

## **SOBRE LA CONTRATACION PUBLICA DE LOS SERVICIOS JURIDICOS**

Por si no fuera poco prolija la normativa de contratación pública, aún la podemos complicar un poquito más si lo que necesitamos-estoy pensando básicamente en una PANAP-son los servicios de asesoramiento, representación y defensa jurídica.

Si bien ya se ha planteado este tema en las más altas instancias jurisdiccionales europeas<sup>1</sup>, parece que no llega a ser del todo pacífico para los operadores del sector público cuando necesitan los consejos de un especialista en cualquier rama del Derecho, bien sea el puro asesoramiento jurídico, o bien ya sea la de defensa y representación jurídica en juicio.

Prueba de ello está en los diversos enfoques que se han dado por parte de diferentes juntas consultivas de contratación. Y como muestra, ponemos tres ejemplos. El primero, el Informe 1/2023 de 14 de febrero de 2023 de la JCA de la Comunidad de Aragón en el que se plantea la posible sujeción de la contratación de los servicios de representación y defensa en juicio de las Administraciones Públicas, así como el asesoramiento previo, a las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; el segundo, el Informe 21/2023, de 19 de julio, de la JCde contratación pública de Cataluña, a la cual se le plantea si resulta aplicable la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, en los contratos de servicios jurídicos, concretamente a los de representación y asesoramiento en juicio, y sobre los procedimientos de adjudicación adecuados para contratar estos servicios; y, por último, el tercero, el Informe 27/2023, de 18 de julio de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, a la que también se le plantea la aplicación de la LCSP a la contratación de servicios de representación y defensa en juicio, así como de asesoramiento jurídico.

Veamos de forma breve el contenido de éstas.

### **Preliminar:**

Con carácter previo debemos referirnos a lo que dispone el artículo 10 de la Directiva 2014/24/UE que lleva por título “Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios” y, en concreto, en los dos primeros apartados de su letra d), la cual se refiere a la exclusión de “*cualquiera de los siguientes servicios jurídicos*”. Estos dos primeros apartados establecen como exclusiones a la normativa de contratación pública las siguientes:

---

<sup>1</sup>Véase como ejemplo la Sentencia dictada por la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 6 de junio de 2019 en el asunto C-264/18.

*i) representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo en:*

*— un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o*

*— un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales,*

*ii) asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el inciso i) de la presente letra, o cuando haya una indicación concreta y una alta probabilidad de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE, ...”*

No hay duda, pues, que el legislador comunitario ha excluido del sistema de contratación pública a aquellos contratos que se refieren al asesoramiento y defensa jurídica, lo que contrasta con la legislación española que en su trasposición de la Directiva no ha seguido este esquema.

### **Informe 1/2023 JC de Aragón:**

Este informe se origina por la consulta que hace el alcalde de Mequinenza, quien, ante los múltiples frentes judiciales con una Compañía eléctrica, todos ellos de alto contenido jurídico y económico, plantea la siguiente pregunta:

*“¿El Ayuntamiento puede aplicar la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y adjudicar un nuevo contrato de servicios jurídicos para la representación y defensa mediante adjudicación directa a la misma contrata dado que el importe no excede de 750.000 €?”*

La JC ofrece en su informe las razones jurídicas correspondientes siendo interesante destacar estos conceptos que luego servirán para basar sus conclusiones:

- Que antes que todo caber determinar si un negocio jurídico es un contrato público de conformidad con sus elementos funcionales.
- Que no basta para que pueda decirse que un contrato es público por el hecho de que una de las partes sea un poder adjudicador.
- Que resultaba innecesaria la concreción de su exclusión habida cuenta que el artículo 9.2 de la LCSP ya excluye de forma expresa los negocios jurídicos sobre propiedades incorpóreas.
- Que la profesión de abogado se caracteriza por ser una relación jurídica de prestación de servicios que no es típicamente civil o mercantil.
- Porque por su propia naturaleza y función en su elección por parte del poder adjudicador, hay un claro componente de confianza que debe prevalecer frente a la competencia.

Todas estas consideraciones, de las que nosotros sólo hemos extraído una pequeña parte de su argumentario, lleva a la JC de Aragón a concluir que no toda relación jurídica onerosa celebrada por un poder adjudicador deba calificarse como contrato público, incluso si tiene naturaleza contractual, por lo cual -y siempre según la JC- los servicios de asesoramiento y representación en juicio prestados por abogados no tienen la consideración de contrato público pues así debe desprenderse del propio espíritu de la LCSP en la que se dice que la finalidad de la ley es la correcta transposición del derecho europeo. Funda su argumento en la interpretación que ha hecho el TJUE en su Sentencia de 6 de junio de 2019. Para dicho Tribunal no hay duda de que la relación jurídica abogado-cliente está excluida de las normas de contratación pública porque no se trata de un contrato público de servicios, siendo su motivo principal el carácter singular basado en la confidencialidad y la prestación intelectual, puesto que la confianza mutua es el pilar donde se construye la relación entre abogado y cliente.

Acaba dicho informe con una frase muy interesante, toda vez que es utilizada en otra consulta del Rector de la Universidad Politécnica de Madrid a la Junta Consultiva de la Administración del Estado, y que por su importancia destaco: *“Si el legislador español hubiera querido incluir las actividades de defensa jurídica en procesos jurisdiccionales en el ámbito de la LCSP debería haber explicitado tal decisión y haberla justificado, pues son negocios expresamente excluidos de las Directivas de contratación pública”.*

#### **Informe 21/2023 JC de Cataluña:**

Este Informe tiene su origen en la solicitud de consulta de la directora general de Contratación Pública ante las numerosas peticiones recibidas en la Dirección General de Contratación Pública sobre la cuestión de si está o no está excluida del ámbito de la LCSP la contratación de los servicios de asesoramiento jurídico y defensa en juicio.

Tras un estudio profundo de la materia y de su situación actual, la JC ya nos recuerda que:

*“Conviene recordar que esta Junta Consultiva afirmó en el Informe 1/2016, de 6 de abril, en el que se analizó el efecto directo de la Directiva 2014/24/UE una vez finalizado el plazo para su transposición sin que se hubiera llevado a cabo, que las disposiciones de la Directiva relativas a las exclusiones, que determinan su ámbito de aplicación objetivo, no requerían estrictamente transposición y tenían efecto directo, de manera que los “contratos públicos” a los que aluden quedaban fuera de su ámbito de aplicación sin necesidad de ninguna actuación por parte de los estados miembros, señalando también que “en la medida en que estos preceptos de la Directiva incluyen algunos servicios que el TRLCSP no excluye de su ámbito de aplicación, estos servicios siguen estando sujetos al TRLCSP –lo cual, evidentemente, no es contrario a la Directiva–, si bien no deben tener la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada, con independencia de su valor estimado, ya que, como se ha dicho, no están sujetos a ellos de acuerdo con la nueva Directiva”.*

Dicho recordatorio es el que después viene a consolidar el legislador español en el momento de transponer la Directiva 2014/24/UE con el añadido de que ni siquiera hubo debate ni tampoco enmienda por lo que el esquema que siguió España fue diferente a las previsiones de la normativa europea.

Obsérvese, por otro lado, que tal argumentación difiere de la expuesta por la JC de Aragón puesto que para el organismo consultivo catalán el hecho de que en la legislación estatal no

excluya expresamente a los servicios jurídicos, significa a sensu contrario que los mismos están incluidos como servicios que son, con el único matiz de no estar sometidos a regulación armonizada por aplicación del artículo 19.2.e) LCSP; en cambio, el órgano consultivo aragonés parte de una premisa importante -y más profunda- como lo es el carácter singular de esta relación abogado-cliente que, por su naturaleza jurídica, se adscribe en el ámbito de las propiedades incorpóreas y, por ende, exceptuado en virtud del artículo 9.2 LCSP.

### **Informe 27/2023, de 18 de julio de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.**

Este informe nace de las dudas de aplicación de la LCSP que plantea la Universidad Politécnica de Madrid ante la necesidad que tiene de contratar servicios de representación y defensa en juicio, así como el asesoramiento jurídico. En la exposición de sus motivos repite la misma argumentación que la JC de Aragón, expresando que el legislador español debiera haber explicitado y justificado mejor su inclusión en la LCSP.

Las conclusiones a las que llega la JC de contratación pública del Estado son, después de desarrollar sus consideraciones jurídicas las que todo seguido se transcriben:

- 1. Los contratos de servicios jurídicos de asesoría y representación en juicio prestados por abogados están incluidos en el ámbito de aplicación de la LCSP.*
- 2. Aunque estos contratos están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24, el legislador español ha considerado aplicarles el régimen jurídico de los contratos no sometidos a regulación armonizada de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de la citada LCSP.*
- 3. Las normas de la LCSP permiten acomodar los pliegos de los contratos de servicios jurídicos a las peculiaridades propias de la relación intuitu personae que se entabla entre el abogado y el cliente.*

### **Crítica y posicionamiento**

Partiendo de las diferencias entre administraciones públicas y poderes adjudicadores que no son administración pública (PANAPS), no dudamos en la complejidad que supone para una PANAP la contratación de servicios de carácter jurídico, en el caso de ser demandada en un procedimiento judicial. Estoy pensando, por ejemplo, en un procedimiento de naturaleza civil de cuantía importante o bien en un asunto de una complejidad jurídica notable. Si bien es cierto que la mayor de las veces, en el caso de no tener asesoría jurídica propia en la estructura de la empresa pública o, aun teniéndola no se posea el conocimiento de la especialidad concreta planteada, se procederá a contratar utilizando el contrato menor. Sin embargo, no hay que olvidar que puede tratarse de supuestos contenciosos de cierta complejidad jurídica y especialidad concreta cuyos honorarios hagan prever que van a sobrepasar los umbrales de la ley para el contrato de servicios. En este último caso, se hace necesario actuar de forma urgente para no perjudicar los plazos de la presentación o contestación a una demanda. La posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad -como sugiere la JC de Cataluña por referencia a una interpretación de la Abogacía del Estado- en aplicación del

artículo 168.b).1º LCSP no deja de ser una interpretación forzada, aunque siempre será mejor que el procedimiento abierto o restringido por criterios temporales obvios. Pero es más, justificar el procedimiento por “acontecimientos imprevisibles” cuando en el pliego se “prevén” por lo general (tratándose de los efectos y extinción del artículo 319.1 LCSP) cláusulas de sometimiento a la jurisdicción de un tribunal civil o arbitral no deja de ser un despropósito. Si se prevén cláusulas de resolución en caso de conflicto mal puede hablarse de acontecimientos imprevisibles.

A modo de reflexión última en base a lo que hemos expuesto anteriormente, llego a las siguientes conclusiones:

- 1- Los honorarios de abogado en España (como en el resto de los países de la Unión Europea), así como la prestación de sus servicios, son libres; hace tiempo que desaparecieron los baremos orientadores que aprobaban los Colegios de Abogados. Quizás por esto, la Directiva 2014/24/UE decidió excluir expresamente en su art. 10 d) a los servicios jurídicos o, como explícitamente dice la *“representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE”*.
- 2- No se entiende el porqué debe estar excluida de la LCSP el arbitraje y la conciliación (aquí se incluye la mediación) y, en cambio, el asesoramiento jurídico y la representación y defensa en juicio deba ser licitado conforme a la LCSP. Tampoco se nos escapa que, tanto para el arbitraje como para la mediación se puede prever en el pliego de cláusulas particulares una cláusula de resolución de conflictos expresa a favor de estos mecanismos y, en el caso de originarse la controversia, se deba estar asistido de abogado que, en cambio, se habrá de licitar.
- 3- Es incomprensible y casi un descalabro que, ante dos normativas de origen europeo, como son la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública y la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, resuelva de forma tan distinta este asunto: art. 20 RDL 3/2020 versus art. 19 LCSP 9/2017. ¿Significa que, para contratar los servicios de asesoramiento, representación y defensa en juicio por parte de una entidad del sector público, se seguirá un procedimiento distinto según se trate de un contrato de obras, servicios o suministros o bien servicios relativos a los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, además de la concesión de servicios? ¿Cuál es la razón? No se justifica ni se motiva esta diferencia de criterio.
- 4- No se da respuesta a la esencia del problema que plantea la JC de Aragón: ¿la relación abogado-cliente se configura como un contrato público de servicios?
- 5- La búsqueda de la mejor relación calidad-precio como criterio orientador de la LCSP, tratándose de la relación abogado-cliente, no siempre se aviene con los principios de confidencialidad y confianza, pues en palabras de la JC de Aragón *“Por su propia naturaleza y función y también porque que en la elección del abogado por un poder adjudicador hay un claro elemento de confianza que debe prevalecer frente al de la competencia.”*

Todas estas consideraciones nos llevan en último término y también, como última consideración, a la conclusión a la que llega la JC de Cataluña cuando señala que *“se considera necesario finalizar este informe haciendo un llamamiento al legislador –ya sea el estatal o el autonómico– competente en la transposición y el desarrollo del derecho comunitario de contratación pública, para que regule las especialidades necesarias dadas las características distintivas de estos servicios, a las que se ha aludido en la consideración jurídica anterior –*

*principalmente, la confianza y la confidencialidad que se predicán de estos servicios–, que desaconsejan la aplicación sin matices de la normativa de contratación pública.”*

Esperemos, pues, que llegue pronto este mensaje al legislador -sea estatal o sea autonómico- para que nos pueda esclarecer las actuales dudas que existen sobre esta materia.

Joan Badia Gauchia  
Abogado  
Director Jurídico de la empresa municipal VIMUSA