

Nº Extraordinario
Abril 2018

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

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

Número Extraordinario. Abril 2018

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA y VLEX.

Próximamente en LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gablex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

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

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. David Larios Risco

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

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

COMITÉ CIENTÍFICO

~~D. Salvador Jiménez Ibáñez~~

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

D. José Antonio Moreno Molina

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

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

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

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo. Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

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

SUMARIO

SALUDAS:

Excmo. Sr. D. Emiliano García-Page Sánchez 13
Presidente de Castilla-La Mancha

Dña. Araceli Muñoz de Pedro 17
Directora General de los Servicios Jurídicos de Castilla-La Mancha

D. Francisco Calvo Cirujano 21
Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha. Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

D. Salvador Jiménez Ibáñez..... 35
Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. Agustín Díez Moreno..... 65
Ex Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

D. Nicolás Conde Flores 71
Letrado del Gabinete Jurídico. Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Dña. Alicia Segovia Marco 75
Secretaria General Técnica del Ministerio de Fomento. Abogada del Estado. Ex Directora de los Servicios Jurídicos de Castilla-La Mancha

D. Roberto Mayor Gómez	79
Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha	
Dña. M^a Belén López Donaire	83
Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha	

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

EL CUERPO DE LETRADOS DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA Y LA PLACA Y LA MEDALLA D. Leopoldo J. Gómez Zamora	91
LA RESPONSABILIDAD POR VÍA DE HECHO EN LA EXPROPIACIÓN A LA LUZ DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA D. Juan José González López	119
ANÁLISIS DE LAS ÚLTIMAS NOVEDADES EN MATERIA DE CALIDAD NORMATIVA EN EL ORDENAMIENTO A RAÍZ DE LA LEY 39/2015. HACIA UNA LEGISLACIÓN INTELIGENTE Dña. M ^a Belén López Donaire	163

SECCIÓN INTERNACIONAL

ACTUALIDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN GRECIA D. Antonio Maniatis	195
--	-----

ANEXOS:

Ley 5/2013, de 17 de octubre, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha..... 221

Decreto 128/1987, de 22 de septiembre, de organización y funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha..... 245

BASES DE PUBLICACIÓN255

ACTUALIDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN GRECIA

ANTONIO MANIATIS

**Ex docente de Derecho de la Universidad de
Castilla-La Mancha
Docente de Derecho de la Universidad de Nicosia**

RESUMEN

El nuevo marco jurídico de la contratación pública y de la concesión se ha introducido en el ordenamiento jurídico griego mediante las leyes 4412/2016 y 4413/2016, respectivamente. Grecia, como los otros países europeos, debería abstenerse de adoptar la exclusión del sector del agua del campo de la transposición de la directiva 2014/23/UE dado que no estaba obligada a adoptar la exclusión. El derecho al agua debe consagrarse de manera explícita y simple, exenta de prejuicios y distorsiones. Además, existen tres contratos de CPP, de naturaleza parcialmente recíproca, para la promoción del nuevo derecho de participación a la Sociedad de la Información en zonas desfavorecidas. Sin embargo, cada candidato era obligado a seleccionar una compañía que sería encargada de hacer el control cualitativo y cuantitativo de la materialización de la obra, antes de cada solicitud de pago del contratista. Con esta regulación no está asegurada la selección de la mejor empresa como supervisora.

PALABRAS CLAVE

Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE; derecho al agua; autoridades administrativas independientes; colaboración público-privada; derechos del contratista.

ABSTRACT

The new legal framework on public procurement and concession has been introduced into the Greek legal order through laws 4412/2016 and 4413/2016, respectively. Greece, like the other European countries, should abstain from adopting the exclusion of the water sector from the field of transposition of directive 2014/23/UE given that it was not obliged to adopt such an exclusion. The right to water should be consecrated in an explicit and simple manner, exempted from prejudices and distortions. Besides, there are three PPP contracts, of partly reciprocal nature, for the promotion of the new right to participate in the Information Society in less-favored areas. However, each candidate had to select a company that would make the qualitative and quantitative control of the materialization of the work, before contractor's applications for payment. With this regulation, the selection of the best enterprise as a supervisor is not ensured.

KEYWORDS

Directives 2014/23/EU, 2014/24/EU and 2014/25/EU; right to water; independent administrative authorities; public-private partnership; contractor's rights.

SUMARIO:

I. PLANTEAMIENTO.

II. LA DIRECTIVA 2014/23/UE Y SU TRANPOSICIÓN EN EL ORDENAMIENTO GRIEGO.

III. EL DERECHO DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS AL AGUA.

IV. DISPOSICIONES DE LA LEY 4412/2016 SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

V. LA PARTICIPACIÓN A LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.

VI. A MODO DE CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO

La modernidad de la contratación pública es obvia, en nuestra era¹. Por ejemplo, la Unión europea era dotada con las directivas 2004/17/CE y 2014/18/CE en esta materia y tanto Alemania como el Reino Unido tuvieron que cambiar sus ordenamientos, porque las directivas eran de obligada transposición para los Estados miembros². Este estatuto había sido marcado por la crisis económica dentro la zona euro y por las economías nacionales impotentes de esa zona. Evidentemente, la crisis económica ha azotado particularmente Grecia³.

¹ Como afirma GAUDEMET, Y., «Contratación administrativa: Las evoluciones contemporáneas en el derecho francés», *Contratación pública – Ayudas estatales*, 3, 2004, págs. 220-227 (págs. 220-221), (traducción de K. GOGOS, EUG. PREVEDOUROU y I. KYRITSAKI en griego).

² MEILÁN GIL, J. L., «Un *meeting point* de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública», *RAP*, 198, 2015, págs. 43-73 (pág. 70).

³ Vid. NIETO GARRIDO, E., MORENO MOLINA, J. A., «Prólogo», A. VILLANUEVA CUEVAS, *La política de la Unión Europea en*

~~Este país no ha parado de ser la víctima principal de esta crisis⁴. Tras las propuestas de la Comisión europea, del 20.12.2011, estuvieron introducidas las siguientes directivas en el ordenamiento europeo:~~

- 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión,
- 2014/24 **sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE** y
- 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

La falta de transposición de las directivas en el ordenamiento español provocó una «duda existencial» respecto a la normativa que debería aplicarse⁵. Contrariamente al caso español, Grecia ha hecho con

materia de turismo y sus repercusiones en la Legislación Turística Española, 2012, págs. 9-12 (pág. 9), Madrid: Reus.

⁴ Vid. KITSOS, J., «The Recourse to Alternative Public Procurement to Facilitate Access to Private Capital in Greece: Results and Concerns So Far From the Implementation of an Extensive PPP Programme on the Global Economic Crisis», *P.P.L.R.*, 24, 3, 2015, págs. 78-89 (pág. 89).

⁵ DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., «Situación y novedades en materia de contratación pública electrónica (CPE) introducidas por el paquete de nuevas Directivas relativas a la contratación pública, tras su no transposición», *Contratación Administrativa Práctica*, 143, 2016, págs. 104-117 (pág. 104).

~~retraso relativamente pequeño la transposición de las nuevas directivas⁶.~~

El presente análisis focaliza sobre la transposición de las nuevas directivas en el ordenamiento jurídico griego⁷. Además, tiene que ver con algunos aspectos actuales de la colaboración público-privada (CPP), que constituye la versión moderna de la contratación pública, en Grecia⁸.

II. LA DIRECTIVA 2014/23/UE Y SU TRANPOSICIÓN EN EL ORDENAMIENTO GRIEGO

La concesión constituye una cuestión muy delicada en la medida de que los ciudadanos - usuarios han adoptado una aproximación negativa a esta institución,

⁶ MORENO MOLINA, J. A., «El efecto directo de las nuevas Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública», *Contratación Administrativa Práctica*, 143, 2016, págs. 4-5.

⁷ MANIATIS, A., *La contratación pública y la colaboración público-privada en Grecia tras las directivas de 2014 Parte II. La contratación pública en Grecia tras las directivas de 2014*, Ponencia en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla - La Mancha, Curso de verano sobre «La nueva Ley de Contratos del Sector Público», Cuenca, 28 y 29 de junio de 2017, Disponible en: <https://eclass.gunet.gr/courses/LAWGU223/>.

⁸ MANIATIS, A., *La contratación pública y la colaboración público-privada en Grecia tras las directivas de 2014 Parte I. La colaboración público-privada y los nuevos derechos*, Ponencia en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla - La Mancha, Curso de verano sobre «La nueva Ley de Contratos del Sector Público», Cuenca, 28 y 29 de junio de 2017, Disponible en: <https://eclass.gunet.gr/courses/LAWGU223/>.

particularmente en Grecia⁹. En todo caso, la directiva en esta materia es obviamente la original dentro la tríada de las directivas sobre los contratos del sector público¹⁰. Se trata del primer texto legislativo del derecho de la Unión europea sobre la concesión de servicios, terminando un período de inseguridad jurídica¹¹. Introduce por la primera vez en el ordenamiento europeo normas que regulan de manera única e integral sobre todo el estadio de adjudicación, pero también algunos aspectos de la ejecución de los contratos de concesión, de obras públicas o de servicios¹². En realidad, el fenómeno de concesión es más amplio, incluyendo actos administrativos unilaterales a favor del sector privado¹³. Por eso, la directiva clarifica que focaliza únicamente sobre casos de contratación. Según el considerando 14 de la directiva *«no deben considerarse concesiones ciertos actos de los Estados miembros, como las autorizaciones o licencias, en virtud de los cuales el Estado o una autoridad pública establece las condiciones para el ejercicio de una actividad económica, con inclusión del requisito de llevar a cabo una operación determinada, que por lo general se conceden a petición del operador económico y no por iniciativa del poder*

⁹ KITSOS, J., *Colaboración público-privada y contratación de concesión*, Atenas - Salónica: Ediciones Sákkoula, 2014, págs. 90-91 (en griego).

¹⁰ KITSOS, J., MANIATIS, A., «Les concessions suite de la directive 2014/23/UE», *RDUE*, 4, 2017.

¹¹ PLATON, S., «La passation des concessions: de l'eau du service public dans le vin de la concurrence?», *AJDA*, 15, 2014, págs. 841-847 (pág. 841).

¹² NOGUELLOU, R., «Les nouvelles directives et l'exécution des contrats», *AJDA*, 15, 2014, págs. 853-859 (pág. 853).

¹³ Vid. KITSOS, J., 2014: 97-99.

~~adjudicador o entidad adjudicadora, y en los que el operador económico queda libre de renunciar a la prestación de las obras o servicios. Para dichos actos de los Estados miembros pueden ser de aplicación las disposiciones específicas de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo». En ese sentido, la concesión, concebida y reglada por la directiva, constituye un caso de contratación pública y no otra forma de la operación administrativa del Estado.~~

Por lo que se refiere a Grecia, ese país es dotado de una tradición antigua importante en materia de la contratación pública¹⁴. El drenaje de un lago en Evia en el medio del cuarto siglo ante Cristo constituye el primer caso conocido de contratación pública de ejecución de una obra pública con la cooperación de Estados mediante concesión¹⁵. En el ordenamiento griego, los contratos más amplios del sector público han consistido tradicionalmente en concesiones¹⁶. La ley 4413/2016 sobre la adjudicación y ejecución de contratos de concesión tiene como punto de comienzo de su vigencia el 08.08.2016 y tiene que ver con los contratos, cuyo procedimiento de adjudicación comienza tras el comienzo de vigencia de la ley y no con contratos con procedimientos anteriores.

Mediante este texto tuvo lugar la transposición de la directiva relativa a la concesión. La ley rige a los

¹⁴ Vid. RAIKOS, D., *Derecho de contratación pública*, Atenas – Salónica: Ediciones Sákkoula,, 2017, pág. X (en griego).

¹⁵ TZIKA – CHATZOPOULOU, A., *Construcción de Obras Públicas*, Atenas: Edición Papatiriou, 1994, pág. 511 (en griego).

¹⁶ Vid. KITSOS, J., 2015: 78.

~~contratos de concesión sometidos al campo de aplicación~~
de esta ley, principalmente aquellos que tienen un valor apreciado de al menos 5.225.000 euros, pero también, por lo que se refiere a algunos de sus artículos, los demás. Un ejemplo de aplicación común consiste en el artículo 60 sobre la resolución de los litigios en el estadio de la adjudicación.

La ley, como ya lo ha hecho la ley 3389/2005 sobre la CPP, clarifica que las actividades que según la Constitución pertenecen directamente y exclusivamente al Estado, y sobre todo la defensa nacional, la función policial, la administración de justicia y la ejecución de las penas infligidas por los tribunales, no pueden constituir objeto de concesión. Finalmente, ha introducido una importante novedad (no impuesta por la directiva), dado que algunos casos de CPP pueden incorporarse en la categoría de las concesiones mientras la doctrina ha demostrado que esencialmente el modelo de la CPP en su conjunto constituye esencialmente una variación de la concesión¹⁷. Según el párrafo 5 del artículo 1, en la adjudicación y ejecución de los contratos de concesión de obras y servicios que se materializan como CPP según la ley 3389/2005, se aplican las disposiciones de esta ley y de manera complementaria las disposiciones de la ley sobre la CPP, es decir en la medida que aquellas no son opuestas a las disposiciones de la nueva ley. Por la primera vez en el ordenamiento griego la CPP a objeto recíproco se han formado como concesión, por la legislación, y consecuentemente ha adquirido directamente el fondo de la gran tradición internacional de la concesión. Antes de la adopción de la ley, la doctrina jurídica griega evitaba de incluir la noción de la concesión en aquella de la CPP. El primer caso de aplicación de esta ley en materia de colaboraciones sería

¹⁷ MANIATIS, A., «The concession nature of Public - Private Partnership», *e-JST*, 11 (3), 2016, págs. 23-33.

~~aque~~ de la contratación relativa a los balnearios de Nísiros, isla situada al Sur del Mar Egeo.

III. EL DERECHO DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS AL AGUA

En el marco del derecho internacional de medio ambiente, el agua como bien está examinado a través de la gestión de los recursos hídricos internacionales, con punto principal de referencia la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación¹⁸. Tiene un valor simbólico el hecho de que esta convención marco de 1997, sobre exclusivamente los recursos físicos de agua dulce, ratificada por Grecia a través de la ley 3876/2010, entró en vigor en el año de la adopción de las nuevas directivas sobre la contratación pública. Según el considerando 40 del preámbulo de la directiva sobre las concesiones *«En el sector del agua, las concesiones están sujetas a menudo a mecanismos específicos y complejos que requieren una consideración especial debido a la importancia del agua como bien público de valor fundamental para todos los ciudadanos de la Unión»*.

Por un lado, la legislación de la Unión europea reconoce no meramente el carácter público del bien acuático pero que éste tiene un valor fundamental para los ciudadanos europeos, los cuales consecuentemente tienen el derecho al disfrute del agua. Por otro lado, sería importante hacer una referencia explícita al «derecho al agua» mientras el término «derecho» sigue siendo evitado. Se trata de un derecho de la tercera generación

¹⁸. TZATZAKI, V. – M, *El agua en el derecho internacional público*, Nomiki Vivliothiki, 2012, pág. 61 (en griego).

~~o de solidaridad o de los pueblos. Los derechos de~~
solidaridad parten de problemáticas globales que necesitan de un enfoque transnacional para su concreción (como son los casos de los derechos a un medio ambiente sano, al agua, a la paz, al desarrollo, entre otros)¹⁹.

La Unión europea ha adoptado un texto especializado sobre el agua, la directiva 2000/60/CE, **por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. Esta directiva constituye en la evolución del Derecho de aguas de la Unión, incorporando al acervo comunitario instituciones jurídicas arraigadas entre los españoles (los conceptos de cuenca hidrográfica, organismos de cuenca, planes hidrográficos) y otras novedosas de marcado carácter medioambiental (buen estado del agua, control combinado de la contaminación, principio de recuperación de costes)**²⁰.

Si el legislador de la directiva evita hacer uso del término «derecho al agua», el legislador griego ha preferido un sustituto. En el párrafo 1 del artículo 11 de la ley 3199/2003 para la transposición de la directiva, cita que *«Cada persona jurídica o natural puede utilizar agua o ejecutar obras de valorización de los recursos hídricos para la satisfacción de sus reales necesidades»* pero

¹⁹ PACHOT ZAMBRANA, K. L., «El derecho constitucional al deporte en la doctrina y el derecho comparado», *Cuestiones Constitucionales*, 35, 1, 2016, págs.119-150 (págs. 133-134).

²⁰ FANLO LORAS, A., *La gestión del agua en España: experiencias pasadas, retos futuros*, Universidad de la Rioja, Logrono, 2001, pág. 10.

~~ciertas actividades están sujetas a un régimen de autorización. Por lo que se refiere al ordenamiento español, no cabe el triunfalismo, pues existen objetivos de esta directiva aún no satisfechos debidamente (principio de recuperación de costes, mayor participación ciudadana en la elaboración de los planes...) y subsisten las dificultades para implantar un patrón, con grado de rigidez que ha de tenerse como inevitable, a una realidad absolutamente heterogénea, cosa esta que es predicable de todos los Estados de la Unión²¹.~~

En todo caso, recientemente el agua ha provocado intensas preocupaciones y evoluciones políticas y administrativas en varios países europeos, como es el caso de Italia con el importante referéndum de 2011 sobre el agua público²². Es notable que la capital del mismo país hizo frente a un problema serio de escasez hídrica en verano de 2017²³.

Según el precitado considerando 40 de la directiva relativa a las concesiones, «*Las características especiales de dichos mecanismos justifican exclusiones en el sector del agua ámbito de aplicación de la presente Directiva*». La ley 4413/2017 adopta plenamente la especificación de la previsión del artículo 12 de la

²¹ LÓPEZ MENUDO, F., «Las aguas», *RAP*, 200, 2016, págs. 251-276 (pág. 276).

²² Vid. L. P., «Introduzione», ALGOSTINO, A., CIOTTI, L., MONTANARI, T., PEPINO, L., *Modifiche costituzionali e Italicum Io dico No*, 2016, págs. 7-9, Edizioni Gruppo Abele.

²³ HOROWITZ, J., «City of Ancient Aqueducts May Face Water Rationing», *The New York Times*, Friday, July 28, 2017, pág. A4.

~~directiva, citando que ella no se aplica en los contratos de concesión que adjudicadas a:~~

- a) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable;

- b) el suministro de agua potable a dichas redes.

La ley tampoco se aplica a los contratos de concesión que se refieran a uno de los objetos siguientes o a ambos que estén relacionadas con una de las actividades apenas contempladas:

- a. proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20% del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje o
- b. eliminación o tratamiento de aguas residuales.

Consecuentemente, se pone de manifiesto la esencia central del contenido del derecho al agua, que consiste en el agua potable y no principalmente en otros aspectos del uso del agua, como es la irrigación.

Es obvio que los recursos acuáticos son tan importantes que los países miembros de la Unión europea no están de acuerdo para someterlos a un régimen europeo común sobre los contratos de concesión, provocando crítica de parte de la doctrina²⁴. En todo caso, el agua sigue situándose en un campo excepcional por lo que se

²⁴ BRACONNIER, S., «La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives», *AJDA*, 15, 2014, págs. 832-840 (pág. 840).

~~refiere no solamente a la concesión sino a la contratación pública, dado que existe la precitada directiva 2014/25/UE sobre este caso del ex «sector excluido», regulado como tal por la directiva 2004/17/CE.~~

IV. DISPOSICIONES DE LA LEY 4412/2016 SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Las nociones de la declaración de licitación, de especificaciones técnicas, de selección del contratista, de supervisión, de pagos y de la rendición de cuentas están localizadas por la primera vez en las ciudades democráticas de Grecia antigua, que financiaban las obras y ponían la gestión técnica y económica entera de las obras públicas a la jurisdicción de la Asamblea parlamentaria, que designaba magistrados (como Autoridades) para el seguimiento de las obras, encargados de rendición de cuentas solamente a la Asamblea²⁵.

Grecia tenía un procedimiento de aventura en el caso de la adopción de la directiva sobre la contratación pública. Inicialmente, contaba con la ley 4281/2014, que debería aplicarse desde el 01.03.2015, con la excepción de algunas disposiciones como aquella del artículo 157 sobre las garantías, que comenzó a aplicarse al inicio de la ley, es decir el 08.08.2014. Sin embargo, la ley conoció 4 aplazamientos de su vigencia, hasta el 30.06.2016. El Estado no tenía la voluntad política de proceder a la plena aplicación de una ley que afectaba directamente a sus propios servicios y esencialmente no la aplicó. En realidad, dos años después la reemplazó con otra, la ley 4412/2016 «Contratación pública de obras, suministros y servicios». Esta ley sirve para la

²⁵ RAIKOS, D., 2017: X.

~~transposición de ambas directivas, 24 y 25 de 2014,~~
sobre la contratación pública mientras la ley complementaria precitada 4413/2016 focaliza sobre las concesiones pero hace referencia a algunas disposiciones de esta ley, como aquellas sobre la resolución de litigios del estado de adjudicación, por lo que se refiere a las concesiones.

La ley no se limita en un texto de transposición de la directiva sino incluye también disposiciones del derecho interno que tienen que ver con la ejecución de las obras técnicas y la protección legal en el estadio de adjudicación, introduciendo nuevos órganos como la Autoridad de Examinación de Recursos Prejudiciales, que recibió publicidad negativa muy temprano. Un juez honorario del Consejo de Estado, don Filis Arnaútoğlu, expresó su interés de convertirse en presidente de esta nueva autoridad independiente, que no puso activarse en la fecha prevista del primero de enero de 2017, pero renunció por razones de mala organización del Estado mientras hacía frente a una falta de incentivos materiales²⁶. Es indicativo del fenómeno más amplio de la mala organización que el edificio utilizado por la autoridad había sido vacío por aproximadamente 13 años ya que ningún servicio público querría utilizarlo.

La ley ha desconcertado a la doctrina y a los usuarios con su tamaño inusual, dado que tiene 379 artículos. El primero de sus cinco libros incluye 220 artículos y tiene que ver con la transposición de la directiva 2014/24/UE. El libro II está dedicado a la transposición de la directiva 2014/25/UE, está dedicado a la transposición de la directiva 2014/25/UE, relativa a los «sectores

²⁶ ARNAÚTOĞLU, F., «Las aventuras del presidente de una Autoridad», *I Kathimerini*, Domingo 23 de julio, pág. 4 (en griego).

~~excluidos», cuyas actividades no estuvieron regladas por el derecho comunitario al menos hasta 1990²⁷. El libro III, titulado «gobernación», tiene que ver con los procedimientos y obligaciones de gobernación que se aplican por las autoridades de adjudicación mientras la Autoridad Única Independiente de Contratación Pública desempeña el papel de difundir la información de los controles ejercidos sobre las transgresiones de la legislación y de interpretar la legislación europea sobre la contratación pública a través de directivas generales para ayudar a las autoridades de adjudicación y las empresas.~~

El libro IV rige la protección legal en la estipulación de la contratación pública y el último tiene como título «Disposiciones finales».

La ley se aplica a la entera contratación pública de obras, suministros y servicios, que adjudican todas las autoridades de adjudicación, es decir no solamente a los contratos cuyo valor es superior al límite de aplicación de las directivas de la Unión europea. Existen regulaciones especializadas para la contratación a valor inferior al límite, como es el caso de la adjudicación directa (para contratación a valor hasta 20.000 euros).

La ley mantiene como criterio de adjudicación del contrato el criterio de la oferta económicamente más ventajosa. Con otras palabras, a través de la transposición de las directivas de la Unión europea, el criterio principal para la contratación de las obras

²⁷ARROWSMITH, S., «Chapter 7: EU rules for the utilities sector», ARROWSMITH, S., BORDALO, P., FAUSTINO, HEUNINCKX, B., TREUMER, S., FEJØ, J., *EU Public Procurement Law: An introduction*, 2011, págs. 217 - 247 (pág. 217).

~~públicas es solamente uno. Sin embargo, está consagrada la alternativa prevista por las previas directivas, ya suprimidas, es decir el sistema de la oferta más baja pero, según la terminología nueva introducida por la directiva 2014/24/UE, se llama «oferta económicamente más ventajosa» (desde el punto de vista del poder adjudicador) sobre la base del precio mientras el poder adjudicador es dotado de una facultad discrecional para su opción.~~

V. LA PARTICIPACIÓN A LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

En la Constitución griega se ha incorporado una nueva disposición, el artículo 5A par. 2a, a través de la revisión de 2001. En esta disposición se prevé que «*Cada persona tiene el derecho de participación a la Sociedad de la Información*», es decir por lo que se refiere a la transmisión electrónica de la información²⁸.

Algunos años después, sin que sea adoptada una ley ejecutiva de esta cláusula, la ley 3389/2005 introdujo formalmente el modelo de la CPP por la primera vez en el ordenamiento griego, siguiendo el ejemplo de otros países como Francia²⁹. Según el artículo 17, cada contrato debe citar el modo de ejercicio de la supervisión de la ejecución y operación de la obra y de la prestación del servicio, sea a través de compañías independientes

²⁸ XRYSOGONOS, K., *Derechos Civiles y Sociales*, Nomiki Vivliothiki, 2006, pág. 208 (en griego).

²⁹ Vid. MANIATIS, A., VASILAKOU, A., «French PPP Law and Culture», *Journal of Applied Research Review Online, B Economics, Business, Social Sciences and Education*, XVI, 1, 2017, págs. 14-28.

~~que las partes contratantes contratan en común sea~~ mediante los servicios competentes del sector público. La ley implícita la selección del supervisor por las dos partes en común. Sin embargo, la práctica ha designado una aplicación distinta de ese modelo, dado que cada candidato para el puesto del contratista debe mencionar, durante la licitación, el supervisor propuesto. Por un lado, las empresas que desempeñan el papel del supervisor son compañías habitualmente no griegas de alto nivel. Resulta lógico que éstas no arriesgarían a comprometer su fama para favorecer el contratista.

Por otro lado, no es clara la razón de encargar una empresa privada «independiente» para hacer lo que en todo caso hace, incluso informalmente, el servicio técnico del sector público. Ésta es la diferencia esencial entre una obra técnica pública y otra privada. El maestro de la obra tiene su propio servicio técnico y puede administrar y supervisar la ejecución de la obra mientras el propietario de un proyecto privado normalmente es ajeno al contexto de construcciones. Dado que los contratistas cuentan con una oficina de calidad de la producción, el supervisor parece a una oficina externa de calidad que actúa por cuenta del supervisado.

Estas remarcas valen por lo que se refiere a los contratos del tipo «BOT, Build, Operate and Transfer», que la empresa pública «Sociedad de la Información S.A.» ha estipulado. Se trata del método más utilizado en materia de infraestructuras a dimensiones grandes, como puentes, carreteras, puertos, instalaciones energéticas etc. en el cuadro de la tipología internacional de la CPP³⁰.

³⁰ FABI, F., LOIERO, R., PROFITI, F. S. E., *Il Partenariato Pubblico - Privato nell'ordinamento giuridico nazionale, comunitario ed internazionale*, Dike Giuridica Editrice, 2015, pág. 73.

~~La empresa precitada ha focalizado sobre la prestación de servicios de banda ancha al por mayor, a los prestadores de las telecomunicaciones a través de la valorización de la red que va a desarrollarse en el cuadro de la obra. Están creadas infraestructuras en las regiones «blancas» del entero territorio del país. Tres contratos parecidos ejemplifican el modelo de la CPP, que es en tal caso de naturaleza parcialmente recíproca, dado que a causa de las condiciones que rigen a las regiones - objetivo, un investimento de tal tipo no podría ser plenamente recíproco y rentable en su conjunto.~~

Por esa razón, existe una contribución de la financiación de parte de la autoridad de adjudicación por la Fase A («Build», es decir de construcción), de duración de 24 meses, y no por la Fase B («Operate»), relativa a la función de la operación, de duración de 180 meses.

Cada candidato era obligado a seleccionar una compañía especializada en materia de las infraestructuras de banda ancha, que sería encargada de hacer el control cualitativo y cuantitativo de la materialización de la obra, antes de cada solicitud de pago del contratista, que no es ajeno a ese procedimiento. Ello ha incluido este costo en su oferta y debe ser cubierto en términos de seguro de responsabilidad profesional.

Por lo que se refiere a la relación entre el contratista y el supervisor, no está asegurada la selección de la mejora empresa como supervisora, dado que el comité competente se limita a examinar si el propuesto supervisor cumple los criterios previstos, en base de un procedimiento llamado «on-off». Si esos no están cumplidos, la oferta del candidato correspondiente para la CPP está anulada. Si un candidato propone una empresa que es mejora a las otras propuestas, no adquiere una ventaja, pues carece de motivación. De sobra, por la fase A el contratista a través de su propia

~~participación facultativa está legitimado a aumentar la remuneración del supervisor, como un empleador que ofrece un bono a su empleado. Al contrario, el costo de la remuneración por la Fase B está cubierto únicamente a través de una financiación por la parte contratante privada.~~

Además, dado que los gestores de las redes que van a crearse se convierten en prestadores de redes de servicios electrónicos, están sujetos al régimen legislativo de obligaciones, vigente en materia de este mercado. Se trata de la ley 4010/2012, según la cual la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y Correos tiene una competencia de control, de supervisión y de imposición de sanciones. Esta autoridad administrativa independiente, que no tiene una consagración constitucional contrariamente a tres otras autoridades independientes similares, es competente para realizar auditorías de costos del sistema correspondiente del contratado. Sin embargo, el control no se realiza por la autoridad misma sino por un auditor independiente especializado.

El auditor, que puede ser diferente del supervisor ya mencionado, desempeña un papel muy crucial por la Fase B (no también de la Fase A) de la obra porque ofrece su ayuda a la autoridad independiente en el cumplimiento de sus obligaciones. Está seleccionado por la Comisión precitada, mediante un procedimiento definido y ejercido por ella. Su financiación está realizada solamente por el contratado, dado que en todo caso la financiación de parte del Estado es ajena a la Fase B. El procedimiento de selección es ventajoso en términos del principio de transparencia porque el pago de la remuneración del auditor está fijado de un modo predefinido en la declaración de la licitación. En todo caso, no existe una suficiente razón de interés público para la externalización de los servicios de control de

~~parte del Estado, sin hablar de la particularidad de la novedad institucional que consiste en una autoridad administrativa independiente especializada.~~

VI. A MODO DE CONCLUSIONES

El derecho fundamental al agua es relativamente marginal pese a su importancia no solamente para la vida sino para otros derechos³¹. En todo caso, el derecho comparable al transporte ha emergido a través de la existencia de ramas especiales de derecho como aquella del derecho marítimo³². El derecho hidráulico está fortalecido por la directiva marco 2000/60/UE que se desarrolla sobre los tres ejes siguientes: sostenibilidad ambiental, racionalidad económica y transparencia social³³. Sin embargo, la marginalización del estatuto acuático es obvia en el ordenamiento europeo, ejemplificada por la exclusión de la aplicación de la directiva 2014/23/UE. Es notable que Grecia, como los otros países europeos, debería abstenerse de adoptar la exclusión del sector del agua del campo de la transposición de esta directiva dado que no estaba obligada a adoptar la exclusión. El derecho al agua debe

³¹ GAZZANIGA, J.-L., LARROUY-CASTÉRA, X., MARC, PH., OURLIAC, J.-P., *Le droit de l'eau*, LexisNexis Litec, 2011, pág. 6.

³² HESSE, PH. – J, 02. «Rappel historique sur les droits maritimes», J-P. BEURIER (dir.), *Droits maritimes*, 2014, págs. 21-67 (págs. 66-67), Dalloz.

³³ Vid. LÓPEZ MENUDO, 2016: 275.

~~consagrarse de manera explícita y simple, exenta de prejuicios y distorsiones.~~

En el derecho de la Unión europea, la concesión se ha concebido como un tipo particular de la contratación pública, aparte de la metodología de las autorizaciones hacia empresas privadas, en forma de actos unilaterales. La aproximación a la concesión es indicativa de un estatuto «aristocrático», dado que el modelo de concesión se desarrolla como contratación pública número I, e incluso privilegiada en detrimento de la llamada «contratación pública».

En todo caso, las nuevas directivas quieren permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles³⁴. En ese sentido se asemejan a la nueva política europea en materia de turismo que se pretende implantar tras la aprobación del Tratado de Lisboa³⁵.

³⁴. MORENO MOLINA, J. A., *La inclusión de las personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo internacional, europeo, estatal y autonómico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pág. 189.

³⁵ VILLANUEVA CUEVAS, A., *La política de la Unión Europea en materia de turismo y sus repercusiones en la Legislación Turística Española*, Madrid: Reus, 2012, pág. 108.

Por lo que se refiere a la CPP, se trata de una versión de contratación particularmente interesante³⁶. Por ejemplo, éste es el caso del ordenamiento griego, en materia de la consagración de derechos originales del contratista, según la experiencia del derecho europeo comparado. No sería normal rechazar de manera absoluta la innovación de estos derechos que podrían considerarse como privilegios particulares (no previstos por una ley formal). Este elemento moderno del marco normativo de la contratación pública no solamente ejemplifica la particularidad del régimen de la CPP frente al derecho común de la contratación pública sino en principio está ratificado por la práctica, dado que no existen problemas obvios, relativos al ejercicio de las funciones de los supervisores. Sin embargo, sería posible reconsiderar el modo de selección del contratista dado que el sistema usado, llamado «on-off», deja por desear. De sobra, sería oportuno que la CPP se transforme en un mecanismo estatal de promoción sistemática, si no prioritaria, de los derechos fundamentales de la cuarta generación. En este sentido, la doctrina ha señalado que el contrato público no es sólo un medio jurídico para que la Administración cubra «sus» necesidades³⁷. Se lleva a cabo para satisfacer las necesidades de los ciudadanos; para la más eficiente realización del interés general.

Además, la estipulación de contratos de CPP a objeto (por lo menos parcialmente) recíproco constituye un hecho positivo. Habitualmente, la CPP está dedicada a los objetos no recíprocos a nivel internacional, sin que

³⁶ Vid. BRACONNIER, S., «Le futur régime des partenariats public - privé : rupture et clarifications», RDP, 3, 2015, págs. 595-603 (págs. 595-596).

³⁷ MEILÁN GIL, J. L., 2015: 73.

~~esta práctica sea impuesta por una norma jurídica³⁸.~~
Resulta una complementariedad informal de este modelo frente a los contratos de concesión. En todo caso, ambos tipos de contratación están sometidos a la regla (non-jurídica) de 50%, adoptada por Eurostat y el Banco Europeo de Inversión³⁹.

Finalmente, se ha puesto de manifiesto la oportunidad de interrumpir la tendencia de proliferación de las autoridades independientes administrativas, que no desempeñan ellas mismas incluso algunas funciones inherentes a su misión, como la auditoría del costo de los sistemas de los contratistas. Por ejemplo, la misión de la Autoridad de Examinación de Recursos Prejudiciales podría atribuirse a la Autoridad Única Independiente de Contratación Pública, cuya creación ha sido una evolución importante⁴⁰.

³⁸ MANIATIS, A., 2016: 29.

³⁹ MANIATIS, A., EVANGELATOU, K., MANOLIADIS, O., «An assessment of the French Public - Private Partnership Law», *e-JST*, 11 (4), 2016, págs. 11-20 (pág. 13).

⁴⁰ Vid. KITSOS, J., 2014: 3.