

Contratación pública en situaciones excepcionales.

[22/12/2022](#) - [Estudios y Comentarios](#)

Se analiza en este trabajo como la contratación pública debe aportar respuestas adecuadas ante situaciones excepcionales garantizando el equilibrio entre la eficacia y la adecuada rendición de cuentas. Como premisa inicial, pero necesaria, hay que recordar que la contratación pública se ha convertido en una de las materias claves desde una perspectiva dogmática (directamente relacionada con las señas de identidad del Derecho administrativo) y la gestión práctica en tanto afecta a la correcta eficacia de importantes políticas públicas y tiene un claro impacto desde la perspectiva presupuestaria (o, si se prefiere, de sostenibilidad financiera). El contrato público es, por tanto, desde el adecuado equilibrio de eficacia, eficiencia e integridad una herramienta principal para el derecho a la buena administración. Y muy especialmente en situaciones excepcionales [...]

José María Gimeno Feliu es Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza

El artículo se publicó en el número 61 de la Revista General de Derecho Administrativo (Iustel, octubre 2022)

1.- INTRODUCCIÓN.- SOBRE LA FUNCIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA NECESIDAD DE ANTICIPAR SOLUCIONES JURÍDICAS PARA SITUACIONES EXCEPCIONALES

Como premisa inicial, pero necesaria, hay que recordar que la contratación pública se ha convertido en una de las materias claves desde una perspectiva dogmática (directamente relacionada con las señas de identidad del Derecho administrativo) y la gestión práctica en tanto afecta a la correcta eficacia de importantes políticas públicas y tiene un claro impacto desde la perspectiva presupuestaria (o, si se prefiere, de sostenibilidad financiera)(1). El contrato público es, por tanto, desde el adecuado equilibrio de eficacia, eficiencia e integridad una herramienta principal para el derecho a la buena administración(2). Y muy especialmente en situaciones excepcionales.

Esto explica que la contratación pública -y su fundamento- ha cambiado de forma muy notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva se ha evolucionado hacia la idea la contratación pública como “herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”(3). Por ello la contratación pública (que supone el 22 por ciento de los presupuestos públicos según los últimos datos) debe ser re-contextualizada desde la perspectiva de inversión y no de gasto(4). Y como inversión interesa su correcta articulación como actividad estratégica(5).

La normativa europea de contratación pública ha pretendido desde sus inicios conseguir una correcta gestión de los fondos públicos optando por una delimitación objetiva: el contrato público (artículo 2 Directiva 2014/24). Es decir, existe una clara metodología jurídica de carácter funcional –y no formal–, no solo en el ámbito subjetivo, si no, también, en el plano objetivo, que obliga, en primer lugar, a determinar si un negocio jurídico es, o no un contrato público(6). Materia que presenta perfiles no suficientemente claros, y donde la inercia dogmática del contrato administrativo puede contaminar la decisión interpretativa extendiendo de forma indebida unas reglas que no son propias para determinados negocios jurídicos (GIMENO FELIU, J.M. 2020 d). Y es que no toda prestación bilateral y onerosa es un contrato público (dato

muy importante en las situaciones excepcionales)(7).

Además, como ya hemos advertido (GIMENO FELIU, 2022 a), urge una nueva visión del contrato público alejada de la estricta función administrativa, limitada a la adquisición de una obra, un suministro o un servicio, para diseñar una nueva arquitectura que permita la articulación armónica de los denominados círculos de excelencia -excelencia de servicios (pensar primero en las personas), excelencia de procesos (hacer lo que toca sin burocracia indebida) y excelencia técnica (tener talento y conocimiento). El actual contexto de pandemia y reconstrucción es una ventana de oportunidad para promover un nuevo liderazgo institucional público a través de una adecuada articulación de la política de contratación pública que, además, puede ayudar en la estrategia de mejorar la productividad de nuestro modelo económico y, principalmente, servir de “política palanca” para proteger con eficacia los derechos sociales(8).

Máxime en tiempos excepcionales, que exigen una rápida y eficaz respuesta jurídica. Lo que se ha puesto de relieve con la pandemia por la COVID 19, que obligó a la declaración de “emergencia sanitaria” a escala mundial lo que exigía adaptar el derecho y sus principios a esta nueva situación excepcional. Esta situación excepcional (a la que se puede añadir el conflicto bélico derivado de la invasión de Rusia del territorio soberano de Ucrania), impactó sobre el derecho público y, en palabras de M. MAZZUCATO (2021) permitió descubrir, a nivel político, la importancia de la contratación pública en situaciones excepcionales.

En España, considerada la pandemia como fuerza mayor, se fue adoptando un “paquete jurídico” de medidas excepcionales con los contratos públicos (por supuesto, en otros ámbitos) ante una situación excepcional, que pretendía, desde el Derecho, alinear un “escudo sanitario, económico y social” eficaz contra el impacto del COVID-19. De la experiencia se puede constatar, en primer lugar, la deficiente (y muy burocrática) visión estratégica de la compra pública, así como una evidente falta de planificación y anticipación, falta de capacitación, y clara ineficiencia organizativa, que han “frenado” las soluciones necesarias, lo que ha derivado en un “aluvión” de medidas de carácter reactivo, a veces no bien sincronizadas. Esta evidente falta de previsión regulatoria y organizativa para hacer frente a situaciones excepcionales aconseja, a modo de enseñanza, la necesidad de avanzar soluciones modernas “ad hoc” a utilizar, sin inseguridad jurídica en situaciones excepcionales(9).

Pero más allá de una reforma legal (más o menos profunda, que evite la sobre-regulación y resulte más respetuosa con el sistema de distribución competencial) (10), conviene un cambio en la gestión de la contratación pública, con un cambio de la filosofía (GIMENO FELIU, 2022 b) para ir más allá del precio y caminar por la senda de la calidad de la prestación, fijando el acento regulatorio en la correcta ejecución y no tanto en los trámites previos. Una inadecuada política de ahorros desproporcionados puede perjudicar la eficiencia del sistema produciendo ineficiencias o “fuego amigo”, como la deslocalización empresarial con pérdida de esfuerzo inversión (lo que afecta directamente a una política esencial como es la de empleo). Una contratación pública moderna, especialmente en situaciones excepcionales, debe pivotar sobre el valor de la prestación (abandonando postulados economicistas con claros efectos perversos) en tanto en el contrato público lo esencial es satisfacer el interés general que se concreta en el mejor estándar cualitativo de la prestación.

2.- LA CONTRATACIÓN DE EMERGENCIA Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA: LA NECESIDAD DE REVISAR SU CONTENIDO

La situación excepcional derivada con la pandemia obligaba a una respuesta rápida contractual, primando la prestación al cumplimiento formal de un procedimiento muy burocratizado(11). Y para ello se decidió (artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, relativo a la contratación pública que los contratos que hayan de celebrarse por la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19) (12), la aplicación de la tramitación de emergencia (un procedimiento de adjudicación directa sin formalidades previas) regulada en el artículo 120 Ley de Contratos del Sector Público de 2017 (LCSP)(13).

Y quizá esta decisión exige una revisión crítica. En primer lugar, porque este procedimiento (no es en esencia una tramitación) no se encuentra previsto en el derecho europeo, que remite para situaciones excepcionales a la utilización del procedimiento negociado sin publicidad (incluso con un único proveedor)(14). En

segundo lugar, porque el procedimiento de emergencia está diseñado para eventos concretos y limitados en tiempo y espacio y no para situaciones excepcionales de pandemias, catástrofes o conflictos bélicos (GIMENO FELIU, 2020 e). Y en tercer lugar, porque la “relajación” de trámites no habilita cualquier relación contractual pues deben mantenerse como regla general las exigencias de solvencia de las empresas contratistas y la ausencia de conflictos de intereses.

Además, la urgencia derivada de la excepcionalidad (no la hay para cumplir exigencias de procedimientos) exige más y mejor transparencia, con verdadera rendición de cuentas, pero no por obligación, sino por convicción de que en ello está la esencia del correcto uso del poder. Por ello el legítimo objetivo de simplificar la actuación administrativa no puede significar, ni justificar, la reducción de controles efectivos (15).

Obviamente, la utilización del procedimiento de adjudicación directa por emergencia no se puede extender a cualquier licitación pública. Por ello el expediente deberá acreditar la existencia de este presupuesto habilitante(16). Esta previsión, lógicamente, no debe impedir la tramitación ordinaria de otras necesidades siempre que sea posible, y habría que facilitar una interpretación que permita una gestión administrativa ordinaria aun en este escenario de crisis (máxime si se utilizan e impulsan medios telemáticos).

La experiencia práctica sobre la utilización (claramente “extensiva”) nos permite constatar que el procedimiento de emergencia exige una clarificación de sus requisitos y fronteras sin que pueda servir de “atajo” en toda decisión contractual (y menos cuando se debe a falta de planificación o correcta anticipación)

Antes que la utilización de la adjudicación directa por emergencia prevista en la LCSP proceda descartar la viabilidad de la aplicación del artículo 168 b) que habilita un procedimiento negociado sin publicidad, para los contratos de obras, suministros y servicios, en circunstancias de imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119 LCSP. En este caso, como ha recordado la Comisión europea (aunque convendría su incorporación como norma legal) es necesario un “informe específico” explicando la existencia de los siguientes criterios acumulativos: a) sucesos imprevisibles para cualquier el poder adjudicador; b) extrema urgencia que haga imposible el cumplimiento de los plazos generales, lo que supone que, si se invoca la extrema urgencia, la necesidad de contratación ha de satisfacerse inmediatamente(17).

La excepción no puede invocarse para adjudicaciones de contratos que tarden más de lo que habrían tardado si se hubiera recurrido a un procedimiento transparente, abierto o restringido, incluidos los procedimientos (abiertos o restringidos) acelerados, c) existencia de nexo causal entre el suceso imprevisto y la extrema urgencia y d) utilización en la medida estrictamente necesaria para cubrir el vacío hasta que se encuentren soluciones más estables.

Interesa destacar, además, que, con fundamento en el artículo 32 de la Directiva de contratación pública de 2014, se permite un procedimiento negociado sin publicidad cuando no exista alternativa o sustituto razonable o cuando exista de forma objetiva ausencia de competencia(18), lo que es una excelente alternativa a la tramitación de emergencia en situaciones excepcionales. Así, la referida previsión del artículo 168 LCSP, habilita un procedimiento negociado sin publicidad cuando:

“las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial,

La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial sólo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato”.

Esta segunda previsión legal del artículo 168 LCSP permite un procedimiento negociado sin publicidad y sin necesidad de consultar a varios licitadores, más allá de la existencia de un único proveedor con derechos

exclusivos a otros supuestos como que no exista alternativa o sustituto razonable o cuando exista de forma objetiva ausencia de competencia. En relación a la viabilidad de este supuesto de procedimiento negociado sin publicidad, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 126/2016, de 9 de marzo, en relación la constitución de la sociedad de capital mixto “*Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l’Aigua, S.A*”, para la prestación del servicio del ciclo integral del agua en el Área Metropolitana de Barcelona, critica que la constitución de la sociedad de economía mixta con un socio privado escogido de forma directa se pretenda justificar únicamente en las disposiciones del ROAS, aunque acepta que de acuerdo con la normativa comunitaria es posible acudir a la adjudicación directa como consecuencia de la existencia de derechos exclusivos, razones técnicas u bien económicas que impidan la concurrencia.

El TSJC no niega que en determinados supuestos sea posible constituir una sociedad de economía mixta directamente con un socio privado que ostenta determinados derechos exclusivos, pero considera que en este caso no se justifica la concurrencia de estas circunstancias (derechos exclusivos, razones económicas) (19). En todo caso, deberá acreditarse la existencia de esos derechos exclusivos o especiales (lo que parece concurrir cuando existen títulos concesionales demaniales)(20). Y esta tesis ha sido confirmada por el Tribunal Supremo selección de Agbar para la constitución de la sociedad mixta para la prestación del servicio del agua en el área metropolitana de Barcelona. Así, la sentencia 1612/2019, de noviembre de 2019, en su fundamento undécimo afirma que “*se puede concluir que concurre la justificación de la necesidad de otorgar el contrato a un empresario determinado, sin que existiera una alternativa o sustituto razonable, y sin que la ausencia de competencia sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la adjudicación*”.

Obviamente la opción al procedimiento negociado sin publicidad, a un cuando se acuda a un único proveedor, parece ser la opción más conforme al principio de proporcionalidad en la gestión contractual, de tal manera que la “*tramitación de emergencia*” debería tener un marcado carácter residual y de limitación temporal. Pero la práctica ha sido inversa, posiblemente por cierta “*leyenda negra*” del procedimiento negociado y por la exigencia de formalidades propias (no están en la normativa europea) que ralentizan y complican burocráticamente su tramitación (entre ellos el control previo). A lo que se suma la indiferencia del importe en las exigencias formales en su tramitación, cuando por debajo de los umbrales armonizados europeos es posible una simplificación que alinee correctamente los diferentes intereses y principios regulatorios en juego.

Lo que resulta evidente es que, mas allá de opciones interpretativas del marco normativo “ordinario” para acudir al procedimiento negociado sin publicidad en situaciones excepcionales, que requieren de una rápida respuesta contractual, parece oportuno una regulación más concreta (que no extensa) de que procedimientos y con que trámites y garantías se puede contar por un gestor en dichas situaciones excepcionales. Tanto para contratar, como para facilitar la correcta ejecución de los contratos existentes(21).

Nueva regulación que es de especial necesidad en los supuestos de servicios a las personas en el ámbito de la salud donde las “*exigencias de competencia de mercado*” quedan en un segundo lugar en tanto debe preservarse un bien jurídico superior y fundamental como la salud (GIMENO FELIU, 2022 d).

3.- TRANSPARENCIA, CONTROL Y RENDICIÓN DE CUENTAS EN LA CONTRATACIÓN DE SITUACIONES EXCEPCIONALES

La utilización de procedimiento singulares, o de adjudicación directa, para dar correcta respuesta a las necesidades en situaciones excepcionales y preservar la necesaria eficacia administrativa no conlleva, en modo alguno, una exoneración del resto de reglas de la contratación pública, que, hay que advertir, continúan vigentes. Y muy especialmente de las relativas a la transparencia e integridad. Así, son de directa aplicación la publicidad de los acuerdos de adjudicación y formalización de contratos (ex. art. 154 LCSP y art. 50 Directiva 2014/24 de contratación pública)(22). Y, por supuesto, continúan siendo de obligado cumplimiento las exigencias de rendición de cuentas derivadas del artículo 8 de la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno(23). Esta información no es un freno a la eficacia pues pretende ser una herramienta de rendición de cuentas que permita explicar a la ciudadanía en qué, cómo y cuánto se invierten los recursos públicos mediante contratación pública. Además, debe servir para legitimar la actuación administrativa al existir un control político de su actuación. Y, por ello, en tanto que permite <<dar luz>> de las decisiones adoptadas (su racionalidad y su razonabilidad) son el principal “escudo” para preservar el

principio de integridad en la contratación pública en estas situaciones excepcionales (GIMENO FELIU, J.M. (2020 c)).

Las situaciones excepcionales permiten eludir el principio de tensión competitiva de los mercados(24), relajar reglas de control financiero, facilitar e interpretar el cumplimiento de los contratos públicos vigentes para facilitar el mantenimiento de empleo, fomentar la compra de proximidad e incluso adquirir productos en mercados extranjeros anticipando el precio frente a la regla de la previa entrega. Pero no permite relajar la calidad de las exigencias democráticas y de buen gobierno, ni justifica la opción de habilitar espacios de impunidad(25). Es más, en el contexto social de excepcionalidad (en especial si afecta al ámbito de libertades) se exige más explicación y más rendición de cuentas de las decisiones de contratación adoptadas (y con quienes y sus importes) pues la ciudadanía tiene el derecho a conocer como contraprestación a un “esfuerzo solidario colectivo” sin precedentes. Y esto no es burocracia innecesaria. La transparencia es un escudo que, por tanto, debe ser reforzado, lo que exige “afinar” su contenido para no convertirse en una mera obligación formal(26). Y donde la utilización de Inteligencia artificial y *big data* al servicio de una mejor gestión pública y de mejor rendición de cuentas puede ser una herramienta especialmente idónea(27).

Por ultimo, debe articularse un adecuado equilibrio entre *eficacismo* y neograntismo (VAQUER CABALLERIA, 2021), que puede, desde el fin de administrar mejor, ayudar en la estrategia de obtener la mejor respuesta jurídica en situaciones excepcionales. En este contexto de cómo avanzar al equilibrio entre eficacia y garantías de correcta actuación, resulta necesario revisar el modelo de control interno y externo de las decisiones contractuales. Un control que debe ser eficaz sin impedir la eficacia en tiempo de las decisiones a adoptar. Lo que tiene que ver, por ejemplo, con el rol a desempeñar por la intervención o los órganos de control externo (IGLESIAS REY, P., 2021), que deben abandonar un modelo de “medicina forense” por un modelo de “medicina preventiva y de urgencia”. El control interno a realizar por la Intervención debe asumir que su rol es ayudar a la gestión (y no desconfiar de ella) y que no puede cuestionar decisiones desde parámetros de oportunidad. La fiscalización interna de la Intervención, máxime en situaciones excepcionales, debe acompañar al gestor en sus decisiones, abandonando la utilización de parámetros estrictamente formales (se confunde en muchas ocasiones el procedimiento con el fin y se imponen criterios formales, muchas veces innecesarios, sin valorar su impacto efectivo sobre la mejor prestación y el interés publico).

Por otra parte, de poco sirve, en un modelo de control externo en el siglo XXI, con las experiencias ya consolidadas, notificar las causas “de una defunción” cuando con otro modelo dicho resultado podría haberle evitado o al menos laminado. Y es que controlar cuestiones formales a plazo vencido aporta poco valor a la función de fiscalización(28). Así convendría un control externo diferente, de carácter concomitante y que descansa en el análisis de los resultados, mediante auditorías de proyecto. Un nuevo enfoque basado en la responsabilidad, cumplimiento de las obligaciones y la auditoría de resultados frente a la observancia formal previa. Por ello, en mi opinión (GIMENO FELIU, 2022 c), el control deberá incluir un modelo de auditoría de costes cuyo diseño y puesta en funcionamiento deberá descansar en los órganos de control externo (protagonistas del seguimiento e incidencias en las ejecuciones de los contratos).

Necesitamos, pues un cambio de modelo, tanto en la gestión como en el control que supere la actual configuración “vertical” a favor de un sistema horizontal que alinea en el tiempo tanto la gestión como la fiscalización. Un modelo, como bien sugiere IGLESIAS REY (2021) enfocado a la gestión preventiva de riesgos, que se centre en la gestión sistemática del riesgo, incluyendo identificación, evaluación, tratamiento y seguimiento, para la medición del desempeño y detección de aquellas debilidades del sistema que necesitan de una nueva forma de ser tratadas.

4.- LA NECESARIA PROFESIONALIZACIÓN Y CAPACITACIÓN COMO PRESUPUESTO DE UNA COMPRA PÚBLICA EFICAZ EN SITUACIONES EXCEPCIONALES

La eficacia administrativa, en un contexto de situación excepcional, no se consigue simplemente con previsiones legales (con ser necesarias). Es presupuesto ineludible el contar con los adecuados medios materiales y, sobretudo, con la mejor capacitación y *auctoritas*, de los gestores públicos que debe liderar ese nuevo modelo de compra públicas. Lo que exige un conocimiento teórico y práctico adecuado y actualizado, que se extiende a la regulación, tanto europea como nacional, sin olvidar la existencia de un derecho pretoriano que vertebró el sistema(29). Y este punto es, sin duda, una clara laguna a corregir.

En la práctica, además, nos encontramos con problemas previos, como son una indebida “atomización administrativa”, así como cierta “contaminación política” que puede afectar a la planificación, programación, decisión de adjudicación y vigilancia del cumplimiento del contrato. Esa contaminación ha favorecido las prácticas irregulares y cuando menos, ineficiencias evitables.

La profesionalización de la contratación pública refuerza el principio de integridad en tanto puede ser una barrera a la posibilidad de redes clientelares o de “confusión de intereses políticos”, lo que es de especial relevancia en situaciones excepcionales, que requieren de respuestas rápidas(30). Sin olvidar, como se ha señalado, con acierto, por J. PONCE, que la ideología puede tener su papel en la Política (*politics*), pero no lo tiene en la política pública concreta (*policy*) si no supone el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica de gestión (de especial relevancia en ,los supuestos de contingencias excepcionales)(31).

Lo que significa que la profesionalización y capacitación son elementos imprescindibles de garantía de una mejor contratación pública, tanto en el día a día como, especialmente, en situaciones excepcionales(32).

La profesionalización resulta elemento irrenunciable para poder cumplir con las exigencias derivadas de la compra pública estratégica(33). Y debe ser vista como elemento palanca para la mejor movilización del contrato público como inversión(34). Importancia de la profesionalización destacada e impulsada desde hace ya más de 10 años por las instituciones europeas(35). Impulso renovado, como explica GUERRERO MANSO (2021), un marco común aplicable en cada uno de los Estados miembros: ProcurCompEU, por parte de la Comisión Europea, fiel a su objetivo de mejorar la profesionalización de la contratación pública(36). Este instrumento, que pivota sobre tres elementos básicos (matriz de competencias, herramienta de autoevaluación y programa de formación) pretende contribuir a la profesionalización de la contratación pública desde el reconocimiento y apoyo de su función estratégica, la cual le permite generar inversión pública destinada al crecimiento sostenible. Para ello define treinta competencias básicas y proporciona una referencia común a los distintos profesionales que intervienen en la contratación pública, tanto dentro como fuera de la Unión Europea(37).

La profesionalización se refiere, en primer lugar, a la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación(38). Solo así se puede conseguir una nueva actitud de los gestores que permita abandonar una posición “pasiva” y lanzarse a actuar en el mercado con una visión de sus funciones que se alejan de lo burocrático e incluyen la planificación estratégica y la gestión de proyectos y riesgos (lo que exige cambios en la organización y prospectiva de actuación)(39). No en vano, al gestor público se le debe exigir una mayor y cualificada diligencia que al gestor privado puesto que “el gestor de fondos públicos está obligado a una diligencia cualificada en la administración de los mismos, que es superior a la exigible al gestor de un patrimonio privado”(40).

Además, y como consustancial a la idea de profesionalización, es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses, y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan(41). Una adecuada profesionalización y “descontaminación política” de decisiones estrictamente administrativas, permitirá garantizar que la evaluación de las necesidades es adecuada (desde un análisis de eficiencia en la decisión final, con el fin de optar por la más racional desde dicha perspectiva), evitando la provisión innecesaria, mal planificada o deficientemente definida(42).

La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad y reconducir prácticas irregulares en la gestión de la contratación pública, en especial en tiempos excepcionales. Esta necesidad de profesionalización no incluye solo el sentido de mayor cualificación, sino que implica la re-delimitación de las funciones de políticos y alta función pública (fue clave en Italia tras el fenómeno *anticorrupción Manos Limpias*). Al político, definición de objetivos y control de resultados. Al manager o alto funcionario, diseño del contrato y seguimiento. Claro, también es necesaria una mayor cualificación y, por tanto, mejor status (retribuciones, reconocimiento e independencia).

Además, como necesario complemento a la profesionalización debe orientarse la legislación hacia una cultura ética de la actuación administrativa que garantice y promueva la integridad en la gestión de los asuntos públicos (MIRANZO DÍAZ, J., 2020).

En este escenario de necesaria profesionalización convendría poner en valor las experiencias de excelencia

en la gestión de la compra pública, como incentivo a la mejora de las Administraciones y como elemento de rendición de cuentas a la ciudadanía. Un modelo de certificación pública puede ser una excelente herramienta para poder conseguir este objetivo.

Pero esta nueva visión “ética” (y de profesionalización) no solo corresponde a los poderes adjudicadores. El sector empresarial debe dar un paso al frente. Lo advierte C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, al postular la idoneidad de adaptar los programas de cumplimiento <<anti-corrupción>> al ámbito de público, apuntando “una exigencia legal futura para la contratación pública”. El autor entiende que la experiencia norteamericana parece conducir indefectiblemente a la necesidad de que cualquier empresa que desee contratar con la administración pública debería instaurar de manera efectiva un programa de cumplimiento <<anti-corrupción>> como exigencia legal(43). Sin duda, la prevención ética es una cuestión exigible a todas las partes de la contratación pública(44).

Existen, además, otros retos vinculados, como la necesidad de adaptar la organización administrativa y la capacitación y funciones de sus empleados públicos en este nuevo contexto. La innovación de nuestro sector público no debe ser solo tecnológica, sino también organizativa. Innovar en la Administración obliga a cambiar el paradigma de la cultura propia muy burocrática para avanzar a una Administración flexible que gravita sobre el ciudadano (y no al revés), al que debe garantizar sus derechos y expectativas. Lo que obliga a innovar estructuras, pensamiento, prácticas e inercias. El conocimiento debe ser horizontal y no vertical, hay que aprender a trabajar en equipo y tener en cuenta las buenas experiencias de otros. Y la formación permanente a lo largo de la vida debe ser parte del ADN de cualquier empleado público vocacional (solo así existirá verdadera profesionalización pública). Hay que romper no solo con el tópico de “siempre se ha hecho así”, sino, principalmente, con el de “siempre ha sido así”.

5.- LA NECESARIA ADAPTACIÓN (QUE NO REVISIÓN) DEL OBJETO DEL CONTRATO EN LA EJECUCIÓN CONFORME AL PRINCIPIO DE HONESTA EQUIVALENCIA

Las situaciones excepcionales impactan, también, en la ejecución de contratos ya existentes. Y no resulta comprensible una visión “estática” de las “obligaciones iniciales”, máxime en momentos de incertidumbre que pueden poner en riesgo la viabilidad de contratos públicos ya celebrados (como, por ejemplo, con el alza de precios y costes, los que pudieran derivar para la gestión de los fondos europeos NGEU).

En todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar satisfacer el interés general (que es la causa del mismo), y para ello las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir deben resultar equivalentes desde el punto de vista económico(45). La necesidad de la correcta ejecución de la necesidad pública exige unas reglas claras para la relación jurídica que preserven la equivalencia de las prestaciones de ambas partes, prestaciones que se deben diseñar pensando en la correcta ejecución del contrato (para lo que debe exigirse en modelos concesionales un adecuado plan económico-financiero) que dé seguridad a los potenciales licitadores sobre la viabilidad del negocio jurídico y dé, al propio tiempo, las garantías o certezas suficientes sobre el cumplimiento de lo pactado en sus propios términos.

Ese equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales *rebus sic stantibus*. El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, cuando en modelos concesionales falla durante la ejecución del contrato el reparto de riesgos pactado(46). En general, se trata de la obligación de mantener la <<equivalencia honesta del contrato administrativo>> que funda el derecho del contratista al perfecto restablecimiento de la ecuación financiera del contrato como contrapartida de los poderes de la Administración(47). Además, atendiendo al principio de equidad y buena fe –STS de 27 de octubre de 2009- bien pudiera afirmarse que los hechos imprevisibles que, aun actuando con la debida diligencia, alteran la regla natural del reparto de riesgos rompen la causa del contrato original(48). En este sentido, la STS de 14 de julio de 2010 ha admitido la técnica del equilibrio financiero cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo que no puede ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura ínsita en toda contratación de obra pública. En todo contrato, debe preservarse la “equivalencia de lo pactado”, que no es una modificación de las condiciones de explotación, sino un ajuste de las mismas a una realidad fáctica o jurídica no prevista, que corrige o adapta la regla del *pacta sunt servanda* (estar a lo pactado) y que obliga a, sin alterar la idea del riesgo, limitar éste cuando es claramente desproporcionado para una de las partes. Es,

en palabras de M. HAURIOU, un principio de justicia distributiva. Desde esta lógica procedería una interpretación dinámica de los contratos públicos para “adaptar” (que no modificar), desde la lógica del principio civil *rebus sic stantibus*, las contraprestaciones a un escenario como el actual, claramente imprevisible y alejado de lo que es la concepción ordinaria del riesgo y ventura.

El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, si durante la ejecución del contrato *falla el reparto de riesgos pactado* por causas imprevisibles y no imputables a una falta de diligencia del concesionario(49). En consecuencia, en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico(50).

Situaciones excepcionales, de evidente imprevisibilidad no imputable a la “debida diligencia empresarial”, exigen una adaptación de lo pactado en todo contrato público que adapte -no modifique ni revise- lo pactado para una correcta aplicación del principio de honesta equivalencia. Negar la evidencia fáctica y aplicar la letra de la norma (que no fue pensada para esta situación) puede conducir a un claro efecto distorsionador sobre nuestro tejido productivo, desincentivando inversiones y laminando las expectativas de la mejor y más rápida recuperación económica. Y ello se alejaría del canon de buena administración constitucionalmente exigible.

En el fondo, esta obligación de “reequilibrio” para adaptar el contenido de los contratos públicos se fundamenta en principios generales del Derecho administrativo, como la interdicción del enriquecimiento injusto o sin causa, el derecho a la buena administración, la seguridad jurídica, la buena fe, la protección de la confianza legítima y la responsabilidad administrativa o responsabilidad patrimonial de la Administración Pública(51). Por ello, desde una interpretación teleológica se puede justificar que existe ruptura del equilibrio contractual en la actual situación donde no resulta proporcional una interpretación formal, rigorista y descontextualizada del principio de riesgo y ventura y que puede poner en riesgo los objetivos de recuperación económica, lo que determina la necesidad de adaptar los costes y retribuciones de lo pactado (sin que pueda ser utilizado para alterar otros elementos de la oferta ni limitar riesgos diferentes). Los principios y conceptos del derecho público (que también forman parte del ordenamiento jurídico) dotan de suficiente cobertura esta propuesta interpretativa.

6.- CONCLUSIONES PROPOSITIVAS

La situación excepcional derivada de la pandemia ha servido de prueba de estrés de la contratación pública (de la norma, de su interpretación y de la capacidad de gestión) obligando a adoptar medidas singulares. Y de la experiencia, sin duda, hay cosas que hemos aprendido. Lo primero, que las organizaciones públicas (y las empresas) deben “anticiparse, planificar, organizar y reforzar los recursos existentes”, como medidas imprescindibles y eficientes para afrontar con acierto la gestión ante situaciones excepcionales (planificar exige cierta reflexión y capacidad de analizar alternativas). En segundo lugar, que hay que impulsar un cambio en la cultura organizativa pública tanto en la gestión como en el control (estas deben estar alineadas y no confrontadas). Frente a inercias o dogmatismos, la situación de estos últimos tiempos obliga, con carácter general y previo, a repensar soluciones jurídicas en la contratación pública que promuevan la eficacia de las políticas públicas y que concilien los intereses públicos en juego en un contexto de excepcionalidad, diseñando procedimientos eficaces y eficientes, que pongan el acento en la calidad de la prestación y que eviten una indebida deslocalización empresarial (Gimeno Feliu, 2022 b). La experiencia de la crisis sanitaria y de la gestión de los fondos europeos es la oportunidad para impulsar una transición “no ruidosa” hacia una nueva gobernanza pública, que supere la “presión política” de hacer más por menos y a corto plazo y de revisar el dogma del precio como elemento determinante (Gimeno Feliu, 2019 b). Una gestión pública que piense en inversión y no en gasto, y que desplaza un modelo vertical, claramente superado, por un nuevo modelo horizontal y transversal donde el adecuado cumplimiento de los fines públicos son la clave de un correcto *check-list*(52).

Es posible que el marco regulatorio de la contratación pública aconseje una simplificación, pero lo trascendental es impulsar la “innovación” en la práctica de la contratación pública. Las inercias y resistencias al cambio, cierta “indolencia” administrativa y empresarial, la falta de cultura de cooperación, la “confusión” conceptual, la excesiva politización en las decisiones prácticas, la inseguridad jurídica derivada de interpretaciones diversas y contradictorias ponen en evidencia claras debilidades en los resultados

pretendidos con la regulación, de especial gravedad en cuanto se afrontan situaciones excepcionales (como esta observando la [OIRESCON](#))(53).

En escenarios excepcionales conviene una interpretación teleológica de las medidas a adoptar que debe prevalecer sobre interpretaciones formales. Y existe unidad de criterio (político y jurídico) en que las distintas medidas adoptadas pretenden activar un escudo económico para proteger a todo nuestro sector productivo (en especial Pymes y autónomos). Proteger el empleo, dotar de liquidez financiera a las empresas, o acompañar las exigencias tributarias a la realidad dinámica de esta crisis son elementos imprescindibles, donde, desde el mayor consenso, hay que ser valientes y no dogmáticos (evitando innecesarios prejuicios ideológicos), activando todo el armamento, tanto público como privado, que se tenga a disposición para que el virus no contamine gravemente a nuestra economía. La contratación pública, su correcta ejecución, puede servir de importante escudo económico y social.

Las situaciones excepcionales obligan a “flexibilizar” la contratación pública en aras a la mejor atención a los ciudadanos (aunque habría que reflexionar si se cumplieron los estándares adecuados de anticipación de aprovisionamiento) pero no a sacrificar las exigencias de transparencia y de rendición de cuentas. Pero hay que insistir en que, sin transparencia, no como exigencia legal, sino como convicción de ser la principal seña identitaria de una administración pública moderna, no hay buena administración y, en consecuencia, no hay regeneración democrática. Por eso, más que nunca, necesitamos una contratación pública abierta, también, en situaciones excepcionales, caracterizada por la mayor transparencia, la extensión práctica de los medios electrónicos como herramienta ineludible en la gestión de las decisiones públicas, la adecuada cooperación administrativa para desarrollar “economías de escala organizativas” y, por supuesto, una estrategia de profesionalización horizontal en la contratación pública, delimitando de forma adecuada los distintos roles y funciones en la gestión contractual (la compra pública electrónica -que debería ser una realidad- en un modelo de interoperabilidad y cooperación público privada que aproveche inercias y experiencias, es una exigencia de actuación o abordaje inmediato).

Por supuesto, en tiempos excepcionales hay que arbitrar un sistema de frenos para evitar una “velocidad de inercia” hacia espacios de inmunidad e impunidad, que no se pueden justificar desde ninguna óptica (y menos desde la idea del principio democrático)(54).

Conocer el contexto y depurar conceptos y principios, comprender su correcto alcance, es un presupuesto necesario para poder articular una correcta política de contratación pública. Nuevas formas de contratación pública que deben implicar también al sector empresarial, que debe asumir y alinearse con el nuevo contexto. Solo así se puede escalar las operaciones contractuales con velocidad y agilidad y permitir también incorporar los cambios del entorno empresarial para que puedan ser adquiridos por los poderes públicos. Para ello los responsables de las empresas deben estar adecuadamente formados en las singularidades de lo que es la contratación pública con la finalidad de conseguir el mejor rendimiento y la función estratégica que tiene para todas las partes afectadas(55).

Por último, la experiencia de esta crisis excepcional y su impacto en el modelo de compra públicas, en especial en el ámbito sanitario, obliga a repensar soluciones jurídicas que concilien los intereses públicos en juego (sin olvidar que el interés público es la causa del contrato), diseñando procedimientos eficaces y eficientes (que importan las nuevas tecnologías, como los modelos *blockchain*)(56), que pongan el acento en la calidad de la prestación y que eviten una indebida deslocalización empresarial(57). Un ejemplo evidente es el de adquisición de medicamentos. Pero también de servicios sanitarios innovadores, que aconsejan nuevas fórmulas de colaboración pública-privada propia de las exigencias de un Estado garante (frente a la vieja concepción del Estado prestacional). Las exigencias de calidad en las prestaciones sanitarias aconseja abandonar modelos economicistas basados principalmente en el precio, para analizar las ventajas, en términos de valor, de distintas experiencias, como la del sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario al criterio de *Value-Based Health Care* (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por volumen o procedimiento (*fee-for-service*) por el modelo del “pago en salud por resultado conseguido”, que puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles (GIMENO FELIU, J.M. y GARCIA-ALVAREZ GARCIA, 2020).

En definitiva, mejorar la regulación, la gestión pública y simplificar los trámites procedimentales es y debe ser un rasgo de toda administración pública moderna que se prepara de forma anticipada ante situaciones excepcionales, que debe ser proactiva y no meramente reactiva procurando siempre la mejor satisfacción del

interés general, lo que obliga a articular mecanismos de respuesta en dichos contextos que promuevan una respuesta eficaz inteligente, transparente y socialmente responsable. Objetivos que bien podrían formar parte de la Estrategia Nacional de Contratación Pública (art. 334 LCSP) en tanto “instrumento jurídico vinculante” que, por exigencia del artículo 332.7 LCSP, debe ser aprobada (pero diseñada en el Comité de Cooperación en materia de contratación pública) por la OIRESCON.

BIBLIOGRAFÍA

BAÑO LEON, J. (2018): “La Ley de Contratos del Sector Público y gestión de lo público. ¿Regulación o sobrerregulación?”, libro col. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. XVIII, *La Ley de Contratos del Sector Público*, pp. 11-20.

Bernal Blay, M. Á. (2021): “La gestión contractual de los fondos del mecanismo de Recuperación y Resiliencia: Ideas para diseñar y controlar mejor la ejecución de los contratos”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 20, (Ejemplar dedicado a: Fondos Europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: Ejecución y auditoría), pp. 217-245.

CAAMAÑO, F., GIMENO, J.M., QUINTEROS, G., y SALA, P., (2017): *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, ed. Profit, Barcelona.

CANO CAMPOS, T. (2018): “La nueva Ley de Contratos del Sector Público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades”, Cuadernos de Derecho Local núm. 48, pp. 12-67

CANTERO MARTÍNEZ, J. (2020): “La profesionalización de la contratación pública como herramienta de innovación”, en libro col. *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Iustel, Madrid, pp. 197-246.

CERRILLO I MARTINEZ, A. (2014): *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de interés y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014 (hay segunda edición de 2018), pp. 192-198.

GALLEGO CORCOLES, I. (2018): “La contratación pública digital”, en libro col. *La 4 Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y economía digital*, Aranzadi, pp. 455-459.

GALLEGO CORCOLES, I. (2014): “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 220-222.

GALLEGO CORCOLES, I. (2015): “Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, en libro colectivo dirigido por M. Almeida e I. Martín, *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), pp. 111-116. BERBEROFF AYUDA, D: (2018): “La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo”, libro col. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, pp.163-200.

GALLEGO CÓRCOLES, I. (2019): “Contratación pública y catálogos electrónicos: una oportunidad para la innovación”, en Fernández Salmerón y Martínez Gutiérrez (dir.), *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, pp. 135-164.

GALLEGO CÓRCOLES, I. (2020): “De las orientaciones de la Comisión Europea sobre contratación pública en la crisis del Covid-19 y de sus implicaciones en el caso español”. [ENLACE](#)

GALLEGO CÓRCOLES, I. (2021): “Oscuros atajos en la gestión de los fondos de recuperación: la tramitación de emergencia”. [ENLACE](#)

GARCÍA MEILÁN, J.C. (2020): “Buen gobierno y profesionalización de las compras públicas” en libro col. *Transparencia y participación para un gobierno abierto*, El Consultor de los ayuntamientos, Madrid, pp. 269-289.

- GIMENO FELIU, J.M. (2015): “La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 172, pp. 81-122.
- GIMENO FELIU, J.M. (2015): “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor.
- GIMENO FELIU, J.M. (2016): “*Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público*”, libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Aranzadi, 2016, Cizur Menor, pp. 31-138.
- GIMENO FELIU, J.M. (2018): “*La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales*” *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 52, 2018, pp. 12-66.
- GIMENO FELIU, J.M. (2019): *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi.
- GIMENO FELIU, J.M. (2020 a): “La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad”, *Revista Economía Industrial* núm. 415, pp. 89-97.
- GIMENO FELIU, J.M. (2020 b): “La crisis sanitaria covid-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas”, *Observatorio de contratación pública 2019*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 29-62.
- GIMENO FELIU, J.M. (2020 c): “Integridad y transparencia en la contratación pública y su significado en tiempos de emergencia”. *Anuario Transparencia Local 3/2020*, pp. 13-40.
- GIMENO FELIU, J.M. (2020 d): “*Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo*”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm.205, 2020, pp. 19-60.
- GIMENO FELIU, J.M. (2020 e): “*La crisis sanitaria covid 19 y su incidencia en la contratación pública*”, *El Cronista*, núm. 86-87, 2020, p. 44.
- GIMENO FELIU, J.M. (2021 a): “*La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. De las ideas a la acción*”, en libro colectivo dirigido por J. Esteve Pardo *Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales, Serie Claves del Gobierno Local* núm, 32, *Fundación y Democracia Gobierno Local*, Madrid, pp. 67-100.
- GIMENO FELIU, J.M. (2021 b): “*Los fondos europeos next generation como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal*”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 214, 2021, pp. 39-74.
- GIMENO FELIU, J.M. (2022 a): “*El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad*”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 59, 2022.
- GIMENO FELIU, J.M. (2022 b): “*A propósito de la (IN) adecuación a los principios de la contratación pública de ofertas a pérdidas en la contratación pública y en negocios concesionales*”. *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 60.
- GIMENO FELIU, J.M. (2022 c): “*Los fondos next generation y el rol de los órganos de control externo*”, en libro colectivo dirigido por S. Rego, *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE*, Aranzadi, 2022.
- GIMENO FELIU, J.M. (2022 d): “*Retos y desafíos de la compra pública de salud en el siglo xxi: a propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas) y la necesidad de actualizar la solución jurídica*”, Congreso

internacional: el desafío de la recuperación y el papel de la contratación pública (Dir.), Aranzadi.

GIMENO FELIU, J.M. y GARCIA-ALVAREZ GARCIA, G., (2020): *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: eficiencia y creación de valor*, Aranzadi.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2013): “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los compliance programas “anti-corrupción” como exigencias legales de contratación pública”, en GARCÉS SANAGUSTIN, M. y PALOMAR OLMEDA, A. (dir.) *La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades*, Aranzadi, Cizur Menor.

GUERRERO MANSO, C., (2021): “La imperiosa necesidad de profesionalización como clave del éxito en la contratación pública. La utilización de la herramienta ProcurCompeEU”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*, Aranzadi, 2021, pp. 91-125.

IGLESIAS REY, P. (2021): “El reto pendiente en la época post pandemia: El necesario control preventivo de los riesgos en la fase de ejecución”. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, núm. 21, pp. 65-86.

MALARET, E. (2016): “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 15, pp. 38 y ss.

MAZZUCATO, M. (2021): “No desaprovechemos esta crisis”: fortalecer el sector público como premisa para la recuperación. *Galaxia Gutenberg*.

MIRANZO DÍAZ, J. (2020): *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*, Aranzadi.

MUÑOZ MACHADO, s. (2016): “Regulación y confianza legítima”, *Revista de Administración Pública* núm. 200, pp. 141-172.

PERNAS GARCÍA, J. (2021). *Comprar <<rápido>> y <<estratégicamente>> en la ejecución de los fondos Next Generation. Análisis y valoración de las medidas estatales y autonómicas para la agilización de procedimientos de contratación pública y para la utilización estratégica de las compras públicas*. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. extra 20, 2021 (Ejemplar dedicado a: Fondos Europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: Ejecución y auditoría), pp. 155-216.

PONCE, J. (2016): “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 40, p. 96.

SANMARTÍN MORA, M.A. (2012): “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea” en GIMENO FELIU, J.M. (Dir.): *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Aranzadi, Pamplona, pp. 298-318.

TEJEDOR BIELSA, J (2018 a): *La contratación pública en España. ¿sobrerregulación o estrategia?*, Cívitas, Cizur Menor, 2018

TEJEDOR BIELSA, J (2018 b): “*Ambito subjetivo, organización administrativa y gobernanza en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*”, libro col. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. XVIII, *La Ley de Contratos del Sector Público*, pp. 59-90

VALCARCEL FERNANDEZ , P. (2019): “Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del <<big data>>”, libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2018*, Aranzadi, pp. 93-130.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ. P. (2020): “La especialización o la profesionalización, la independencia y el liderazgo como elementos clave para el buen funcionamiento del recurso especial en materia de contratación pública español” en libro col. *Contratación pública global: Visiones comparadas*, Tirant lo Blanch, Valencia,

pp. 587-615.

VAQUER CABALLERÍA, M. (2011): El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, núm.186, 91-135.

VAQUER CABALLERÍA, M (2021): “Para qué sirve el procedimiento administrativo”, en libro colectivo *Estudios sobre el procedimiento administrativo. III Instituciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 75-78.

NOTAS:

(1). Sobre el fundamento europeo y la nueva regulación española y sus aspectos prácticos me remito, en extenso, a GIMENO FELIU, J.M. (2019).

(2). Desde una correcta aplicación del derecho a una buena administración no pueden desconocerse las exigencias de “justicia social” sobre las que se cimientan los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030 de Naciones Unidas), que deben ser el impulso para rearmar un modelo de crecimiento sostenible, que integre lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Lo que exige, además de la necesaria convicción, planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a medio y largo plazo (frente a la improvisación) y una visión no meramente “numérica e insensible” sobre los resultados. Vid. GIMENO FELIU, J.M. (2021, pp. 67-100).

(3). Las Instituciones europeas insisten en la visión estratégica de la contratación pública: “Comunicación de la Comisión “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”. En esta línea se posiciona claramente, por cierto, el Consejo de la Unión Europea, en el documento “Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente” (2020/C 412I/01), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública insiste en la necesidad de su función estratégica.

(4). La OIRESCON, en su reciente [informe sobre contratación estratégica](#) advierte de la insuficiencia de la visión estratégica de la contratación pública en España. Urge una nueva cultura en la gestión pública que promueva una interpretación funcional (y no formal) que debe alinearse con los objetivos estratégicos.

(5). GIMENO FELIU, J.M. (2020 a, pp. 89-97).

(6). Es lo que sucede, por ejemplo, con la acción concertada. Esta opción ha sido <<validada>> por las Sentencias TJUE de 11 de diciembre de 2014, *CroceRossa Italiana* y otros (asunto C-113/13) y de 28 de enero de 2016, *CASTA* y otros, Asunto C-50/14, que reconocen incluso la posibilidad de adjudicación directa. Opción que habilita la propia LCSP. Vid. GIMENO FELIU, J.M. (2018, pp. 12-66).

(7). Para resolver este fenómeno, derivado de inercias, conviene una depuración conceptual desde las categorías propias del derecho administrativo y su interpretación desde la óptica europea. Lo que obliga a incorporar los parámetros interpretativos funcionales utilizados sobre esta materia por el TJUE. Como advierte la sentencia TJUE de 22 de diciembre de 2008, *Magoora*, C-414/07, apartado 44, “para alcanzar los resultados que el Derecho europeo persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha Directiva y dejando sin aplicación, de ser necesario, toda disposición contraria de la ley nacional”.

(8). La Comisión europea publicó el 20 de mayo de 2021 la Comunicación COM Informe (2021) 245 final, referida a su informe <<Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior>>. En el Informe se concluye que “resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE”. El 18 de junio de 2021 se publicó la guía de la Comisión <<Adquisiciones sociales — Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas — 2.a edición>> (2021/C 237/01), en la que se incide en que “Con el fin de plantar cara a los retos sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los

aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos)”

(9). Aunque habrá que analizar también las causas de la insuficiencia de respuesta rápida. Parece obvio que no se planificó/anticipo de forma adecuada. Pero también que no se han implantado mecanismos ágiles de contratación pública, como los catálogos electrónicos o de centrales de compras sanitarias profesionalizadas. El Diario Oficial del Unión Europea de 1 de abril de 2020 ha publicado la Comunicación Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19. Constituye una breve Guía a través de la cual se pretende ofrecer “soluciones rápidas e inteligentes” para la adquisición de los bienes, servicios y obras necesarios para hacer frente a la crisis del COVID-19.

(10). Sobre la sobrerregulación en la contratación pública viene advirtiendo doctrina científica cualificada: TEJEDOR BIELSA, J. (2018 a y b), CANO CAMPOS, T., al considerar a la LCSP una muestra de volatilidad, complejidad y falta de sistematicidad que caracteriza a la legislación administrativa de nuestro tiempo (2018, pp. 12-67) y BAÑO LEON, J.M. (2018, pp. 11-20).

(11). Aunque habrá que analizar también las causas de la insuficiencia de respuesta rápida. Parece obvio que no se planificó/anticipo de forma adecuada. Pero también que no se han implantado mecanismos ágiles de contratación pública, como los catálogos electrónicos o de centrales de compras sanitarias profesionalizadas.

(12). Vid. GIMENO FELIU, J.M., (2020 b, pp. 29-62. Aunque habrá que analizar también las causas de la insuficiencia de respuesta rápida. Parece obvio que no se planificó/anticipo de forma adecuada. Pero también que no se han implantado mecanismos ágiles de contratación pública, como los catálogos electrónicos (cuyas virtudes ha explicado bien I. GALLEGO CÓRCOLES, (2019, pp. 135-164) o de centrales de compras sanitarias profesionalizadas.

(13). La contratación de emergencia podrá ser verbal (artículo 37.1 LCSP) y no necesitará de formalización. Por otra parte, en estos casos de emergencia, si fuera necesario realizar abonos a cuenta por actuaciones preparatorias a realizar por el contratista, no será de aplicación lo dispuesto respecto a las garantías en LCSP, siendo el órgano de contratación quien determinará tal circunstancia en función de la naturaleza de la prestación a contratar y la posibilidad de satisfacer la necesidad por otras vías. De la justificación de la decisión adoptada deberá dejarse constancia en el expediente.

(14). Como ha indicado GALLEGO CORCOLES (2020), la regulación de la tramitación de emergencia contenida en la LCSP omite alguna de las mínimas garantías de la “extrema urgencia europea”, pues parece que el legislador español ha obrado como si la tramitación de emergencia fuese una modalidad excluida de las Directivas europeas, lo que resulta injustificable

(15). El conocido principio better and smart regulation aspira a una mejor y más inteligente regulación y actuación pública. Y, como finalidad principal, se pretende una mayor seguridad jurídica, eliminando cualquier burocracia innecesaria. Pero, más importante que simplificar (instrumental) es reforzar la seguridad pone en riesgo la calidad democrática. Y, para ello, hay que evitar la hiper-regulación y el “movimiento constante” de la norma como mejor medida de simplificación.

(16). El Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de enero de 1987, señaló que “no basta la existencia de un acontecimiento de excepcional importancia del que dimane la situación que las medidas en cuestión afrontan, sino que lo que ampara la normativa de emergencia es una actuación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión”. Por ello, el Tribunal de Cuentas, indica en el Informe núm. 1.178, que “En uno de los dos expedientes tramitados por el procedimiento de emergencia que han sido fiscalizados no se motivó adecuadamente la necesidad de acudir a este procedimiento al conocer la entidad la necesidad de realizar actuaciones desde meses antes de la adjudicación de ese contrato”. También señala que “En los dos expedientes examinados se produjeron demoras en su tramitación, lo que resulta incongruente con la emergencia invocada en ambos casos”.

(17). Un ejemplo sería la previsión del artículo 30 del Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural, que habilita, de forma transitoria hasta el 31 de diciembre de 2022, la utilización de este supuesto de

procedimiento negociado sin publicidad.

(18). Este nuevo supuesto de procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia ha sido admitido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 126/2016, de 9 de marzo, al recordar que es posible aceptar que de acuerdo con la normativa comunitaria es posible acudir a la adjudicación directa como consecuencia de la existencia de derechos exclusivos, razones técnicas u bien económicas que impidan la concurrencia. Y esta tesis ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en el caso de la selección de la empresa Agbar para la constitución de la sociedad mixta para la prestación del servicio del agua en el área metropolitana de Barcelona. Así, la sentencia 1612/2019, de noviembre de 2019, en su fundamento undécimo afirma que “se puede concluir que concurre la justificación de la necesidad de otorgar el contrato a un empresario determinado, sin que existiera una alternativa o sustituto razonable, y sin que la ausencia de competencia sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la adjudicación” En todo caso, como bien ha indicado GALLEGO CORCOLES, “lo que se intenta evitar con este inciso es que la situación de exclusividad haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación” (2014, pp. 220-222). Obviamente, el procedimiento negociado sin publicidad conserva su carácter de procedimiento excepcional, en cuanto sólo puede ser empleados en supuestos muy concretos y de aplicación restrictiva, dado su carácter no competitivo. El recurso a este procedimiento debe ser objeto de justificación caso a caso [art. 84.1 f) de la Directiva de contratación pública]. Y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas (entre otras, STJUE de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94).

(19). Cabe destacar que el presidente de la Sala ha emitido un voto particular en el que manifiesta no compartir la conclusión que AGBAR no tiene título suficiente para prestar el servicio. Considera que la concesión de 1953 de la que es titular AGBAR le habilita como tal. Así mismo, considera que el hecho de que AGBAR haya soportado el coste de construcción de los 500 km de canalizaciones es un elemento suficiente para justificar la inviabilidad económica de abrir el procedimiento a concurrencia, pues en este caso se deberían compensar estas inversiones.

(20). Tesis defendida por GIMENO FELIU (2018, pp. 4-13, en concreto, p. 12).

(21). Pueden ser de interés las recomendaciones del Tribunal de Cuentas en los Informes sobre la utilización del procedimiento de emergencia durante la pandemia. Así, por ejemplo, en el Informe 1.481/2022, de fiscalización de los contratos de emergencia celebrados en 2020 para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 por los Ministerios del Área Político-Administrativa del Estado y sus organismos autónomos, se insiste en la necesidad de dejar constancia de manera individual en cada contrato de los motivos que justifican el recurso a la tramitación de emergencia, así como de los que impiden contratar mediante otros procedimientos menos restrictivos de la competencia para hacer frente a la necesidad imprevista.

(22). Y, por supuesto, no se encuentran excepcionadas en modo alguno las reglas de prohibición de contratar y conflictos de interés que exige la LCSP y el derecho europeo.

(23). En este sentido se ha posicionado Transparencia Internacional España (junto con los capítulos de Italia y Francia), que pone de manifiesto la importancia de defender la transparencia y el libre acceso a la información durante los estados de alarma originados por la pandemia del Covid-19.

La propuesta, titulada “[Contra la crisis de salud, más transparencia y democracia](#)”, reitera la necesidad de evitar que se pasen por alto principios necesarios como la rendición de cuentas, la transparencia y la ética, que podrían pasarse por alto en el afán de brindar “respuestas rápidas”. El comunicado alerta también sobre los riesgos de los estados de alarma, decretados para fortalecer el poder de los ejecutivos nacionales frente a una crisis sanitaria de esta envergadura. Aclara que estos deben estar estrictamente limitados en tiempo y ser proporcionadas a la meta deseada.

(24). En todo caso la Comisión Nacional de Mercados y Competencia esta “vigilando” el escenario, para evitar perturbaciones innecesarias: destacar el lanzamiento del buzón (covid.competencia@cnmc.es) para centralizar todas las denuncias y consultas relacionadas con la aplicación de las normas de competencia en el contexto del Covid-19.

(25). Tampoco la gestión eficaz de los fondos europeos next generation puede ser justificación para la utilización de la tramitación de emergencia (y esta es la opción adoptada en la Comunidad Autónoma Valenciana por la Disposición adicional quinta de la [LEY 3/2020](#), de 30 de diciembre, de la Generalitat, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat 2021). Lo explica bien I. GALLEGO CORCOLES cuando afirma que, en la tramitación eficaz de los proyectos con fondos europeos “es preciso hallar un adecuado equilibrio, lo que solo podrá conseguirse si se actúa cuidadosamente. Sacrificar los principios de transparencia y buena administración en el altar de la rapidez en la gestión supone transitar por un oscuro atajo que, por las razones antes señaladas, puede conducir a lugar hartos sombrío”. (2021).

(26). Vid. GALLEGO CORCOLES, (2018, pp. 455-459).

(27). De especial interés las reflexiones de P. VALCARCEL FERNANDEZ, (2019, pp. 93-130).

(28). GIMENO FELIU, J.M. (2022)

(29). En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos interpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, en especial por el Tribunal Supremo, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión “local” de las normas de contratos públicos. Por todos, GIMENO FELIU, (2015, pp. 81-122), GALLEGO CORCOLES, (2014, pp. 111-116) y BERBEROFF AYUDA, (2018, pp.163-200).

(30). La opción de la Unión Europea sobre esta política de profesionalización de la contratación pública queda muy bien reflejada en la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública - Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública. (BOE de 7 de octubre). En esta importante Recomendación se recuerda que los Estados miembros deben elaborar y aplicar estrategias de profesionalización a largo plazo para la contratación pública, adaptadas a sus necesidades, recursos y estructura administrativa, de manera autónomas o como parte de políticas más amplias de profesionalización de la administración pública. El objetivo es atraer, desarrollar y retener competencias, centrarse en el rendimiento y los resultados estratégicos y aprovechar al máximo las herramientas y técnicas disponibles. Para ello se insta a los Estados a elaborar programas adecuados de formación.

(31). Vid. PONCE, J. (2016, p. 96). Sobre esta cuestión se insiste en el libro colectivo de CAAMAÑO, F., GIMENO, J.M., QUINTEROS, G., y SALA, P., (2017). Una motivación ajena a los intereses públicos (la Sentencia TJUE de 5 de noviembre de 2014, Computer Resources International (Luxembourg) SA. y Comisión Europea, advierte que, “según una jurisprudencia reiterada, el concepto de desviación de poder se refiere al hecho de que una autoridad administrativa haga uso de sus facultades con una finalidad distinta de aquella para la que le fueron conferidas”), puede comportar un vicio de desviación de poder, que invalidará la decisión y que, en sentido amplio, supone un caso de corrupción pública.

(32). La opción de la Unión Europea sobre esta política de profesionalización de la contratación pública queda muy bien reflejada en la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública - Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública. (BOE de 7 de octubre). En esta importante Recomendación se recuerda que los Estados miembros deben elaborar y aplicar estrategias de profesionalización a largo plazo para la contratación pública, adaptadas a sus necesidades, recursos y estructura administrativa, de manera autónomas o como parte de políticas más amplias de profesionalización de la administración pública. El objetivo es atraer, desarrollar y retener competencias, centrarse en el rendimiento y los resultados estratégicos y aprovechar al máximo las herramientas y técnicas disponibles. Para ello se insta a los Estados a elaborar programas adecuados de formación.

(33). Sobre la necesidad de profesionalización en la contratación pública pueden verse los recientes trabajos de VALCÁRCEL FERNÁNDEZ. P. (2020, pp. 587-615), de GUERRERO MANSO, C. (2021, pp. 91-125), CANTERO MARTÍNEZ, J. (2020, pp. 197-246 y GARCÍA MEILÁN, J.C. (2020, pp. 269-289).

(34). Al respecto resulta de especial interés el trabajo de SANMARTÍN MORA, M.A. (2012, pp. 298-318). El Documento de trabajo de los servicios de la Comisión (SWD/2015/202) que acompaña a la Estrategia para el Mercado Único estima los beneficios económicos potenciales de solventar los problemas debidos a la profesionalización en más de 80. 000 millones de euros.

(35). RECOMENDACIÓN (UE) 2017/1805 DE LA COMISIÓN de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública “Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública”.

(36). de GUERRERO MANSO (2021, pp 110-118). Disponible en [ENLACE](#)

(37). Como advierte GUERRERO MANSO (2018), “la herramienta tiene también algunos puntos débiles. Uno de ellos es el carácter subjetivo de la autoevaluación, la cual carece de control o verificación posterior. Así, si un profesional se considera injustificadamente como experto en materia de contratos o si, por el contrario, se infravalora y autocalifica sus competencias como básicas, el resultado de la evaluación no será conforme a la realidad ni, por consiguiente, será útil para mejorar la profesionalización de la organización ni del particular. Este riesgo es mayor si los profesionales confunden la finalidad de la autoevaluación y piensan que está vinculada a algún tipo de beneficio o reconocimiento en su trabajo, ya que tenderán a valorarse de manera menos fiel a la realidad. Junto a esto, otro aspecto negativo radica en la necesidad de tiempo y conocimientos previos para realizar de manera adecuada la autoevaluación. Efectivamente, al tratarse de una herramienta larga y detallada, será imposible que un profesional la rellene de manera adecuada si carece de alguno de los mencionados factores, ya que no podrá valorar de forma precisa si cuenta o no con las competencias requeridas en el nivel preciso”. (p. 118).

(38). Objetivo que se recoge en la Declaración de Cracovia, que contiene las conclusiones del primer Foro del Mercado Interior celebrado en dicha ciudad los días 3 y 4 de octubre de 2011, y que entre las medidas para mejorar el funcionamiento de la legislación comunitaria sobre contratación pública, propone profesionalizar el sector de la contratación pública a través de una mejor formación.

(39). GIMENO FELIU, J.M. (2015).

(40). Sentencia del Tribunal de Cuentas de España 16/2004, de 29 de julio. Siendo preciso lo que se ha venido denominando como “agotar la diligencia” como afirma la 4/2006, de 29 de marzo, entre otras.

(41). Comisión Nacional de la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en: [ENLACE](#). También CERRILLO I MARTINEZ, A. (2014, pp. 192-198).

(42). SANMARTIN MORA, A. (2012, pp. 408-409). Este trabajo desarrolla las distintas posibilidades de la “profesionalización” de la contratación pública, que debe ser el eje sobre el que construir un nuevo modelo estratégico y eficiente, respetuoso con el principio ético exigible a toda actuación administrativa. También. MALARET, E. (2016, pp. 38 y ss).

(43). GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2013) que recuerda que desde el año 2008, la Administración estadounidense exige a los grandes contratistas revisar sus procedimientos internos de control y auditoría, así como de denuncias, en términos de diligencia debida (Due Diligence) sobre conductas ilegales de fraude, cohecho o cualquier otro tipo de actividad ilícita detectados en el seno de su empresa: “Esta regulación, especialmente la obligatoriedad de denuncia, han dado un vuelco significativo al panorama anterior, de tal manera que las denuncias de los propios contratistas están comenzando a fluir hacia las autoridades públicas. Más aún, el hecho de que los tribunales están considerando que la certificación que expresa la inexistencia de conductas ilícitas cuando el contratista debía estar al tanto de las mismas, constituye una falsedad documental que es perseguible por las autoridades”. Parece el momento de evaluar esta propuesta en aras a la consecución efectiva del principio de integridad en la contratación pública.

(44). A modo de ejemplo, puede referenciarse el Código de principios y conductas recomendables en la contratación pública. Aprobado por Acuerdo de Gobierno de Cataluña el 1 de julio de 2014. Con la finalidad de contribuir a la excelencia en la actuación administrativa en el ámbito de la contratación pública, la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública ha recogido en este código los fundamentos y las buenas prácticas que ya tienen integrados en su tarea diaria los departamentos de la Administración de la

Generalitat de Cataluña y las entidades que forman parte de su sector público, incorporando nuevos contenidos para la determinación de las conductas y las recomendaciones que contiene, las cuales también provienen de aportaciones procedentes del Grupo de Trabajo para el impulso y la mejora de los procesos de contratación pública, constituido en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, de la Oficina Antifraude de Cataluña, de la Autoridad Catalana de la Competencia, del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración local de Cataluña, así como de organizaciones empresariales o sindicales. Con el Código, se quiere consolidar la ética en la contratación como parte de la cultura y los valores de los órganos de contratación. Las buenas prácticas contractuales contenidas en el Código se estructuran en los siguientes apartados: a) La determinación de los principios y de los valores éticos centrales que deben presidir la contratación pública; b) La identificación de determinadas conductas de utilidad para conformar una guía de actuación ante múltiples posibles circunstancias reales concretas; c) La concreción de prácticas contractuales especialmente convenientes y d) La concienciación, la formación y el seguimiento del compromiso ético.

(45). Y es que, como bien indicara el Conseil d'État francés: <<Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión" (Arrêt Compagnie générale française des tramways, de 21 de marzo de 1910).

(46). GIMENO FELIU, J.M. (2016, pp. 31-138).

(47). Así se ha afirmado expresamente en diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre las que pueden citarse las de 9 de abril de 1968 (Ar. RJ 1968\3748), 22 de junio de 1970 (Ar. RJ 1970\3493), 6 de junio de 1975 (Ar. RJ 1975\3228), 8 y 27 abril, 25 mayo y 9 diciembre 1976 (Ar. RJ 1976\2324, RJ 1976\2407, RJ 1976\3018 y RJ 1976\5778), 30 de diciembre de 1983 (Ar. RJ 1983\6843), de 2 de diciembre de 1988 (Ar. RJ 1988\9451), 5 de octubre de 2004 (Ar. RJ 2004\7683), entre otras muchas.

(48). Desde una interpretación teleológica se puede justificar que existe ruptura del equilibrio contractual, cuando "el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado" (tal y como lo califica el Consejo de Estado, entre otros, en su dictamen de 26 de julio de 2001, número de expediente 1075/2001) con independencia de que "la gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración (factum principis), bien en circunstancias ajenas a ésta, bien en la fuerza mayor", continúa afirmando el Consejo de Estado, lo que debe permitir el reequilibrio de la concesión, en tanto existe un claro efecto perturbador sobre el sistema de retribución y reparto de riesgos, no previsto ni previsible, ajeno a la diligencia empresarial del concesionario, tanto en el momento de formular su oferta como de la forma de gestión del modelo concesional, que pone en serio peligro la economía del contrato en los términos pactados. En el mismo sentido, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Aragón, para la aplicación de la obligación de reequilibrio <<debe existir una desproporción objetiva y evidente, además de extraordinaria y no justificada>> (Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón, nú. m. 52/2013, de 30 de abril de 2013).

(49). Teoría del riesgo imprevisible, introducida en Derecho francés por el Arrêt del Conseil d'État de 24 de marzo de 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux. En este supuesto, la [sociedad](#) concesionaria de dicho servicio estaba ligada al municipio de Burdeos por un pacto formal que, si bien [preveía](#) una correlación entre el precio del gas y el del carbón como [materia prima](#), sin embargo fijaba un tope máximo que el precio del gas no podría rebasar en ningún caso. La guerra de 1914-1918 implicó un alza enorme en el precio del carbón, por encima de todo cálculo, hasta el punto de que la compañía concesionaria se vio obligada a declarar que no podría seguir asegurando el servicio en tales condiciones si el municipio no venía en su ayuda. Llevado el asunto ante el Consejo de Estado, éste no sólo no condenó a la compañía concesionaria a continuar el suministro de gas al precio máximo establecido en la concesión, sino que tampoco admitió que el municipio pudiera rescindir el contrato. En lugar de ello, el Consejo de Estado declaró en el célebre arrêt de 30 de marzo de 1916 que el municipio de Burdeos tenía el deber de seguir soportando a la compañía concesionaria y, más aún, en el de abonarle una indemnización capaz de compensarla del aumento del precio del carbón, a menos que ambas partes no prefiriesen celebrar un nuevo convenio acordando la elevación del precio de los suministros de gas a pagar por los usuarios. El tenor literal de esta importante decisión jurisprudencial, que abrió un camino nuevo en la contratación administrativa, expresa certeramente los

términos concretos del [conflicto](#) que la teoría de la imprevisión trata de resolver, así como las condiciones precisas en que tal doctrina puede ser legítimamente aplicada. Resulta por ello obligado transcribir aquí uno de sus considerandos:

“Considerando que, como consecuencia de la ocupación por el enemigo de una gran parte de las regiones productoras de carbón en la [Europa](#) continental, de la dificultad cada vez más considerable de [transporte](#) por mar en razón a la requisita de las naves hecha con motivo de la guerra marítima, ese alza sobrevenida en el curso de la guerra actual en el precio del carbón, que es la materia prima de la fabricación del gas, ha alcanzado una proporción tal que no solamente tiene [carácter](#) excepcional, sino que entraña en la fabricación del gas un aumento que sobrepasa ciertamente los [límites](#) extremos de aumento que hubieran podido ser previstos por las partes en el momento de contratar; que como consecuencia del curso de las circunstancias indicadas, la [economía](#) del contrato se encuentra absolutamente trastocada; considerando que resulta de todo lo anterior que la compañía pretende no [poder](#) ser obligada a soportar ningún aumento de precio del carbón por encima de 28 francos la tonelada, siendo esta cifra, según ella, considerada como la correspondiente al precio máximo del gas, previsto en el [mercado](#), y sería por completo excesivo admitir que hay lugar a la aplicación pura y simple del "cahier de charges" (pliego de condiciones), como si se encontrase en presencia de un álea ordinario de [la empresa](#); que importa, por el contrario, buscar para poner fin a estas dificultades temporales una solución que tenga en cuenta a la vez el interés general, que exige la continuación del servicio por la compañía con ayuda de todos los [medios](#) de [producción](#) y las condiciones especiales en que se encuentra la compañía y que no permiten al contrato recibir su aplicación normal; que a este efecto conviene decidir, de una parte, que la compañía está obligada a asegurar el servicio concedido y, de otra parte, que ella debe soportar solamente, a lo largo de este período transitorio, la parte de las consecuencias onerosas de la situación de fuerza mayor más arriba descrita que la [interpretación](#) razonable del contrato permita dejar a su cargo; que hay lugar, en consecuencia, anulando la decisión impugnada, a reenviar a las partes ante el Consejo de Prefectura, al cual corresponderá, si ellos no llegan a ponerse de acuerdo sobre las condiciones especiales en las cuales la compañía podrá continuar el servicio, determinar teniendo en cuenta todos los hechos en causa, el montante de la indemnización, a la cual la compañía tiene derecho en razón a las circunstancias extracontractuales, en las cuales ha tenido que asegurar el servicio durante el período considerado”.

(50). Y es que como bien indicará el Conseil d'État francés: <<Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión” (Arrêt Compagnie générale française des tramways, de 21 marzo 1910).

(51). Sobre el alcance del principio de confianza legítima es de especial interés MUÑOZ MACHADO, S. (2016, pp. 141-172).

(52). De especial relevancia el documento del Consejo de la Unión Europea: “Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente” (2020/C 412I/01) donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública insiste en la necesidad de su función estratégica. En este documento se indica que “Hay que reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública”.

(53). El informe anual de supervisión de 2021 analiza y señala los ámbitos de mejora.

(54). Para ello hay que rescatar el dogma de la separación de poderes como esencia de la propia democracia. Las actuales circunstancias no pueden servir de excusa frente a una preocupante suplantación del poder legislativo a través del instrumento excepcional del Decreto Ley que viene a fagocitar el rol de los Parlamentos como representantes de la soberanía popular, cuyo principal reflejo es la Ley (esencia, por cierto, del Estado de Derecho). Esta situación resulta claramente distorsionante en tanto, en palabras de

Montesquieu, supone la corrupción del espíritu de la Ley. Por otra parte, la tensión propia entre poder ejecutivo y poder judicial exige medidas de equilibrio. Nuestro jueces y magistrados, como institución, son el ancla principal de la garantía de nuestros derechos constitucionales. Cuestionar su rol o función (más allá de la necesaria crítica constructiva a ciertas resoluciones) y pensar en su limitación como el verdadero freno al ejercicio del poder, puede abrir un peligroso camino hacia la involución en la calidad democrática conquistada. Evitar el fantasma de la corrupción exige, pues, activar frenos institucionales, lo que no equivale a una innecesaria burocracia formal que condiciona la eficiencia.

(55). Para ello, las empresas deberían contar con personas con habilidades adecuadas que lideren los sistemas de compra. Los responsables de compras deben asumir la oportunidad de una nueva forma de operar para aportar un valor significativo a la organización. Para lo que resultaría conveniente redefinir las políticas de compras públicas, con un modelo operativo de objetivos que permita superar la inercia hacia visiones cortoplacistas estrechamente integradas con las finanzas .

(56). Sobre esta cuestión es un referente en España el profesor M.A. BERNAL BLAY. Puede consultarse su opinión [“Blockchain, Administración y contratación pública”](#) en [ENLACE](#). Sobre esta cuestión interesa igualmente la opinión de J. VALERO, [“Inteligencia Artificial y contratación del sector público”](#), en [ENLACE](#).

(57). Así lo advierte, por lo demás, la Comisión europea en su Comunicación sobre Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE -Bruselas, de 24 de julio de 2019. C (2019) 5494 final-. Hay que recordar igualmente la importante Comunicación de la Comisión europea Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa. Estrasburgo, 3 de noviembre de 2017 COM(2017) 572 final.