

Comentario a la STC 68/2021: neutralidad y supletoriedad en la transposición de las directivas de contratos públicos

Eduardo Caruz Arcos

*Profesor Asociado de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla
Consejero. Cuatrecasas*

Resumen: *Se analizan varios de los aspectos principales de la Sentencia, de 18 de marzo de 2021, del Pleno del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso de inconstitucionalidad formulado por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón contra numerosos preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En concreto, se exponen los motivos de impugnación y se resumen los razonamientos de la resolución del Tribunal Constitucional referidos a tres de los cuatro motivos principales de impugnación conforme a la sistemática propuesta en la Sentencia.*

Palabras clave: Ley de Contratos del Sector Público, Sentencia del Tribunal Constitucional, principio de neutralidad en la transposición del Derecho comunitario, carácter foral de la Comunidad Autónoma de Aragón y Derecho estatal supletorio.

I. Introducción

Contra la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español, las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/12/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, «LCSP»), se formularon dos recursos de inconstitucionalidad. El primero se interpuso por más de cincuenta diputados del Grupo parlamentario de Unidos Podemos-En Común y Podem En Marea en relación con las contraprestaciones que deben abonar los usuarios de los servicios públicos cuando son prestados en régimen de derecho privado por concesionarios o mediante personificación privada.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2019, de 9 de mayo (1), desestima el recurso y declara la constitucionalidad de las denominadas «tarifas» consideradas como «prestaciones patrimoniales públicas de carácter no tributario», reguladas en el artículo 289.2, la disposición adicional cuadragésima tercera y las disposiciones finales novena, undécima y duodécima de la LCSP.

La Sentencia 68/2021, de 18 de marzo, del Pleno del Tribunal Constitucional (2) (en adelante, también, «la Sentencia», «la Sentencia del Tribunal Constitucional» o «la Sentencia 68/2021») resuelve el segundo recurso de inconstitucionalidad

formulado contra la LCSP por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón. En este segundo recurso se impugnan, en total, más de ciento veinte artículos y disposiciones de la LCSP.

Considerando el elevado número de preceptos de la LCSP recurridos y los diferentes motivos de impugnación, en el Fundamento Jurídico 2 (en adelante, «FJ» y «FFJJ») de la Sentencia se propone una sistemática para su adecuada resolución conforme al siguiente esquema de contenidos: (i) la vulneración del principio de neutralidad en la transposición del Derecho comunitario (FJ 3); (ii) el no reconocimiento del carácter foral de la Comunidad Autónoma de Aragón (FJ 4); (iii) la vulneración del orden competencial en materia de contratación pública, y, señaladamente, si las normas básicas estatales, por su detalle y exhaustividad, dejan prácticamente sin contenido la potestad normativa autonómica para su desarrollo, así como su potestad de autoorganización (FFJJ 5 a 8); y (iv) si los artículos 41.3, 44.6 y 128 de la LCSP se han dictado como disposiciones de carácter supletorio, vulnerando la doctrina constitucional conforme a la cual la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal (artículo 149.3 de la Constitución Española —«CE»—) no es un título de atribución de competencias al Estado (FJ 9).

El objeto principal del recurso de inconstitucionalidad es determinar si numerosos preceptos de la LCSP tienen carácter básico (FFJJ 5 a 8). Este es el motivo central de la impugnación que será objeto de análisis pormenorizado, por su extensión y complejidad, en la segunda parte del presente comentario jurisprudencial. En consecuencia, en la primera parte del comentario se analizarán el resto de cuestiones siguiendo el orden propuesto por el Tribunal Constitucional.

El Gobierno de Aragón considera que las disposiciones de la LCSP impugnadas (3) vulneran los artículos 9.3, 136.4, 149.1.18, 149.1.8, 148.1.3 y la disposición adicional primera de la CE y 1, 71, 75, 93.2 y disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril por la que se aprueba la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (en adelante, «EAA») y las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/12/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, «las Directivas»).

Antes de comenzar con el análisis de los tres motivos de impugnación que centrarán la primera parte del presente comentario, debe advertirse que el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la constitucionalidad de los artículos 86.3, 213, 221, 226, 250.1.b, 312, 336.1 y el apartado 7 de la disposición adicional segunda de la LCSP, al considerar que la fundamentación de la impugnación es insuficiente, pues la parte recurrente no «expone argumento alguno que cuestione su constitucionalidad», sin que la «mera reproducción de algunos fragmentos de sentencias» pueda considerarse «suficiente para levantar la carga del recurrente» conforme a la doctrina contenida, entre otras, en las Sentencias núm. 11/1981 (FJ 3), 132/1989, 237/2007 (FJ 3), 22/2012 (FJ 2.b) y 87/2017 (FJ 2).

II. La LCSP no vulnera el principio de neutralidad en la transposición del derecho de la unión europea

En el FJ 3 de la Sentencia se analiza si la regulación contenida en la disposición final primera (apartados 1, 3 y 4), en el artículo 2.3, así como la disposición final quinta de la LCSP vulnera la distribución de competencias por «corresponder a la comunidad autónoma aplicar y desarrollar el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias (art. 93.2 EAA), que comprenden el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de contratación administrativa (art. 75.11 y 12 EAA)».

La Sentencia 68/2021 resume la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la cuestión en los siguientes términos (FJ 3.B):

«(...) el Derecho comunitario no es en sí mismo canon o parámetro directo de constitucionalidad en los procesos constitucionales» [SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12, y 99/2012, de 8 de mayo, FJ 2 b)]. Las normas del Derecho de la Unión Europea, originario o derivado, carecen «de rango y fuerza constitucionales» [SSTC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3 a), y 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 4] y el orden competencial establecido por la Constitución «no resulta alterado ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias» (SSTC 21/1999, de 25 de febrero, FJ 1, y 96/2002, de 25 de abril, FJ 10)» (STC 165/2016, de 6 de octubre, FJ 6). En conclusión, la ejecución del Derecho europeo «corresponde a quien materialmente ostenta la competencia según las reglas de Derecho interno, puesto que "no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario" (SSTC 236/1991 y 79/1992)» (STC 141/1993, FJ 2).

De acuerdo con la doctrina expuesta, el presente conflicto competencial habrá de ser resuelto exclusivamente conforme a las reglas de Derecho interno. El hecho de que las directivas europeas sean de obligado cumplimiento por la totalidad de las autoridades de los Estados miembros y que incluso puedan tener un «efecto directo», no significa, como ya ha declarado el Tribunal, «que las normas estatales que las adaptan a nuestro ordenamiento deban ser consideradas necesariamente básicas»; e igualmente, si su trasposición exige, en ciertos casos,

establecer normas internas con un contenido mínimo uniforme para el conjunto del territorio estatal, será al Estado al que le corresponda efectuar esta regulación «mediante normas de carácter básico en la medida en que así lo permitan la Constitución y los Estatutos de Autonomía» (STC 141/1993, FJ 2). Del mismo modo, si la Unión Europea establece una legislación que sustituya a la normativa básica del Estado, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional (STC 148/1998, de 2 de julio, FJ 4), «no existe razón alguna para objetar que la comunidad autónoma ejecute el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias [...] y, en consecuencia, tampoco, en principio, para que pueda adoptar, cuando ello sea posible, legislación de desarrollo a partir de una legislación europea que sustituya a la normativa básica del Estado en una materia», salvaguardando, en todo caso, la competencia básica del Estado «que no resulta desplazada ni eliminada por la normativa europea, de modo que el Estado puede dictar futuras normas básicas en el ejercicio de una competencia constitucionalmente reservada, pues [...] la sustitución de unas bases por el Derecho europeo no modifica constitutivamente la competencia constitucional estatal de emanación de bases» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 123)».

A partir del razonamiento citado, el Tribunal Constitucional se remite al análisis sobre el carácter básico o no de los preceptos impugnados, aunque haciendo constar, por un lado, que la disposición adicional primera de la LCSP «cumple escrupulosamente con la exigencia formal de la definición de lo básico», y, por otro, que «También procede desestimar la impugnación de la disposición final quinta, pues esta se limita a declarar que mediante la LCSP se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico interno las directivas europeas en materia de contratación, pero sin prejuzgar o cuestionar que la ejecución del Derecho europeo corresponde, en todo caso, a quien materialmente ostente la competencia según las reglas del Derecho interno».

En consecuencia, el Tribunal Constitucional no considera que la transposición de las Directivas por la LCSP haya vulnerado el orden constitucional de distribución de competencias en materia de contratación pública, ni, por tanto, que ello impida que la Comunidad Autónoma recurrente pueda, en ejercicio de sus competencias propias en materia de desarrollo normativo de la legislación básica estatal y autoorganización, transponer el Derecho de la Unión Europea.

III. La LCSP no estaba obligada a reconocer el carácter foral de la Comunidad Autónoma de Aragón

La parte recurrente censura que la LCSP no incluya una disposición relativa al régimen foral de la Comunidad Autónoma de Aragón, como sí hace respecto del Derecho foral de la Comunidad Foral de Navarra y la Comunidad Autónoma del País Vasco (disposiciones finales segunda y tercera).

El Tribunal Constitucional recuerda en el FJ 4 de la Sentencia su doctrina sobre el significado y alcance de la disposición adicional primera de la CE y, en particular, que no es posible «extender los derechos reconocidos a los territorios históricos por la citada disposición adicional primera a la Comunidad Autónoma de Aragón» (SSTC 158/2019, 118/2016 y 110/2016).

Conforme a la doctrina invocada, «la pretensión de que la LCSP impide a la Comunidad Autónoma de Aragón actualizar sus derechos históricos en materia de contratación no encuentra amparo en la disposición adicional primera de la CE y tampoco puede hallar cobertura en otras disposiciones del bloque de la constitucionalidad como la disposición adicional tercera del EAA, como alega la parte recurrente. Esto es así porque «cualquiera que sea el significado de esta última disposición, en la medida en que proclama que la «aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente estatuto no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia», en términos jurídico-constitucionales, esta formulación no habilita al legislador aragonés para llevar a cabo una actualización de derechos históricos que ni está incluida en el ámbito de aplicación de la disposición adicional primera CE, ni está recogida en los contenidos dispositivos del Estatuto de Autonomía de Aragón, ni podría estarlo, atendiendo a la citada doctrina constitucional» (STC 158/2019, FJ 4).»

Por tanto, no se vulnera la disposición adicional primera de la CE, por el hecho de que la LCSP no prevea que sus disposiciones se dictan sin perjuicio de lo establecido en las normas forales de la Comunidad Autónoma de Aragón.

IV. El art. 46.4 LCSP es inconstitucional al aprobarse como norma supletoria. la interpretación del art. 41.3 LCSP conforme a la CE

La Sentencia 68/2021 analiza en el FJ 9 la impugnación de los artículos 41.3, 46.4 y 128.2 de la LCSP que la parte recurrente califica como normas «supletorias».

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 de la CE no es un título competencial que habilite al Estado para dictar disposiciones sobre materias de las que carece de competencia conforme al bloque de la constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional sostuvo en la Sentencia 118/1996, de 27 de junio (FJ 6), que «para que el Estado pueda dictar normas jurídicas que regulen una materia determinada, no basta con que ostente un título que le atribuya cualesquiera competencias en esa materia, sino que debe poder invocar aquel título específico que le habilite en concreto para establecer la reglamentación de que se trate, sin que, como correctamente se afirmaba en la STC 147/1991 [...], pueda invocar como tal la cláusula de supletoriedad [...]. Por lo tanto, tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas [como en contratación administrativa] puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuyen y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las Comunidades Autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, pues tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la de supletoriedad que, por no ser título competencial, no puede dársele, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias».

Expresado en otros términos, «la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del derecho» (STC 118/1996, FJ 8).

La Sentencia considera que los artículos 41.3 y 128.2 de la LCSP no son preceptos dictados por el Estado como legislación supletoria al amparo del artículo 149.3 de la CE.

En relación con el artículo 41.3 de la LCSP, que regula el órgano competente para resolver la revisión de oficio en materia de contratación pública, el precepto dispone, como regla general, que serán las Comunidades Autónomas, conforme a sus «normas respectivas», las que establecerán cuál es el órgano competente conforme a su potestad de autoorganización. Sin perjuicio de lo que establezca la normativa comunitaria, el precepto analizado establece unos criterios para determinar los órganos competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a los que se refiere el artículo 41 de la LCSP (i) «el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando esta no tenga el carácter de Administración Pública»; (ii) «si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria»; (iii) «en el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, presidente o director de la entidad que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando esta no tenga el carácter de Administración Pública»; y (iv) «en el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la subvención primeramente concedida».

Por otra parte, el artículo 41.3 de la LCSP establece una regla común que condiciona la elección del órgano competente, y es que «en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa».

Pues bien, el Tribunal Constitucional considera que este precepto no constituye una norma meramente supletoria, pues «debe interpretarse en el sentido de que la única previsión de carácter básico y común para el conjunto de las Administraciones Públicas es el inciso que exige «atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa». Este precepto debe estimarse como dictado al amparo del título competencial del Estado en materia de régimen básico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18ª CE), que condiciona la potestad de organización autonómica dada la singular naturaleza de la institución de la revisión de oficio. La cláusula «sin perjuicio» permite entender que los restantes criterios para determinar el órgano competente —inciso final del párrafo primero y el párrafo segundo—, no tienen carácter básico y son aplicables únicamente a la Administración General del Estado.

Como puede apreciarse, la Sentencia salva la constitucionalidad del precepto realizando una exégesis o interpretación conforme a la Constitución.

El artículo 128.2 de la LCSP regula, en la fase de preparación de los contratos, los informe de pruebas, certificación y otros medios de prueba exigibles por los órganos de contratación. En el apartado segundo se indica que «Supletoriamente los órganos de contratación deberán aceptar otros medios de prueba adecuados que no sean los contemplados en el apartado primero, como un informe técnico del fabricante, cuando el empresario de que se trate no tenga acceso a dichos certificados o informes de pruebas ni la posibilidad de obtenerlos en los plazos fijados, siempre que la falta de acceso no sea por causa imputable al mismo y que este sirva para demostrar que las obras, suministros o servicios que proporcionará cumplen con las prescripciones técnicas, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato, según el caso».

Como bien apunta la Sentencia, «No estamos ante un supuesto de aplicación supletoria de la norma estatal a las comunidades autónomas. De una lectura conjunta del precepto se deduce que en él se establece un mínimo común en el ámbito

de los medios probatorios. Por una parte, determina los medios de prueba que los órganos de contratación pueden exigir a los operadores económicos con carácter general —informe de pruebas o certificados— (apdo. 1); y, por otra parte, prevé que se pueda recurrir a otros medios de prueba, cuando el acceso a los anteriores sea imposible por causas no imputables a los empresarios (apdo. 2). Ambas reglas no pretenden otra cosa que garantizar la igualdad de los licitadores y su tratamiento común por parte de las Administraciones en la fase de preparación del contrato [SSTC 141/1993, FJ 5]. Estamos, por tanto, ante una norma materialmente básica, por lo que se ha de desestimar la impugnación».

En cambio, el Tribunal Constitucional sí estima el recurso de inconstitucionalidad en relación con el apartado segundo del artículo 46.4 de la LCSP, que declara inconstitucional y nulo.

El párrafo primero del artículo 46.4 de la LCSP regula el órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación de los entes locales, disponiendo que, a tales efectos, «la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando estas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación».

Por su parte, el párrafo segundo del precepto citado establece: «En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente, la competencia para resolver los recursos corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito».

El razonamiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional para apreciar la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 46.4 de la LCSP es el siguiente (FJ 9.C): «Estamos ante un supuesto en el que el legislador estatal dispone la aplicabilidad supletoria de sus normas a las comunidades autónomas; así lo reconoce la propia Abogacía del Estado que justifica esta previsión estatal en la necesidad de evitar que quede sin efecto útil el recurso especial de contratación ante una supuesta pasividad autonómica. Solo es constitucionalmente legítimo que el legislador estatal prevea la aplicación de sus normas a las comunidades autónomas allí donde se halla habilitado por un título competencial específico que le permita disponer tal cosa. Como el Tribunal ha declarado, la cláusula de supletoriedad no permite que el derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia; el Estado no puede, excediendo el tenor de su título competencial en materia de contratación pública y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las comunidades autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias (STC 118/1996, FFJJ 6 y 8). Por consiguiente, al proceder, en el párrafo segundo del art. 46.4 LCSP del modo descrito, se ha vulnerado tanto la configuración constitucional de la supletoriedad (art. 149.3 CE) como, de resultas, el orden constitucional de competencias».

Se comparte el posicionamiento de la Sentencia en este extremo, por cuanto no existe título competencial estatal para regular esta materia.

Como bien apunta el Tribunal Constitucional, no es una razón jurídica atendible para que el Estado legisle con carácter supletorio, que la falta de regulación por las Comunidades Autónomas pueda privar de efecto útil al recurso especial en materia de contratación.

Tras la declaración de nulidad del artículo 46.4 segundo párrafo de la LCSP, en aquellas comunidades autónomas que no contengan una previsión expresa sobre quien ostenta la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación de las Corporaciones Locales, puede producirse la situación que el legislador estatal trató de evitar con la introducción de la disposición anulada.

No obstante lo anterior, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 46.4 de la LCSP, tanto los Ayuntamientos de municipios de gran población como las Diputaciones Provinciales podrán crear (como así ha acontecido en numerosos supuestos) un órgano especializado y funcionalmente independiente que ostentará la competencia para resolver los recursos especiales. Asimismo, el resto de Ayuntamientos podrán, en su caso, atribuir la competencia para resolverlos al órgano creado por la Diputación de la provincia a la que pertenezcan.

V. Conclusiones

La Sentencia del Tribunal Constitucional (FJ 9) declara inconstitucional y nulo el párrafo segundo del artículo 46.4 de la LCSP por tratarse de una norma dictada como Derecho supletorio estatal.

Asimismo, el Tribunal Constitucional declara (FJ 9) que el artículo 41.3 de la LCSP es conforme con el orden constitucional de competencias, siempre que se interprete en los términos establecidos en el FJ 9.B.

Por otra parte, la Sentencia 68/2021 considera que la LCSP no vulnera la distribución de competencias porque en la disposición adicional quinta se indique que mediante la misma se incorpora al ordenamiento jurídico español las Directivas, a excepción de los procedimientos de contratación de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales,

sin perjuicio de que los preceptos de la LCSP impugnados puedan calificarse como básicos y no invadir el ámbito competencial de las comunidades autónomas (cuestión analizada en los FFJJ 5 a 8 y objeto de análisis en un próximo comentario).

Finalmente, la LCSP no estaba obligada a reconocer el carácter foral de la Comunidad Autónoma de Aragón conforme a lo establecido en la disposición adicional primera de la CE.

NOTAS

- (1) ECLI:ES:TC:2019:63.
[Ver Texto](#)
- (2) ECLI:ES:TC:2021:68. La Sentencia se ha dictado por unanimidad y su ponencia correspondió al magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos.
[Ver Texto](#)
- (3) La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON) ha publicado, en abril de 2021, un extenso análisis de la Sentencia que incluye varios anexos con cuadros de las disposiciones impugnadas y el resultado del recurso.
[Ver Texto](#)