

**DIRECTRIZ Nº 1/2021, DE LA DIRECCIÓN DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS, SOBRE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA Nº 68/2021, DE 18 DE MARZO DE 2021, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DICTADA EN EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD Nº 4261/2018, INTERPUESTO CONTRA DETERMINADOS PRECEPTOS DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.**

Se interpuso un recurso de inconstitucionalidad, tramitado con el número 4.261/2018, contra determinados preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Como consecuencia de este recurso el Tribunal Constitucional, en su Sentencia nº 68/2021, de 18 de marzo de 2021, ha declarado que determinados preceptos de la Ley 9/2017 son:

- inconstitucionales y nulos.
- contrarios al orden constitucional de competencias, no conllevando en este caso su nulidad.
- igualmente, en relación a otros preceptos, ha precisado que son conformes con el orden constitucional de competencias siempre y cuando se interpreten en determinado sentido.

Según el artículo 164.1 de la Constitución Española, *“las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos”*.

La Sentencia nº 68/2021 se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 97, del 23 de abril de 2021.

Teniendo en cuenta la trascendencia que tiene el fallo de la referida Sentencia del Tribunal Constitucional en la Ley 9/2017, resulta conveniente analizar cómo se han visto afectados los distintos preceptos de esta norma legal.

Igualmente, debe estudiarse las posibles consecuencias que este fallo puede tener en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León, partiendo de que, en el ejercicio de la competencia de organización, régimen y funcionamiento, prevista en el artículo 70.1.1º de su Estatuto de Autonomía, y de acuerdo con la legislación del Estado, corresponde a la Comunidad, entre otras materias, la regulación de los contratos y concesiones administrativas en su ámbito (artículo 32.3 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León).

A estos efectos debe tenerse en cuenta que la supletoriedad del derecho estatal respecto del derecho de las Comunidades Autónomas viene prevista en el último inciso del artículo 149.3 de la Constitución Española. Este precepto ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido de que *“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”* (entre otras, STC 118/1996).

Para efectuar este análisis se considera oportuno partir de la sistemática utilizada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia.

Por todo lo expuesto, en virtud de lo establecido en el artículo 16.1 de la Ley 6/2003, de 3 de abril, reguladora de la asistencia jurídica a la Comunidad de Castilla y León, y visto el estudio realizado por el Grupo de Trabajo en materia de contratación pública de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Castilla y León, se aprueba esta Directriz de la Dirección de los Servicios Jurídicos, sobre los efectos de la Sentencia nº 68/2021, de 18 de marzo de 2021, del Tribunal Constitucional, dictada en el recurso de inconstitucionalidad nº 4261/2018, contra determinados preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

#### **A) Preceptos declarados inconstitucionales y nulos.**

- El segundo párrafo del artículo 46.4.

El artículo 46 regula el órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación en las Comunidades Autónomas y en las Entidades Locales. El apartado 4 de este precepto dispone, en su párrafo primero, que *“en lo relativo a la contratación en el ámbito de las Corporaciones Locales, 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”*. No obstante, en su párrafo segundo prevé que *“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”*.

Tal y como advierte el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 9.C de la Sentencia, estamos ante un supuesto en el que el legislador estatal dispone la aplicabilidad supletoria de sus normas a las comunidades autónomas, concluyendo el Tribunal lo siguiente:

*“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 ha de declarar inconstitucional y, por consiguiente, nulo, el párrafo segundo del art. 46.4 LCSP.”*

En el ámbito de la Comunidad de Castilla y León, el Título III de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, crea el

Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León como órgano administrativo en materia de recursos contractuales de Castilla y León. Pues bien, el artículo 62, párrafo tercero, de esta Ley prevé que “*el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León ejercerá sus competencias en el ámbito de los órganos, entes, organismos y entidades que tienen la consideración de poder adjudicador que se integran en la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y en las Entidades Locales de su ámbito territorial*”. Así, se observa que la legislación de la Comunidad de Castilla y León regula de forma expresa cuál es el órgano competente para resolver los recursos especiales en materia de contratación que se interpongan en el ámbito de las corporaciones locales de Castilla y León.

- El siguiente inciso del artículo 80.2: “que serán eficaces, únicamente, a efectos de contratar con la Comunidad Autónoma que las haya adoptado, con las Entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los entes, organismos y entidades del sector público dependiente de una y otras”.

El artículo 80 regula los acuerdos o decisiones de clasificación y en concreto los aspectos relativos a la competencia, eficacia, recurso y clasificaciones divergentes.

El apartado 2 de este precepto, en su párrafo primero, dispone que “*Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán adoptar decisiones sobre clasificación de las empresas que serán eficaces, únicamente, a efectos de contratar con la Comunidad Autónoma que las haya adoptado, con las Entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los entes, organismos y entidades del sector público dependientes de una y otras. En la adopción de estos acuerdos, deberán respetarse, en todo caso, las reglas y criterios establecidos en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo*”

La Sentencia del Tribunal Constitucional, en su fundamento jurídico 6.G.f, señala que:

*“esta regulación puede producir efectos diferenciados sobre los distintos licitadores que pueden actuar en los procedimientos de selección de contratistas al impedir que un licitador clasificado en una comunidad autónoma pueda utilizar esa clasificación en otras comunidades, pese a que la normativa aplicada es en buena medida la misma en todo el territorio estatal. Esta previsión puede colocar en una posición de ventaja competitiva a los licitadores locales de una comunidad autónoma, que normalmente contarán con la clasificación de su comunidad, frente a los licitadores que provengan de fuera, que se verán obligados a solicitar una nueva clasificación para poder concurrir”.*

Por ello, no habiendo justificado el Estado que esta limitación responde a una finalidad constitucionalmente legítima, el Tribunal Constitucional considera que el inciso reproducido no es conforme al artículo 139.2 de la CE y por lo tanto declara su inconstitucionalidad y nulidad.

En cuanto a la parte subsistente del art. 80.2 “ha de interpretarse... en el sentido de que la decisión de clasificación de una comunidad autónoma puede hacerse

valer en los procedimientos de contratación de cualesquiera administraciones públicas”.

- El inciso “de forma exclusiva y excluyente” del párrafo 5 del artículo 347.3. El párrafo 5 de este precepto señala que:

*“Los órganos de contratación de las Administraciones locales, así como los de sus entidades vinculadas o dependientes podrán optar, de forma excluyente y exclusiva, bien por alojar la publicación de sus perfiles de contratante en el servicio de información que a tal efecto estableciera la Comunidad Autónoma de su ámbito territorial, o bien por alojarlos en la Plataforma de Contratación del Sector Público”.*

Según el fundamento jurídico 8.D de la Sentencia, esta previsión tiene por objeto garantizar los principios de transparencia y publicidad de los anuncios de licitación, de tal forma que lo básico es “la exigencia de la publicación por parte de los entes locales de sus perfiles en una plataforma de contratación”, y esta exigencia se satisface con la publicación en cualquiera de estas plataformas, en la estatal o en la autonómica o en ambas. Lo que no puede considerarse básico es la exigencia de que la opción sea “de forma exclusiva y excluyente”, por ello concluye que este inciso es contrario al orden constitucional de competencias. Esta declaración implica su nulidad, ya que los destinatarios del precepto son los órganos de contratación de las Administraciones locales y a ellos corresponde realizar la opción de forma no condicionada.

#### **B) Preceptos que no son conformes con el orden constitucional de competencias.**

- Los incisos “de diez días”, “de dos días hábiles” y “cinco días hábiles” del artículo 52.3.

El artículo 52 de la LCSP regula, en los apartados 1 y 2, el acceso al expediente de forma previa a la interposición del recurso especial en materia de contratación, indicando el apartado 3 lo siguiente:

*“3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente”.*

El Tribunal Constitucional considera, en el fundamento jurídico 6.E.c) de la Sentencia, que los trámites regulados en este apartado tienen como objeto salvaguardar las garantías de publicidad y transparencia, así como la de igualdad en el acceso al recurso, asegurando un tratamiento común para todos los

operadores por parte de todas las administraciones públicas (STC 141/1993, FJ 5, entre otras), y por ello se encuentra amparada tanto en las competencias del Estado en materia de procedimiento administrativo que le atribuye el art. 149.1.18ª, como en las que le atribuye este mismo precepto constitucional para establecer la legislación básica en materia de contratos administrativos. No obstante, no ocurre lo mismo con respecto a la regulación de los concretos plazos, *“la cual tiene un carácter accesorio o complementario, de naturaleza procedimental, y solo de forma indirecta guarda conexión con los principios básicos de transparencia, publicidad e igualdad. En la medida en que las prescripciones relativas a los plazos pueden ser sustituidas por otras elaboradas por las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias (STC 141/1993, FFJJ 5 y 6), no tienen carácter básico y deben, por ello, declararse contrarios al orden constitucional de competencias los incisos “de diez días”, “de dos días hábiles” y “cinco días hábiles” del art. 52.3 LCSP. En este caso la declaración de la invasión competencial no conlleva la nulidad, habida cuenta de que los incisos se aplican en el ámbito de la contratación del sector público estatal y esto no ha sido objeto de controversia en el presente proceso [SSTC 50/1999, de 6 de abril, FFJJ 7 y 8; 55/2018, de 24 de mayo, FFJJ 7 b) y c)]”*.

Así, de conformidad con este pronunciamiento, la Comunidad de Castilla y León, en el ejercicio de sus competencias, podría legislar sobre estos concretos plazos. No obstante, no existiendo actualmente regulación alguna sobre este extremo, los operadores jurídicos deberán aplicar supletoriamente estos plazos para colmar la laguna jurídica detectada.

- El inciso “con una antelación mínima de cinco días” del artículo 242.3.

El artículo 242 regula la modificación de los contratos de obras, disponiendo su apartado 3 que *“cuando la modificación contemple unidades de obra que hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas, antes de efectuar la medición parcial de las mismas, deberá comunicarse a la Intervención de la Administración correspondiente, con una antelación mínima de cinco días, para que, si lo considera oportuno, pueda acudir a dicho acto en sus funciones de comprobación material de la inversión, y ello, sin perjuicio de, una vez terminadas las obras, efectuar la recepción, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 243, en relación con el apartado 2 del artículo 210”*.

Si bien el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 7.C.e), considera que este precepto tiene la *“finalidad de garantizar la transparencia y libre concurrencia en el complejo ámbito de las modificaciones de obras”*, dejando *“incólumes las competencias autonómicas”*, no ocurre lo mismo con el plazo mínimo de cinco días de antelación. Este *“tiene un carácter accesorio o complementario y solo de forma indirecta guarda conexión con los principios básicos de transparencia y libre competencia”* de tal forma que *“puede ser sustituida por otra elaborada por la comunidad autónoma en el ámbito de sus competencias (STC 141/1993, FFJJ 5 y 6)”*. Por ello, debe declararse contrario al orden constitucional de competencia el inciso “con una antelación mínima de cinco días” del art. 242.3 LCSP. Esta declaración no implica su nulidad, puesto que solamente será aplicable a los contratos suscritos por la Administración General del Estado y las entidades a ella vinculadas [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8; 55/2018, FFJJ 7 b) y c)]”

Así, puede afirmarse que la Comunidad de Castilla y León, en el ejercicio de sus competencias, podría establecer un plazo de antelación mínimo para comunicar a la Intervención de la Administración Autonómica los supuestos en los que la modificación del contrato de obras contemple unidades que hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas. No obstante, no existiendo actualmente norma o disposición general alguna en el ámbito autonómico sobre este extremo, los operadores jurídicos deberán aplicar supletoriamente este plazo para colmar la laguna jurídica detectada.

**C) Preceptos que son conformes con el orden constitucional de competencias siempre que se interpreten en los términos establecidos en el correspondiente fundamento jurídico.**

- El artículo 41.3.

El artículo 41 regula la revisión de oficio en materia de contratación pública, estableciendo en el apartado 3 lo siguiente:

*“3. Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a que se refieren los apartados anteriores 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. En este último caso, 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.*

*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. 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”.*

En el fundamento jurídico 9.B de la sentencia, el Tribunal Constitucional considera que este precepto 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”, que debe estimarse 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.

Partiendo de esta interpretación debemos analizar, en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León, dónde se regula la competencia para declarar la nulidad o lesividad de los actos administrativos, específicamente en materia de preparación y adjudicación de contratos públicos, o en su defecto con carácter general. Y, de existir esta regulación, debe verificarse si la misma respeta o no la exigencia introducida en el artículo 41.3 de la Ley 9/2017, con carácter básico, es decir, si la competencia se atribuye a un órgano cuyas resoluciones agotan la vía administrativa. Para realizar este análisis procedemos a diferenciar entre los distintos tipos de entidades a los que los Servicios Jurídicos prestan asistencia jurídica, y así:

- a) En la Administración General de la Comunidad de Castilla y León no se regula de forma específica la competencia para declarar la nulidad o lesividad de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos públicos. Por ello debemos acudir a las normas que regulan estas competencias en relación a los actos administrativos en general, que se encuentran en el Título VI Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León (en adelante LGACyL). De esta regulación resulta lo siguiente:
  - i. La competencia para declarar la nulidad de los actos administrativos corresponde al órgano administrativo jerárquicamente superior, si lo hubiere, o al órgano autor del acto nulo en caso contrario (artículo 63.2 de la LGACyL).

Según el artículo 78 de la LGACyL los Consejeros son los órganos de contratación de la Administración General de la Comunidad. Así, puede afirmarse que cuando los actos de preparación y adjudicación de los contratos públicos sean dictados bien por el Consejero competente por razón de la materia o bien por otro órgano administrativo, por delegación del Consejero, la regulación de la competencia prevista en el citado artículo 63.2 cumple la exigencia prevista, con carácter básico, en el artículo 41.3 de la Ley 9/2017.

No obstante, cuando la Junta de Castilla y León haya desconcentrado la competencia para adoptar los actos de preparación o adjudicación de un contrato público en otro órgano jerárquicamente dependiente de un Consejero, es posible que no se cumpla la exigencia prevista, con carácter básico, en el artículo 41.3 de la Ley 9/2017.

- ii. La competencia para declarar la lesividad de los actos anulables corresponde al titular de la Consejería competente por razón de la materia, excepto en los supuestos de actos dictados por la Junta de Castilla y León, en los que corresponderá a ésta. Así, en estos casos la normativa autonómica está atribuyendo la competencia para declarar la lesividad a un órgano cuyas resoluciones ponen fin a la vía administrativa, cumpliendo lo dispuesto, con carácter básico, en el artículo 41.3 de la Ley 9/2017.

- b) Para los organismos autónomos de la Comunidad de Castilla y León, teniendo todos ellos la consideración de administración pública a los efectos de la Ley 9/2017, deberá estarse, en primer término, a lo dispuesto en su Ley de creación. De no regularse nada al respecto, deberá acudir a la aplicación supletoria de las disposiciones de la LGACyL sobre actuación administrativa, relativas a la Administración General de la Comunidad, de conformidad con lo establecido en su artículo 89.

Así, para estos organismos, ya sea en virtud de su normativa específica de creación o en virtud de la aplicación supletoria prevista en el artículo 89, puede afirmarse que sí que existe una regulación sobre la competencia para declarar la nulidad o lesividad de sus actos administrativos, debiendo verificar en cada caso concreto si se cumple o no la exigencia prevista, con carácter básico, en el artículo 41.3 de la Ley 9/2017.

- c) En el caso de los entes públicos de derecho privado de la Comunidad de Castilla y León, que también tienen la consideración de administración pública a los efectos de la Ley 9/2017, deberá estarse exclusivamente a su normativa de creación. Así, para estas entidades, a diferencia de lo que ocurre para los organismos autónomos, no está prevista la aplicación supletoria de la LGACyL en materia de actuación administrativa.

- i. Si la normativa específica de la entidad regula la competencia para declarar la nulidad o lesividad de sus actos de preparación y adjudicación de contratos públicos, deberá verificarse en cada caso si se cumple o no la exigencia prevista, con carácter básico, en el artículo 41.3 de la Ley 9/2017.
- ii. Si la normativa específica de la entidad no regula la competencia para declarar la nulidad o lesividad de sus actos de preparación y adjudicación de contratos públicos, los operadores jurídicos deberán aplicar supletoriamente la legislación estatal no básica para colmar la laguna jurídica detectada. Ahora bien, esta aplicación supletoria solo será posible cuando permita dar cumplimiento a la exigencia prevista con carácter básico en el artículo 41.3 de la Ley 9/2017.

- d) En el caso de los poderes adjudicadores del sector público autonómico que no tienen la consideración de administración pública, ni las leyes que autorizan su constitución (caso de las empresas públicas) ni sus respectivos estatutos incorporan previsiones sobre este extremo, y ello en la medida en que estos instrumentos jurídicos no contemplan la posibilidad de que estos entes puedan dictar actos administrativos. Así, la calificación como actos administrativos de sus actos preparatorios y de adjudicación se ha incluido de forma novedosa en la Ley 9/2017. Por ello, los operadores jurídicos deberán aplicar supletoriamente la legislación estatal no básica para colmar la laguna jurídica detectada. Ahora bien, esta aplicación supletoria solo será posible cuando permita dar cumplimiento a la exigencia prevista con carácter básico en el artículo 41.3 de la Ley 9/2017.

En tanto no exista una modificación normativa propia autonómica, si no se cumple con el precepto, así habrá de expresarse en el correspondiente informe jurídico.

- El artículo 58.2.

Este precepto prevé que *“en caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma”*. Después de indicar unos topes de esta multa y los criterios para determinar su cuantía precisa que *“el importe de la multa impuesta se ingresará en todo caso en el Tesoro Público”*. Pues bien, según el Tribunal Constitucional, para que este último inciso pueda considerarse conforme al orden constitucional de competencias deberá entenderse la expresión “Tesoro Público” como comprensiva, no solo de la Hacienda estatal, sino también de las autonómicas o locales (fundamento jurídico 6.E.d).

- El artículo 82.2.

Este precepto, relativo al plazo de vigencia y revisión de las clasificaciones, establece en su apartado 2 lo siguiente:

*“2. No obstante, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado 3 de este artículo y en el artículo siguiente, para la conservación de la clasificación deberá justificarse anualmente el mantenimiento de la solvencia económica y financiera y, cada tres años, el de la solvencia técnica y profesional, a cuyo efecto el empresario aportará la correspondiente declaración responsable o en su defecto la documentación actualizada en los términos que se establezcan reglamentariamente.”*

*La no aportación en los plazos reglamentariamente establecidos de las declaraciones o documentos a los que se refiere el párrafo anterior dará lugar a la suspensión automática de las clasificaciones ostendadas, así como a la apertura de expediente de revisión de clasificación. La suspensión de las clasificaciones se levantará por la aportación de dichas declaraciones o documentos, si aún no se ha comunicado al interesado el inicio del expediente de revisión, o por el acuerdo de revisión de clasificación adoptado por el órgano competente, en caso contrario.”*

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 6.G.g de la Sentencia, confirma el carácter básico de la regulación contenida en este precepto por la que se impone a los empresarios la carga de justificar la solvencia económica y financiera –anualmente– y la técnica y profesional –cada tres años– para conservar la clasificación, y se concretan los efectos que se anudan a la falta de justificación; esto es, la suspensión automática y el inicio del expediente de revisión. No obstante, llega a distinta conclusión en cuanto al modo de acreditar, en defecto de declaración responsable, la justificación de la solvencia, y al establecimiento de los plazos, cuyo incumplimiento produzca los efectos de suspensión automática y, en su caso, revisión de la clasificación, por considerar a esta regulación como auxiliar y complementaria. Por ello, con la finalidad de salvaguardar la integridad de la regulación contenida en este precepto, concluye

que: “los incisos «o en su defecto la documentación actualizada en los términos que se establezcan reglamentariamente» y «La no aportación en los plazos reglamentariamente establecidos de las declaraciones o documentos a los que se refiere el párrafo anterior» son básicos, siempre que se interprete que:

(i) *la remisión normativa que este precepto efectúa se entienda referida a cada una de las Administraciones en el ámbito de sus propias competencias, de acuerdo con lo previsto en el art. 80 LCSP, y*

(ii) *que la explícita referencia al reglamento que efectúa este precepto no conlleva que, en los casos en los que la competencia sea autonómica, el desarrollo de este precepto deba hacerse necesariamente a través de una norma de este tipo. Corresponde a las comunidades autónomas, de acuerdo con el sistema de fuentes, determinar el instrumento normativo a través del cual van a ejercer sus competencias”.*

En el ámbito de la Comunidad de Castilla y León no se atribuye a ningún órgano la competencia para adoptar decisiones sobre clasificación de empresas, no existiendo regulación sobre este extremo.

- El artículo 177.3.a).

El artículo 177 regula la caracterización del procedimiento de asociación para la innovación, disponiendo el apartado 3.a) que: “3. Los contratos que se adjudiquen por este procedimiento se registrarán: a) En la fase de investigación y desarrollo, por las normas que se establezcan reglamentariamente, así como por las prescripciones contenidas en los correspondientes pliegos, y supletoriamente por las normas del contrato de servicios...”.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 7.B.h de la Sentencia, concluye que estamos “ante una norma básica que no impide la intervención de la comunidad autónoma, siempre que se interprete que la remisión normativa se efectúa a favor de la Administración que sea competente en cada caso y que, aunque este precepto se refiera a una norma reglamentaria, esta previsión no determina el instrumento normativo (ley o reglamento) que pueden utilizar las comunidades autónomas para su desarrollo”.

- El artículo 187.11. Este precepto, en relación al Jurado y decisión del concurso, dispone que “11. Las normas relativas a los concursos de proyectos previstas en esta subsección serán objeto de desarrollo reglamentario”.

El Tribunal Constitucional señala que esta previsión será conforme al orden constitucional de competencias, no impidiendo la intervención de la Comunidad Autónoma, “siempre que se interprete que la remisión normativa se efectúa a favor de la Administración que sea competente en cada caso y que, aunque este precepto se refiera a una norma reglamentaria, esta previsión no determina el instrumento normativo (ley o reglamento) que pueden utilizar las comunidades autónomas para su desarrollo” (fundamento jurídico 7.B.i).

- La disposición adicional trigésimo octava.

Según esta disposición “*Las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal salvo los gastos derivados de las funciones atribuidas en esta Ley a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación*”.

Según el Tribunal Constitucional, esta disposición será básica siempre que la excepción prevista para los gastos derivados de las funciones atribuidas legalmente a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación se entienda aplicable, en los mismos términos, a los equivalentes órganos autonómicos (fundamento jurídico 8.E).

- El párrafo primero del apartado 3 de la disposición final primera.

Este párrafo indica los preceptos que constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución Española. Según el Tribunal Constitucional (fundamento jurídico 10), este párrafo es conforme con el orden constitucional de competencias, siempre que se entiendan excluidos los artículos o partes de ellos que la Sentencia analizada ha considerado normas no básicas. Es decir, no comprende aquellos preceptos que, conforme a lo expuesto en los fundamentos jurídicos de esta Sentencia, son contrarios al orden constitucional de competencias, por no tener carácter básico, y que, en consecuencia, no son aplicables a los contratos suscritos por las Administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras.

**D) Preceptos que no son conformes con el orden constitucional de competencias, con las salvedades y en los términos del fundamento jurídico correspondiente.**

- El artículo 72.4.

Este precepto dispone que “*La competencia para la declaración de la prohibición de contratar en los casos en que la entidad contratante no tenga el carácter de Administración Pública corresponderá al titular del departamento, presidente o director del organismo al que esté adscrita o del que dependa la entidad contratante o al que corresponda su tutela o control. 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*”.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 6.G.c) de la Sentencia, entiende que el legislador estatal incurre en un exceso cuando determina el órgano competente para declarar la prohibición de contratar en el caso de entidades contratantes que no tengan el carácter de Administración. “*Se trata de una norma de detalle que solo de forma incidental guarda conexión con los principios de igualdad y seguridad jurídica en la contratación pública. En la*

*medida en que las reglas relativas a la determinación el órgano competente pueden ser sustituidas por otras elaboradas por las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias (STC 141/1993, FJ 5), debe declararse no básico y, por ello, contrario al orden constitucional de competencias el art. 72.4 LCSP. Esta declaración no conlleva su nulidad, por cuanto solamente será aplicable a la contratación del sector público estatal [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8; 55/2018, FFJJ 7 b) y c)].*

En el ámbito de la Comunidad de Castilla y León no existe ninguna previsión normativa sobre la competencia para declarar la prohibición de contratar en los casos en que la entidad contratante del sector público autonómico no tenga el carácter de administración pública. Por ello, a los efectos de posibilitar la aplicación de la norma jurídica, los operadores jurídicos deberán aplicar supletoriamente la legislación estatal no básica para colmar la laguna jurídica detectada.

- Párrafo primero del artículo 122.2, salvo los incisos relativos a la necesidad de incluir “los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato” y “en el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos” (fundamento jurídico 7.A.d)

En el fundamento jurídico 7.A.d) de la Sentencia se concluye que “*no puede entenderse básico el párrafo primero del art. 122.2, salvo los incisos relativos a la necesidad de incluir «los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato» y «En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos».* Estos incisos guardan una relación directa con el principio de igualdad de los licitadores, y aseguran un tratamiento común por las Administraciones Públicas. Por ello, y salvo los incisos indicados, el párrafo primero del art. 122.2 es contrario al orden constitucional de competencias. Esta declaración que no implica su nulidad, puesto que de ella se deriva su no aplicación a los contratos suscritos por las Administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8; 55/2018, FFJJ 7 b) y c)]”.

- El artículo 125.1. Este precepto, que define lo que debe entenderse por “*prescripción o especificación técnica*”, es impugnado por su “*minuciosidad formalista*”.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 7.A.e) de la Sentencia, entiende que el carácter básico de este precepto no encuentra justificación en ser una trasposición exacta de las definiciones uniformes del Anexo II de la Directiva 2014/24/UE. La regulación del art. 125.1 LCSP contiene prescripciones de naturaleza formal, relativas a las características técnicas de materiales, productos o servicios, procedimientos de elaboración, utilización y diseño, instrucciones de uso, etc., que difícilmente pueden ser consideradas como básicas. Una regulación de esta naturaleza solo muy indirectamente guarda conexión con los principios generales del régimen básico en materia de

contratación pública [STC 41/1993, FFJJ 5 y 6 e)]. Por ello, el art. 125.1 LCSP es contrario al orden constitucional de competencias. Esta declaración no implica su nulidad, puesto que solamente será aplicable a los contratos suscritos por la Administración General del Estado y las entidades a ella vinculadas [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8; 55/2018, FFJJ 7 b) y c)].

En la Comunidad de Castilla y León, no existiendo regulación sobre lo que debe entenderse por prescripción o especificación técnica, los operadores jurídicos deberán aplicar supletoriamente las normas contenidas en el citado artículo 125.1.

- El párrafo segundo y tercero del artículo 154.7.

El artículo 154.7, en su párrafo primero, regula la posibilidad de no publicar en el anuncio de formalización de contratos determinados datos relativos a su celebración, justificándose en el expediente la concurrencia de determinadas circunstancias. Los párrafos segundo y tercero establecen, para estos supuestos, lo siguiente:

*“En todo caso, previa la decisión de no publicar unos determinados datos relativos a la celebración del contrato, los órganos de contratación deberán solicitar la emisión de informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a que se refiere la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el que se aprecie si el derecho de acceso a la información pública prevalece o no frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con su no publicación, que será evacuado en un plazo máximo de diez días.*

*No obstante lo anterior, no se requerirá dicho informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en caso de que con anterioridad se hubiese efectuado por el órgano de contratación consulta sobre una materia idéntica o análoga, sin perjuicio de la justificación debida de su exclusión en el expediente en los términos establecidos en este apartado.”*

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 7.B.e de la Sentencia, considera que, si bien la finalidad perseguida por el precepto le permitiría tener la consideración de regulación básica, al exigir que el informe se recabe del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, a que se refiere la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, como un órgano independiente que ejerce sus competencias en relación con la Administración General del Estado, salvo que por convenio el ejercicio de sus funciones se extienda a las comunidades autónomas, estos párrafos deben declararse contrarios al orden constitucional de competencias. Esta declaración no conlleva su nulidad, habida cuenta que se aplican en el ámbito estatal sin que esto haya sido objeto de controversia en el presente proceso [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8; 55/2018, FFJJ 7 b) y c)].

En el caso de la Comunidad de Castilla y León se ha optado por crear unos órganos independientes propios en la Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y la Participación Ciudadana de Castilla y León, que son el Comisionado de Transparencia y la Comisión de Transparencia. Por esta

circunstancia y teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas por el Tribunal Constitucional, no procede aplicar, de forma supletoria, en el sector público autonómico, los párrafos segundo y tercero del artículo 154.7.

- Los párrafos primero, segundo, tercero, quinto y sexto del artículo 185.3.

El Tribunal Constitucional, después de indicar que los apartados 1 y 2 de este precepto sí tienen carácter básico, señala que “*la regulación de los párrafos primero, segundo, tercero, quinto y sexto del art. 185.3 LCSP relativa a las dos subfases en las que se debe articular la invitación a los candidatos ya seleccionados no puede considerarse básica, pues se trata de reglas de detalle de carácter formal o procedimental (cómo hacer la invitación, la presentación de la idea concisa o proyecto...). Sí tiene, en cambio, carácter básico el párrafo cuarto que regula el número mínimo de candidatos con el fin de garantizar una libre competencia real y efectiva*”. Por ello concluye que “procede declarar contrarios al orden constitucional de competencias los párrafos primero, segundo, tercero, quinto y sexto del art. 185.3 LCSP. Esto no conlleva su nulidad, habida cuenta que se aplican en el ámbito estatal, cosa que no ha sido objeto de controversia en el presente proceso [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8; 55/2018, FFJJ 7 b) y c)]” (fundamento jurídico 7.B.i).

En el ámbito del sector público de la Comunidad de Castilla y León, no existiendo regulación alguna sobre el concurso de proyectos, los operadores jurídicos deberán aplicar supletoriamente las normas contenidas en los párrafos primero, segundo, tercero, quinto y sexto del artículo 185.3.

- Artículo 212.8 (fundamento jurídico 7.C.c).

Este precepto dispone que “*Los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses*”.

Según señala el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 7.C.c) de la Sentencia, estamos ante una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica, ya que la regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública (STC 141/1993, FJ 5). Por ello, el apartado 8 del artículo 212 se declara contrario al orden constitucional de competencias. Esta declaración no conlleva su nulidad, implicando solamente su no aplicación a los contratos suscritos por las Administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras.

No teniendo carácter básico el artículo 212.8 de la Ley 9/2017, en la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León debe acudir a la disposición adicional primera de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de medidas tributarias, administrativas y financieras, debiendo tener en cuenta lo siguiente:

- 1) Para los procedimientos iniciados a solicitud del interesado se establece que una vez transcurrido el plazo máximo para su resolución sin haberse

notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver. No obstante, no se establece un plazo máximo para notificar la resolución, debiendo acudir, por lo tanto, al plazo de tres meses previsto en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común.

El hecho de que en este tipo de procedimientos no se fije un plazo máximo para notificar la resolución, no habilita a los operadores jurídicos para que apliquen supletoriamente el plazo de ocho meses previsto en la legislación estatal. En el presente supuesto no existe una laguna jurídica ya que el legislador autonómico, al regular los procedimientos de ejecución, consumación o extinción de los contratos administrativos iniciados a instancia del interesado, no ha considerado oportuno establecer un plazo máximo de resolución, entrando así en juego el plazo de tres meses previsto en la normativa del procedimiento administrativo común.

2) En los procedimientos iniciados de oficio, el plazo máximo para notificar la resolución se fija en ocho meses contados desde el acuerdo de inicio.

- El apartado 2 de la disposición final sexta.

La disposición final sexta regula la habilitación normativa en materia de uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y uso de factura electrónica. El apartado 2 de esta disposición prevé que *“el Ministro de Hacienda y Función Pública, mediante Orden, definirá las especificaciones técnicas de las comunicaciones de datos que deban efectuarse en cumplimiento de la presente Ley y establecerá los modelos que deban utilizarse”*.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 8.F de la Sentencia, considera que estamos ante una norma de detalle procedimental, que es simplemente un complemento de los principios básicos de la contratación pública, no teniendo por ello la condición de básica. Por tanto, declara que este apartado es contrario al orden constitucional de competencias, no conllevando esta declaración su nulidad ya que será de aplicación solamente en el ámbito estatal.

Valladolid, a 11 de junio de 2021.

**EL DIRECTOR.**

**Fdo. Luis Miguel GÓNZALEZ GAGO.**