las prestaciones o resultados, sino que también puede tener como objeto el cumplimiento de una tarea en sí mismo considerada. En consecuencia, debe distinguirse entre las PPP de prestación y las PPP de cumplimiento de tareas. A este respecto, se pueden concebir varias posibilidades: prestación con el cumplimiento subsiguiente de una tarea (por ejemplo, construcción y funcionamiento de un túnel), el cumplimiento conjunto de una tarea con la prestación integrada (por ejemplo, empresas mixtas) o concesión (por ejemplo, centrales hidroeléctricas). Así se expresa en: "La asociación entre lo público y lo privado (PPP) en Suiza"; *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. 72, núm. 4, diciembre de 2006, p. 590.

Y como principales características de las CPP, el referenciado Libro Verde<sup>1173</sup>, alude a las siguientes:

1. La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto.
2. El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos partícipes, de modo que la financiación puede ser perfectamente mixta.
3. El operador privado, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación) se diferencia del socio público, pues éste se concentra fundamentalmente en la definición de objetivos en términos de calidad, preferencias estratégicas y políticas de precios.
4. El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren los riesgos que habitualmente soporta el sector público, en los términos que se establezcan en cada cooperación.

En suma, el principal objetivo que persigue el sector público con un programa de CPP es la movilización de los medios del sector privado con vistas a mejorar tanto las infraestructuras como la prestación de servicios por parte del primero. Por ello, la CPP también se caracteriza, entre otras, por las siguientes consideraciones:

- A. El pago al sector privado se realiza en función del nivel y de la calidad de los servicios realmente prestados;
- B. En la aplicación, algunas veces obligatoria, de un planteamiento basado en la vida útil para la concepción, construcción y explotación de los activos de un proyecto, cuando sea evidente la imposibilidad de abaratar el suministro de estos componentes ofreciéndolos por separado;

---

<sup>1173</sup> Apartado 2 del Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones COM (2004) 327 final, de 30 de abril de 2004.

- C. La optimización de la transferencia de riesgos al sector privado se basa en el principio según el cual cada uno de los riesgos debe de ser gestionado por la parte de la transacción que está en mejores condiciones de hacerlo;
- D. La obligación para el socio privado de reunir la totalidad o una parte de los recursos necesarios para financiar las inversiones en un proyecto cuando sea evidente que el coste superior de la financiación se compensa por la reducción de otros costes y por la rapidez en la ejecución del servicio prestado;
- E. El recurso a diversas formas de pago, como los ingresos comerciales, los peajes ficticios, los pagos en función de la disponibilidad, etc.<sup>1174</sup>.
- F. Desde el punto de vista de la financiación del proyecto, una diferencia importante entre la CPP y la contratación tradicional estriba en que bajo las fórmulas de colaboración público-privadas no sería necesario que el gobierno realizase un fuerte desembolso al inicio del proyecto ya que éste se financiaría a lo largo de la vida del contrato.

La doctrina también ha aludido a las diferentes características peculiares que perfilan estos contratos de colaboración público privada que son las que, en palabras de González García, se separan “de las formas tradicionales en las que la Administración y los particulares llegan a un resultado común en aras del interés general”<sup>1175</sup>. ¿Cuáles son estas peculiaridades que distinguen a esta colaboración público-privada de las formas de contratación tradicionales? Las siguientes<sup>1176</sup>:

1. Estamos ante contratos de carácter complejo, tanto en lo relativo a las prestaciones debidas como a los sujetos que intervienen en los mismos, que pueden ser tanto públicos como privados, que rebasa y se distingue

---

<sup>1174</sup> A todas estas características se alude en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “El papel del BEI en el ámbito de la colaboración público-privada (CPP) y el impacto en la problemática del crecimiento”, DOUE (2005/C 234/12), de 22 de septiembre de 2005, apartado 3.1.3.

<sup>1175</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: “Contrato de colaboración público-privada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 170. mayo-agosto 2006, p. 11.

<sup>1176</sup> Sobre las características peculiares de los contratos de colaboración público-privados me remito a GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: “Contrato de colaboración público-privada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 170, mayo-agosto 2006 pp. 12 a 16.

de la tradicional relación bilateral existente entre la Administración y el contratista. Así es, pues si bien en los tradicionales contratos típicos o nominados la Administración adopta y ejerce el rol de protagonista principal en muchos de los momentos del mismo (fundamentalmente en la fase de diseño y financiación del proyecto), por lo que hace referencia a los contratos CPP hay que advertir que, desde el primer instante, la Administración y el contratista se relacionan estrechamente para definir y delimitar con la mayor claridad posible todos los aspectos que van a regir su relación contractual.

2. El contrato de colaboración público privada se caracteriza por la existencia de un adecuado reparto de riesgos entre el contratista y la Administración, que se efectuará en función de quien sea el que está en mejor condición para gestionarlos, es decir, el que mejor pueda reducir su impacto y/o absorber sus consecuencias. En este sentido, una buena asignación de riesgos debería servir para minimizar costes.

En principio, si los socios del sector privado cuentan con las capacidades necesarias para responder a largo plazo en el proyecto y los del sector público no, los riesgos asociados con la entrega del proyecto deberían transferirse a la parte privada. Al hacerse así, el sector público obtendría un mayor valor porque los que cuentan con más y mejor experiencia pueden gestionar y absorber los riesgos, por lo que podrán ofrecer unos precios más económicos y se minimizan los costes.

Ahora bien, tanto los operadores del sector público como del sector privado deben de ser prudentes a la hora de aceptar transferencias de riesgos<sup>1177</sup>. En este sentido, los analistas económicos de riesgos en la colaboración público privada identifican hasta cinco clases de aquéllos<sup>1178</sup>:

- A. Riesgo de construcción, que engloba los problemas económicos derivados tanto de los retrasos en la construcción como de las desviaciones de costes en los que se incurra en su materialización;

<sup>1177</sup> Valoraciones extraídas del Informe titulado: La solución de la Cooperación Público Privada; Realidad y futuro de las Infraestructuras de Europa; *Price Waterhouse Coopers*, 2005, p.20.

<sup>1178</sup> Acerca de ello, ver TER-MINASSIAN, T. y RUIZ, J.L.: "Aspectos Económicos en la Colaboración Público-Privada", *Presupuesto y Gasto Público*, 45 (4-2006), p. 45.

- B. Riesgo financiero. En él se incurre cuando existe una desviación entre los tipos de interés previstos en el diseño del proyecto y los incurridos en el período de amortización de los préstamos;
- C. Riesgo de disponibilidad. Está relacionado con la continuidad y la calidad en la prestación de los servicios asociados al proyecto de inversión;
- D. Riesgo de demanda. Es en el que caen las partes asociadas cuando la demanda real del servicio es inferior a la prevista en la fase inicial del proyecto; y,
- E. Riesgo del valor residual. Hace referencia al valor futuro de mercado que tendrá el activo en el que se concreta el proyecto de inversión.

En definitiva, lo que resulta verdaderamente relevante para que se produzca un funcionamiento eficiente de la colaboración público privada es que se realice una adecuada distribución de riesgos en relación al proyecto de inversión conjunto entre los sectores implicados, público y privado. Con seguridad, la parte más compleja en la formulación de un acuerdo de colaboración público privada es el reparto de riesgos entre los socios de dicha colaboración y las garantías que formalicen el reparto de riesgos pactado.

Ahora bien, lo que sí debe resaltarse es que las fórmulas CPP no permiten una transferencia total de riesgos. Así es, pues las CPP suelen crearse mediante una sociedad vehículo (lo que suele denominarse como “special purpose vehicle” o SPV). Normalmente conllevan altos niveles de deuda y niveles relativamente bajos de capital, por lo que son capaces de absorber riesgos con limitaciones.

Las empresas se estructuran para poder dar respuesta a un nivel razonable de cambios adversos, coherentes con la financiación bancaria. Pero, las situaciones adversas de carácter excepcional pueden hacer tambalearse a estas estructuras de capital. Precisamente por ello, no puede garantizarse que una SPV no tenga dificultades financieras. La solidez financiera de una SPV suele estar respaldada por una serie de subcontratos con precios fijos, pero esos contratos tienen sus limitaciones en términos de transferencia de riesgos y de daños a cargo de los subcontratistas que, eventualmente, no cumplan su parte. Hay algunas circunstancias, pues, en que el sector privado puede no ser capaz de prestar los servicios del

modo adecuado y el sector público debe de intervenir para que el proyecto fallido pueda completarse.

En casos extremos, el sector público puede quedarse con un proyecto parcialmente completado o con unos activos que no logran prestar los servicios requeridos a menos que se le inyecte una importante partida extra de capital.

En definitiva, cuando se transfieren riesgos concretos, esa transferencia de riesgos no es absoluta y, en caso de problemas graves en el proyecto, activos incompletos o que no ofrecen el servicio requerido, los riesgos pueden volver a residenciarse en la acera de la Administración o del gobierno de turno<sup>1179</sup>.

3. La tercera característica peculiar de estos contratos de colaboración público-privada, no esencial, consiste en la ausencia de financiación presupuestaria. En efecto, la remuneración del sector privado suele proceder de los usuarios de las infraestructuras o de los preceptores de los servicios que se gestionan. No obstante, el pago también puede provenir de la Administración, por la vía presupuestaria. Lo más habitual será la existencia de una combinación entre la financiación pública y la privada.
4. La cuarta nota de las CPP descansa en el dato de que los pagos no se producen como contraprestación por la construcción de la infraestructura, sino por la utilización de la misma o por la explotación del servicio de mantenimiento, incluso en aquellos casos en los que es la Administración la que paga esta cuantía a través de los llamados pagos por disponibilidad o peajes en la sombra.

En efecto, normalmente, los pagos en una CPP por parte del sector público sólo se llevan a cabo cuando los servicios del proyecto empiezan a prestarse. Si hay retrasos, la Administración no paga y, por lo tanto, el contribuyente no soporta el coste.

Esto nos lleva a resaltar un aspecto importante y es que los pagos hechos por las autoridades públicas deben de estar en relación con la calidad de los servicios prestados, disminuyéndose, por ello, cuando se reduzca la

---

<sup>1179</sup> Conclusiones extraídas del Informe: La solución de la Cooperación Público Privada; Realidad y futuro de las Infraestructuras de Europa; *Price Waterhouse Coopers*, 2005, p. 28.

calidad de los mismos. En atención a ello, el contratista del sector privado tiene un interés financiero directo en garantizar que la infraestructura o la prestación del servicio se realice a tiempo y, más aún, que se ofrezca en los niveles de servicio acordado. Además, con las fórmulas CPP la calidad de las infraestructuras y de los servicios prestados debe de mantenerse durante la vigencia del contrato.

5. Las fórmulas de CPP son estructuras contractuales complejas que aportan valor a la utilización del dinero público. Es esta una afirmación que debe de tenerse en consideración en toda transacción. Las CPP aportan más valor por el dinero invertido si se hace uso de las capacidades de gestión inherentes al sector privado. En efecto, al evaluar las posibles ventajas de una CPP, el sector público no debería centrarse de modo exclusivo en las comparaciones financieras (ya que la opción de una CPP suele ser más costosa que el recurso a un contrato tradicional) y dejar de lado consideraciones cualitativas más importantes.

Aunque sí es importante comparar los costes de la CPP con los precios teóricos que conllevaría la realización de una contrata tradicional, lo que técnicamente se conoce con el nombre de “public sector comparator”, la autoridad pública contratante no debería de perder de vista los factores cualitativos que aportaría la realización de una infraestructura o la prestación de un servicio a través de una fórmula CPP. Entre estas consideraciones cualitativas destacaríamos las siguientes: a) la existencia de una competencia desarrollada por parte del sector privado para llevar a cabo satisfactoriamente el encargo en cuestión; b) el modo en que las propias habilidades del sector privado para la gestión de proyectos de gran envergadura contrasta con las capacidades internas del sector público; c) las CPP centran el interés en los costes y en los beneficios; d) crean una disciplina en el establecimiento del presupuesto de un proyecto; y, e) actúan como catalizador para decisiones políticas difíciles, que en otros casos se evitan en un primer momento, lo cual comporta elevados costes extras más adelante.

Por lo tanto, la colaboración público privada abarca múltiples aspectos técnicos que exigen un alto nivel pericial en el ámbito del sector público. Ello exige tener en apoyo constante de las autoridades públicas adjudicatarias múltiples unidades administrativas especializadas, debido a que una operación de este tipo requiere conocimientos legales de contratación, ingeniería, informática, financieros, etc., que aunque sí se encuen-

tran en la organización administrativa no son, sin embargo, puestos en común de forma efectiva.

Lo que sí resulta evidente es que el mayor coste que supone el recurrir a una fórmula contractual de tipo CPP requiere un acto de motivación por parte de la autoridad pública adjudicataria en el que se justifique de forma clara la adopción de esa decisión como corolario necesario del principio de eficiencia en el gasto público.

6. Otro rasgo básico de las CPP consiste en la transferencia del riesgo de costes durante el ciclo de vida del activo a la parte con más capacidad para gestionarlo. Esto significa que los precios del sector privado no sólo contemplan la entrega de un activo, sino también el coste de encargarse de la explotación y el mantenimiento de ese activo, y de prestar los servicios necesarios mientras esté vigente el contrato de CPP. En efecto, en principio, el objetivo de la contratación de una fórmula CPP no es lograr el precio más bajo para un activo, sino en conseguir el precio más bajo para ofrecer correctamente un servicio a largo plazo.

Precisamente, para garantizar que el sector público logra el mejor valor posible, transfiere ese riesgo de costes durante el ciclo de vida al sector privado que está capacitado para gestionar y mantener esos activos y para garantizar que los servicios se prestan por el precio adecuado según el riesgo existente<sup>1180</sup>. Por lo tanto, la cooperación y la responsabilidad común en las fórmulas de CPP exige de una nueva cultura<sup>1181</sup>: una cultura de confianza, de comprensión mutua y en la que cada sector, público y privado, aprenda del otro, siempre con la vista puesta en el objetivo final de la búsqueda del bienestar público y, por tanto, no simplemente un objetivo económico.

En este sentido, la gestión de esta cooperación requiere de acuerdos especiales que permitan prevenir comportamientos oportunistas. Ello es así porque en las fórmulas de colaboración público privada debe de estar siempre presente

<sup>1180</sup> En este sentido, ver el Informe: La solución de la Cooperación Público Privada; Realidad y futuro de las Infraestructuras de Europa; *Price Waterhouse Coopers*, 2005, p. 28.

<sup>1181</sup> LIENHARD, A.: "La asociación entre los público y lo privado (PPP) en Suiza", *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. 72, núm. 4, diciembre de 2006; pp. 590 y 591.

la idea de la creación de una situación en la que todos salgan beneficiados. Por ello, las ventajas y los riesgos para las autoridades públicas, por una parte, y para los socios privados, por otra, deben de sopesarse de forma adecuada. Así, deben de ser tenidos en cuenta toda esta serie de factores:

Las *ventajas* para las *autoridades públicas* podríamos resumirlas en las siguientes<sup>1182</sup>: a) el ahorro financiero y el aumento de la eficiencia; b) la realización de los proyectos se lleva a cabo de forma más rápida; c) la optimización en el cumplimiento de las tareas; y, d) una mejora de imagen. Y los *riesgos* para el sector público se centran, fundamentalmente en: a) la adecuada selección del socio; b) el compromiso a largo plazo; c) la complejidad de la operación; y, d) el posible conflicto de intereses y los evidentes riesgos políticos que conlleva una operación de este tipo.

Por su parte, las *ventajas* que una operación de colaboración público privada puede representar para los *socios privados* pueden centrarse en las siguientes: a) la apertura hacia nuevos mercados; b) el atractivo que puede representar la presencia de un socio comercial de carácter público; c) una mejora de sus oportunidades de éxito; y, cómo no, d) una expectativa de beneficios.

En cambio, los *riesgos* para los socios privados de la CPP podrían resumirse en los que, a continuación, se citan: a) el compromiso que está adquiriendo a largo plazo, y la estabilidad/inestabilidad que conlleva el cerrar operaciones a tanto tiempo; b) los largos procesos de decisión que supone; c) se encuentra ante una competencia restringida; y, por último, y no por ello menos importante, d) la posible existencia de intereses divergentes.

Aclarado esto sólo quedaría, entonces, hacer una adecuada y acertada valoración de cuáles son las ventajas e inconvenientes que aparecen ligados a la participación privada en un contrato de colaboración público privada, ventajas e inconvenientes que son los que van a pesar a la hora de tomar la decisión acerca de su empleo o su rechazo.

---

<sup>1182</sup> Sobre las ventajas de la colaboración público-privada, ver el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – “Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)”. COM (2009) 615 final, (2011/C 51/12); Diario Oficial de la Unión Europea, de 17 de febrero de 2011.

Evidentemente, la valoración de la utilidad, la oportunidad y la eficacia de la utilización de fórmulas de participación público privada es una labor compleja y delicada que deberá resolverse caso por caso, pero sí pueden apuntarse, de forma genérica, algunas reflexiones importantes sobre esta cuestión tan importante.

Ante todo, es necesario desterrar la idea de que las CPP sean la solución milagrosa a los actuales y crecientes problemas de inversión pública. Por supuesto que la hábil gestión del sector privado puede procurar la movilización de recursos financieros suficientes para llevar a cabo la ejecución de infraestructuras o la prestación de servicios públicos que se sienten necesarios para la colectividad, adelantándolas en el tiempo y haciendo, en suma, disponibles proyectos y servicios que, de otra manera, se retrasarían o, en el peor de los casos, se desestimarían. Y, todo ello, en un contexto de asunción de riesgos y previsión de rentabilidad económica en márgenes asumibles y razonables.

Ahora bien, la financiación privada de proyectos es solamente eso, un postergamiento en el pago de los servicios que el sector privado presta al proyecto pertinente. Evidentemente, la realización de una nueva infraestructura conlleva la inmovilización de toda una serie de recursos que es necesario recuperar, a lo que debe de añadirse la rentabilidad económica propia empresarial a lo largo del proceso de explotación; y, todo ello, aderezado, con la transmisión de los riesgos inherentes a la actividad empresarial privada<sup>1183</sup>.

Por supuesto, el coste de los proyectos es una variable básica a tener en consideración, tanto si se pagan al contado como si se dilata en el tiempo por la prestación del servicio anejo. Es, por ello, necesario llevar a cabo un análisis de la secuencia de servicios prestados con los recursos futuros necesarios para su prestación. Y nada resultaría más pernicioso, a la hora de decidirse de forma racional por una fórmula de este tipo, que no valorar de forma y manera adecuada el coste real de los proyectos a realizar.

Pero teniendo esto presente, no puede transmitirse la idea de una opinión en contra a la posible utilización de estas fórmulas CPP. Éstas no deben de ser rechazadas sin más. Entendemos que será más o menos aconsejable su utilización en función del modo, momento e intensidad en que se utilicen. Lo cual nos lleva a concluir que, quizás, lo más conveniente o, si se nos permite, lo más

---

<sup>1183</sup> Sobre la cuestión, ver ROJAS; F.: "La colaboración público privada en el PEIT"; *Presupuesto y Gasto Público*, 45-(4/2006), p. 108.

prudente sería el configurar estas fórmulas de participación como un complemento de la inversión pública tradicional y, en ningún caso, pretender su sustitución<sup>1184</sup>.

En este sentido, nos parece correcta la postura de la actual Ley de Contratos del Sector Público al configurar los contratos de colaboración público privada como una figura de carácter excepcional o, más bien, subsidiaria frente a los restantes contratos tipificados en la misma. Esto es así porque la ley sólo autoriza la celebración de esta modalidad contractual cuando se haya certificado o acreditado que no existe otro tipo contractual alternativo que permita obtener la satisfacción de la finalidad pública que se persigue, es decir, el cumplimiento de objetivos servicio público o relacionados con actuaciones de interés general<sup>1185</sup>.

Es más, existen argumentos de peso a favor de la utilización de estas fórmulas de colaboración siempre que se tenga presente que el recurso a la contratación de una colaboración público privada es solo una de tantas opciones para ejecutar infraestructuras o prestar servicios y debiendo examinarse bien tanto si el proyecto a realizar es adecuado para una estructura de este tipo como si se cuenta con el suficiente apoyo político para una solución de este calado. Y la principal razón para decantarse por la CPP es que cuando el proyecto es adecuado, puede sacarse más rendimiento al dinero invertido que otras posibles alternativas.

En efecto, las fórmulas de CPP hacen viables los proyectos pues, con ellas, el sector privado financia la construcción del proyecto y la Administración lo paga en el tiempo mediante un pago por servicio, con los ingresos que proceden del mismo proyecto, o con una combinación de ambos. De hecho el perfil de pago de la CPP ofrece dos ventajas importantes: la primera sería que el proyecto puede plantearse dentro de los presupuestos anuales; y la segunda, que los pagos realizados por el sector público coinciden más con el momento en que el usuario empieza a disfrutar del mismo. De esta manera, en circunstancias en que las autoridades públicas no quieren o no pueden aumentar sus niveles de endeudamiento directo, las CPP hacen viables sus proyectos. Eso sí,

---

<sup>1184</sup> Así opina ROJAS; F.: "La colaboración público privada en el PEIT"; *Presupuesto y Gasto Público*, 45-(4/2006), p. 108.

<sup>1185</sup> Sobre este carácter subsidiario de los contratos de colaboración público privados, ver *Memento Práctico: Contratos Públicos 2008-2009*; Ed. Francis Lefebvre, 2007, p. 912.

también es bueno tener presente que las fórmulas de CPP también crean rigidez fiscal, debido a los compromisos a largo plazo que implican. Los gobiernos, por ello, deben de considerar hasta qué punto las CPP bloquean el gasto público y reducen la flexibilidad fiscal para generaciones futuras.

Por otro lado, la utilización de una fórmula de CPP hace que se maximice el uso de las capacidades del sector privado. Con la contratación tradicional, el sector privado se responsabiliza de la entrega de un activo en el tiempo concertado y dentro de un presupuesto. En cambio, las CPP requieren que el sector privado: a) entregue los activos a tiempo y dentro del presupuesto, b) garantice que esos activos ofrezcan el nivel de servicio requerido por el sector público; c) gestione la entrega general del proyecto; d) asegure que los activos individuales y los demás elementos del proyecto que han sido contratados funcionen de forma correcta para prestar los servicios como es debido; y, por último, e) mantenga y renueve los activos de modo efectivo, de manera que los servicios se presten sin interrupción y con unos niveles satisfactorios a largo plazo.

En definitiva, la CPP ofrece ventajas significativas para beneficiarse de las capacidades del sector privado en un mayor grado, dadas estas exigencias adicionales. Así es, con frecuencia, las autoridades del sector público no tienen capacidad interna para llevar a cabo la ejecución de proyectos complejos y hacer su mantenimiento a largo plazo. La frecuencia de contratación de este tipo de proyectos es baja y, por lo tanto, no disponen de las capacidades necesarias ni de la formación adecuada para el desarrollo de los mismos. Además, no tienen la necesidad de tener esa capacidad internamente. En este sentido, alargar la participación del sector privado durante la vida del proyecto ofrece un mejor valor, ya que el sector privado sí tiene experiencia y está continuamente desarrollando y operando en proyectos a escala internacional. Por ello, el sector privado asume el riesgo de costes durante el ciclo de vida del activo.

Por otro lado, las CPP hacen que las empresas del sector privado compitan entre sí para prestar servicios a largo plazo con las condiciones económicas más ventajosas. Al sector público no le interesa sólo firmar con el que ofrezca los costes de construcción más bajos, que es lo que suele suceder en la contrata tradicional en la que el sector privado no tiene nada que ver con los costes de mantenimiento posteriores que, evidentemente, serán más elevados. Con las CPP, al sector público le interesa lograr el mejor valor a lo largo de la vida del activo y del proyecto. En fin, el interés del sector privado se concentrará en el diseño y ejecución de proyectos complejos teniendo en cuenta los

costes a largo plazo para el contribuyente en lugar de centrarse en el gasto de capital inmediato. En los casos en que se ha utilizado con frecuencia la CPP, el sector privado cada vez está mejor capacitado para analizar y prever los costes durante el ciclo de vida del activo y, en consecuencia, para el diseño del proyecto. Así es, con la CPP el sector privado está diseñando y estableciendo los precios como respuesta a esos riesgos de costes durante el ciclo de vida del activo, por lo que el precio, a priori, parecerá más elevado que el de la contrata tradicional. Sin embargo, con la contrata tradicional, la Administración se hace cargo de la gestión del proyecto y de los riesgos ligados al ciclo de vida del contrato.

A su vez, y, con carácter general, las CPP ofrecen seguridad presupuestaria, pues al cierre financiero de una transacción se conoce el coste de un proyecto de CPP. En este sentido, el sector público recibirá unos resultados concretos por unos costes determinados. Esto las diferencia de las contrataciones tradicionales en las que los costes de ejecución del proyecto y del mantenimiento futuro de los activos son inciertos y, además, responsabilidad del sector público. Ahora bien, las CPP no pueden ofrecer una seguridad presupuestaria absoluta. Normalmente, los pagos de las CPP por parte del sector público están sujetos a indexación y a posibles revisiones periódicas, en las que el coste de prestación de los servicios subyacentes se reexamina y los pagos se reajustan según una fórmula previa. Asimismo, algunas CPP pueden reajustarse según variaciones de servicio que suelen comportar costes adicionales.

En las fórmulas CPP, el sector público sólo paga si se hace entrega de los servicios. Normalmente, los pagos en una CPP por parte de la autoridad pública sólo se hacen cuando los servicios del proyecto empiezan a prestarse. Si hay retrasos, la Administración no paga y, en consecuencia, el contribuyente no soporta el coste. Además, los pagos hechos por la autoridad estarán en relación con la calidad de los servicios prestados, disminuyéndose, por lo tanto, cuando se reduzca la calidad de los mismos. Por eso, el contratista del sector privado tiene un interés financiero directo en garantizar que el activo se entregue a tiempo y que se ofrecen los niveles de servicio acordados.

Las CPP fuerzan al sector público a centrarse, desde un primer momento, en los resultados y los beneficios. Las CPP se basan en desarrollar una especificación de resultados detallada y, por ello, cambian la naturaleza fundamental de la contratación pública. Lo más importante para el sector público es la determinación del servicio que quiere que le presten. Ya no le interesan tanto los medios que se usan para la prestación de esos servicios. La experiencia del

sector público debe centrarse, entonces, en los niveles de servicio y no en el diseño detallado, para lo cual el sector público no suele tener internamente las habilidades necesarias o, simplemente, no está preparado para hacerlo.

Ha de tenerse en cuenta que las especificaciones de resultados de las CPP son fijas durante largos periodos de tiempo, razón por la que resulta clave que los niveles de servicio se fijen correctamente desde el inicio. Ello exige la prestación de un mayor cuidado en lo que respecta a la definición de los niveles de servicio al principio de un proyecto. Y la tarea resulta difícil porque debe de encontrarse un punto de equilibrio entre lo que son los niveles ideales de servicio que la Administración desea y lo que es más factible y práctico. En la contratación tradicional estas opciones suelen o bien ocultarse o bien no abordarse hasta que el proceso está muy avanzado, lo que se traduce en que los proyectos sean mucho más caros de lo previsto inicialmente.

Esta llamada de atención, desde el principio, en centrar los niveles de servicio adecuados es una razón importante pues, en virtud de ello, las CPP ofrecen un valor añadido para la inversión, debido a que centran el interés, de forma inmediata, en los costes y en los beneficios, crean una disciplina en el establecimiento del presupuesto de un proyecto y actúan como catalizador para decisiones políticas difíciles. Además, con la CPP la calidad de servicio debe de mantenerse durante toda la vigencia del contrato.

Por otra parte, y no es una cuestión menor, las transacciones de las CPP pueden quedar fuera de balance público de la Administración. En efecto, debido al fuerte aumento de las CPP, el Comité de Estadísticas Monetarias, Financieras y de Balanza de Pagos (CMBF) y Eurostat en un boletín hecho público en febrero de 2004<sup>1186</sup> dispusieron un nuevo cuerpo de normas mediante las cuales se pretendía regular el tratamiento contable de las CPP. Meses más tarde, Eurostat recogió de forma expresa las nuevas directrices en un Capítulo dedicado explícitamente a la CPP en el manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública<sup>1187</sup>. En concreto, se establece que los bienes afectos a estos contratos no deben apuntarse en la contabilidad pública siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes: la primera consiste en que el socio privado

---

<sup>1186</sup> Nota de prensa conjunta del Comité de Estadísticas Monetarias, Financieras y de Balanza de Pagos (CMBF) y de Eurostat (STAT/04/18), de 11 de febrero de 2004.

<sup>1187</sup> ESA95 Manual on Government Debt and Déficit-Long term contracts between government units and non-government partners (Public-Private); de 30 de agosto de 2004.

deberá asumir el riesgo de construcción<sup>1188</sup>; y, la segunda, es que dicho socio privado asumirá, al menos, uno de los dos riesgos siguientes: el de disponibilidad o el vinculado a la demanda<sup>1189</sup>.

El tratamiento fuera de balance de la CPP tiene sus ventajas, porque las obligaciones a largo plazo de las CPP no aparecen reflejadas en los presupuestos generales de la Administración. Los presupuestos públicos anuales muestran los pagos anuales por los servicios recibidos, lo cual ayuda a mantener los déficits

---

<sup>1188</sup> El *riesgo de construcción*, cubre situaciones como entregas con retraso, incumplimiento de los estándares especificados, costes adicionales, deficiencias técnicas o efectos externos negativos. La obligación para la Administración de realizar pagos regulares al socio, sin haberse contabilizado el estado real de lo activos, podría evidenciar que la Administración asume la mayoría de los riesgos constructivos. Así se expresa en la Nota de prensa conjunta del Comité de Estadísticas Monetarias, Financieras y de Balanza de Pagos (CMBF) y de Eurostat (STAT/04/18), de 11 de febrero de 2004.

<sup>1189</sup> El *riesgo de disponibilidad* incluye el no ser capaz de suministrar la cantidad contractualmente pactada o alcanzar la seguridad o niveles certificados públicamente, correspondientes a la prestación de servicios a los usuarios finales, definidos en el contrato. También se aplica al caso en el que el socio no alcanza los estándares de calidad relativos al suministro del servicio, determinados en el contrato y se produce un evidente fallo del servicio por su parte. La Administración no estará obligada a asumir tal riesgo si está legitimada para reducir significativamente (como una clase de deducción o penalización) sus pagos periódicos, como cualquier "cliente normal" (consumidor) podría solicitar en un contrato comercial. Los pagos de la Administración deben depender del nivel efectivo de disponibilidad suministrada por el socio durante un concreto período de tiempo. La aplicación de la penalización cuando el socio incumple sus obligaciones de servicio debe ser automática y también debe de tener un efecto significativo sobre los ingresos/beneficios del socio, y no debe ser puramente cosmética o simbólica.

Y, por su parte, el *riesgo de demanda* cubre la variación de la demanda (mayor o menor de la esperada cuando se firmó el contrato) independientemente del comportamiento (gestión) del socio privado. Este riesgo sólo cubriría un cambio de la demanda que no resulte de una baja o inadecuada calidad de los servicios suministrados por el socio o de cualquier acción que modifique la cantidad/calidad de los mismos. En cambio, surgiría de otros factores tales como el ciclo de los negocios, las nuevas tendencias de mercado, la competencia directa u obsolescencia tecnológica. La Administración estará obligada a asumir el riesgo cuando se obligue a asegurar un determinado nivel de retribuciones el socio independientemente del nivel efectivo de la demanda expresado por el usuario final, resultando irrelevante las fluctuaciones en el grado de la demanda sobre la capacidad general de beneficios del socio. Sin embargo, esta afirmación no se aplica cuando la reducción de la demanda resulta de una actuación de la Administración, como decisiones de las unidades de la Administración General y no sólo de las unidades directamente involucradas en el contrato que represente un cambio significativo de política, o el desarrollo de una infraestructura directamente competidora bajo el control de la Administración.

Así se delimitan los riesgos de disponibilidad y de demanda en la Nota de prensa conjunta del Comité de Estadísticas Monetarias, Financieras y de Balanza de Pagos (CMBF) y de Eurostat (STAT/04/18), de 11 de febrero de 2004.

públicos dentro de los umbrales de referencia del 3% del PIB, de acuerdo con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento adoptado en 1997 para reforzar las disposiciones del Tratado de Maastricht<sup>1190</sup>. Si se contabilizara en balance, pues, la CPP se está obligando a la autoridad contratante a contar con el dinero suficiente para los costes de toda la concesión a la firma del contrato.

Ahora bien, reconociendo la importancia que tiene este dato para el uso de las CPP en muchos países, lo cierto es que el tratamiento fuera de balance no debería ser la única razón para decidirse por la utilización de una fórmula de este tipo. En este sentido, para que un proyecto quede fuera de balance, la mayor parte de los riesgos de la transacción deben de transferirse al sector privado. Por lo tanto, el sector público debe de conciliar dos objetivos en conflicto: el deseo de transferir el riesgo al socio privado y el de garantizar la mejor transferencia de riesgos, es decir, la que minimice los costes para el sector público.

Por último, para que una CPP funcione bien, el sector privado debe de contar con la experiencia necesaria. En concreto, los socios del sector privado deben<sup>1191</sup>: a) ser capaces de proporcionar un servicio eficiente y efectivo; b) ser lo suficientemente numerosos, o lo que es lo mismo, que se cuenta con los licitadores suficientes para garantizar la competencia; c) tener experiencia en establecer precios para el ciclo de vida de los activos en el ámbito en cuestión; y, por último, d) poseer la suficiente experiencia para gestionar y absorber los riesgos concretos del proyecto, del país o del sector en que se celebre la CPP.

Y para que se haga una utilización eficiente de las fórmulas de colaboración público privada se requiere que se den unas condiciones que justifiquen y faciliten su empleo, entendiéndose que resulta básico<sup>1192</sup>: a) la realización de un análisis previo de viabilidad económico-financiera del proyecto; b) el establecimiento de esquemas contractuales estandarizados que reduzcan riesgo regulatorio, aporten seguridad jurídica y la flexibilidad necesaria para adaptar estos proyectos a largo plazo a las necesidades de la Administración y al carácter cooperativo de la relación con el socio privado; y, c) la implantación de métodos de seguimiento y evaluación de resultados que permitan corregir desviaciones y

---

<sup>1190</sup> Resolución del Consejo sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (Ámsterdam, 17 de junio de 1997), Diario Oficial núm. C 236, de 2 de agosto de 1997, pp. 1 y 2.

<sup>1191</sup> Reflexiones extraídas del Informe titulado: La solución de la Cooperación Público Privada; Realidad y futuro de las Infraestructuras de Europa; *Price Waterhouse Coopers*, 2005, pp.17 a 27.

<sup>1192</sup> Sobre la cuestión, ver RODRÍGUEZ VARELA, N.: "Perspectivas de la colaboración público privada en la Comunidad de Madrid"; *Presupuesto y Gasto Público*, 45-(4/2006), p. 161.

eviten efectos indeseados para la Administración tanto en términos de costes, como de provisión eficiente y continuada de los servicios.

Evidentemente, para la realización con éxito de todas estas labores resulta esencial que la Administración Pública tenga unidades especializadas compuestas por expertos en materia financiera, contable y jurídica que serían los encargados de llevar a cabo los estudios y análisis previos que justificarían la utilización de estas fórmulas de colaboración público privada, su seguimiento continuado y la consiguiente evaluación de los resultados perseguidos.

### III. LOS CONTRATOS O ACUERDOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADOS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

El fenómeno del incremento de la participación privada tanto en la financiación, ejecución y explotación de obras públicas como en la prestación de servicios públicos no es exclusivo de nuestro ordenamiento, sino que hay que contemplarlo como un movimiento de carácter internacional en el que se resalta precisamente esto, la apertura a la participación privada en sectores tradicionalmente reservados al sector público.

Una de las razones más importantes que se esgrimen a favor de esta apertura a la participación privada se encuentra en la necesidad de cuadrar la eficiencia económica con la escasez presupuestaria, y con las limitaciones financieras con la que cuentan los distintos organismos internacionales y gobiernos estatales para hacer frente a unas exigencias de gasto cada vez mayores. Precisamente, es en este contexto de búsqueda de mayor eficiencia por parte del sector público y del cumplimiento del objetivo del mantenimiento de unas finanzas públicas saneadas donde se afianzan y se extienden las múltiples fórmulas de participación público privadas.

Así, por ejemplo, desde el punto de vista internacional, cabe mencionar el recurso a la utilización de estas figuras de colaboración público privada por parte del Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio o, incluso, la Organización de Naciones Unidas en cuanto a la provisión de obras públicas<sup>1193</sup>.

---

<sup>1193</sup> Un estudio más extenso de la utilización de estos contratos o asociaciones de colaboración público privados por parte de estos organismos internacionales lo encontramos en CASARES MARCOS, A.: La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad, *Montecorvo*, Madrid, 2007, pp. 163 a 174.

En Europa, estos contratos de colaboración público privados o asociaciones público-privadas, como herederos de la fórmula británica Public Private Partnership (PPP), tienen su origen en la década de los años 90 con motivo del programa de reformas llevado a cabo, como antes quedó anotado, por el Gobierno del entonces Primer Ministro Británico Jhon Mayor, conocido por las siglas PFI (Private Finance Initiative), y cuyo objetivo no era otro que la consecución de la modernización de las infraestructuras públicas<sup>1194</sup>.

A partir de ese instante las autoridades comunitarias, en aras a poder conseguir la ansiada construcción y renovación de sus infraestructuras públicas, sobre todo en lo que afecta al área de transportes, han ido mostrando su respaldo a este tipo de contratos de colaboración público privada. En efecto, no puede desconocerse la importancia que, a este efecto, ha representado la Directiva 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en la que ya se advertía la importancia creciente de la concesión de obras públicas y su naturaleza específica, distinta pues a la del contrato de obras tradicional. A partir de ella, se ha ido perfeccionando un sistema en el que lo que se busca es tanto la financiación privada como la participación del sector privado en la provisión y gestión de infraestructuras públicas. Momento a partir del cual comienzan a aparecer toda una serie de estructuras complejas que van conformando una tipología variada de Asociaciones o Colaboraciones Público Privadas<sup>1195</sup>.

Con posterioridad, se celebró en el año 1996 una reunión por parte del grupo de alto nivel de los representantes personales organizada con el fin de examinar las posibilidades de establecer proyectos de asociación pública y privada para movilizar los recursos del sector privado y poder así acelerar la realización de los proyectos prioritarios de redes transeuropeas de transportes<sup>1196</sup>.

---

<sup>1194</sup> Sobre el origen británico de los contratos de colaboración público privados en el ámbito de la Unión Europea, se pronuncia claramente GONZÁLEZ GARCÍA, J.: "Contrato de colaboración público privada", *Revista de Administración Pública*, núm. 170, pp. 8 y 9; y NIETO GARRIDO, E.: "La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido (De Private Finance Initiative a Public Private Partnerships)", núm. 164, *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto 2004, pp. 389 y ss.

<sup>1195</sup> Sobre la importancia que ha representado la Directiva 93/37 como espoleta de partida para la aparición de este tipo de fórmulas de colaboración público privadas tanto para la financiación como para el diseño, la construcción, y la explotación de infraestructuras públicas me remito al libro de CASARES MARCOS, A: op. cit, pp.184 a 187.

<sup>1196</sup> Creado en septiembre de 1996, Bol. 9-1996, punto 1.3.74.

Y será la Comisión Europea la que, después, en su Comunicación de 10 de septiembre de 1997<sup>1197</sup>, reconozca expresamente que en algunas categorías de proyectos podría recurrirse a la asociación entre el sector público y el privado (APP) como un método que sirva de complemento a la depauperada financiación pública. Los motivos que llevan a esta conclusión los expresa la Comisión de la siguiente manera: el establecimiento de la red transeuropea de transportes constituye una condición fundamental para el éxito del mercado interior y para garantizar una movilidad sostenible en la Unión ampliada. Pese a ello, las infraestructuras de transporte siguen sufriendo graves deficiencias de financiación a causa de la ausencia de unos medios financieros adecuados y de un marco propicio para la inversión. La Comisión argumenta que la posibilidad de que aumenten a corto plazo los fondos públicos destinados a estos proyectos de infraestructuras es poco realista, debido a la conjunción de la desaceleración actual de la economía y las existentes limitaciones presupuestarias. Por ello, en la citada Comunicación, se afirma que en algunas categorías de proyectos podría recurrirse a la asociación entre el sector público y el privado (APP) como un método que sirva de complemento a la depauperada financiación pública<sup>1198</sup>. Y añade la Comisión que la cuestión de la financiación de las nuevas infraestructuras se presenta como uno de los puntos clave en el contexto de la ampliación de la Unión Europea, apuntando como necesaria la adopción de medidas que lleven a una mayor coordinación de la financiación pública y privada de las Redes Transeuropeas de Transporte<sup>1199</sup>.

---

<sup>1197</sup> Boletín UE, 9-1997. 1.2.68.

<sup>1198</sup> Como resalta el Libro Blanco: "La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad (COM (2001) 370 de 12/09/2001), "no deja de ser una paradoja que el Tratado de Maastricht haya conferido a la Comunidad la responsabilidad de establecer unas orientaciones para el desarrollo de la red transeuropea de transportes (art. 155) sin darle al mismo tiempo los recursos financieros necesarios para llevar a cabo esta tarea".

<sup>1199</sup> No obstante y, aún siendo consciente de esa paupérrima situación en que se encuentran las arcas públicas, la Comisión reniega de la financiación íntegramente privada de las infraestructuras de transporte, poniendo como claro ejemplo el del túnel bajo el Canal de la Mancha, pues por las limitaciones inherentes a las mismas, las inversiones en grandes infraestructuras de transporte no se prestan a ser financiadas únicamente por el sector privado. Ello es así por, entre otros, los siguientes factores: las elevadas cifras en juego, los riesgos de explotación y los vinculados a la fase de construcción, la larga amortización de las infraestructuras y, por último, su rentabilidad aleatoria (habida cuenta, fundamentalmente, de los gastos de mantenimiento que se añaden ineludiblemente a los costes de construcción) y a largo plazo. Comunicación de la Comisión de 10 de septiembre de 1997. Boletín UE, 9-1997. 1.2.68.

Ahora bien, aún reconociendo la existencia de estas limitaciones presupuestarias que condicionan claramente las posibilidades de una financiación exclusivamente pública, existen medios para atraer capitales privados. Así lo demuestra el recurso a la figura de la concesión<sup>1200</sup> o bien a otras formas de asociación entre el sector público y el privado fundamentadas en un reparto entre ambos sectores tanto del riesgo como de los beneficios. Por todo ello, las Asociaciones entre el sector público y el privado (APP) representan hoy en día, como expresaba la Comisión, una opción válida para la financiación de infraestructuras de transporte en Europa, aun reconociendo que deben de enfrentarse a numerosos obstáculos de carácter económico, jurídico y político. Para ello, se considera conveniente el difundir prácticas correctas y, a medio plazo, poner al día el marco reglamentario vigente con el fin de que los regímenes de las APP sean aún más atractivos, especialmente para los inversores privados.

La Comisión apunta y delimita toda una serie de condicionantes a los que deben de ajustarse las APP en el contexto de la red transeuropea de transporte, pero que, a nuestro entender pueden ser aplicados a cualquier otro supuesto. Escuetamente, estos serían: primero, que el proyecto a realizar ha de estar definido con una gran claridad; segundo, que ha de existir una voluntad política clara y enmarcada en unos límites temporales concretos para evitarse así que se puedan poner en tela de juicio las decisiones iniciales; tercero, que las partes implicadas deben trabajar para lograr una cooperación eficaz; cuarto, que debe darse una total transparencia en los costes, en las condiciones de explotación y en el proyecto general con el fin de garantizar que el sector privado no se encuentre obligado a asumir los eventuales excesos de costes en relación con las previsiones con que contaba el momento de ser elegido el candidato; quinto, que se determinen, con claridad, unas garantías financieras y exista un entorno jurídico elaborado y estable; sexto, que el

---

<sup>1200</sup> Como método que ha resultado y seguirá siendo eficaz, como lo pone de manifiesto la construcción de las redes ferroviarias a través de la vía concesional en el siglo XIX o, también, más recientemente a través de las concesiones de autopistas o aeropuertos. No podemos olvidar que a partir de los años 50 del siglo pasado las autopistas italianas, francesas y españolas se han realizado, generalmente, a través de concesiones lo que facilitó un rápido desarrollo de estas infraestructuras, sin riesgos de endeudamiento para el Estado por el establecimiento de peajes bien reales bien ficticios que permitían a las empresas privadas la recuperación de su inversión.

proyecto esté bien dimensionado desde el punto de vista económico; séptimo, que el proyecto genere unos ingresos en unos plazos razonables; octavo, que el proyecto prevea el reparto de los ingresos más allá de una cifra decidida conjuntamente (ingresos mínimos garantizados por el Estado, sin que ello pueda dar lugar a ayudas enmascaradas), y noveno y último, que el proyecto contemple, también, un reparto claro detallado de los riesgos, de forma que cada parte tenga bajo su control el riesgo que mejor pueda asumir.

Es evidente que todas estas condiciones no serán fáciles de cumplir en la práctica, pues debe entenderse que estos proyectos suelen ofrecer una rentabilidad financiera escasa a largo plazo y un riesgo de construcción y de explotación a veces elevado. Aún más, la complejidad de las APP es tal que rara vez se cumplirán, en un gran proyecto de provisión de infraestructuras, todos los criterios anteriormente aludidos, a pesar de que se estiman como necesarios para la buena marcha del proyecto.

De igual forma, no pueden obviarse toda una serie de limitaciones que pueden aparecer en el devenir de estos acuerdos o contratos, como son: a) las reticencias de determinados Estados miembros a impulsar las APP; b) la duración cada vez más larga de las negociaciones, que puede constituirse en un elemento disuasivo; c) la suma necesaria para participar en una licitación está en relación con el tamaño y la complejidad del proyecto; d) la búsqueda de rentabilidad a corto plazo, cuando se trata en su mayoría de proyectos a largo o muy largo plazo, y, e) el contexto político, a menudo fluctuante, que genera incertidumbres que inciden en la rentabilidad del proyecto y pueden disuadir al inversor privado.

En consecuencia, las CPP son, sí, un instrumento atractivo en pleno auge en muchos sectores pero cuyo éxito depende de la existencia de ciertos condicionantes, entre ellos, que se trate de proyectos cuya remuneración y riesgos sean fáciles de calcular, como es el caso de las autopistas, puentes o aeropuertos. De igual forma, pueden ser también muy útiles cuando la aportación privada permita maximizar los resultados y controlar mejor los costes en comparación con un proyecto similar gestionado por el sector público.

Ahora bien, pese al estado de las arcas públicas, el recurso a la CPP no puede presentarse como una solución “milagro” para el sector público, pues una solución de este tipo mal diseñada puede originar costes muy elevados para el aludido sector, debido, entre otras cosas, a las peculiares características técnicas y a la complejidad estructural que representa una solución de este calibre. Aún teniendo presente estas advertencias, la Comunicación aboga

abiertamente por la promoción de una nueva cultura en la financiación de las infraestructuras europeas.

En efecto, partiendo del reconocimiento del trascendental papel que juegan las infraestructuras para el buen funcionamiento de la economía al permitir el aumento potencial del crecimiento económico, resulta necesario que se exploren nuevos caminos con el fin de hacer más eficaz la gestión de los escasos recursos existentes y la búsqueda de nuevas fuentes de financiación. Ese nuevo enfoque estaría presidido por las siguientes ideas, siempre respetando las exigencias de transparencia e igualdad de trato:

1. Cualquiera que fuere la forma de financiación mayoritaria, pública o privada, el tamaño o la complejidad de los proyectos, resulta necesario que se lleve a cabo una mejor definición de las prioridades a realizar y una mejor coordinación de las diversas fuentes de financiación.
2. La instauración de estructuras de gestión jurídica y financiera basadas en el modelo de la sociedad de derecho europeo.
3. El fomento de la participación del capital privado. Ello requiere que se prevean algunas cláusulas innovadoras y unas iniciativas valientes desde el punto de vista político. Entre esas opciones pueden destacarse las siguientes: a) los sistemas de concesión que adjudican la mayoría de los riesgos al inversor privado sobre la base de una gestión activa de la demanda; b) los diversos sistemas que permitan al socio o socios privados su intervención ya en la fase de concepción de un proyecto (por ejemplo, el sistema de las concesiones a iniciativa particular o la técnica del diálogo competitivo); c) la introducción de indicadores de calidad y de "cláusulas de progreso" que permitan al inversor privado la rentabilización de la inversión inicial realizada a lo largo de todo el ciclo de vida de un proyecto, y, d) la posibilidad de hacer extensivos estos métodos o prácticas con varios proyectos interconectados.

En conclusión, la Comisión en esta Comunicación del año 1997 apuesta claramente por las APP o las CPP como una opción válida para la financiación de las infraestructuras europeas. Y avanza que dicho organismo elaborará un Libro Verde sobre la asociación entre el sector público y el privado y la legislación europea en materia de contratos públicos, cuyo objetivo no es otro que el de llevarse a cabo un amplio proceso de consulta pública para el desarrollo rápido de diferentes formas de APP y el establecimiento de un marco jurídico

en el ámbito de los contratos en Europa. Esta consulta debería permitir a la Comisión evaluar si debe completarse o mejorarse el marco jurídico existente con el fin de permitir un mayor acceso de los operadores económicos a las diferentes operaciones de APP realizadas en la Unión Europea.

Con carácter previo a la elaboración de dicho Libro Verde la Comisión, en una Comunicación de 11 de marzo de 1998, que lleva por título: "Los contratos públicos en la Unión Europea"<sup>1201</sup>, reincide en la anterior idea al proponer entre las medidas necesarias para la mejora del funcionamiento de los contratos públicos a nivel europeo la de llevar a cabo la definición de un marco jurídico para la participación del capital privado en la financiación de la gestión de infraestructuras y de servicios públicos, es decir, la consabida asociación entre el sector público y el sector privado.

En consecuencia, la Comisión encuentra necesario el diseño de un marco legal adecuado para poder permitirse, así, el desarrollo de estas nuevas fórmulas asociativas no encuadrables siempre dentro del ámbito de las concesiones<sup>1202</sup>. Por ello, dicho organismo se propone la elaboración de un documento cuya misión sería doble: primero, la de servir de cauce interpretativo al futuro establecimiento del régimen jurídico aplicable a las concesiones teniendo en cuenta el Derecho comunitario vigente, y, segundo, que en el mismo se procediera a llevar a cabo el análisis de la posible aplicación de la regulación existente en ese momento a las fórmulas de colaboración público privadas.

Habría que esperar hasta el año 2000 para que la Comisión dictara la Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho Comunitario<sup>1203</sup>. Este documento tiene, para nuestro interés un alcance limitado pues, desentendiéndose del encargo realizado con anterioridad, la Comisión exclusivamente centra su atención en el análisis, "de forma sesgada y parcial"<sup>1204</sup>, de

---

<sup>1201</sup> COM 1998, 143 final.

<sup>1202</sup> Como avisa GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, no está claro que este tipo de fórmulas puedan siempre tener su encaje dentro del contrato de concesión de obra pública. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: "Las concesiones ante el Derecho Comunitario", *UE Aranzadi*, núm. 2, febrero de 2003, p. 17.

<sup>1203</sup> Diario Oficial C 121, de 29/04/2000.

<sup>1204</sup> En expresión de CASARES MARCOS, A.: La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad, *Montecorvo*, Madrid, 2007, p. 190.

las concesiones. Por lo tanto, omite o evita pronunciarse acerca del tema, deducimos por su silencio, más arduo, complicado o difícil de las fórmulas de participación o colaboración público privada.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que también los distintos Estados y autoridades comunitarias han asumido el compromiso de la mejora de las infraestructuras públicas como medio necesario para la promoción de un adecuado desarrollo económico y la mejora de la competitividad. Para llevarlas a cabo, se argumenta o se recomienda que se fomenten las asociaciones público privadas<sup>1205</sup>. En concreto, se recalca tanto en el Consejo Europeo de Lisboa de 22 y 23 de marzo de 2000<sup>1206</sup>, como en el Consejo Europeo de Bruselas de 22 y 23 de marzo de 2005<sup>1207</sup>, la enorme necesidad de inversión en infraestructuras para potenciar así el crecimiento y aportar una mayor convergencia económica y social. De igual forma, se hacía un llamamiento a la Unión Europea y a sus Estados miembros para que continuaran con sus esfuerzos de inversión y fomentaran las colaboraciones público privadas. Resulta evidente, por lo tanto, el interés de la Unión Europea en potenciar la implicación del sector privado en la provisión de infraestructuras.

Por lo tanto, parece difícil entender que a estas alturas todavía no se cuente en la Unión Europea con un marco regulatorio conveniente para este tipo de fórmulas público privadas que rebasan el ámbito puramente concesional, lo que contrasta con el auge que estos contratos tienen tanto a nivel internacional como europeo.

Nos hallamos, entonces, ante la necesidad de la aprobación de un nuevo régimen jurídico al efecto. Así parece desprenderse de algunos documentos europeos como, por ejemplo, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el refuerzo del Derecho de concesiones y de contratos de asociación entre los

---

<sup>1205</sup> Destacan por su importancia, las Conclusiones de los Consejos Europeos de Bruselas, de diciembre de 1993, de Corfú, de junio de 1994 y de Essen, de diciembre de 1994, por la relevancia que más adelante han tenido en la visión y en la delimitación comunitaria de un modelo alternativo al tradicional representado por la financiación pública de infraestructuras.

<sup>1206</sup> Aquí como instrumento o elemento necesario para conseguir los objetivos propuestos en la denominada Estrategia de Lisboa 2003-2006 (Prioridades 2003-2006 [COM (2003) 238 final).

<sup>1207</sup> Consejo Europeo de Bruselas, 22-23 de marzo de 2005. Conclusiones de la Presidencia. 7619/1/05 REV1.

sectores público y privado (APP)<sup>1208</sup> o del Libro Blanco sobre la política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad<sup>1209</sup>, donde se realiza una importante crítica a la regulación actual europea en materia de contratación pública y se postulan claramente a favor de la eliminación de los posibles obstáculos, tanto jurídicos como económicos, a la posible creación de las asociaciones público privadas y de la futura existencia de una normativa europea sobre esta materia.

Sería en el año 2003, cuando la Comisión aprobó uno de los documentos en esta materia de las asociaciones público privadas. Estamos refiriéndonos a la Guía que lleva por título: Guidelines for succesful public-private partnerships<sup>1210</sup>. En ella se examinan extensamente las fórmulas asociativas público privadas, apuntándose los motivos por los que surgen, sus características más típicas, los tipos existentes, los riesgos asumidos con dichas fórmulas, su régimen jurídico, los procedimientos más adecuados para su adjudicación, etc.

Pero el esfuerzo más relevante llevado a cabo por la Comisión para intentar clarificar un poco más el tratamiento de estas fórmulas de colaboración público privadas lo encontramos en el año 2004 con la publicación del Libro Verde sobre la colaboración público privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones<sup>1211</sup> debido, se dice, a que en el transcurso de la última década, el fenómeno de la Colaboración Público Privada (CPP) se ha desarrollado en un gran número de ámbitos del sector público. Podríamos decir que este sería el primer intento serio de sistematización de estas asociaciones entre el sector público y privado, razón por la cual es necesario detenerse de forma más pausada en su análisis.

El objetivo de este Libro Verde no es otro, como ya se apuntó anteriormente, que provocar la apertura de un debate acerca de la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones al fenómeno

---

<sup>1208</sup> 2001/C 14/19, de 18 y 19 de octubre de 2000.

<sup>1209</sup> COM (2001) 370 final, de 12 de septiembre de 2001.

<sup>1210</sup> Disponible en [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docgener/guides/pppen.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/pppen.pdf).

<sup>1211</sup> COM (2004) 327 final, de 30 de abril de 2004.

en expansión de las CPP, debido, fundamentalmente, a que las autoridades públicas, por las dificultades presupuestarias con las que se enfrentan, recurren cada vez más a estas fórmulas asociativas.

Si bien, como advierte el Libro Verde, en el ámbito económico el papel del Estado ha pasado de ser el operador directo al de organizador, regulador y mero fiscalizador; el Derecho comunitario de la contratación pública y de las concesiones debe de mostrarse neutral en cuanto a las decisiones que han de tomar los Estados miembros acerca de si un servicio público debe de ser prestado bien a través de sus propios medios a bien debe de serle confiado a un tercero. Es pues, una decisión esta, la de la externalización o no de la gestión de los servicios públicos, que debe de ser adoptada por parte de las autoridades nacionales de cada Estado miembro.

Punto importante en ese debate abierto por el Libro Verde será la indagación de las normas que han de aplicarse cuando se opte por confiar una misión o tarea pública a un tercero. En este sentido, lo primero que debe de advertirse es que el Derecho Comunitario no prevé, no contempla ningún régimen específico que englobe al fenómeno de las CPP. Únicamente se establece que todo acto en virtud del cual una entidad pública confía la prestación de una actividad económica a un tercero debe de ser, entonces, examinado a la luz de los principios y normas del Tratado, especialmente en lo que hace referencia a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios<sup>1212</sup>. Estos principios incluyen los de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo<sup>1213</sup>.

Asimismo, hay que tener en consideración las disposiciones detalladas que les sean de aplicación de las Directivas sobre coordinación de los procedimientos

---

<sup>1212</sup> Actuales arts. 49 y 56 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007 CE (DOUE, núm. 83, de 30 de marzo de 2010). En efecto, las normas relativas al mercado interior, incluidos los principios y normas en materia contratación pública y concesiones, se aplican a toda actividad con carácter económico, es decir, a toda actividad que consista en ofrecer servicios, bienes u obras en un mercado, incluso cuando dichos servicios, bienes u obras estén destinados a ofrecer un servicio público tal y como lo defina un Estado miembro.

<sup>1213</sup> Sobre los mismos me remito a la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho Comunitario; DO C 121, de 29 de abril de 2000.

de adjudicación de los contratos públicos<sup>1214</sup>, en cuanto que las mismas, en palabras del Tribunal de Justicia Europeo, tienen por objeto proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro y, con dicho fin, excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores nacionales en cualquier adjudicación de contratos como la posibilidad de que una entidad adjudicadora se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico<sup>1215</sup>.

De otra parte, el Libro Verde reconoce, de partida, que la expresión Colaboración Público Privada (CPP) carece de definición en el ámbito comunitario. Aduce dicho documento, en un intento por establecer una definición de tipo genérico, que estamos ante diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y los agentes económicos, y cuyo objeto, en particular, es el de garantizar la financiación, construcción, renovación, explotación de una infraestructura o la prestación de un servicio.

Además, se avanza por parte de la Comisión algunas de las características por las cuales puede llegar a identificarse este tipo de CPP. Entre ellas, las siguientes: a) la duración relativamente larga de la relación lo que conlleva la necesaria cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar; b) el modo de financiación del proyecto que estará garantizada, en parte, por el sector privado, lo cual se llevará a cabo, en ocasiones, a través de una compleja organización entre diversos participantes; si bien, dicha financiación privada puede completarse con el recurso

---

<sup>1214</sup> En la actualidad, las Directivas 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios; la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales; y la Directiva 2007/66, de 11 de diciembre, 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 (DOUE L 335/31, de 20 de diciembre de 2007).

<sup>1215</sup> Asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, Impresa Lombardini SPA contra ANAS, sentencia de 27 de noviembre de 2001, apartado 36, y asunto C-380/98, University of Cambridge, Rec. p.I-8035, y asunto C-19/00, SIAC construction, Rec. p.I-7725.

a la financiación pública; d) el importante papel que juega el operador económico privado, el cual participará en importantes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación), debiendo concentrarse el operador público en la definición de los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, en la calidad de los servicios propuestos y en cuál va a ser la política de precios a seguir, a la par que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos; y, e) el adecuado reparto del riesgo, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para así poder mejor evaluarlos, controlarlos y gestionarlos, entre el socio público y el privado, al que se le transfieren los riesgos que habitualmente soporta el sector público.

Pero, si bien la cooperación entre los sectores público y privado nos ofrece indudables ventajas, como por ejemplo, de tipo microeconómico, al permitirse la realización de proyectos con la mejor relación calidad/precio y preservar al mismo tiempo los objetivos de interés público, lo que no puede hacerse es presentar dicha cooperación como una solución milagrosa para el sector público. Lo importante y necesario es determinar para cada concreto proyecto si la opción de esta colaboración ofrece una ganancia real en relación con las demás posibilidades, como puede ser la del recurso a la figura más clásica de la adjudicación de un contrato.

El hecho cierto es que cada vez con más frecuencia los Estados miembros recurren a este tipo de fórmulas de CPP para realizar proyectos de infraestructura<sup>1216</sup>, en particular, en los sectores del transporte, la sanidad pública, la educación y la seguridad pública. Es más, las autoridades públicas comunitarias también recurren a este tipo de operaciones de colaboración con el sector privado para garantizar la gestión de servicios públicos, sobre todo en el ámbito local. De igual forma, cada vez con más frecuencia servicios públicos relativos a la gestión de residuos o la distribución de agua o energía se confían a empresas, tanto públicas como privadas o bien mixtas. En este sentido, debe recordarse que cuando una autoridad pública decide confiar la

---

<sup>1216</sup> Como ejemplo puede citarse el caso español representado por el Plan Extraordinario de Infraestructuras, de 7 de abril de 2010. Dicho plan es una apuesta conjunta del Gobierno, las entidades financieras y las empresas del sector para reactivar la economía y el empleo a través de la inversión en infraestructuras de transporte, anticipando a 2010 y 2011 inversiones que, en otro caso, se hubieran retrasado en el tiempo. A través de dicho plan se movilizan inversiones por valor de 17.000 millones de euros (el equivalente al 1,7% del PIB).

prestación de un servicio a un tercero, está obligada a respetar la normativa comunitaria en materia de contratación pública y concesiones, aunque se trate de un servicio considerado como de interés general<sup>1217</sup>.

Si bien el Libro Verde se centra en cuestiones relativas al Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, debe de recordarse, también, que la Comisión ya había adoptado previamente iniciativas, en otros ámbitos, en relación con el fenómeno de las CPP. Por ejemplo, en lo que respecta a la aclaración de las normas relativas al tratamiento contable en las cuentas nacionales de los contratos firmados por autoridades públicas en el marco de operaciones de colaboración con entidades privadas. Así es, Eurostat, la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas<sup>1218</sup>, adoptó una decisión relativa al tratamiento contable en las cuentas nacionales de los contratos firmados por entidades públicas en el marco de operaciones de colaboración con entidades privadas. En dicha decisión se precisa el impacto en el déficit o superávit público y la deuda pública de las mencionadas operaciones. Pues bien, Eurostat recomienda, como ya se señaló anteriormente, que los activos vinculados de colaboración público privada se consideren activos no públicos, y, por consiguiente, no se registren en el balance de las administraciones públicas siempre y cuando se cumplan las dos condiciones siguientes:

1. El socio privado debe de soportar el riesgo de la construcción, y,
2. El socio privado debe de soportar, al menos, uno de los dos riesgos siguientes: el de disponibilidad o el vinculado a la demanda.

Además, las nuevas Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo cuyo objetivo es llevar a cabo la modernización y simplificación del marco legislativo comunitario en materia de contratación pública contemplan un procedimiento de adjudicación innovador, especialmente pensado para responder a las particularidades de la adjudicación de “contratos especialmente complejos” y, por lo tanto, de determinadas formas de CPP. El nuevo procedimiento de adjudicación se conoce con el nombre de “diálogo competitivo”<sup>1219</sup>.

---

<sup>1217</sup> Así se afirma de forma categórica en el Libro Verde sobre los servicios de interés general, COM (2003) 270 final.

<sup>1218</sup> En su comunicado de prensa STAT/04/18.

<sup>1219</sup> Artículo 29 de la Directiva 2004/18/CE.

En concreto, el recurso al procedimiento del diálogo competitivo está pensado tanto para aquellos casos en que el organismo adjudicador no sea objetivamente capaz de llevar a efecto la definición de los medios técnicos que puedan responder a sus necesidades y objetivos, como para aquellos otros en los que dicho organismo adjudicador no sea objetivamente capaz de establecer la organización jurídica o financiera o, ambas, de un proyecto.

Pues bien, este nuevo procedimiento permitirá que los organismos adjudicadores entablen un diálogo con los candidatos con el objetivo de encontrar soluciones capaces de responder a las mencionadas necesidades. A la conclusión de este diálogo, se invitará a los candidatos a que presenten sus ofertas definitivas de acuerdo con la solución o las soluciones identificadas en el transcurso del diálogo. Dichas ofertas deberán incluir todos los elementos exigidos y necesarios para la realización del proyecto. Los organismos adjudicadores deberán llevar a cabo la evaluación de las ofertas presentadas en función de los criterios de adjudicación ya preestablecidos. Puede que el licitador que hubiere presentado la oferta más ventajosa económicamente tenga bien que aclarar determinados aspectos de su oferta o bien confirmar los compromisos en ella incluidos, siempre y cuando ello no lleve a modificar elementos sustanciales de la oferta ni de la convocatoria de licitación, ni falsee la competencia ni implique discriminaciones.

El procedimiento del diálogo competitivo debería permitir garantizar la flexibilidad necesaria para debatir con los candidatos todos los aspectos del contrato durante la etapa de su puesta en marcha, velando, eso sí, por que dicho diálogo se desarrolle respetando los principios de transparencia e igualdad de trato, y sin poner en peligro los principios que el Tratado comunitario confiere a los operadores económicos.

En esencia, pues, dicho procedimiento se basa en la idea de que los métodos estructurados de selección han de preservarse en cualquier ocasión, ya que contribuyen a garantizar la objetividad y la integridad del procedimiento que conduce a la selección de un operador, lo que garantiza la buena utilización de los fondos públicos, disminuye los riesgos de prácticas poco transparentes y refuerza la seguridad jurídica necesaria para la puesta en marcha de tales proyectos.

Como reconoce la Comisión, la transposición al Derecho nacional del procedimiento del diálogo competitivo permitirá que las partes interesadas dispongan de un procedimiento particularmente adaptado a la adjudicación de contratos calificados de contratos públicos durante la puesta en marcha de una CPP, al tiempo que se protegen los derechos de los operadores económicos.

Asimismo, conviene subrayar que las nuevas Directivas aumentan el interés de los organismos adjudicadores por formular las especificaciones técnicas en términos de resultados o de exigencias funcionales. De este modo, las nuevas disposiciones permitirán a los organismos adjudicadores ampliar las posibilidades para tener en consideración soluciones innovadoras durante la fase de adjudicación, sea cual fuere el procedimiento puesto en marcha<sup>1220</sup>.

Volviendo al Libro Verde, en él se contiene una sistematización respecto de las distintas formas de colaboración público privadas distinguiendo entre: Operaciones de CPP de tipo puramente contractual y las operaciones de CPP de tipo institucionalizado. Veamos las características más relevantes de las mismas:

1. **Operaciones de CPP de tipo puramente contractual.** En este caso, la colaboración entre los sectores público y privado se basa en vínculos exclusivamente contractuales entrando, por lo tanto, dentro del ámbito de aplicación de las Directivas europeas sobre contratación pública.

Es sabido que las Directivas en materia de contratación pública contemplan, sobre todo, la etapa de adjudicación de un contrato, sin prever de manera global la etapa posterior a la selección del socio privado. En realidad, los principios de transparencia e igualdad de trato que se derivan del Tratado se oponen, en general, a cualquier intervención del socio público tras la selección de un socio privado ya que esa intervención podría poner en duda la igualdad de trato entre operadores económicos<sup>1221</sup>.

Pues bien, el carácter complejo de las fórmulas organizativas englobadas en una CPP, el tiempo que puede y suele transcurrir entre la selección del socio privado y la firma del contrato, la duración relativamente larga de los proyectos y, en último término, el recurso frecuente a mecanismos de subcontratación convierten, a veces, la aplicación de estas normas y principios en una tarea complicada.

Hay que tener presente que las disposiciones contractuales que rigen la puesta en marcha de una operación de CPP corresponden, en primer término, al

---

<sup>1220</sup> Artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE y artículo 34 de la Directiva 2004/17/CE.

<sup>1221</sup> Ejemplos de ello son el asunto C-87/94, Comisión contra Bélgica (autobuses valones), Sentencia de 25 de abril de 1994, apartado 54 y, también, el asunto C-243/89, Comisión contra Dinamarca (Puente sobre el Storebaelt), sentencia de 22 de junio de 1992.

Derecho nacional de cada Estado miembro. No obstante, la elaboración de cláusulas contractuales debe realizarse respetando igualmente las normas comunitarias pertinentes y, en particular, los principios de igualdad de trato y transparencia. Entre otras cuestiones, ello implica que en los documentos de consulta deben indicarse con claridad las condiciones y modalidades de ejecución de los contratos para que, de esta forma, los diferentes candidatos a la colaboración puedan interpretarlas de la misma manera y tenerlas en cuenta a la hora de la elaboración de sus ofertas. Por otro lado, dichas condiciones y modalidades de ejecución de los contratos no pueden tener un efecto discriminatorio ni obstaculizar de manera injustificada la libre prestación de servicios o la libertad de establecimiento<sup>1222</sup>.

En gran medida, el éxito de una operación de CPP depende tanto de lo completa que sea la normativa contractual del proyecto como de la óptima determinación de elementos que van a regir su puesta en funcionamiento. En este sentido, resulta básico la evaluación pertinente y el reparto adecuado de los riesgos entre los sectores público y privado, en función de la capacidad respectiva de cada uno de ellos para asumir dichos riesgos. También ocupa un lugar relevante la prevención de los mecanismos oportunos que permitan evaluar de forma periódica la actuación del titular de la CPP.

Pues bien, en este contexto, el principio de transparencia exige que los datos que permiten determinar la evaluación y el reparto de riesgos, así como la evaluación de la actuación, se comuniquen en la documentación de consulta, de forma y manera que los licitadores puedan tenerlos en cuenta a la hora de elaborar sus ofertas.

De igual forma, será importante la determinación del período durante el cual el socio privado se ocupará de la explotación de la obra o servicio, en función de la necesidad de garantizar el equilibrio económico y financiero del proyecto. Específicamente, la duración de la relación de colaboración deberá fijarse de manera que no restrinja o limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable

---

<sup>1222</sup> Así se afirma en el Asunto C-19/00, *Construction LTD*, sentencia de 18 de octubre de 2001, apartados 41 a 45; el asunto C-31/87, *Gebroeders Beentjees contra Países Bajos*, sentencia de 20 de septiembre de 1988, apartados 29 a 37. De igual forma se expresan el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE y el art. 38 de la Directiva 2004/17/CE.

del capital invertido. En efecto, una duración excesiva podría ser censurada con arreglo a los principios que rigen el mercado interior<sup>1223</sup> o a las disposiciones del Tratado en materia de competencia<sup>1224</sup>. De igual forma, el principio de transparencia exige que los datos que permiten fijar la duración se comuniquen en la documentación de consulta, de manera que los licitadores puedan tenerlos en consideración a la hora de elaborar sus ofertas.

Al referirse a una prestación duradera, las relaciones de CPP han de poder evolucionar para adaptarse a los cambios del entorno macroeconómico o tecnológico, así como a las necesidades del interés general. El Derecho comunitario en materia de contratación pública no se opone, en general, a la posibilidad de tener en cuenta dichas evoluciones, siempre y cuando se respeten los principios de transparencia e igualdad de trato.

En este sentido, en la documentación de consulta, que debe enviarse a los licitadores o candidatos con ocasión del procedimiento de selección, se podrían prever cláusulas de ajuste automático o bien preverse las circunstancias en virtud de las cuales será posible llevar a cabo una revisión de los cánones percibidos. Asimismo, se pueden establecer cláusulas de revisión siempre que en ellas se determinen de forma detallada las circunstancias y condiciones en las que podrán introducirse modificaciones en la relación contractual. Eso sí, es importante que dichas estipulaciones sean lo suficientemente claras como para permitir que los operadores económicos las interpreten de la misma forma durante la etapa de selección del socio.

Pero, en general, las modificaciones que tienen lugar durante la ejecución de una CPP, cuando éstas no se contemplan en los documentos contractuales, suelen dar como resultado que se ponga en duda el principio de igualdad de trato de los operadores económicos<sup>1225</sup>. Es más, dichas modificaciones no con-

---

<sup>1223</sup> Así lo detecta la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones del año 2000; en particular, su apartado 3.13.

<sup>1224</sup> Actuales arts. 101, 102 y 106, apdo. 2 del Tratado, de 13 de diciembre de 2007, sobre el funcionamiento de la Unión Europea (DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2007).

<sup>1225</sup> Asunto C-337/98, Comisión contra Francia, sentencia de 5 de octubre de 2000, apartado 44 y siguientes. El Derecho comunitario también se opone a las modificaciones que tienen lugar durante la etapa de negociación del contrato, tras la selección final del licitador elegido. En este sentido, en las nuevas disposiciones relativas al diálogo competitivo se establece que el licitador seleccionado podrá verse obligado a aclarar aspectos de su oferta o confirmar los compromisos que en ella figuran, siempre que ello no modifique elementos sustanciales de la oferta o de la licitación ni falsee la competencia o tenga un efecto discriminatorio.

templadas sólo son aceptables cuando un acontecimiento imprevisible las hace necesarias o bien cuando estén justificadas por razones de orden público, seguridad o salud públicas<sup>1226</sup>. De hecho, toda modificación sustancial, relativa al objeto mismo del contrato, deberá asimilarse a la firma de un nuevo contrato, lo que implicaría una nueva convocatoria de concurso<sup>1227</sup>.

También conviene recordar, que las Directivas comunitarias sobre contratación pública precisan las situaciones excepcionales en las que está permitida la adjudicación directa y sin convocatoria de concurso de las obras o servicios complementarios que no figuran en el proyecto previsto en un principio o en el primer contrato firmado<sup>1228</sup>. Estas excepciones deben de ser interpretadas de forma restrictiva.

Por último, y en lo que respecta a la posible utilización de la subcontratación por parte de las CPP, hay que decir que, en principio, los socios privados son libres de subcontratar una parte o la totalidad de un contrato público o una concesión. No obstante, sí conviene indicarse que, en el marco de la adjudicación de los contratos públicos, se puede solicitar a los licitadores que comuniquen en sus ofertas la parte del contrato que tienen previsto subcontratar con terceros<sup>1229</sup>.

2. **Operaciones de CPP de tipo institucionalizado.** Estas implican una cooperación en el seno de una entidad diferente, lo cual puede conducir a la creación de una entidad *ad hoc* de participación conjunta entre el sector público y el sector privado.

Esta entidad común tiene como fin el garantizar la entrega de un activo (una obra o la prestación de un servicio) en beneficio público. En este sentido, la

<sup>1226</sup> Ver Art. 4 del Tratado, de 13 de diciembre de 2007, sobre el funcionamiento de la Unión Europea (DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2007).

<sup>1227</sup> Asunto C-337/98, Comisión contra Francia, sentencia de 5 de octubre de 2000, apartado 44 y siguientes. En este sentido, la propia Comisión, en su Comunicación del año 2000 interpretativa de las concesiones, precisa que la prórroga de una concesión vigente más allá del período fijado en un principio debe considerarse una nueva concesión a favor de un nuevo concesionario.

<sup>1228</sup> Ver el art. 61 de la Directiva 2004/18/CE, que lo contempla para las concesiones de obras.

<sup>1229</sup> Incluso en el caso de las concesiones de obras cuyo valor supere los cinco millones de euros, el organismo adjudicador puede, además, obligar al concesionario a confiar a terceros contratos que representen un porcentaje mínimo del 30% del valor global de las obras objeto de la concesión. Ver, en este sentido, el art. 60 de la Directiva 2004/18/CE.

cooperación directa entre los socios público y privado en una entidad con personalidad jurídica permite que el socio público conserve un nivel de control relativamente elevado sobre el desarrollo de las operaciones, que a lo largo del tiempo puede ir adaptando en función de las circunstancias, a través de su presencia en el accionariado y en los órganos de decisión de la entidad común. De igual forma, permite al socio público desarrollar su experiencia propia en materia de explotación del servicio en cuestión, al tiempo que recurre a la ayuda de un socio privado.

Plantea la Comisión que no hay mucho que decir en aquellos casos de entidades mixtas ya existentes que participan en procedimientos de adjudicación de contratos públicos o concesiones en lo que respecta al Derecho comunitario aplicable, pues el carácter mixto de una entidad que participa en un procedimiento de licitación no implica excepción alguna a las normas aplicables en el marco de la adjudicación de un contrato público o una concesión. Única y excepcionalmente, los casos en los que la entidad en cuestión responda a las características de entidad in house, en el sentido contemplado en la jurisprudencia del Teckal del Tribunal de Justicia, permitirá que el poder adjudicador no aplique las normas habituales en materia de contratación pública y concesiones<sup>1230</sup>.

Un nuevo intento por aclarar la aplicación de las normas comunitarias en materia de contratación pública y concesiones en lo relativo a las colaboraciones público privadas “institucionalizadas” (CPPI), lo lleva a cabo la Comunicación Interpretativa de la Comisión, de 5 de febrero de 2008<sup>1231</sup>, reincidiendo en lo expuesto anteriormente. Para la Comisión una CPPI consiste en una cooperación entre socios del sector público y del sector privado que crean una entidad de capital mixto para la ejecución de contratos públicos o concesiones (siendo consciente que en los Estados miembros se utilizan terminologías y formula-

---

<sup>1230</sup> Para ello: 1) la autoridad local debe ejercer sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y, 2) esta persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (Sentencia de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, Teckal 1999, apartado 50). Jurisprudencia reiterada por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia de 11 de enero de 2005, Asunto C-26/03 , Stadt Halle, 2005, apartado 52.

<sup>1231</sup> Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada; Bruselas 05.02.2008 C(2007)6661.

ciones diferentes en este contexto –kooperationsmodell, joints ventures, sociétés d'économie mixte, etc.–). En este caso, la participación privada a los trabajos de la CPPI, además de la contribución al capital u otros activos, se materializa en la participación activa en la ejecución de las tareas confiadas a la entidad de capital mixto y/o la gestión de dicha entidad. En este sentido, la incertidumbre jurídica que, parece, rodea la participación de socios privados en las CPPI podría afectar al éxito de dicha fórmula, pues el riesgo de crear estructuras basadas en contratos que, posteriormente, pudieran no ajustarse al Derecho comunitario podría, incluso, disuadir a las autoridades públicas y a las entidades privadas de fundar las CPPI. Pues bien, aún reconociendo que no existe una normativa comunitaria específica para este tipo de CPPI, tanto de los principios que emanan de los tratados comunitarios (igualdad de trato, no discriminación, libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios, la transparencia, el reconocimiento mutuo y la proporcionalidad) como de las propias disposiciones específicas de las directivas relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (Directivas 2004/18 y 2004/17) se deduce que el hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora cooperen en el marco de una entidad de capital mixto no puede justificar que la autoridad contratante no cumpla las disposiciones sobre contratos públicos y concesiones en la adjudicación de contratos públicos o concesiones a una entidad de capital mixto. Como señala la jurisprudencia comunitaria, la participación, aún minoritaria, de una empresa privada en el capital de una en la que también participa la entidad adjudicadora en cuestión excluye, en todo caso, la posibilidad de una relación interna (in-house) a la que, en principio, no se le aplicaría la legislación sobre contratos públicos, entre dicha entidad adjudicadora y dicha empresa<sup>1232</sup>. De igual forma, las normas aplicables a los contratos públicos y a las concesiones,

---

<sup>1232</sup> Según el TJCE (asunto C-410/04, ANAV, Rec. 2006, p. I-3303, apartado 30 y ss.) lo que cuenta en lo que se refiere a la legislación sobre contratos públicos no es, sin embargo, únicamente la participación efectiva de un tercero en el capital de una empresa pública, sino la voluntad en sí de una entidad adjudicadora de abrir en el futuro el capital de una filial al sector privado. En otros términos, la adjudicación interna de un contrato público o una concesión a una empresa pública queda descartada cuando la intención es abrir el capital de ésta a las entidades privadas durante el período de ejecución de esos contratos. En cambio, según la Comisión, la simple posibilidad teórica de que una entidad privada participe en el capital de una filial de una entidad adjudicadora no pone en tela de juicio el vínculo interno entre la entidad adjudicadora y su filial.

tanto si emanan de los tratados comunitarios como de las directivas sobre contratos públicos, deberán cumplirse a la hora de adjudicar a las entidades de capital mixto contratos públicos o concesiones distintos de los licitados en el marco del procedimiento que ha dado lugar a la creación de la CPPI en cuestión. Ahora bien, si la creación de una CPPI implica la adjudicación de un contrato público enteramente sometido a la Directiva 2004/18/CE a una entidad de capital mixto, puede suceder que, dada la complejidad financiera o jurídica del contrato, los procedimientos abiertos y restringidos definidos en la mencionada Directiva no ofrezcan la suficiente flexibilidad. Precisamente, para estas situaciones, la Directiva 2004/18/CE introdujo el procedimiento del diálogo competitivo<sup>1233</sup> cuya finalidad es salvaguardar tanto la competencia entre los operadores económicos como la necesidad de los poderes adjudicadores de debatir con cada candidato todos los aspectos del contrato<sup>1234</sup>. Por otra parte, si bien para llevar a cabo la adjudicación de contratos públicos enteramente cubiertos por la Directiva 2004/18/CE, el procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación sólo se puede utilizar para casos excepcionales<sup>1235</sup>; en cambio, las entidades adjudicadoras siempre podrán acudir al procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación cuando adjudiquen concesiones o contratos públicos distintos de los que están enteramente cubiertos por aquella Directiva.

En definitiva, a pesar del debate abierto por el Libro Verde de la Comisión sobre la Colaboración Público Privada, lo cierto es que se continúa considerando que las normas comunitarias aplicables a la selección de empresas convocadas para cooperar con una autoridad pública en el marco de una CPP, así como su alcance en las relaciones contractuales que rigen la ejecución de esa colaboración no son lo suficientemente claras y carecen de homogeneidad entre los distintos Estados miembros.

Esta situación provoca en el sector privado incertidumbres que pueden constituir un obstáculo real para la creación o el éxito de las operaciones de CPP, lo que repercutirá de forma negativa en la financiación de infraestructuras importantes y en el desarrollo de servicios públicos de calidad.

---

<sup>1233</sup> Ver art. 29 de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>1234</sup> Véase el considerando 31 de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>1235</sup> Véanse los arts. 30 y 31 de la Directiva 2004/18/CE.

Por ello, hace tiempo que el Parlamento Europeo instó a la Comisión el que examinara la posibilidad de adoptar una propuesta de Directiva destinada a llevar a cabo la regulación homogénea de las concesiones y otras formas de CPP<sup>1236</sup>. De igual forma, por parte del Comité Económico y Social Europeo se ha reclamado también la importancia de la adopción de esta iniciativa legislativa<sup>1237</sup>.

Pues bien, a pesar de estas reflexiones realizadas por las altas esferas europeas, lo cierto es que el objeto de dicha reivindicación no ha sido incluido en la reforma de la contratación pública europea realizada en el año 2004. Ciertamente, las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, que no suponen una renovación normativa aunque sí contienen avances importantes en materia concesional<sup>1238</sup>, se olvidan, con la excepción hecha de la introducción acerca del diálogo competitivo, de las formas de colaboración público privadas.

Y, al parecer, tendremos que esperar un poco más a que se lleve a cabo la actualización y reforma del marco normativo comunitario en materia tanto de concesiones como de las asociaciones entre el sector público y el privado si nos atenemos a las conclusiones de los últimos documentos europeos aparecidos sobre la materia.

Así, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Libro Verde sobre la colaboración público privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública”<sup>1239</sup> concluye que es necesario dejar que la CPP evolucione con diversas formas durante varios años en vez de establecer de forma inmediata una Directiva que podría quedar anticuada muy pronto, propone la creación de un observatorio que informe acerca de la evolución de la CPP con representantes de los Estados miembros, la Comisión, y la sociedad civil, incluido el propio CESE y, por último, publicar una comunicación interpretativa antes de 2007 que precise, entre otras cosas, la definición de las concesiones y la CPP.

---

<sup>1236</sup> Dictamen del Parlamento Europeo en primera lectura sobre la propuesta de la Comisión COM (2000) 275 de 10 de mayo de 2002.

<sup>1237</sup> Dictamen del CESE, DO C 14 de 16 de enero de 2001, ponente Sr. Levaux, apartado 4.1.3 y dictamen del CESE, DO C 193 de 10 de julio de 2001, ponente Sr. Bo Green, apartado 3.5.

<sup>1238</sup> CASARES MARCOS, A.: op.cit., p. 193.

<sup>1239</sup> COM (2004), 327 final, de 20 de mayo de 2005.

En este sentido es destacable el esfuerzo que el propio CESE realiza por clarificar el concepto de las concesiones y el de las CPP. Señala, en este sentido, que el contrato o acto unilateral por el que una autoridad pública concede derechos específicos a una organización independiente para diseñar, construir, financiar, mantener y gestionar una infraestructura o un servicio por un período largo y concreto:

1. Se considera una concesión cuando la empresa obtiene su remuneración mediante una contrapartida que pagan mayoritariamente los usuarios;
2. Se considera un contrato de colaboración público privada cuando la autoridad pública asume la mayor parte de la remuneración.

De estas definiciones, según el CESE, se derivarían dos criterios vinculados a estos tipos de contratos: a) la necesidad de una transferencia de responsabilidad de la autoridad pública al contratista; y, b) el concepto de globalidad del contrato, que incluye numerosas funciones (construcción, financiación, explotación, mantenimiento, etc.) durante un largo período (una media de diez a setenta y cinco años).

Por último, el CESE estima que no debe considerarse, como hace la Comunicación interpretativa de abril de 2000, que el contrato de concesión se reduce únicamente a la asunción del riesgo inherente a la explotación, pues sería una visión demasiado parcial y restrictiva de este tipo de contratos. En efecto, según dicho organismo, un contrato de concesión o de CPP no puede reducirse, sin mencionar la duración, a una transferencia del riesgo de explotación, dado que se trata, ante todo, de transferir el diseño, la construcción, la financiación y la gestión o mantenimiento de una infraestructura o de un servicio al contratista seleccionado.

De otra parte, más desesperanzadoras son las conclusiones a las que llega la Comisión en su Comunicación de 2005 sobre colaboración público privada y Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones<sup>1240</sup>, pues renuncia de forma clara al establecimiento de una nueva regulación que regule de forma uniforme el procedimiento de adjudicación de todas las CPP de tipo contractual. Lo que sí parece tener claro la Comisión es la necesidad de continuar, a nivel comunitario, con el debate en torno a las CPP y las con-

---

<sup>1240</sup> COM (2005), 569 final, de 15 de noviembre de 2005.

cesiones, fomentando para ello la idea de la creación de un centro europeo de expertos en CPP<sup>1241</sup>, pues se estima que el desarrollo de las infraestructuras podría seguir mejorando si el sector público dispusiera de un método más eficaz para compartir las experiencias existentes en materia de política de CPP. Por último, se nos anuncia la futura elaboración de una comunicación interpretativa sobre las CPP de naturaleza institucional.

En análogos términos se expresó el Parlamento Europeo en su Resolución del año 2006 sobre la colaboración público privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones<sup>1242</sup>, mostrándose en contra de una revisión de las directivas en materia de contratación pública, y realizando un rechazo manifiesto tanto al establecimiento de un régimen propio para las CPP como a la existencia de una agencia europea para las mismas, abogando por el esclarecimiento del ámbito de las colaboraciones público privadas de carácter institucional.

En esta Resolución del Parlamento del año 2006, se reconoce que, a pesar de que en los últimos diez años se han creado numerosas colaboraciones público privadas (CPP) en muchos de los Estados miembros de la Unión Europea, hasta el momento, no existe, sin embargo, ninguna definición válida a escala europea ni disposiciones específicas en el marco del Derecho comunitario vigente que abarquen todas las formas de CPP.

Argumentándose que, a menudo, las CPP presentan estructuras jurídicas, financieras y comerciales complicadas, que asocian a empresas privadas y entidades públicas para realizar y gestionar conjuntamente proyectos de infraestructuras o para prestar servicios públicos, y teniendo muy claro que las mismas no deben representar un paso hacia la privatización de funciones públicas, el Parlamento llega, lo más, a describir la CPP como una cooperación a largo plazo regulada por contrato entre las autoridades públicas y el sector

---

<sup>1241</sup> Esta idea ya fue avanzada por el CESE en su Dictamen sobre el tema “El papel del BEI en el ámbito de la colaboración público privada (CPP) y el impacto en la problemática del crecimiento” (DOUE 2005/C 234/12, de 22 de septiembre de 2005). En concreto en el punto 8.3 se señalaba que “El CESE estima que todos los comités de expertos públicos en materia de CPP de los Estados miembros deben colaborar entre ellos y con el BEI para que puedan transmitir a tiempo a la Comisión las experiencias acumuladas sobre las mejores prácticas, lo que permitirá entablar un debate con el fin de mejorar el marco legislativo europeo”.

<sup>1242</sup> Resolución de 26 de octubre de 2006 [2006/2043 (INI)].

privado con el fin de llevar a cabo proyectos públicos en los que los recursos requeridos se gestionan en común y los riesgos vinculados al proyecto se distribuyen de forma conveniente sobre la base de la capacidad de gestión de riesgos de los socios del proyecto.

Por lo tanto, la finalidad u objetivo de los contratos de CPP sería que, a través de los mismos, se permitiera a las autoridades públicas beneficiarse de la capacidad de concepción, construcción y gestión de las empresas privadas y, si procede, de su competencia financiera.

En efecto, no pueden obviarse las ventajas que una adecuada cooperación entre las autoridades públicas y el sector industrial pueden traer consigo. Entre ellas pueden citarse las siguientes: se permite una gestión más eficaz de los fondos públicos, puede servir de alternativa a la privatización en períodos de premura presupuestaria y, cómo no, se contribuye a la modernización de la administración a través de la adquisición de conocimientos prácticos del propio sector privado.

Y, teniendo muy presente el Parlamento, como no podía ser de otro modo, que las CPP están sometidas tanto al ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado sobre el mercado interior, especialmente, los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo, como a las disposiciones del Derecho comunitario derivado en materia de contratación pública cuando la selección y la adjudicación se producen de forma concomitante, el mismo se muestra partidario de que, por razones de flexibilidad, la adjudicación de los contratos que sean complejos desde el punto de vista jurídico y financiero, como es el caso de las CPP, se lleve a cabo básicamente mediante un diálogo competitivo, advirtiendo que debe excluirse, en el mismo, el riesgo de difusión al exterior de información confidencial sobre dicho procedimiento.

Solicita, por ello, el Parlamento a la Comisión que concrete esta condición de la complejidad jurídica y financiera del contrato, de forma que se conserve el máximo margen de maniobra para la negociación. Es más, le aporta un criterio para dilucidar cuando estamos ante esta complejidad, presuponiéndose la existencia de complejidad jurídica y financiera cuando aparezcan datos básicos de que estamos ante una CPP, como son el concepto de ciclo de vida y la transferencia de riesgos a largo plazo a los operadores privados.

Y, por último, el Parlamento aporta dos cuestiones relevantes acerca del éxito de una CPP, la primera, aboga por la transparencia reconocida en la exigencia de la rendición de cuentas a los ciudadanos para que pueda garantizarse,

de forma efectiva, la seguridad, la eficacia y el nivel de calidad de la misma y, la segunda, afecta al ámbito de actuación pública, en cuanto se considera necesaria la formación de responsables en ese campo que evalúen de forma correcta la elección de los socios privados que conforman la CPP.

Ante esta situación de indefinición jurídica en el ámbito del Derecho Comunitario Europeo en la que se encuentran sumidos los contratos de colaboración público privados ha sido un nuevo documento, un dictamen en concreto, el que nos recordó la previsible importancia que, a partir de ahora, van a tener estas fórmulas de cooperación entre el sector público y el privado, sobre todo, para los ciudadanos en cuanto que destinatarios finales de los servicios prestados por las mismas.

En efecto, estamos hablando del Dictamen del Comité de las Regiones sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones<sup>1243</sup>, en el que de forma expresa se expone que el desarrollo de la colaboración público privada, basada en la cooperación entre entes públicos y socios privados, permite al sector público (estatal o regional) y al sector privado llevar a cabo proyectos comunes con beneficios mutuos, debido a la utilización de potenciales propios para concretar y alcanzar objetivos de un proyecto que no sean exclusivamente comerciales, sino también sociales. Ello redundará en la mejora de la calidad de los servicios que se presten. Por ello, se apuesta claramente en este Dictamen por el hecho de que tanto los entes locales como los regionales deben de reforzar su participación en estas colaboraciones público privadas.

Es más, el Comité de las Regiones observa, con acierto, que debe de efectuarse una Comunicación interpretativa que abarque todos los tipos de acuerdos de CPP ante la indefinición actual en la que nos encontramos sobre todo en lo que respecta al concepto de estas fórmulas cooperativas.

De hecho, puesto que los entes locales y regionales son las instancias más próximas a los ciudadanos, y éstos son los usuarios (y, finalmente, pagadores)

---

<sup>1243</sup> DOUE 2007/C 51/05, de 6 de marzo de 2007.

de los servicios públicos que se prestan por dichas entidades, a ellos les incumbe la decisión de cómo han de ser financiados esos servicios, qué forma han de adoptar las colaboraciones público privadas y si éstas han de prestar o no tales servicios.

Por ello, cuando se opte por una fórmula cooperativa de este tipo (CPP), el principal objetivo de la misma ha de ser la mejora de la calidad del servicio público prestado a los ciudadanos.

Un punto a favor de fórmulas de colaboración público privada se encuentra en que, al constituirse las mismas, se suelen transferir los riesgos a la parte que mejor puede gestionarlos. Con ello, al mismo tiempo se está garantizando una protección adecuada en caso de que surjan condiciones desfavorables para la realización de un determinado proyecto. En este sentido, se observa como en las colaboraciones público privadas el sector público suele asumir la responsabilidad de garantizar las infraestructuras adecuadas y la prestación de cierto tipo de servicios, así como la cooperación activa con el sector privado encargado de realizar un proyecto determinado. Por su parte, suele asumirse por parte del sector privado la responsabilidad de obtener fondos para financiar la realización de un proyecto determinado, garantizar los recursos tecnológicos, ejecutar las tareas encaminadas a realizar los objetivos del sector público y, una vez que se ha acabado o se ha modernizado el proyecto, garantiza su explotación a cambio de una remuneración por la prestación de servicios públicos.

En definitiva, pues, el objetivo de la colaboración público privada es llevar a cabo la configuración de las relaciones entre ambos sectores de tal forma que cada parte asuma aquellos riesgos del proyecto que mejor pueda controlar. Por ello, y siempre teniendo presente que no siempre la constitución de una CPP para realizar una infraestructura o para llevar a cabo la prestación de un servicio es una solución ideal, la colaboración público privada puede ser una solución eficaz para garantizar una infraestructura o para prestar un servicio público.

En efecto, sólo después de un análisis de los objetivos concretos que se persiguen con la construcción o remodelación de una determinada infraestructura o con la prestación de un servicio concreto, se podrá decidir por parte del sector público (ya sea en el ámbito nacional, regional o local, dentro de su ámbito de competencias) si deben hacerse cargo de ellos por cuenta propia o si, de conformidad con la legislación nacional en materia de contratación pública, deben encargar su realización a terceros, o bien ejecutar el proyecto adjudic-

cando una concesión o mediante una colaboración público privada, contractual o institucional.

Lo cierto es que, en determinados casos, la realización de algunos proyectos mediante una colaboración público privada, si finalmente se decide que es la fórmula adecuada para construir o remodelar una infraestructura o la prestación de un servicio público concreto, ofrece al sector público las siguientes ventajas: a) la de recurrirse al capital privado para la financiación de proyectos de interés público; b) la relativa a la transferencia de los riesgos de inversión al socio privado en aquellos ámbitos que éste domina mejor que el socio público; c) la posibilidad de acelerar las inversiones previstas y la prestación de los servicios públicos puesto que el sector privado es más flexible y más rápido; d) la diversificación de las fuentes de financiación del sector público; e) la garantía de que el proyecto de inversión se ejecutará rigurosamente puesto que la infraestructura será diseñada y construida o modernizada por el socio privado que luego se encargará de su explotación o mantenimiento. Precisamente por ello, el socio privado tendrá un interés particular en que se cumplan los plazos y en que la realización de un proyecto determinado sea rigurosa, siempre bajo la supervisión del socio público; y, por último, e) la posibilidad de garantizar la prestación de servicios públicos de buena calidad a largo plazo, sobre la base de contratos plurianuales.

En todo caso, la colaboración público privada exige como condición indispensable la confianza mutua entre los socios, así como que haya transparencia en sus contactos recíprocos, con el fin de garantizar, así, una colaboración libre, sin trabas y en un marco competitivo.

Una colaboración que ha de estar basada en los principios fundamentales que aparecen consagrados en los tratados comunitarios, como, por ejemplo, los principios de igualdad de oportunidades, reconocimiento mutuo y proporcionalidad. Pues bien, para que la colaboración público privada pueda desarrollarse de acuerdo a estos principios fundamentales, se considera necesario que concurren las siguientes circunstancias: primera, es que haya una Administración pública (estatal, regional o local) estable; la segunda, es que debe haber mutua confianza tanto por parte de los mercados financieros como de los socios correspondientes; la tercera, es que sería deseable que ambos socios, público y privado, cuenten con una buena salud financiera; la cuarta, es que debe exigirse transparencia en las estipulaciones contractuales, es decir, que estemos ante disposiciones claras y concretas que prevean un mecanismo de revisión y medidas para los casos de fuerza mayor; la quinta, es que debe hacerse un cálculo

correcto del coste de los proyectos y, por último, la sexta, es que debe crearse un marco de dote protección jurídica a ambos socios.

Por otra parte, es necesario concretar, definir y armonizar de la forma más correcta posible, para el logro del buen éxito de una colaboración público privada, el papel de los subcontratistas en las mismas. Así es, pues las instituciones comunitarias no deben de perder de vista que el ciudadano usuario de los servicios es el destinatario de la colaboración y que el éxito de una operación de CPP puede verse perjudicado si el titular de esta CPP no responde de forma y manera correcta con los subcontratistas y suministradores que realizan parte o la totalidad de la prestación. Por ello, debería contemplarse de forma expresa y específica la obligación de la contraparte de la Administración de cumplir sus obligaciones económicas con los subcontratistas y suministradores en las mismas condiciones económicas que las que rijan el cumplimiento de las obligaciones económicas del órgano adjudicador con el contratista o con el concesionario.

En consecuencia, la colaboración público privada debe de tener como prioridad la de garantizar a los ciudadanos unas infraestructuras o servicios de calidad, seguros y de prestación continuada. En atención a ello, las autoridades públicas no pueden desentenderse de su función de tutela respecto de la prestación del servicio por encima de los intereses económicos del proveedor. De igual forma, estas autoridades públicas deben de reservarse toda una serie de facultades, en beneficio, siempre, del interés público como son: a) las de imponer estándares de calidad y seguridad; b) la facultad de poder modificarlos de forma y manera unilateral a lo largo de la vida de la colaboración; c) la de poder rescatar la obra o el servicio, y, d) la de que una vez que se extinga la colaboración, se reciba del prestador los bienes que la autoridad pública considere necesarios para la continuidad del uso o del servicio.

Para ir concluyendo con este apartado, hemos de hacer referencia a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones que lleva por título: Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)<sup>1244</sup>

---

<sup>1244</sup> Bruselas, 19.11.2009, COM(2009) 615 final.

donde se reconoce que en un contexto de crisis económica, como es el actual, la inversión en proyectos de infraestructura es un medio importante para mantener la actividad económica al tiempo que favorece la vuelta a un crecimiento económico sostenido. Pues bien, en esta situación la colaboración público-privada (CPP) puede ofrecer fórmulas efectivas para llevar a cabo dichos proyectos de infraestructura, facilitar servicios públicos y, de manera más general, innovar. En efecto, si bien en algunos casos dicha CPP implica la financiación, concepción, construcción, renovación, gestión o mantenimiento de una infraestructura; en otros se refiere a la prestación de un servicio facilitado tradicionalmente por las instituciones públicas. Aunque su objetivo principal ha de ser el de la promoción de la eficiencia de los servicios públicos a través de la distribución de riesgos y el aprovechamiento de los conocimientos y la experiencia del sector privado, también puede aliviar las presiones inmediatas sobre las finanzas públicas al ofrecer una fuente de capital adicional. Además, la participación del sector público en un proyecto puede ofrecer garantías importantes para los inversores privados, especialmente en lo que se refiere a la estabilidad de los flujos de capital a largo plazo procedentes de las finanzas públicas, así como la incorporación de importantes ventajas sociales o medioambientales a un proyecto<sup>1245</sup>. Pero si bien es cierto que la combinación de capacidades y fondos públicos y privados podría ayudar al proceso de recuperación y desarrollo europeo futuro, no lo es menos que justo en el momento en el que la utilización más sistemática de la CPP aportaría unas ventajas considerables, la crisis económica actual dificulta la utilización de este instrumento, como refleja el dato de que el volumen y el valor de los proyectos que se contratan actualmente sigue estando muy por debajo de los niveles anteriores a

---

<sup>1245</sup> Como señala esta Comunicación de la Comisión COM (2009) 615 final, en sus páginas 1 y 2: “En la UE la colaboración público-privada puede suponer un impulso adicional para que una serie de proyectos clave logren objetivos estratégicos comunes, como la lucha contra el cambio climático; el fomento de las energías renovables, la eficiencia energética y el uso eficiente de los recursos; el apoyo al transporte sostenible; una atención sanitaria asequible y de alto nivel; o la realización de grandes proyectos de investigación, como las Iniciativas Tecnológicas Conjuntas, que aspiran a consolidar el liderazgo europeo en tecnologías estratégicas. Asimismo, la CPP puede impulsar la capacidad de innovación y la competitividad de la industria europea en sectores con un potencial importante en crecimiento y empleo”. Así, por ejemplo, el Plan Europeo de Recuperación Económica identificaba tres CPP: fábricas para el futuro, edificios energéticamente eficientes y coches verdes.

la aludida crisis<sup>1246</sup>. Pero aún reconociendo esta situación, la Comisión considera “más urgente e importante estudiar nuevas formas de apoyo al desarrollo de este tipo de colaboraciones público-privadas”<sup>1247</sup>.

En definitiva, si bien la colaboración público privada ha ido, y se presume que irá ganando terreno en el ámbito de la Unión Europea, lo cierto es que deben de seguir siendo objeto de debate en las altas instancias comunitarias para poder así, por ejemplo, llegar a un concepto que las defina con precisión, tanto a las CPP de tipo contractual como a las CPP de tipo institucional<sup>1248</sup>, e incluso para poder distinguir entre CPP a nivel europeo y CPP a nivel nacional y regional.

## IV. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESPAÑA

---

### 1. ANTECEDENTES

La incorporación a nuestro ordenamiento de las novedosas fórmulas de CPP no constituye una innovación radical de conceptos en nuestro ordenamiento.

En un sentido amplio, la colaboración público privada pivota en torno a la idea de la externalización en cuanto a la obtención de bienes y servicios por parte de las Administraciones públicas. Pues bien, estos planteamientos ya estaban presentes, por ejemplo, en el preámbulo del criticado por la

---

<sup>1246</sup> Según datos de un estudio del Centro Europeo Experto en Colaboración Público-Privada (EPEC), de octubre de 2009, en los primeros nueve meses de 2009, se registró, respecto al año anterior, una bajada de alrededor del 30% (en número y en volumen) de las CPP que llegaban a la fase de cierre financiero. Y según un estudio mundial llevado a cabo por Siemens en 2007, la colaboración público-privada sólo representaba alrededor del 4% de todas las inversiones del sector público.

<sup>1247</sup> Comunicación de la Comisión COM (2009) 615 final, en su página 2.

<sup>1248</sup> Como mero recordatorio, el Dictamen del Comité de las Regiones del año 2007, se preocupa por adelantar un concepto de CPP institucionalizadas señalando de forma expresa que “sería aquella que tiene por objeto la explotación de una obra o la prestación de servicios a los ciudadanos a cambio de una remuneración pagada en todo o, en parte, por los usuarios. Punto 2.4 del Dictamen 2007/C 51/05.

doctrina<sup>1249</sup>, Decreto de Fomento, conocido como Ruiz Zorrilla, de 14 de noviembre de 1868<sup>1250</sup>.

No pretendemos aquí, por exceder de nuestro cometido, llevar a cabo un escrupuloso estudio histórico de las posibles formas de colaboración público privada que hayan existido en nuestro país sino de apuntar, simplemente, algunos esquemas legales que nos permiten verificar la existencia en nuestro país de la colaboración público privada en materia contractual.

En este sentido, como señala CASARES MARCOS<sup>1251</sup>, son tres los motivos básicos de la apertura de las obras públicas españolas a una mayor participación y colaboración del sector privado:

1. La flexibilización progresiva de la fórmula concesional en el ámbito de las infraestructuras de transporte<sup>1252</sup>.
2. La ampliación del abanico de entidades públicas implicadas en la materia con la creación de entes instrumentales, ya sea societarios o bajo otras formas jurídicas, que van orientados a la promoción, provisión y gestión de obras públicas; y,
3. La actualización de la regulación aplicable a la contratación pública, incorporando nuevas modalidades contractuales y de financiación de obras públicas a los contratos celebrados por la Administración.

<sup>1249</sup> En efecto, como señala MATÍN-RETORTILLO BAQUER, L., es cierto que la nueva regulación canalizaba la iniciativa privada en materia de obras públicas, procurando su auxilio en aquellos sectores de mayor rentabilidad, pero también lo es que desembocó en el abandono más absoluto de los sectores menos rentables o de rentabilidad dilatada en el tiempo. Así se expresa en: "Aspectos del Derecho Administrativo en la Revolución de 1868 (las regulaciones iniciales); *Revista de Administración Pública*, núm. 58, enero-abril 1969, p. 30.

<sup>1250</sup> Este preámbulo rezaba así: "En un principio el Estado era capitalista e industrial, y así las obras se pagaban del presupuesto y se construían por la Administración; en estos últimos años ha seguido siendo capitalista, pero ha dejado casi por completo de construir, y las carreteras, los faros, los puertos se ejecutan hoy por contrata. He aquí el primer paso en el camino de la libertad: no ejerce ya el Estado la industria de la construcción... no ejecuta; quien construye y ejecuta y hace es el contratista, es la industria privada, el individuo o asociación; y para complemento de este gran triunfo de los principios liberales, en esta industria, única en su género que existe en el país porque el Gobierno hace a ella competencia, tienen cabida todos los ingenieros libres".

<sup>1251</sup> CASARES MARCOS, A.: *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*; Montecorvo, Madrid, 2007, p. 152.

<sup>1252</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.: *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte*; Marcial Pons, 2011.

Analicemos someramente cada una de estas causas<sup>1253</sup>:

En lo que respecta a la progresiva flexibilización de la fórmula concesional en el sector de las infraestructuras de transporte, hay que señalar que ya la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) si bien era favorable a la financiación presupuestaria de las obras públicas destinadas al transporte, contempla una cierta flexibilización en lo que respecta a las concesiones, eso sí, ceñida exclusivamente al sector de los ferrocarriles, reconociéndose la iniciativa particular en este ámbito (arts. 157 y ss.).

De la misma época sería la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, que si bien encomienda, con carácter general, al sector público lo que es la planificación, proyección, construcción, conservación, financiación y explotación de las carreteras estatales, permite, en sus arts. 13 y 16, que de forma excepcional participen los particulares, permitiéndoles la explotación de las carreteras del Estado en régimen de gestión indirecta.

En este proceso de progresiva flexibilización del marco concesional, se nos muestra como más interesante tanto la Ley 8/1972, de 10 de mayo, relativa a la construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje en régimen de concesión, como las subsiguientes modificaciones que la misma ha ido sufriendo<sup>1254</sup>, debidas, fundamentalmente, a la crisis del sistema de financiación presupuestaria de las obras públicas, especialmente en lo que respecta al ámbito de las autopistas de peaje. Estas reformas contribuyen de manera significativa a ampliar el objeto de la concesión, introduciendo en nuestro ordenamiento nuevos supuestos de participación privada en lo que afecta a la provisión y gestión de infraestructuras de transporte.

Por su parte, la segunda de las causas que inciden de forma directa en esa progresiva apertura de las obras públicas a la participación privada es la que se caracteriza por la creación, por parte de las Administraciones públicas, de

---

<sup>1253</sup> Para un análisis detallado de las mismas, me remito a CASARES MARCOS, A.: op.cit., pp. 134 a 159.

<sup>1254</sup> Especialmente importantes serían la reforma llevada a cabo por las sucesivas Leyes de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social: Ley 13/1996, de 30 de diciembre; Ley 66/1997, de 30 de diciembre; Ley 55/1999, de 29 de diciembre; y, por último, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre.

entes instrumentales, fundamentalmente de naturaleza societaria, para la promoción, construcción y administración de obras públicas; y, particularmente, de las carreteras, obras hidráulicas e infraestructuras ferroviarias.

En efecto, es la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la que abre el camino a la gestión directa en lo que se refiere a la construcción y/o explotación tanto de las carreteras estatales como de las obras hidráulicas, así como, también, a la construcción, administración y explotación de las infraestructuras ferroviarias.

Así, en lo que afecta a las carreteras, el art. 158 de la Ley 13/1996 instaura una nueva modalidad de gestión directa para lo relativo a su construcción y explotación posterior, o incluso para su sola gestión una vez ya construida la obra, al admitir la constitución de una o varias sociedades estatales cuyo objeto social consiste, específicamente, en llevar a cabo las tareas de provisión y/o administración respecto a las carreteras estatales que, al efecto, de determinar el Consejo de Ministros.

De otro lado, el último párrafo del art. 158 de la Ley 13/1996 hacía referencia a la construcción, explotación o ejecución de obras hidráulicas. Y, más en concreto, su art. 173 instauraba el régimen jurídico del contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas. La regulación prevista en la Ley del año 1996 iniciaba, pues, un nuevo régimen legal para la construcción y explotación de las obras hidráulicas; contemplándose, de forma expresa, tanto la gestión directa de las mismas mediante entes instrumentales como la celebración de contratos con terceros para su concesión. Esto originó el que se llevara a cabo la modificación de la Ley de Aguas del año 1985 por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre con el objeto, entre otros, de incorporar a la misma un nuevo Título VIII, bajo la rúbrica de "obras hidráulicas". Esta regulación nueva junto con la prevista en la Ley del año 1996 se refunden posteriormente en el actual Título VIII del Texto Refundido de la Ley de Aguas; el cual también aparece dedicado a las obras hidráulicas y se estructura en tres capítulos; a saber: el dedicado al concepto y la naturaleza jurídica de este tipo obras, el relativo a las sociedades estatales cuyo objeto social sea su construcción, explotación o ejecución y, el último, dedicado a la contratación de las mismas.

Por último, en lo que toca a las infraestructuras ferroviarias, hay que señalar que el art. 160 de la Ley de 1996 contempla un nuevo régimen para la construcción, administración y explotación de las infraestructuras ferroviarias. Dicha disposición crea un nuevo ente público, denominado Gestor de Infraestructuras

Ferrovias (GIF) cuyo cometido es la construcci3n y, en su caso, administraci3n de las infraestructuras ferroviarias que expresamente le atribuya el Gobierno. La legislaci3n de contratos entonces vigente (la Ley 13/1995, de 18 de mayo) era la norma a la que debían de quedar sometidos los contratos de construcci3n que se celebraran. Por su parte, la explotaci3n de la infraestructura se reservaba a la Red Nacional de los Ferrocarriles Espańoles, que debería abonar al GIF el canon pertinente.

Esta regulaci3n fue objeto de reforma por parte de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario. En su virtud, se confía ahora al Administrador de Infraestructuras ferroviarias (ADIF) la construcci3n o administraci3n de las mismas, ya sea por sí mismo o a trav3s de los contratos que se realicen al efecto. En concreto, su art. 22.5 contempla de forma específica al contrato de concesi3n de obras púlicas siendo, en este caso, el administrador el responsable del resultado de la actividad que desarrolle el concesionario. Para la regulaci3n concreta de la relaci3n concesional habrá que estar a lo dispuesto en el actual TRLCAP.

Por último, la tercera de las causas que han llevado a una mayor participaci3n y colaboraci3n del sector privado en lo que respecta a las obras púlicas es la actualizaci3n de la regulaci3n aplicable a la contrataci3n púlica, incorporando nuevas modalidades contractuales y de financiaci3n de obras púlicas a los contratos celebrados por la Administraci3n. Un papel estelar en la misma lo ocupa la recuperaci3n, por lo que afecta a nuestro ordenamiento, de la figura de la concesi3n de obras púlicas. Hay que recordar que esta figura carece de una regulaci3n específica desde la Ley de Obras Púlicas de 1877, debido al desplazamiento de la que fue objeto por la concesi3n de servicio púlico quedando su r3gimen jurídic absorbido por el de ésta. De hecho, se consideraban como accesorias la ejecuci3n de todas las obras que resultaran necesarias para la prestaci3n de un servicio púlico. Claro exponente de ello fue la Ley de Contratos del Estado de 1965 y su Reglamento General de 1967 que subordinaban la ejecuci3n de obras púlicas al servicio púlico prestado sobre ellas, raz3n por la que la concesi3n de obras púlicas se convertía en un mero reducto de la categoría más amplia de la concesi3n de servicios.

La recuperaci3n de la concesi3n de obras púlicas como figura específica surgirá en torno a la necesaria adaptaci3n de nuestra legislaci3n contractual púlica a los dictados comunitarios, y, por lo tanto, de la mano de la aprobaci3n de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Púlicas, la cual sienta los rasgos básicos que hacen reconocer a la figura

de la concesión de obras públicas como algo distinto a la concesión de servicios. En concreto, la Ley de 1995 dedicaba los arts. 130 a 134 a la concesión de obras públicas, recuperando esta técnica tradicional en el ámbito de las obras públicas, aunque la configurara como una mera modalidad del contrato de obras.

Debido a los problemas de financiación de las obras públicas surgidos desde finales de los años ochenta y, sobre todo, durante toda la década de los noventa así como a la necesidad de plantear nuevas fórmulas de participación de la inversión privada para su provisión y gestión, ante las limitaciones existentes en las arcas públicas, se introducen toda una serie de reformas normativas cuya finalidad no es otra, precisamente, que la de la introducción de nuevas modalidades de financiación de obras públicas. Ejemplos de ello son tanto el del contrato de obras calificado como de “llave en mano”, en virtud del cual la Administración aplaza el abono total del precio al momento de la terminación y puesta a disposición de la obra<sup>1255</sup>, como la reforma del régimen jurídico previsto en los arts. 130 a 134 de la LCAP para los contratos de concesión de obra pública por parte de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que altera en su totalidad el régimen jurídico aplicable hasta entonces a este tipo de contratos pasando de la consideración de contrato mixto típico a la indefinición y ambigüedad propias del contrato mixto atípico<sup>1256</sup>. En cualquier caso, dicha normativa viene caracterizada por la introducción de un régimen más flexible en lo que afecta a la financiación, provisión y explotación de obras públicas. Resulta importante destacar la escasa normativa vigente hasta la reforma de 2003, la cual avocaba el régimen del contrato de concesión de obras públicas a la regulación aplicable para el contrato de obras y de gestión de servicios públicos.

Esta regulación permanecerá hasta la aprobación de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que recupera de nuevo dicho contrato, ahora ya típico o nominado, en el ordenamiento jurídico español. Esta ley hay que enmarcarla “en la tendencia internacional y comunitaria favorable a la promoción de la participación privada en el proceso de proyección, construcción, gestión y financiación de cualesquiera

---

<sup>1255</sup> Modalidad esta introducida por el art. 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

<sup>1256</sup> Dictamen del Consejo de Estado, de 22 de diciembre de 1998, expediente núm. 4.464.

infraestructuras y obras públicas consideradas de interés general" ...si bien, no es más que una mera "...puesta al día de la tradición e institución concesional del Derecho histórico español"<sup>1257</sup>.

El objeto y objetivo principal de la Ley 13/2003 no es otro que el de sentar las bases para que se produzca la ansiada participación de la financiación privada en la ejecución de obras públicas, ofreciendo al sector privado más garantías para intentar atraer al dinero privado a la construcción y explotación de las infraestructuras debido a las limitaciones existentes derivadas de las consabidas restricciones presupuestarias.

Con esta reforma, por lo tanto, se fomenta la participación privada en la financiación de obras públicas, pero se sigue contando con la garantía implícita de la propia Administración. No estamos, por ello, ante una auténtica privatización, por cuanto el sector privado no asume en su totalidad los riesgos económicos financieros derivados del proyecto concesional, que son los que, en teoría, gestiona mejor.

Pero debe de reconocerse a la Ley 13/2003 su "función de puente entre la legislación concesional anterior y la nueva tendencia, ampliamente difundida en el ámbito internacional e, incluso, comunitario favorable a la privatización stricto sensu, esto es, a la participación del sector privado en régimen de libre competencia, asumiendo los riesgos económicos de su participación, financiación, construcción y explotación posterior de la infraestructura u obra pública de que se trate"<sup>1258</sup>.

El impulso definitivo a la participación y colaboración entre el sector público y privado para la provisión de obras públicas lo da la actual Ley de Contratos del Sector Público.

## 2. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

El mandato cuadragésimo cuarto de la Resolución de 1 de abril de 2005<sup>1259</sup>, por la que se hace público el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de

---

<sup>1257</sup> CASARES MARCOS, A.: op. cit.; *Montecorvo*, Madrid, 2007, p. 195.

<sup>1258</sup> CASARES MARCOS, A.: op. cit.; *Montecorvo*, Madrid, 2007, p. 200.

<sup>1259</sup> BOE núm. 79, del sábado 2 de abril de 2005.

febrero de 2005, ordenaba al Ministerio de Economía y Hacienda que en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transpondrán las nuevas directivas en materia de contratación, se incluyera una regulación de los contratos de colaboración público privada, como uno de los métodos para lograr dar un impulso a la productividad<sup>1260</sup>.

En efecto, este mandato específico contenido en la citada resolución se hizo realidad tanto en el proyecto (aprobado en Consejo de Ministros el día 7 de julio de 2006 y presentado en el Congreso de los Diputados el día 14 de ese mismo mes), como en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Si bien, tanto el Proyecto como la actual Ley reconocen expresamente como motivo determinante de la apertura de un nuevo proceso de revisión de nuestra legislación de contratos públicos el de la necesidad de la incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, no es menos cierto que su intención es la de llevar a cabo un planteamiento de reforma global de nuestra legislación contractual, introduciendo, para ello, diversas modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación, en respuesta, argumenta, a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales) de introducir mejoras en la misma y dar, así, solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ido poniendo de relieve.

De esta manera, la LCSP se separa de la arquitectura adoptada por la legislación de contratos públicos desde la Ley 13/1995, de 18 de mayo, basada en una estructura de tipo bipolar construida alrededor de una “parte general”, compuesta por normas que eran aplicables a todos los contratos, y una “parte

---

<sup>1260</sup> En idea análoga incide el Proyecto de Ley de Economía Sostenible (BOCG, de 9 de abril de 2010, núm. 60-1, serie A: 121/000060), cuando señala en su Exposición de Motivos que en el Título I, en su Capítulo V, “se impulsa a la eficiencia en la contratación pública y la colaboración público privada, como elementos fundamentales de relación entre la Administración Pública y el tejido empresarial y, a la vez, como ámbitos en los que debe reforzarse la vinculación a parámetros de sostenibilidad económica. Por ello, la adopción de estas medidas, ya se nos anuncia, conlleva la reforma de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público...”.

especial", en las que se contenían las peculiaridades del régimen jurídico de los contratos administrativos típicos o nominados. Pues bien, esta sistemática que constituyó un notable avance técnico respecto de la configuración básica de la Ley de Contratos del Estado de 1965, no resulta, sin embargo, la más adecuada para dar soporte a una norma con el alcance que se pretende para la Ley de Contratos del Sector Público, afectada por los condicionantes de regular, de forma directa, el régimen de contratación de un abanico más amplio de sujetos destinatarios y de hacer posible, desde la misma estructura de la ley, un tratamiento diferenciado de las normas que son transposición de disposiciones comunitarias.

En este sentido, el articulado de la ley se ha estructurado en un Título Preliminar dedicado a recoger toda una serie de disposiciones generales y cinco libros que contemplan, sucesivamente, la regulación de la configuración general de la contratación sector público y los elementos estructurales de los contratos; la preparación de los mismos; la selección del contratista y la adjudicación de los contratos; los efectos, cumplimiento y su extinción, y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación.

Pues bien, de entre las novedades más significativas<sup>1261</sup> que se introducen en la Ley de Contratos del Sector Público, son dos las que centran nuestra atención:

En primer lugar, la ley tipifica normativamente como administrativos (art. 19.1, letra a) LCSP) los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Esta nueva figura contractual podrá utilizarse para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acomodarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto.

---

<sup>1261</sup> Como avanza su Preámbulo en el apartado IV: "Tomando como referencia los principios que han guiado la elaboración de esta Ley, las principales novedades que presenta su contenido en relación con su inmediato antecedente, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, afectan a 1) la delimitación de su ámbito de aplicación, 2) la singularización de las normas que derivan directamente del derecho comunitario, 3) la incorporación de las nuevas regulaciones sobre contratación que introduce la Directiva 2004/18/CE, 4) la simplificación y mejora de la gestión contractual, y 5) la tipificación legal de una nueva figura, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

En segundo lugar, y debido a la incorporación de las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE, la ley articula un nuevo procedimiento de adjudicación denominado diálogo competitivo, pensado para contratos de carácter complejo en los que la definición legal de su objeto sólo puede obtenerse a través de la interacción entre el órgano de contratación y los licitadores.

Volviendo a la tipificación de estos contratos como administrativos, típicos o nominados, hay que señalar que la razón no es otra que la pretensión y la determinación de la Administración contratante de no renunciar a sus potestades clásicas a la hora de interpretar y modificar los contratos administrativos, como lógico contrapeso al mayor riesgo que aquélla asume durante la ejecución de estos contratos.

De esta manera, “se trataría de evitar, mediante la utilización de esta fórmula, que la aplicación del criterio de absorción por la prestación de mayor importancia económica (artículo 12 LCSP) pudiera dar lugar en estos contratos –que presumiblemente van a estar configurados por prestaciones complejas– a que se les atribuyera una naturaleza privada si incorporan prestaciones conceptual y legalmente admisibles a contratos privados: patrimoniales, servicios financieros, etc., cuya cuantía económica exceda la de la prestación que se pretenda obtener”<sup>1262</sup>.

Ello no es obstáculo, y así lo argumenta la Exposición de Motivos (Apartado IV.I LCSP) para que entidades que han de someterse a la ley, pero que operen en régimen de derecho privado, puedan utilizar esta figura de contratación mediante su incorporación a instrucciones internas de contratación que puedan aprobar dichas entidades o bien que dichos contratos se concluyan al amparo del principio de libertad de pactos. En este sentido, hay que tener presente que no se aplican a estas entidades tanto la prohibición de pago aplazado (art. 75.7), como la previsión del art. 199 que establece el principio de riesgo y ventura del empresario en la ejecución de los contratos administrativos. Desde el punto de vista procedimental, la tramitación de contratos de esta naturaleza por agentes públicos que no tengan la consideración de

---

<sup>1262</sup> VALDIVIELSO CAÑAS, A.: “El marco legal de la colaboración público-privada en el proyecto de ley de contratos del sector público”; *Presupuesto y Gasto Público*; 45(4-2006), p. 20.

Administraciones Públicas no estará sujeta a las reglas específicas previstas para estos contratos cuando sí se celebren por entidades que tengan el carácter de estas Administraciones.

En definitiva, los operadores públicos que deseen celebrar este tipo de contratos deberán, primero, identificar el tipo de contrato en que se ubicarían teniendo en cuenta la regla de la absorción del artículo 12 LCSP, y, segundo, verificar si su cuantía los somete a regulación armonizada y, en ese caso, aplicar esta regulación hasta el momento de la adjudicación. En caso contrario, es decir, si no estuvieran sujetos a dicha regulación deberán aplicar las reglas internas de que se hayan dotado para garantizar el cumplimiento de los principios de la ley. Pero, en este caso, el contrato no será el regulado en la ley, que, como sabemos, es de naturaleza administrativa y celebrado por una Administración pública.

Por otra parte, de la regulación contenida en la LCSP respecto a estos contratos de colaboración público privada deducimos que la celebración de un contrato de este tipo ha de responder a una serie de principios, entre los cuales resaltamos los siguientes<sup>1263</sup>:

1. La finalidad del contrato es el encargo o encomienda por parte de una Administración pública a un socio privado de la realización de una actuación global encaminada al cumplimiento de objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general.
2. La Administración pública contratante conserva la titularidad de las obras, bienes o servicios y, con ello, los poderes de policía, sin perjuicio del importante papel que juega el socio privado, cuyas facultades han de estar previstas en los documentos adjuntos al contrato.
3. La definición de los objetivos a cumplir en el desarrollo del contrato corresponde exclusivamente a la Administración contratante.
4. La finalidad es la financiación privada de una prestación o actividad de interés público o general. Dicha financiación se recuperará posteriormente por el socio privado a través del cobro de la remuneración prevista en el contrato, que puede ser un precio o un precio unido a la explotación de la obra o equipo. En este sentido, hay que dejar claro que

---

<sup>1263</sup> Acerca de estos principios, consultar Memento Práctico: Contratos Públicos 2008-2009; edit. Francis Lefebvre, 2007, p. 909.

la aportación privada del capital y el posterior pago del precio por la Administración conlleva la exigencia de la búsqueda de un mecanismo de financiación de ciertas actividades o prestaciones públicas mediante el recurso al capital privado. El sector privado, al que el sector público encarga la realización de la obra o la prestación de un servicio puede, también, recurrir al crédito privado para así poder financiar su inversión, eso sí, mediante los mecanismos que a tal efecto contemple y regule una norma con rango de ley. Por ello, la Disposición Final 10ª de la LCSP exige al Gobierno que en el plazo de un año presente al Congreso de los Diputados un proyecto de ley en el que han de contemplarse y regularse las distintas modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por los titulares de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como el régimen de garantías que puede aplicarse a dicha financiación<sup>1264</sup>.

5. La utilización de este contrato se supedita a la previa comprobación o acreditación, en la forma contemplada en el art. 118 de la LCSP, de que la finalidad pública perseguida no puede satisfacerse a través de los otros contratos previstos en la Ley.

---

<sup>1264</sup> En este sentido, el Proyecto de Ley de Economía Sostenible (BOCG, de 9 de abril de 2010, núm. 60-1, serie A: 121/000060), disposición adicional décimo octava, prevé la modificación de la actual LCSP en el siguiente sentido: "Artículo 35.2: La regulación de la financiación de los adjudicatarios de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se regirá por las siguientes normas:

Cuando se determine el régimen de remuneración del contratista, con el alcance previsto en el artículo 120, letras d), e) y f) de la Ley de Contratos del Sector Público, podrán establecerse previsiones sobre las garantías que conforme a lo previsto en las disposiciones reguladoras de la financiación privada de las concesiones de obras públicas puede obtener el contratista para la captación de la financiación necesaria para la ejecución del contrato.

El contrato preverá un régimen de notificación por el contratista de las operaciones financieras que concierne para la financiación del contrato. En el caso de que proceda la resolución del contrato, antes de acordar ésta, dará audiencia a los acreedores por si éstos ofrecen subrogarse en el cumplimiento del contrato, directamente o a través de una entidad participada, en condiciones que se consideren compatibles con su buen fin, siempre que reúnan los requisitos exigidos al adjudicatario.

Cuando la ejecución del contrato lleve aparejados costes de inversión iniciales y se prevea que las obras o equipamientos que se generen vayan a incorporarse al patrimonio de la entidad contratante al concluir o resolverse el contrato, podrá establecerse que, cuando proceda la resolución del contrato, la entidad contratante pueda poner a disposición de los acreedores una cantidad no superior al 80 por ciento del coste real de las inversiones realmente ejecutadas detrayendo esta cantidad de la liquidación del contrato".

6. La naturaleza jurídica del contrato de colaboración es, por mandato de la LCSP, la de un contrato administrativo.

Ahora bien, debe destacarse que el régimen de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado permite exceptuar la aplicación a los mismos de una serie de principios tradicionales de la contratación. Entre ellos:

1. La posibilidad de la asunción de parte del riesgo por la Administración frente al principio general de riesgo y ventura del empresario (art. 199 LCSP);
2. La contraprestación en forma de precio diferido a lo largo de la ejecución del contrato vinculándola al rendimiento (art. 11.4 LCSP);
3. La posibilidad de contratar con precios provisionales (art. 75.5 LCSP);
4. La posibilidad del empresario de asumir la dirección de las obras (art. 11.3 LCSP).

Evidentemente, estos elementos dotan de cierta flexibilidad la posible celebración de estos contratos, pero tienen como contrapeso toda una serie de exigencias procedimentales que impiden se lleve a cabo una utilización excesiva de este tipo contractual. Por ejemplo:

1. El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado está siempre sujeto a regulación armonizada, con independencia de su cuantía (art. 13.1 LCSP). Estos contratos, por lo tanto, se encuentran sujetos a las directrices de la regulación comunitaria en la materia. Ello exige, por ejemplo, que la licitación de estos contratos debe de publicarse, además de en el BOE o, en su caso, en el diario o boletín oficial autonómico o provincial correspondiente, en el Diario Oficial de la Unión Europea. Además, la publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales no puede sustituir a la que debe de hacerse en el BOE. De igual forma, el anuncio en que se de cuenta de su adjudicación debe enviarse al Diario Oficial de la Unión Europea y publicarse en el BOE.
2. Este tipo de contratos tiene un carácter excepcional o, más bien, subsidiario respecto a los restantes contratos tipificados en la LCSP. Ello es debido a que la ley sólo habilita la utilización de esta figura contractual cuando se haya certificado o acreditado que no existe otra posibilidad alternativa de contratación que permita satisfacer la finalidad pública, es

decir, el cumplimiento de objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, que con el mismo se pretende obtener<sup>1265</sup>.

3. La realización del documento de evaluación previa que garantice que la elección por la realización de este contrato es la más adecuada de entre las diferentes opciones planteadas (art. 118 y 296.2 del LCSP);
4. Su configuración como contratos administrativos (art. 19.1 LCSP);
5. La aplicación del procedimiento del diálogo competitivo para su adjudicación (art. 164.3 LCSP). En realidad, la adjudicación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado puede tener lugar a través de dos procedimientos distintos: a) a través del procedimiento del diálogo competitivo, y, b) a través del procedimiento negociado con publicidad. El procedimiento del diálogo competitivo constituye la regla general en materia de adjudicación de este contrato, reconociéndolo expresamente así la LCSP. Ahora bien, con carácter excepcional en el supuesto de que las proposiciones u ofertas económicas presentadas en el procedimiento del diálogo competitivo fueren irregulares o inaceptables, se puede acudir al procedimiento negociado con publicidad (art. 154, letra a LCSP). En este supuesto, la utilización de este procedimiento negociado con publicidad exige o requiere que no se modifiquen sustancialmente las condiciones

---

<sup>1265</sup> Como bien apunta el Memento Práctico: Contratos Públicos 2008-2009, el carácter excepcional o subsidiario de estos contratos ha sido acentuado notoriamente en su tramitación parlamentaria. En concreto, el texto aprobado por la Comisión de Administraciones Públicas tramitado con competencia legislativa plena, introdujo un nuevo apartado 2 al artículo 11 que establece que sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permitan la satisfacción de finalidades públicas. De este modo, el sospechado carácter extraordinario de esta modalidad contractual que se derivaba del proyecto de ley se ha confirmado en su tramitación parlamentaria, de manera que la Administración sólo puede acceder a la celebración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado previa la elaboración de un documento de evaluación en el que se ponga de manifiesto la imposibilidad de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos o los mecanismos jurídicos y financieros necesarios para la consecución de los objetivos proyectados, completado con un análisis comparativo con otras formas de contratación. Memento Práctico: Contratos Públicos 2008-2009; ed. Francis Lefebvre, 2007, p. 912. De igual forma, se mantiene esta excepcionalidad del contrato en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible (BOCG, de 9 de abril de 2010, núm. 60-1, serie A: 121/000060), en su disposición final décimo octava, dos, artículo 11.2 de la LCSP.

originales del contrato ya fijadas en el procedimiento del diálogo competitivo.

6. La previsión de un clausulado mínimo, adicional al previsto en el art. 26, comprensivo de la problemática general de estos contratos (art. 120 LCSP); y,
7. La regla que define el régimen jurídico aplicable a estos contratos en función de la prestación que se pretende obtener (art. 289 LCSP). En efecto, la determinación de la prestación que constituye el objeto del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado resulta primordial en la medida en que su régimen jurídico depende, en gran parte, de su objeto. Para ello, el art. 289 LCSP establece la aplicación de las normas generales previstas en el título I del Libro IV y las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal del contrato de colaboración entre el sector público y el privado.

En resumen, estas líneas maestras del nuevo contrato de colaboración público privada nos perfilan el equilibrio general que la LCSP ha previsto para este tipo de contratos. Todo ello aderezado con dos elementos importantes que deben tenerse en consideración: el primero representa una gran novedad en el ámbito de la contratación pública, como es la flexibilidad en cuanto a la definición de objetivos y los medios para poder conseguirlos, y, el segundo, hace referencia a la necesaria existencia de garantías adicionales, más intensas, que en los procedimientos ordinarios de contratación. Y todo pensado para que esta flexibilidad se utilice cuando se haya contrastado debidamente que es la mejor fórmula de entre las diversas soluciones posibles.

Por otra parte, muy críticos hemos de mostrarnos en lo que se refiere a la definición que la LCSP nos ofrece de estos contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado por resultarnos excesivamente amplia, vaga e imprecisa. Veamos, según el art. 11.1 de dicha Ley<sup>1266</sup>:

---

<sup>1266</sup> El Proyecto de Ley de Economía Sostenible (BOCG, de 9 de abril de 2010, núm. 60-1, serie A: 121/000060), en su disposición final décimo octava, dos, realiza una modificación del artículo 11.1 de la LCSP, ampliando el elenco de sujetos que pueden celebrar este tipo de contratos: "Artículo 11.1 Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo

“Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integradora que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- A. La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- B. La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- C. La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

---

determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado”.

- D. Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado".

Por su parte, al contratista que colabora con la Administración se le faculta o permite el que asuma, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que se estimen necesarias, así como a llevar a cabo, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y la contratación de los servicios precisos<sup>1267</sup>.

En definitiva, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado no deja de ser una categoría concreta de colaboración cuyo objeto esencial aparece definido por la realización de una determinada prestación a través de la aportación de un capital privado. Por ello, la característica que enmarca y da su razón de ser a este contrato es la conjunción de una actividad privada, encomendada o encargada por la Administración, así como la financiación privada de la misma<sup>1268</sup>.

Por otra parte, el pago a recibir por el contratista colaborador consiste en un precio, que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de cumplimiento<sup>1269</sup>.

Ahora bien, a pesar de que se nos diga expresamente en el articulado de la Ley que la contraprestación de estos contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado es un precio, el art. 120, letra d) de la LCSP contempla expresamente la posibilidad de que el contratista obtenga ingresos a través de la explotación de las obras o equipos en caso de que así sea autorizado y fuere compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración.

---

<sup>1267</sup> Art. 11.3 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

<sup>1268</sup> Así se contempla, también, en el Memento Práctico: Contratos Públicos 2008-2009; edit. Francis Lefebvre, 2007, p. 910.

<sup>1269</sup> Art. 11.4 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

Pero además, y aunque nos recuerda la LCSP en su art. 75 que los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto expresado en dinero, se permite, excepcionalmente, que puedan celebrarse contratos con precios provisionales cuando, tras la tramitación de un procedimiento negociado o de un diálogo competitivo, se ponga de manifiesto que la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación del precio sea posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva, o que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto<sup>1270</sup>.

Precisamente, en los contratos celebrados con precios provisionales el precio habrá de determinarse, dentro de los límites fijados para el precio máximo, en función de los costes en que realmente incurra el contratista y del beneficio que se haya acordado, para lo que, en todo caso, se detallarán en el contrato los siguientes extremos:

- A. El procedimiento para determinar el precio definitivo, con referencia a los costes efectivos y a la fórmula de cálculo del beneficio.
- B. Las reglas contables que el adjudicatario deberá aplicar para determinar el coste de las prestaciones.
- C. Los controles documentales y sobre el proceso de producción que el adjudicatario podrá efectuar sobre los elementos técnicos y contables del coste de producción<sup>1271</sup>.

Otro aspecto novedoso a destacar del régimen jurídico de estos contratos de colaboración pública privada consiste en la posible inversión del principio del riesgo y ventura que si bien, tradicionalmente, se hace recaer del lado del contratista, no obstante, se permite la alteración de este régimen en función de las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos aludidos.

---

<sup>1270</sup> Art. 75.5 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

<sup>1271</sup> Art. 75.5 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

En lo que respecta al régimen de preparación del contrato, la LCSP exige que se lleve a cabo una evaluación previa<sup>1272</sup>, que deberá realizarse, en el ámbito de las Administraciones Públicas del sector estatal por un órgano especializado, la Mesa Especial del Diálogo Competitivo<sup>1273</sup>, compuesta por especialistas cualificados en la materia objeto del contrato de que se trate. En ese documento deben incluirse dos referencias fundamentales, que conviene resaltar:

1. Ha de constatarse que nos encontramos ante un contrato de carácter complejo y que la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos idóneos para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, es decir, cuál es la fórmula adecuada para llevar a cabo la mejor cobertura de sus necesidades.

---

<sup>1272</sup> Art. 118 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

El Proyecto de Ley de Economía Sostenible (BOCG, de 9 de abril de 2010, núm. 60-1, serie A: 121/000060), en su disposición final décimo octava, ocho, prevé la modificación del artículo 118 de la Ley de Contratos del Sector Público, en el siguiente sentido:

- “1. Con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, la Administración o entidad contratante deberá elaborar un documento de evaluación en que se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, no se encuentra en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación.
2. La evaluación a que se refiere el apartado anterior podrá realizarse de forma sucinta si concurren razones de urgencia no imputables a la Administración o entidad contratante que aconsejen utilizar el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para atender las necesidades públicas.
3. La evaluación será realizada por un órgano colegiado donde se integren expertos con cualificación suficiente en el materia sobre la que versa el contrato.
4. No será necesario realizar una nueva evaluación cuando un órgano integrado en la misma Administración o entidad que aquél que pretenda realizar el contrato, o en la Administración de la que dependa éste o a la que se encuentre vinculado, la hubiese efectuado previamente para un supuesto análogo, siempre que esta evaluación previa no se hubiese realizado de forma sucinta por razones de urgencia”.

<sup>1273</sup> Artículo 296, apartado 2 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

2. De forma paralela, debe de realizarse un análisis comparativo con otras fórmulas alternativas de contratación posibles en el que debe de justificarse, en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación.

En consecuencia, estos análisis previos que son los que posibilitan la apertura de un proceso de tramitación de un contrato de este tipo implican la necesidad tanto de estudiar profundamente los planteamientos iniciales del contrato como de examinar los motivos que justifican el no recurrir a las fórmulas tradicionales de contratación.

Por ello, debe de resaltarse la relevancia de este documento de evaluación previa, dado que el rechazo en esta fase de la utilización de otras posibles fórmulas, las más tradicionales, de contratación como métodos o medios idóneos para la consecución de la satisfacción de las necesidades públicas, conlleva el despliegue, a través de un diálogo competitivo, de la tramitación de un contrato de colaboración.

En este sentido, la importancia del documento de evaluación previa es doble:

1. En primer lugar, "es un elemento estratégicamente vinculado con el procedimiento de contratación que da cobertura a la necesidad de asegurar el acierto de una decisión adoptada sobre un asunto conceptualmente complejo y cuya referencia prospectiva está caracterizada por incertidumbres de nivel superior a las que se confrontan en otros procesos de contratación"<sup>1274</sup>.
2. Desde un punto de vista formal, el pronunciamiento del órgano de contratación expresado en la evaluación previa, tiene consecuencias esenciales a la hora de encauzar el procedimiento y determinar la naturaleza del contrato de colaboración público privada frente a las otras opciones posibles.

De otra parte, en la preparación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado adquieren también relevancia una serie de docu-

---

<sup>1274</sup> VALDIVIELSO CAÑAS, A.: El marco legal de la colaboración público-privada en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público; Presupuesto y Gasto Público, 45-(4/2006), p. 21.

mentos peculiares no previstos en la preparación y adjudicación de los restantes contratos previstos en la LCSP. Entre estos documentos hay que destacar, además del relativo a la evaluación previa, el conocido como documento descriptivo del contrato. Este documento descriptivo viene a hacer las veces de los pliegos de cláusulas administrativas en cualquiera de los otros contratos previstos en la ley. Específicamente, la sustitución de los pliegos por este documento descriptivo, se contempla en el art. 165.1 LCSP cuando alude a que los órganos de contratación han de publicar un anuncio de licitación en el que deben de dar a conocer sus necesidades y requisitos, que deben de definir en dicho anuncio o en un documento descriptivo. Este mismo precepto, en su apartado tercero, dispone de forma expresa que son aplicables al procedimiento del diálogo competitivo las disposiciones de la LCSP contenidas en el art. 150, apartados 2 a 5, en lo que respecta a la documentación que debe acompañar a las invitaciones, si bien las referencias a los pliegos hay que entenderlas hechas al documento descriptivo.

Otro de los documentos singulares que van a acompañar la preparación y adjudicación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado será el programa funcional que ha de incorporarse al documento descriptivo. Así, en función de los resultados de la evaluación previa, el órgano de contratación deberá elaborar un programa funcional en el que han de constar los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas, debiendo incluirse el mismo en el documento descriptivo del contrato<sup>1275</sup>. Más concretamente, habrán de delimitarse en el mismo la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo y los criterios de adjudicación del contrato.

Por lo tanto, podría decirse, que estamos en presencia del verdadero pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de colaboración, pues dicho programa funcional viene a representar el marco en el que va a desarrollarse la negociación con los particulares, al delimitarse en él las prestaciones a satisfacer y las bases de la adjudicación del contrato<sup>1276</sup>.

---

<sup>1275</sup> Art. 119 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

<sup>1276</sup> Sobre esta idea, ver GONZÁLEZ GARCÍA, J.: "Contrato de Colaboración Público-Privada"; RAP, núm. 70, mayo-agosto, 2006, p. 30.

La esencia, la estructura del contrato en cuanto a sus elementos técnicos, económicos y jurídicos, aparece configurada en el programa funcional aprobado de forma unilateral por la Administración concedente. Todavía queda cierto margen para la negociación con los operadores, pero obviamente, lo básico del contrato debe de quedar delimitado en este documento aprobado por el órgano de contratación. Así autoriza a pensarlo el art. 166.1 de la LCSP cuando señala que: “El órgano de contratación desarrollará, con los candidatos seleccionados, un diálogo cuyo fin será determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. En el transcurso de este diálogo, podrán debatirse todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados”. Obviamente la amplitud de este último inciso no es tal, pues como ya se ha avanzado los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que han de incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas no podrán ser modificados pues tienen un contenido obligatorio marcado por el programa funcional.

Por lo que respecta a la forma de adjudicación de los contratos de colaboración público privados, está se encuentra expresa y taxativamente establecida en la LCSP: el diálogo competitivo<sup>1277</sup>. De esta manera, en el diálogo competitivo, el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, que no podrán ser un número inferior a tres<sup>1278</sup>, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta.

Para ello, el órgano de contratación publicará un anuncio de licitación en el que dará a conocer sus necesidades y requisitos. Las invitaciones a tomar parte en el diálogo indicarán la fecha y lugar de inicio de la fase de consulta, la lengua o lenguas utilizables, los documentos relativos a las condiciones de aptitud y la ponderación relativa de los criterios de adjudicación del contrato o, en su caso, el orden decreciente de importancia de dichos criterios, si no figuran en el anuncio de licitación.

Evidentemente, durante el diálogo, el órgano de contratación otorgará un trato igual a todos los licitadores estando obligado, además, a guardar confidencialidad respecto a la información suministrada por aquéllos<sup>1279</sup>.

---

<sup>1277</sup> Art. 164.3 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

<sup>1278</sup> Art. 165.2 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

<sup>1279</sup> Art. 166.2 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

El procedimiento podrá articularse en fases sucesivas, con el objetivo de ir reduciendo de forma progresiva el número de soluciones evaluables; siendo este número lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas. El órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, las soluciones que pueden responder a sus necesidades. Una vez que el órgano de contratación declare cerrado el diálogo invitará a los candidatos a que presenten su oferta final<sup>1280</sup>.

Por último, el órgano de contratación evaluará las ofertas presentadas por los licitadores en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación, seleccionando la oferta económicamente más ventajosa. Para esta valoración habrán de tomarse en consideración, necesariamente, varios criterios, sin que sea posible adjudicar el contrato únicamente en base al precio ofertado<sup>1281</sup>.

En conclusión, realizada la evaluación previa y resuelto que el procedimiento de adjudicación será el del diálogo competitivo, se abren dos posibilidades para la definitiva configuración del contrato resultante:

1. Podría darse que a la conclusión del diálogo competitivo, la prestación a realizarse sea susceptible de tener su encaje dentro de alguno de los otros tipos de contratos previstos en la LCSP. En este caso, pues, la adjudicación debería seguir las peculiaridades propias previstas para un contrato de obras, servicios, suministros o concesión, pasando a regularse el mismo por las normas aplicables al contrato que por su naturaleza le corresponda.
2. También es posible que del diálogo competitivo resulte que las características de las necesidades definidas por la Administración sólo puedan ser satisfechas a través de un conjunto de soluciones híbridas para cuya satisfacción se ha solicitado esa oferta final. En este sentido, las soluciones otorgadas por los licitantes podrían tener su encaje o acomodo, en términos generales, dentro de la tipología propia de los contratos tradicionales, pero modulados o transformados con algunas singularidades propias no previstas en la regulación que la LCSP establece para los con-

---

<sup>1280</sup> Art. 166.3 y 4 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

<sup>1281</sup> Art. 167.2 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

tratos de obras, servicios, suministros o concesiones, como pueden ser las fórmulas de pago del precio, el consiguiente reparto de riesgos o la duración del contrato. Pues bien, en este caso, el tipo al que se adscribe el contrato resultante debe de ser identificado en su clausulado por referencia a las prestaciones principales que constituyen su objeto, tal y como prescribe el art. 120, letra a) de la LCSP. Estamos, obviamente, en presencia de un contrato de colaboración público privada que debe someterse al régimen jurídico previsto para los mismos en el art. 289 de la LCSP. En su virtud, los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos se regirán por las normas aplicables a los contratos típicos cuyo objeto se corresponda con la prestación principal del contrato de colaboración, siempre y cuando las mismas no se opongan a la naturaleza propia de los mismos tal y como se configuran en el art. 11 de la LCSP.

Por otro lado, y dado el carácter peculiar y complejo de las prestaciones a satisfacer por un contrato de colaboración público privada, es claro que su regulación no puede o no debe ser tan rigurosa como la de los restantes contratos contemplados para la provisión de infraestructuras, para no desmerecer, así, la función para la cual han sido previstos. Ello se traduce en el hecho de que la ley les dota de un contenido obligatorio, pero adaptado propiamente a las peculiaridades propias de los mismos.

De entre este clausulado legal (art. 120 de la LCSP) resaltamos los siguientes aspectos:

1. El necesario reparto de riesgos entre el contratista y la Administración. Es este un elemento esencial del contrato que nos permitirá comprobar que se ha llevado a cabo la transferencia adecuada de riesgos al particular (de disponibilidad o de demanda), lo cual resulta obligado si se desea que el coste del contrato no vaya a engrosar el presupuesto público.
2. La prestación desempeñada por el contratista ha de estar presidida por una palabra clave: su calidad. Pasa a configurarse la calidad, pues, como un aspecto central del contenido contractual. Y se configura como un contenido básico porque ello obligará tanto a llevar a cabo la delimitación concreta de las prestaciones a satisfacer por el contratista y los adecuados mecanismos para su verificación como el hecho de que la concreción de esos niveles de calidad va a servir como instrumento a la hora de fijar su retribución, lo cual obligará al contratista a estar pendiente de las subcontratas realizadas. También la fijación de estos niveles de calidad

deberán trazar la línea de las posibles sanciones a imponer en caso de incumplimiento.

3. Las remuneraciones de un contrato de este tipo han de delimitarse con bastante precisión, obligándose a realizar una fijación pormenorizada de las fórmulas de pago al contratista.
4. De igual forma, la resolución del contrato tiene un régimen especial, al residenciarse en el propio contrato la tarea de determinar los supuestos que llevan aparejada dicha consecuencia y, más en concreto, cuando el supuesto consista en la modificación de las condiciones del servicio a prestar. Así lo expresa la ley: "Condiciones en que puede procederse por acuerdo o, a falta del mismo, por una decisión unilateral de la Administración, a la modificación de determinados aspectos del contrato o a su resolución, particularmente en supuestos de variación de las necesidades de la Administración, de innovaciones tecnológicas o de modificación de las condiciones de financiación obtenidas por el contratista".
5. También han de incluirse en el contrato los aspectos relativos a la pertinente evaluación, inspección y control de la ejecución del contrato por parte de la Administración, así como de la subcontratación. Ello tendrá su importancia, evidentemente, a la hora de la eventual apertura de los procedimientos sancionadores. En efecto, son estipulaciones obligatorias que deben incorporarse al contrato las relativas a las condiciones en que se puede producir la subcontratación, de manera que el régimen jurídico aplicable a la misma será el previsto en las condiciones del contrato aplicando, y con carácter supletorio y general, las disposiciones de los arts. 210 y 211 de la LCSP, que hacen referencia específica a la subcontratación.
6. Otro aspecto importante y que debe reflejarse es el del destino de la infraestructura proyectada. Ello tiene trascendencia a la hora de reflejar o no el activo en las arcas públicas, pues si la Administración se queda con el activo al finalizar el contrato el mismo se contabilizará en el presupuesto.
7. Debe de incorporarse a las estipulaciones del contrato las pertinentes garantías que el contratista aporta al contrato para asegurar el cumplimiento de sus prestaciones u obligaciones. En efecto, el art. 120 LCSP prevé que los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado deben prever de forma obligatoria las cláusulas relativas a las

garantías que el contratista afecta al cumplimiento de sus obligaciones, permitiendo establecer, por lo tanto, un régimen jurídico distinto para cada específico contrato, en atención de las prestaciones que integran su objeto. En todo caso, en ese clausulado deben contemplarse la garantía provisional y la definitiva, así como las normas que han de aplicarse a las garantías complementarias, las formas de prestación de la garantía exigida así como el régimen de constitución, reposición, reajuste, devolución y cancelación de las mismas, debiendo aplicar supletoriamente las normas que a tal efecto se contemplan en los arts. 83 a 91 de la LCSP.

En cuanto a su duración<sup>1282</sup>, los contratos de colaboración público privados no excederán de veinte años; si bien, cuando por razón de la prestación que constituya su objeto y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión de obra pública, se estará a lo dispuesto en el art. 244 sobre la duración de éstos (no podrá exceder de cuarenta años).

Precisamente, debemos hacer mención al posible solapamiento o confusión entre los contratos de colaboración y el de concesión de obra pública. La existencia de una línea difusa entre ambas figuras viene justificada por el hecho de que la concesión no deja de ser un contrato de colaboración en el sentido intrínseco del término. Pero conviene realizar dos puntualizaciones<sup>1283</sup>:

1. La concesión de obra pública no podría articularse de forma distinta al contrato típico previsto para este supuesto si la contraprestación por la realización de la obra consistiera, total o parcialmente, en el derecho a explotar directamente la obra. Para que exista colaboración público privada debe estipularse un precio eventualmente modulable y vinculado a objetivos.
2. No obstante, podría encuadrarse en esta fórmula de colaboración un contrato basado en el llamado "peaje en la sombra" que también fuera posible concebir bajo la fórmula de la concesión de obra pública.

---

<sup>1282</sup> Art. 290 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

<sup>1283</sup> Sobre la cuestión, VALDIVIESO CAÑAS; A.: "El marco legal de la colaboración público-privada en el proyecto de ley de contratos del sector público"; *Presupuesto y Gasto Público*, 45-(4/2006), p. 23.

Si la prestación principal de un contrato de colaboración se asimila a una concesión, el Proyecto de Ley (art. 290) permite extender la duración de veinte años a la prevista expresamente para las concesiones: cuarenta años. Por lo tanto, desde este punto de vista no existiría diferencia alguna entre uno y otro contrato. En este sentido, la única peculiaridad que permite diferenciar el contrato de colaboración de una concesión basada en una retribución pactada consistiría en la relativa al reparto de riesgo que podría formularse de manera más abierta en el contrato de colaboración.

Para concluir, es criticable que la actual Ley de Contratos del Sector Público, en parte debido a la ausencia de referencias claras y precisas en el Derecho comunitario<sup>1284</sup>, no aborde la regulación expresa de la colaboración de tipo institucional<sup>1285</sup>. Ello podría obedecer tanto a que esta figura resulta ajena a la

---

<sup>1284</sup> La aproximación con más detalle se contempla en el apartado 4.2 de la Comunicación de la Comisión, de 15 de noviembre de 2005 (COM (2005) 569 final, que lleva por título: "Contenido de una posible comunicación interpretativa sobre CPPI").

<sup>1285</sup> Sí aborda la regulación de este tipo de contratos de colaboración público privada de carácter institucional el Proyecto de Ley de Economía Sostenible (BOCG, Serie A, 121/000060, de 9 de abril de 2010, núm. 60-1), en su Capítulo V del Título I. En concreto, la disposición final décimo octava, número treinta y cuatro, supondrá, en caso de ser aprobado como ley dicho proyecto, la añadidura de la Disposición Adicional trigésimo cuarta a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, bajo la siguiente rúbrica: "Régimen de adjudicación de contratos públicos en el marco de fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado" y con el siguiente tenor: "Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado. En los pliegos que deban regir el procedimiento de selección del socio privado habrán de recogerse todos los elementos definitorios de la relación entre éste y la entidad adjudicadora, así como los relativos a la relación contractual entre la entidad adjudicadora y la sociedad de capital mixto, y, en particular, el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la sociedad, así como los estatutos de ésta y los pactos de accionista que, en su caso, deban suscribirse. Igualmente deberán expresarse con claridad y precisión las posibilidades de prórroga o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la sociedad de economía mixta".

A su vez, en el artículo 35.3 se regula los términos en los que los adjudicatarios de estos contratos pueden concurrir a los mercados de capitales para la obtención de la financiación con el fin de poder ejecutarlos de la siguiente manera: "La regulación de la financiación de la colaboración entre el sector público y el sector privado bajo fórmulas institucionales se regirá por las siguientes normas: Sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta consti-

tradición legislativa española en materia contractual como al hecho de querer evitar conflictos en un futuro entre los desarrollos que esta cuestión pueda tener en sede comunitaria y los de una posible regulación nacional. Baste decir, aunque resulte obvio, que a las mismas les serían de aplicación los principios que se contemplan en el art. 1 de la LCSP: libertad de acceso, publicidad, transparencia, igualdad de trato y no discriminación, reforzados con la obligación de selección de la oferta económicamente más ventajosa complementándose con los de eficiencia económica, control del gasto y definición previa de las necesidades a satisfacer, de importancia capital en este tipo de colaboraciones. De igual forma, se echa en falta la previsión de posibles fórmulas o métodos de seguimiento y evaluación de resultados que permitan corregir desviaciones y evitar efectos indeseados para la Administración tanto en términos de costes como de provisión eficiente y continuada de servicios.

En definitiva, hemos de dar la bienvenida a la incorporación por parte de nuestra legislación de esta nueva figura contractual que confirma el paso dado hacia delante en lo que respecta a la previsión de nuevas fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado. Sería deseable, no obstante, que en el proceso de tramitación parlamentaria se hubieran corregido algunas de las imprecisiones derivadas de la complejidad y la amplitud con la que se concibe. No estaría de más, también, el que se fijarían con más precisión los límites de este tipo contractual, y los elementos esenciales de su régimen jurídico lo que nos llevaría, con seguridad, primero, a una mejor delimitación de esta figura con respecto a otro tipo de contratos ya previstos para la provisión de infraestructuras, y, segundo, a una mejor clarificación del régimen jurídico aplicable a cada una de las fases del contrato<sup>1286</sup>.

---

tuidas para la ejecución de un contrato público en el marco de una colaboración público-privada de carácter institucional a que se refiere la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley de Contratos del Sector Público podrán: a) Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación, salvo que hubiera estado prevista en el contrato; y, b) Titulizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores".

<sup>1286</sup> En este sentido, CASARES MARCOS, A.: *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*; Montecorvo, 2007, p. 215.

---

## 5. LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN: ALGUNAS EXPERIENCIAS

Debemos comenzar señalando que nuestro Estatuto de Autonomía, aprobado inicialmente por Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, y modificado en último término por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, siguiendo la senda iniciada por otros estatutos autonómicos, otorga en su art. 32.3, con carácter expreso, a nuestra Comunidad Autónoma competencias en materia de regulación de los contratos públicos y concesiones administrativas en su ámbito.

Por su parte, al Estado le corresponde la competencia exclusiva en el establecimiento de la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas (art. 149.1.18 de la Constitución), por lo que a nuestra Comunidad Autónoma, como al resto, le serán de aplicación las normas que, con el carácter de básicas y, por lo tanto, como marco normativo común hayan sido fijadas como tales por el legislador estatal en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público<sup>1287</sup>, sin perjuicio de que dentro de ese marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional, las Comunidades Autónomas dispongan de un margen de actuación para llevar a cabo una política propia en esta materia, ya sea legislando, desarrollando o ejecutando la misma<sup>1288</sup>.

En este sentido y con respecto a la materia que nos ocupa, han sido realmente pocas las Comunidades Autónomas que han optado por llevar a cabo la regulación de un régimen propio en lo que respecta a la construcción, explotación y financiación de obras públicas, apartándose de aquellos aspectos o regulaciones estatales no básicas en la materia. Deben mencionarse, a estos efectos:

- La Ley 4/1997, de 24 de julio, de la Asamblea Regional de Murcia, de construcción y explotación de infraestructuras, pionera en la modernización y rehabilitación de la concesión de obra pública en nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>1287</sup> Ver Disposición Final Séptima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

<sup>1288</sup> Ver Ss. TC de 28 de julio de 1981, 98/1985, de 29 de julio y la 50/1999, de 6 de abril.

- La Ley 3/1991, de 7 de marzo, de Carreteras de la Comunidad de Madrid.
- Y la Ley Foral de Navarra 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, que dedica uno de sus capítulos al contrato de concesión de obras públicas.

Lo cierto es que, el imparable avance de las fórmulas de colaboración público privada tanto en el ámbito internacional como dentro de nuestras fronteras<sup>1289</sup>, unido a las dificultades para hacer frente a las exigencias planteadas por la financiación de las obras públicas oportunas para lograr un mayor desarrollo socioeconómico y una mejor vertebración territorial de nuestra Comunidad Autónoma dentro de las exigencias comunitarias de estabilidad presupuestaria, junto al contexto de crisis financiera que nos azota, invitan a una profunda reflexión en el seno de nuestra Comunidad acerca de la pertinencia de adaptar el marco general básico de la contratación pública de infraestructuras y obras públicas a las peculiaridades propias de la comunidad castellano leonesa, con el objetivo de aprovechar al máximo las posibilidades de estas nuevas fórmulas de “financiación alternativa” admitidas por la Ley de Contratos del Sector Público y ensayadas ya con éxito en otros ordenamientos jurídicos comparados.

Así es, la financiación alternativa es un fenómeno relativamente reciente que implica, como ya se ha advertido, la utilización de fórmulas de participación entre la Administración pública y el sector privado para la construcción y gestión de infraestructuras públicas.

El conocimiento de las experiencias ejecutadas en otros países y las nuevas normas jurídicas y contables aplicables, han estimulado la voluntad de desarrollo de fórmulas similares adaptadas al sistema jurídico y financiero español, fundamentalmente encaminadas a la consecución de la materialización de inversiones públicas sin que ello suponga un aumento del déficit público.

---

<sup>1289</sup> Nos remitimos al Plan Extraordinario de Infraestructuras, del Gobierno español, de 7 de abril de 2010, en el que la colaboración público privada es la figura estelar para la construcción, modernización y renovación de las infraestructuras españolas, básicamente en lo que atañe al ferrocarril y a las carreteras.

Por ello, en un escenario en el que la contención del gasto público y el equilibrio presupuestario constituyen ejes importantes de la política económica, el reconocimiento y aceptación de estas fórmulas permite el que se lleven a cabo actuaciones que, de otro modo, o no se hubieran podido realizar, o bien, hubieran tenido que esperar más tiempo para ser ejecutadas.

En el ámbito autonómico, la normativa sobre financiación alternativa no es muy abundante. Únicamente, en la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de la Hacienda y el Sector Público de la Comunidad Autónoma de Castilla y León<sup>1290</sup>, se hace alusión, en su artículo 144, a las operaciones de inversión con financiación privada de la siguiente manera:

“Será necesaria la autorización previa del titular de la Consejería de Hacienda para iniciar, por la Administración General o Institucional y el resto de entidades del sector público autonómico a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, las actuaciones tendentes a la ejecución de proyectos de inversión pública mediante la utilización de fórmulas de colaboración público-privada, que tenga por objeto la construcción, conservación, mantenimiento y explotación de las infraestructuras y equipamientos necesarios para la prestación de servicios públicos o cualquier combinación de esas operaciones”.

Todo ello, previo los informes que se estimen oportunos, y en particular, los siguientes:

- a) En todo caso, informe sobre el respeto a los objetivos de estabilidad presupuestaria.
- b) Además, para aquellas actuaciones promovidas por la Administración General o Institucional, será necesario informe relativo a la cobertura presupuestaria de los gastos que se deriven de la ejecución del proyecto, sin perjuicio del régimen de autorización recogido en esta Ley para las autorizaciones y compromisos de gastos con cargo a ejercicios futuros.

Pues bien, en la Comunidad de Castilla y León se han utilizado estas nuevas fórmulas de financiación para desarrollar algunos importantes proyectos.

---

<sup>1290</sup> BOE, núm. 135, miércoles, 7 de junio de 2006.

Entre ellos, el de la construcción y explotación del Hospital de Burgos, que vía concesión, ha servido para su construcción, equipamiento y la gestión de toda una serie de servicios complementarios (restauración, limpieza, seguridad, energía) a cambio de un canon anual a satisfacer por la Administración.

También se ha recurrido a estas fórmulas público privadas (singularmente, la de la concesión), para el caso de la autovía Valladolid-Segovia. En este caso, el objeto de la concesión es la construcción y explotación posterior de la infraestructura, teniendo en cuenta que los ciudadanos no tendrán que pagar un peaje por su utilización, pues será la Administración quien pague a la empresa concesionaria en función del número de usuarios (peaje en sombra), de conformidad con un sistema de bandas previamente establecido en los pliegos.

Acoge, de la misma manera, el fenómeno de la colaboración entre el sector público y el sector privado, el Decreto 16/2007, de 22 de febrero<sup>1291</sup>, por el que se regula el establecimiento, organización y funcionamiento de las infraestructuras complementarias del transporte de mercancías y de la logística (“Enclaves CyLoG”), cuando advierte que el Modelo CyLoG de infraestructuras complementarias del transporte y la logística tiene como ventajas potenciales “favorecer la convergencia entre lo público y lo privado en la gestión...; mejora la relación coste/beneficio y diversifica las fuentes de financiación...”. Además, este modelo de funcionamiento, tutelado por la Junta de Castilla y León, “permitirá coordinar la evolución de las actuales infraestructuras complementarias del transporte hacia enclaves logísticos; el diseño y la construcción de otros nuevos, con inversión pública y/o privada, mediante la implantación de un sistema de gestión y organización, que desarrollará programas comunes de interés regional, en colaboración con otras administraciones, entidades públicas, instituciones y con el sector privado”.

A dicho sistema de colaboración público privado se apunta, igualmente, el actual Plan Regional de Carreteras 2008-2020, aprobado por el Decreto 24/2009, de 26 de marzo<sup>1292</sup>, al reconoce que, entre los objetivos básicos de toda red de carreteras, se encuentra el del “mantenimiento de las nuevas fórmulas de inversión extrapresupuestaria que permitan adelantar actuaciones de

---

<sup>1291</sup> BOCyL, n.º 42, de 28 de febrero de 2007.

<sup>1292</sup> BOCyL, n.º 65, de 6 de abril de 2009.

nuevas carreteras y ampliaciones de capacidad de la red existente, con repercusión diferida de los presupuestos”.

Y, con cargo al Plan Extraordinario de Infraestructuras estatal, de 7 de abril de 2010, en el que, recordemos, la colaboración público privada es figura destacable, el Gobierno licitará la Autovía del Duero (A-11), la Benavente-Zamora (A-66), el AVE Palencia-Villaprovedo y la conexión ferroviaria a Galicia desde Zamora.

En definitiva, además del Estado, la Comunidad de Castilla y León va acogiendo, de forma paulatina, la realidad de estos nuevos contratos como medio y remedio autonómico en aras a la consecución de la financiación, construcción, remodelación y gestión de sus infraestructuras de transporte y otros servicios.

## VI. CONCLUSIÓN

Por Resolución de 1 de abril de 2005 se hizo público el Acuerdo del Consejo de Ministros –adoptado el 25 de febrero de ese mismo año– cuyo objetivo no era otro que impulsar la mejora de la productividad económica, para lo que se entendía necesario llevar a cabo la mejora y reforma de la contratación pública. Pues bien, dentro de dicha reforma se aludía a la obligación de regular los contratos de colaboración público privada para el cumplimiento de obligaciones de servicio público (mandato cuadragésimo cuarto del citado acuerdo ministerial).

Fieles a este mandato, el anteproyecto, el proyecto y la actual Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, además de incorporar a nuestro ordenamiento las disposiciones comunitarias en la materia, contienen la regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado como nueva –dice su Exposición de Motivos– figura contractual que podrá utilizarse para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompasarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto.

De esta manera, al igual que ha sucedido internacionalmente, se está otorgando carta de naturaleza a este tipo de contratos o acuerdos de colaboración entre el sector público y el sector privado como medio oportuno para conse-

guir el objetivo de captar la participación privada en la financiación, la proyección, la construcción y la explotación de obras públicas. Así es, la financiación de la construcción, el mantenimiento y la explotación de las infraestructuras, así como la prestación de servicios públicos son los dos campos de actuación que pueden concertarse con la iniciativa privada y que, adicionándolos a las fórmulas más tradicionales de colaboración –concesión, fundamentalmente–, serían las notas más características de las nuevas fórmulas de participación privada.

Una razón de peso para esta apertura a la participación privada se encuentra en la necesidad de cuadrar la eficiencia económica con la escasez presupuestaria y con las limitaciones financieras con las que cuentan los distintos organismos internacionales y gobiernos estatales para hacer frente a unas exigencias de gasto cada vez mayores. Precisamente, es en este contexto de búsqueda de mayor eficiencia por parte del sector público y de cumplimiento del objetivo de unas finanzas públicas saneadas donde se afianzan y se extienden las múltiples fórmulas de participación público privadas. Es más, los contratos de colaboración público privados podrán verse favorecidos por la necesidad de aumentar la oferta de servicios a unos ciudadanos y particulares cada vez más exigentes en cuanto a la eficiencia y la calidad, así como por la obligación de incrementar la financiación disponible del sector público sin tener que ponerse en peligro ni la estabilidad macroeconómica ni el funcionamiento en competencia de los mercados. En definitiva, mediante los contratos de colaboración público privados se proporcionan infraestructuras al sector público (carreteras, aeropuertos, prisiones, escuelas, hospitales, gestión de vertidos, etc.), las cuales se asocian al suministro de servicios que tradicionalmente han venido siendo prestados por la Administración a sus ciudadanos.

A partir de lo anterior, en nuestro estudio se ha analizado esta compleja figura contractual, sus ventajas e inconvenientes, y su actual estado en el contexto de la Unión Europea, de la Ley de Contratos del Sector Público y de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

## BIBLIOGRAFÍA

---

- CASARES MARCOS, A.: La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad; *Montecorvo*, Madrid, 2007.
- CONCHA JARAVA, M.: La participación público-privada en la ejecución de las infraestructuras, en: Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública, *HispaLex*, Sevilla, 2005.
- DORREGO DE CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (Dir.): La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros; *La Ley*, 2009.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, M.: "El control de los contratos en la colaboración público-privada"; *Presupuesto y Gasto Público*, 45-(4/2006), pp. 117 a 129.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: "Contrato de colaboración público-privada"; *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 170, mayo-agosto, 2006, pp. 7 a 39.
- Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte; *Marcial Pons*, 2011.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: "Las concesiones ante el Derecho Comunitario", *UE Aranzadi*, núm. 2, febrero de 2003.
- JUAN LOZANO, A.M.; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: "La Colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras o servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros"; *I.E.F.*, 2006.
- LIENHARD, A.: "La asociación entre lo público y lo privado (PPP) en Suiza. Experiencias, riesgos, potenciales"; *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. 72, núm. 4, diciembre de 2006, pp. 585 a 604.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: "Aspectos del Derecho Administrativo en la Revolución de 1868 (las regulaciones iniciales)"; *Revista de Administración Pública*, núm. 58, enero-abril, 1969.
- MEMENTO PRÁCTICO: CONTRATOS PÚBLICOS, 2008-2009, Francis Lefebvre, 2007.
- MORENO MOLINA, J.A.: La nueva Ley de Contratos del Sector Público; *La Ley*, 2007.
- NIETO GARRIDO, E.: "La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido (De Private Finance Initiative a Public Private Partners-

- hips)", núm. 164, *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto, 2004.
- PRICE WATERHOUSE COOPERS: *La solución de la Cooperación Público Privada; Realidad y futuro de las Infraestructuras de Europa*, 2005.
- RODRÍQUEZ VARELA, N.: "Perspectivas de la colaboración público privada en la Comunidad de Madrid"; *Presupuesto y Gasto Público*, 45-(4/2006), pp. 153 a 166.
- ROJAS URTASUN, F.: "La colaboración público privada en el PEIT, Presupuesto y Gasto Público", *I.E.F.*, núm. 45- (4/2006), pp. 105 a 116.
- TER-MINASSIAN, T., y RUIZ, J.L.: "Aspectos económicos de la Colaboración Público-Privada; Presupuesto y Gasto Público", *I.E.F.*, núm. 45-(4/2006), pp. 41 a 58.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: "Fórmulas alternativas de financiación de infraestructuras públicas. Experiencias de colaboración público-privada"; Ponencia presentada en las Jornadas sobre la *Iniciativa Privada en la Financiación de Proyectos Públicos*, celebradas en la Universidad de Burgos, los días 8 y 9 de febrero de 2007; pp. 1 a 26.
- VALDIVIELO CAÑAS, A.: "El marco legal de la colaboración público-privada en el proyecto de ley de contratos del sector público"; *Presupuesto y Gasto Público*; 45 (4-2006), pp. 11 a 30.
- VILLAR ROJAS, F.J.: "La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales"; *Revista de Administración Pública*, núm. 172, Madrid, enero-abril, 2007, pp. 141-188.

