

Informe 1/2023, de 14 de febrero de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: 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.

I. ANTECEDENTES

El Alcalde de Mequinenza (Zaragoza) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante escrito sin fechar en el que plantea una consulta del siguiente tenor literal:

Antecedente:

1. *En agosto de 2015, se formalizó un contrato de asistencia jurídica para asuntos tributarios con una consultora especializada de una vigencia de tres meses para llevar a cabo la regularización administrativa de los tributos sobre los embalses y centrales hidroeléctricas de Ribarroja y Mequinenza, ubicados en el término municipal de Mequinenza. Durante los trabajos preparatorios se constató que la compañía ENDESA, concesionaria de ambas infraestructuras, había acometido la repotenciación de la central hidroeléctrica de Mequinenza con una inversión de 45 millones de euros. Se procedió por el Ayuntamiento a liquidar en impuesto de construcciones, instalaciones y obras (ICIO) por dicha actuación. ENDESA lo trasladó a los tribunales y el Superior de Justicia de Aragón (TSJA), falló totalmente a favor del Ayuntamiento. Pero todavía hoy existen pleitos ante el Tribunal Supremo por la oposición de ENDESA a abonar la sanción que dicho TSJA ha fallado recientemente a favor del Ayuntamiento.*

También en 2015 se presentaron reclamaciones administrativas ante la Gerencia del Catastro para incorporar al valor del impuesto sobre los Bienes Inmuebles de Características Especiales (BICE) elementos no recogidos que también están recurridos por ENDESA y todavía judicializados. En total hay en diferentes fases procesales 7 procedimientos, siendo la contrata adjudicataria del contrato de 2015 la que sigue ejerciendo la representación y defensa jurídica del Ayuntamiento.

En julio de 2022, en el trámite de aprobación de facturas por trabajos realizados en algunos de estos procedimientos, la Secretaria Interventora (titular de la plaza desde 2017) emite informe de fiscalización con reparos a dichas facturas, fundamentado en que no procede abonar dichos honorarios y continuar con los trabajos porque no existe contrato y que dichos servicios deben licitarse conforme a los procedimientos de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP).

2. *Ante estos reparos:*
 - a) *Que representan un repentino cambio de criterio jurídico seguido hasta la fecha:*

- b) Sin advertencia alguna previa sobre la finalización del contrato, sin el preaviso de 2 meses a la contrata, sin el plazo de 9 meses de prórroga que garantiza la continuidad de los trabajos cuando no se ha formalizado otro contrato, conforme establece el art.29 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.
- c) Atendiendo a que la Disposición Transitoria 1ª de la LCSP establece que: “Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.
- d) Atendiendo a la falta de claridad de la vigente LCSP y que la diferencia entre la propuesta de la Alcaldía y el informe de la secretaria, se circunscribe a una controversia entre opiniones y no jurisprudencia aplicable, respecto de si prevalece la LCSP o puede aplicarse la Directiva UE 27/2014, nada debería impedir, como interpreta esta Alcaldía lo señalado por la Junta Consultiva de Contratación del Estado en su informe nº 4 de 2019, (...) “su régimen jurídico será en que corresponda conforme a los criterios del Derecho Comunitario y que puede también contratarse por cualquiera de los procedimientos descritos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, que una Administración Pública puede optar por aplicar la Directiva 24/2014 o los procedimientos de la LCSP.

CONSULTA:

Para no paralizar o interrumpir los 7 procedimientos judiciales en curso, así como presentar otras reclamaciones o atender otros recursos de contrario,

¿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 €?

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 14 de febrero de 2023, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Legitimación para formular la consulta y competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, g) del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la

Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón.

Como criterio general, de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público: la función consultiva en materia de contratación pública que está encomendada a la Junta Consultiva en el artículo 3.2 de su norma constitutiva no puede sustituir las facultades de informe que la legislación atribuye a órganos específicos.

Sin embargo, dado el interés general de fondo de la consulta del Alcalde de Mequinenza, no existe impedimento para que la Junta informe sobre la cuestión planteada.

La consulta que plantea el Alcalde de Mequinenza puede desdoblarse resumidamente en dos cuestiones:

- Primera, sobre la 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, 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 (en adelante, LCSP), atendiendo especialmente en este punto a lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.
- Segunda, las modalidades de procedimiento de adjudicación adecuadas para una correcta selección del prestador en estos servicios.

Al escrito de consulta no se acompaña documentación alguna que aporte cualquier tipo de dato adicional a los incluidos en el texto de la consulta transcrita.

II. Doctrina administrativa

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se pronunció sobre esta cuestión en su Informe 4/2019, sobre el Régimen jurídico de los contratos de servicios jurídicos, en el que se aborda el régimen jurídico de los contratos de servicios jurídicos. En ese informe se concluye que la prestación de servicios de

defensa legal de las Administraciones públicas por abogado no puede ser calificada como contrato sujeto a regulación armonizada con independencia de su valor estimado y que su régimen jurídico será el que corresponda conforme a los criterios de la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 1 de agosto de 2006.

Añade que la defensa en juicio de una entidad del sector público también puede contratarse por cualquiera de los procedimientos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Considera que con carácter general la contratación debe efectuarse de forma conjunta, mediante la adjudicación de un solo contrato para un periodo determinado y no de uno por cada juicio que se celebre. No obstante, no excluye que la especificidad de determinados casos haga más conveniente la contratación singular de la defensa jurídica. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se apoya en varios informes de la Abogacía General del Estado, cuyos criterios manifiesta expresamente compartir (ref. A.G. ENTES PÚBLICOS 45/2018 R-436/2018 y A.G. Varios 1/2018, R 176/2018), en los que se concluye que «la configuración legal de estos contratos de servicios jurídicos como contratos no sujetos a regulación armonizada por razón de su objeto excluye la preceptiva aplicación de los preceptos de la LCSP y flexibiliza considerablemente el procedimiento de adjudicación, en el que tan sólo hay que garantizar la aplicación de los principios generales a los que alude la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 1 de agosto de 2006».

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 14/2016, de 20 de julio, examinó una cuestión similar, aunque se encontraba en vigor en aquel momento el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, no la normativa actual. En ese informe se recordaba que en el artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE se sitúa en 750.000 euros el umbral económico de sometimiento a sus disposiciones para los servicios sociales y los servicios específicos recogidos en el anexo XIV, entre los que se encuentran los contratos de servicios jurídicos, pero únicamente en la medida en que no estén excluidos en virtud del artículo 10, letra d), entre ellos, como una de las novedades que introdujo la Directiva, la exclusión de su ámbito de aplicación de determinados servicios jurídicos, como la defensa por abogado ante instancias jurisdiccionales.

III. Bases comunitarias de la normativa sobre contratación pública

En el régimen de la contratación pública juegan un papel fundamental tanto la normativa de la Unión Europea como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuya doctrina impide interpretaciones que puedan considerarse contrarias a las normas comunitarias. Esa jurisprudencia proporciona coherencia y seguridad jurídica, tanto en el escalón europeo como en la aplicación cotidiana de los ordenamientos nacionales. Es especialmente relevante para la interpretación de los conceptos jurídicos “comunitarios”, que deben ser aplicados de conformidad con la doctrina del Tribunal de Justicia, evitando visiones nacionales que distorsionen el mercado interior. Es relevante al respecto que el régimen europeo de la contratación pública no pivota sobre el elemento subjetivo –como es la tradición española–, sino sobre el concepto objetivo: la existencia o inexistencia de un contrato público. En este sentido, el criterio fundamental del Tribunal de Justicia para determinar la existencia de un poder adjudicador no gravita tanto en el quién, como en la existencia de una relación contractual cuya causa sea un interés público directamente vinculado al ejercicio de competencias públicas y con financiación pública, lo que determina la aplicación de los principios inherentes a la contratación pública. Un poder adjudicador que actúe en condición de tal, deberá aplicar las normas de contratación pública cuando la prestación tenga la consideración de contrato público. Por tanto, es fundamental determinar si un negocio jurídico es un contrato público de conformidad con sus elementos funcionales.

A nuestra tradición jurídica basada en el contrato administrativo concebido desde una perspectiva fundamentalmente subjetiva han de incorporarse los parámetros interpretativos funcionales del Tribunal de Justicia. Como advierte éste en su sentencia de 22 de diciembre de 2008, Magoora, C 414/07, apartado 44, para alcanzar los objetivos del Derecho europeo es preciso dar prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, alcanzando una solución compatible con las disposiciones de las Directivas e inaplicando, de ser necesario, las disposiciones contrarias del Derecho interno (en este sentido, entre otras, sentencias de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann, apartado 26; de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, apartados 113 a 119; y de 4 de julio de 2006, Adeneler, apartados 108, 109 y 111, citadas por el propio Tribunal de Justicia).

En la LCSP es perceptible el arrastre de la normativa anterior, con acento en el elemento subjetivo –pertenencia al sector público– frente al objetivo, lo que plantea en ocasiones problemas de aplicación práctica. Para resolverlos es preciso acudir al concepto de contrato público que delimita el ámbito material de

las Directivas, puesto que transposición española debe estar alineada con la efectuada por otros Estados Miembros. La LCSP no puede entenderse en clave únicamente nacional. La jurisprudencia europea es muy relevante cuando entran en juego los principios de primacía y efectividad del Derecho de la Unión. En consecuencia, no puede considerarse preceptivo aplicar las previsiones de la LCSP a un negocio jurídico que no sea contrato público.

IV. Concepto de contrato público en las Directivas de contratación pública.

La normativa de contratación pública se aplica a negocios jurídicos que puedan ser calificados como contratos públicos típicos. En el artículo 2.5 de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública, se establece que se consideran:

«“Contratos públicos”: los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios».

De forma complementaria, se definen como «Contratos públicos de servicios», “los contratos públicos cuyo objeto sea la prestación de servicios distintos de aquellos a los que se refiere el punto 6” (contratos públicos de obras).

La inclusión de prestar un servicio en la definición es relevante, ya que no toda relación jurídica onerosa, aún contractual, tiene la calificación de contrato público. En este sentido, en la Sentencia de 1 de marzo de 2018, Maria Tirkkonen, C-9/17 (ECLI:EU:C:2018:142), párrafo 42, se afirma que «no constituye un contrato público, en el sentido de dicha Directiva, un sistema de asesoramiento a las explotaciones agrarias, como el controvertido en el litigio principal, mediante el cual una entidad pública selecciona a todos los operadores económicos interesados que cumplan los requisitos de aptitud establecidos en la convocatoria de licitación y hayan superado el examen mencionado en dicha convocatoria, aun cuando durante el período limitado de vigencia de ese sistema no pueda admitirse a ningún nuevo operador».

Es decir, un negocio jurídico no tiene la consideración de contrato público por el simple hecho de que una de las partes tenga en abstracto la condición formal de poder adjudicador. En este sentido el considerando 4 de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública:

“Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino

únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público”.

Por tanto, la prestación debe estar incluida en los tipos contractuales de obras, suministros o servicios. Este es el motivo de que determinadas relaciones jurídicas vinculadas a la propiedad incorporal, como la adquisición de servicios de comunicación audiovisual [Directiva art. 10, b) y LCSP art. 19.2, a)] que, en tanto que creación original, serán negocios de resultado cuyo contenido es la propiedad incorporal y no un mero o simple servicio en régimen de mercado. Por tanto, un poder adjudicador que adquiera servicios audiovisuales en esos términos no tendrá que aplicar las disposiciones de la LCSP. Es decir, existen relaciones jurídicas onerosas celebradas por un poder adjudicador que no tienen la consideración de contrato público.

En la Directiva 2014/24/UE determinados servicios jurídicos quedan excluidos de su ámbito material (art. 10, d). Esto debería llevar a la misma solución en la legislación nacional, cuya finalidad es la correcta transposición del Derecho europeo, lo que se refleja en el extenso título de la LCSP al referir expresamente la función de transposición de las directivas de contratación pública y se recuerda expresamente en su exposición de motivos.

Si el legislador español hubiera querido incluir los servicios de defensa jurídica prestados por un abogado en procesos jurisdiccionales en el ámbito de la LCSP, debería haber explicitado y justificado la decisión, pues se trata de negocios que tradicionalmente han sido expresamente excluidos de las Directivas de contratación pública. Nada en el texto ni en la tramitación parlamentaria sugiere tal intención. Ello conduce a interpretar que la LCSP contiene la misma consideración hacia la adquisición de los servicios jurídicos de defensa que la norma europea que se transpone.

En el art. 19 de la LCSP se utiliza una fórmula que podría inducir a equívocos:

«2. No obstante lo señalado en el apartado anterior, no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos siguientes: [...]

e) Aquellos que tengan por objeto cualquiera de los siguientes servicios jurídicos:

1.º La representación y defensa legal de un cliente por un procurador o un abogado, ya sea en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o ya sea en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.

2.º El asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el apartado anterior de la presente letra, o cuando exista una probabilidad alta de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado.

3.º Los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público.

4.º Los servicios jurídicos prestados por administradores, tutores u otros servicios jurídicos cuyos prestadores sean designados por un órgano jurisdiccional o designados por ley para desempeñar funciones específicas bajo la supervisión de dichos órganos jurisdiccionales.

5.º Otros servicios jurídicos que estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público».

No es óbice la circunstancia de que no haya una previsión expresa en la LCSP que incorpore formalmente la exclusión. Estando excluidos expresamente de la LCSP las «propiedades incorpóreas» (art. 9.2) y siendo los servicios jurídicos de defensa en procesos jurisdiccionales una categoría de éstas, resultaba innecesaria una concreción singular. Máxime cuando la norma europea considera que actividades como las de arbitraje o las que prestan notarios o registradores sujetas a arancel, no son contrato público.

La consideración como contratos no armonizados reproduce la previsión de la Directiva, que los considera contratos excluidos de su ámbito de regulación. Es decir, esta previsión no supone que estos contratos estén incluidos en el ámbito de la LCSP, pues la misma LCSP (art. 9) los ha excluido. En el artículo 19 se hace referencia también a los contratos incluidos dentro del ámbito definido por el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que se concluyan en el sector de la defensa (que se excluyen en el artículo 5 LCSP), o los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público (que son negocios excluidos, en tanto los notarios son funcionarios públicos especiales). Es decir, la consideración como servicios no armonizados en este precepto legal no implica su sometimiento a la LCSP.

Puede concluirse que si el legislador hubiera querido incluir los servicios jurídicos de defensa en procesos jurisdiccionales en el ámbito de la LCSP debería haber explicitado y justificado tal decisión, al ser negocios expresamente excluidos por las Directivas de contratación pública. Nada en la tramitación parlamentaria sugiere tal posibilidad, lo que se da por supuesto en el Informe 4/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

V. Procedimientos de contratación de los servicios de defensa jurídica en procesos jurisdiccionales.

La profesión de abogado se caracteriza por ser un agente activo en la función pública de la Administración de Justicia (art. 30 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española). Es así en toda Europa, lo que explica la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, en la que se considera como actividad regulada vinculada al correcto funcionamiento del sistema judicial. Existe la obligación de atender de oficio a quien carezca de recursos, lo que revela que no es una actividad exclusivamente mercantil. No es una relación jurídica de prestación de servicios típicamente civil o mercantil. Por ello se excluyen de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, de servicios en el mercado interior, como se expresa en el considerando 88:

“La disposición sobre la libre prestación de servicios no debe aplicarse a los casos en que los Estados miembros, de conformidad con el Derecho comunitario, reservan una actividad a una profesión en particular, por ejemplo, la obligación de reservar la prestación de asesoría jurídica a los abogados”.

En la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, se ha modificado el régimen de los servicios, eliminado su división en categorías y la aplicación de regímenes jurídicos diferenciados en atención a esa división. En lo que se refiere a la regulación de los servicios jurídicos, la Directiva establece que estos servicios solamente quedan sujetos a la normativa contractual pública cuando su valor estimado supere los 750 mil euros (art. 4, d), salvo que su objeto contractual hubiera sido excluido expresamente por los artículos 7 a 17. En efecto, la Directiva excluye de su ámbito determinados servicios jurídicos, como los de arbitraje y conciliación (art. 10, c) o en su artículo 10, d):

«cualquiera de los siguientes servicios jurídicos:

i) representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo [relativa a la libre prestación de servicios por abogados], en:

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

–en 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...»

En consecuencia, los servicios jurídicos de asesoría y representación en juicio, que se refieren exclusivamente a los servicios prestados por abogados en cualquier ámbito o especialidad del Derecho, están formalmente excluidos del ámbito de la contratación pública y no tienen la consideración de contrato público. Por su propia naturaleza y función y también porque en la elección del abogado por un poder adjudicador hay un claro elemento de confianza que debe prevalecer frente al de la competencia.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 6 de junio de 2019, P. M. y otros contra Ministerraad, C-264/18 (ECLI:EU:C:2019:472), que resuelve una cuestión prejudicial sobre si el artículo 10, letras c) y d), incisos i), ii) y v), de la Directiva 2014/24/UE es compatible con el principio de igualdad, en relación con el principio de subsidiariedad y con los artículos 49 y 56 TFUE, al quedar estos servicios jurídicos excluidos de la aplicación de las normas sobre adjudicación establecidas en la Directiva que garantizan la plena competencia y la libre circulación en la contratación de servicios por las autoridades públicas. En el caso, la legislación belga de contratación pública excluye los servicios jurídicos de su ámbito objetivo de aplicación. La sentencia rechaza que la Directiva menoscabe las libertades garantizadas por los Tratados, al excluir los servicios jurídicos contemplados en el artículo 10, letras c) y d), incisos i), ii) y v) y, por tanto, por no obligar a los Estados miembros a someterlos a las normas de adjudicación de los contratos públicos.

El Tribunal de Justicia analiza la relación jurídica y justifica la exclusión de los servicios de defensa en juicio y el asesoramiento previo (énfasis añadido):

«35 A este respecto, ha de señalarse que el artículo 10, letra d), incisos i) y ii), de la Directiva 2014/24 no excluye todos los servicios que puede prestar un abogado en beneficio de un poder adjudicador del ámbito de aplicación de la citada Directiva, sino únicamente la representación legal de su cliente en un procedimiento ante una instancia internacional de arbitraje o de conciliación, ante los órganos jurisdiccionales o las

autoridades públicas de un Estado miembro o de un tercer país y ante los órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales, así como también el asesoramiento jurídico prestado como preparación de dicho procedimiento o ante la eventualidad de este. Tales servicios prestados por un abogado solo se conciben en el marco de una relación intuitu personae entre el abogado y su cliente, marcada por la más estricta confidencialidad.

36 Pues bien, por un lado, esa relación intuitu personae entre el abogado y su cliente, caracterizada por la libre elección de su defensor y la relación de confianza que une al cliente con su abogado dificulta la descripción objetiva de la calidad esperada de los servicios que hayan de prestarse.

37 Por otro lado, la confidencialidad de la relación entre el abogado y su cliente, cuyo objeto consiste, particularmente en las circunstancias descritas en el apartado 35 de la presente sentencia, tanto en salvaguardar el pleno ejercicio de los derechos de la defensa de los justiciables como en proteger la exigencia de que todo justiciable tenga la posibilidad de dirigirse con entera libertad a su abogado (véase, en ese sentido, la sentencia de 18 de mayo de 1982, AM & S Europe/Comisión, 155/79, EU:C:1982:157, apartado 18), podría verse amenazada por la obligación del poder adjudicador de precisar las condiciones de adjudicación de ese contrato y la publicidad que debe darse a tales condiciones.

38 De ello se desprende que, debido a sus características objetivas, los servicios contemplados en el artículo 10, letra d), incisos i) y ii), de la Directiva 2014/24 no son comparables a los demás servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. Habida cuenta de esa diferencia objetiva, el legislador de la Unión tampoco vulneró el principio de igualdad de trato al excluirlas, en el marco de su facultad de apreciación, del ámbito de aplicación de esa Directiva.

39 En tercer lugar, por lo que respecta a los servicios jurídicos comprendidos entre las actividades que participan, siquiera ocasionalmente, del ejercicio de la autoridad pública, contemplados en el artículo 10, letra d), inciso v), de la Directiva 2014/24, esas actividades, y, en consecuencia, esos servicios, están excluidos, con arreglo al artículo 51 TFUE, del ámbito de aplicación de las disposiciones de ese Tratado relativas a la libertad de establecimiento y de las relativas a la libre prestación de servicios con arreglo al artículo 62 TFUE. Tales servicios se distinguen de los comprendidos en el ámbito de aplicación de esa Directiva ya que participan directa o indirectamente del ejercicio del poder

público y de las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las demás colectividades públicas.

40 De ello se desprende que, por su propia naturaleza, servicios jurídicos relacionados, siquiera ocasionalmente, con el ejercicio de la autoridad pública no son comparables, debido a sus características objetivas, con los demás servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. Habida cuenta de esa diferencia objetiva, el legislador de la Unión tampoco vulneró en este caso el principio de igualdad de trato al excluirlos, en el marco de su facultad de apreciación, del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24».

Para el Tribunal de Justicia este tipo de relación jurídica está excluido de las normas de contratación pública porque no es un contrato público de servicios. Si no lo es, no se puede justificar esa naturaleza desde el ámbito nacional y habrá que entender que estas relaciones jurídicas no son contratos públicos.

Ciertamente, la LCSP no los excluye de forma expresa de los servicios sometidos a las previsiones de la Ley, pero una interpretación sistemática que articule correctamente el ordenamiento europeo y el nacional lleva a concluir que son servicios excluidos. La explicación reside en el carácter singular de la prestación, en la que confluyen confidencialidad y creación intelectual, conformando una relación sui generis, de carácter oneroso, pero respecto a la que procede excluir las reglas de la contratación pública, pues no deben operar aquí los principios vinculados a la tensión competitiva en el mercado.

La confianza mutua es la base de la relación entre abogado y cliente. Como se prevé respecto a la «confianza e integridad» en el art. 4 del Código Deontológico de la Abogacía Española (aprobado por el Pleno del Consejo general de la Abogacía española el 6 de marzo de 2019 y expresamente contemplado en el art. 61 y concordantes del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española):

- «1. La relación con el cliente se fundamenta en la recíproca confianza y exige una conducta profesional íntegra, honrada, leal, veraz y diligente.
2. Es obligación no defraudar la confianza del cliente y no defender intereses en conflicto, sean propios o de terceros.
3. En los casos de ejercicio colectivo o en colaboración con otros profesionales, quienes ejercen la Abogacía tendrán el derecho y la obligación de rechazar cualquier intervención que pueda resultar contraria a los principios de confianza e integridad o que pueda implicar conflicto de

intereses con otros clientes del despacho, cualquiera que sea el que los atienda».

La confianza base de la relación constituye una obligación jurídica, de carácter personalísimo. La relación entre abogado y cliente se caracteriza por la confianza como elemento esencial cuya ausencia o pérdida lleva inevitablemente a su extinción: sin confianza no hay negocio jurídico. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 3 de abril de 1990 (Ar. RJ 1990\3578): «... ha de destacarse que la relación del cliente con su Abogado está basada en la confianza de suerte que desaparecida ésta debe cesar dicha relación...» Confianza que no responde a una decisión caprichosa, pues un elemento esencial de esta actividad es la estrategia procesal, con decisiones de carácter intelectual que llevan a concluir que esta relación jurídica tampoco en España encaja en la figura del contrato de servicios y debe considerarse excluida de las reglas procedimentales de la LCSP: no procede la utilización de procedimientos competitivos, pues la prestación no es de mercado en sentido estricto, al no ser posible la “homogeneización de ofertas”.

Aplicar preceptivamente las reglas de la LCSP a la contratación de una actividad que en la normativa europea no tiene consideración de contrato público, sería cuestionable. En todo caso, sería necesaria una previsión legal expresa y motivada.

Avala esta interpretación la previsión del art. 20 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, al realizar la transposición de la Directiva de contratación para los denominados «sectores especiales» al considera como negocio excluido, en su artículo 20:

«c) Alguno de los siguientes servicios jurídicos:

1.º La representación y defensa legal de un cliente por un procurador o un abogado, ya sea en un arbitraje o en una conciliación celebrada en un Estado o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o ya sea en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.

2.º El asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el apartado anterior de la presente letra, o cuando exista una probabilidad alta de que el asunto sobre el que se

asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado».

Si este negocio se encuentra excluido en esa transposición, que responde a idéntica previsión que la de la Directiva de contratación pública (Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, 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, art. 21, c), la misma exclusión debe considerarse implícita en la LCSP. Si es un contrato excluido de la LCSP su naturaleza será, como todo contrato vinculado a la propiedad incorporeal (LCSP art. 9.2), de contrato privado, rigiéndose por sus propias normas, sin que sea de aplicación la previsión del artículo 26 LCSP, que se refiere a contratos públicos con régimen jurídico privado.

Tampoco se aplicarían los límites derivados del artículo 118 LCSP, porque no es un contrato menor, por lo que no habría límite temporal para el contrato, que vendrá vinculado al cumplimiento efectivo de la prestación, como se desprende del derecho privado aplicable y se admite el artículo 29 LCSP. Tampoco límite cuantitativo, aunque la retribución deberá estar explicitada en el contrato que se suscriba y ser adecuada a los honorarios propios de la actividad. Evidentemente, en tanto que contrato de una entidad del sector público deberá existir un expediente administrativo que justifique la necesidad de la prestación y los motivos de selección (aunque sea de forma sucinta), determinando las condiciones del contrato.

Esta interpretación está incorporada a la Ley Foral 2/2018, de Contratos públicos de Navarra, en el artículo 7.1, referido a negocios jurídicos excluidos:

«l) Los siguientes servicios jurídicos:

1.º 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.

2.º Asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el apartado anterior 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».

VI. Procedimientos adecuados para la contratación de servicios de defensa jurisdiccional

Si se decidiera la utilización de algún procedimiento de contratación pública para la selección en aras a una mayor transparencia, podría utilizarse un procedimiento abierto, un procedimiento restringido o un procedimiento negociado sin publicidad (art. 131 LCSP).

Lo fundamental es asegurar la mejor prestación en un materia tan sensible y singular como la defensa en juicio, siendo determinante el elemento cualitativo, basado en la experiencia o resultados previos. Como recoge la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Informe 52/2020), es fundamental la exigencia de una particular confidencialidad, por lo que resultan convenientes cláusulas conteniendo garantías reforzadas de confidencialidad, tanto durante la ejecución del contrato como con posterioridad a su finalización.

a) Procedimiento negociado

Sería aconsejable el procedimiento negociado sin publicidad, consultando a tres empresas –como hace la Administración General del Estado para seleccionar los peritos en los asuntos relativos a arbitrajes internacionales–, o incluso directamente a una. El artículo 168, a), 2º LCSP prevé la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad:

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

El artículo 178.3 LCSP establece que al seleccionar a los candidatos que vayan a participar en la fase de negociación, los órganos de contratación se basarán en particular en criterios relativos a la capacidad que los candidatos acrediten en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como de la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras. En los pliegos debe quedar claro el número de empresarios a los que el órgano de contratación invitará a participar en el procedimiento licitatorio, que no podrá ser inferior a tres, salvo que el

número de candidatos que cumplan los criterios de selección sea inferior a ese número. Las negociaciones podrán referirse a aspectos técnicos, temporales, de costes, entre otros, pero quedan fuera de las mismas los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación que se hubiesen perfilado en el pliego (artículo 179.3, 3º LCSP).

Durante la fase negociadora, los órganos de contratación han de velar por la igualdad de trato de todos los licitadores. Además, el artículo 179.6 LCSP indica que los órganos de contratación no revelarán a los demás participantes los datos confidenciales que les haya comunicado un candidato o licitador participante en la negociación sin el acuerdo previo de este.

Hay que destacar que la regulación vigente permite un procedimiento negociado sin publicidad cuando no exista alternativa o sustituto razonable o cuando exista de forma objetiva ausencia de competencia.

La posibilidad de acudir a un procedimiento negociado sin publicidad ex artículo 168 ha sido admitida por la Junta Consultiva de Contratación Pública (Informe 52/2020) afirmando que «en casos singulares, individualizados por su especificidad o excepcionalidad, en los que no quepa sino la adjudicación del contrato a profesionales concretos, pueda llegar a valorarse la aplicación de los supuestos del artículo 168 de la LCSP, pero siempre justificando sólidamente tales decisiones en el expediente de contratación». En un proceso judicial, con los tiempos de respuesta que se exigen y con la necesidad de poder utilizar el mejor asesoramiento en asuntos muy complejos (como lo son los relativos a la regulación energética, entre otros) parece justificada la utilización de este procedimiento, con motivación y justificando la no existencia de favoritismo ni de conflicto de intereses, como recuerda el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 16 de junio de 2022, Obshtina Razlog, C-376/21 (ECLI:EU:C:2022:472).

b) Procedimiento abierto

Si se pretendiese utilizar un procedimiento abierto, sería imprescindible una correcta fijación de los niveles de solvencia: en asuntos complejos o de especial relevancia, la proporcionalidad justifica exigir una experiencia que ponga en valor especiales conocimientos y habilidades en la defensa jurisdiccional del asunto concreto, siendo el precio un elemento accesorio.

En un procedimiento abierto los criterios de adjudicación son un elemento determinante para alcanzar la mejor adjudicación, por lo que su diseño, ponderación y sistema de puntuación deben estar debidamente alineados con este objetivo. Sin un estándar homogéneo de calidad, se rompe la regla de comparación de ofertas conforme a criterios de comparabilidad homogéneos, lo que quebraría el principio de igualdad de trato. La perspectiva de eficiencia debe

ser contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta

Difícilmente se puede considerar correcta una decisión contractual desde la perspectiva de la buena administración si entre los criterios de adjudicación no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación, máxime en una prestación como el asesoramiento y defensa en juicio. En este sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 20 de septiembre de 2018, Montte, C-546/16 (ECLI:EU:C:2018:752), al resolver una petición de decisión prejudicial planteada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma Vasca, sobre la admisibilidad de que en los procedimientos abiertos incorporen fases para valorar aspectos técnicos que, de no superar el umbral, comporten la exclusión de la oferta.

En la licitación se deberán fijar los elementos necesarios de adscripción al contrato y su ejecución, que no serán disponibles por el contratista. Adscripción que se configura como un «plus de solvencia», una obligación adicional exigible por el órgano de contratación de proporcionar unos medios concretos, de entre aquéllos que sirven para declarar a un licitador idóneo para contratar con la Administración (el art. 76 LCSP habla de concreción de las condiciones de solvencia).

En definitiva, en la contratación de servicios de abogado en procesos jurisdiccionales en los que se decida la utilización de un procedimiento abierto, el órgano de contratación deberá ser extremadamente cuidadoso en los niveles de exigencia de solvencia a exigir, además valorar las ofertas conforme a criterios que configuren la oferta técnica como determinante, en especial la cualificación y experiencia contrastada del abogado –o el equipo de abogados– encargado de la defensa judicial.

En cuanto a la opción de pago por resultados, como sería un pacto de cuota litis, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe 52/09, de 26 de febrero de 2010, referido al «Ámbito y exclusiones de los contratos de servicios. Posibilidad de que el precio del contrato consista únicamente en un porcentaje sobre los rendimientos obtenidos», afirma:

«Sí es posible retribuir al contratista única y exclusivamente con un porcentaje sobre el importe efectivamente cobrado (principal, intereses y sanciones), en los expedientes fruto de la colaboración entre el Ayuntamiento y el contratista».

En consecuencia, es posible la determinación de la retribución por resultados, que es una opción admitida en artículo 102 LCSP.

III. CONCLUSIONES

I. La normativa europea de contratación pública responde primariamente a la necesidad de garantizar la unidad del mercado interior. En función de ello se ha optado por delimitación objetiva de su ámbito de aplicación, basada en el concepto de contrato público. La opción por una delimitación de carácter funcional, no formal, obliga a determinar si un negocio jurídico es un contrato público. Esto a veces entra en conflicto con nuestra tradición jurídica, centrada en el contrato administrativo desde la perspectiva fundamentalmente subjetiva y de la prerrogativa. La incorporación de los parámetros interpretativos funcionales sentados por el Tribunal de Justicia implica que no toda relación jurídica onerosa celebrada por un poder adjudicador haya de calificarse como contrato público, incluso si tiene naturaleza contractual.

II. En la Directiva 2014/24, de contratación pública, se excluyen de su ámbito material determinados servicios jurídicos. En el artículo 10, d) se establece que «no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para arbitraje y conciliación y tampoco para cualquiera de los siguientes servicios jurídicos: representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo (de libre prestación de servicios por abogados), en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje; o en 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».

En consecuencia, los servicios de asesoría y representación en juicio, que se refieren exclusivamente a los servicios prestados por abogados en cualquier ámbito o especialidad del Derecho, no tienen la consideración de contrato público. La solución debería ser la misma en el ámbito nacional, dado que como se recuerda en la exposición de motivos de la Ley de Contratos del Sector Público, su finalidad es la correcta transposición del derecho europeo.

Este criterio ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 6 de junio de 2019, P. M. y otros contra Ministerraad, C-264/18 (ECLI:EU:C:2019:472), relativa a la exclusión de los servicios de arbitraje y conciliación y de determinados servicios jurídicos por la Directiva de Contratación, que resuelve una cuestión prejudicial en la que se plantea si el artículo 10, letras c) y d), incisos i), ii) y v), de la Directiva 2014/24 es compatible con el principio de igualdad, en relación con el principio de subsidiariedad y con

los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, al quedar estos servicios jurídicos excluidos de la aplicación de las normas sobre adjudicación establecidas en dicha Directiva, que sin embargo garantizan la competencia y la libre circulación en la contratación de servicios por las autoridades públicas. Para el Tribunal de Justicia no hay dudas de que esta relación jurídica está excluida de las normas de contratación pública porque no estamos en presencia de un contrato público de servicios. El motivo es el carácter singular de la prestación, basada en la confidencialidad y la prestación intelectual, lo que excluye la aplicación de las reglas de la contratación pública pues no son aplicables los principios vinculados a la tensión competitiva del mercado. En sentido concurrente, la imprescindible confianza mutua con el prestador del servicio, base sobre la que se construye la relación entre abogado y cliente.

En el ámbito de los sectores especiales, el Real Decreto Ley 3/2020 ha excluido estos negocios jurídicos. Dado que son categorías o conceptos europeos, su interpretación debe ser uniforme. Por ello hay que considerar que los servicios de defensa jurídica en procesos jurisdiccionales son contrato excluido de la LCSP y su naturaleza será de contrato privado (lo que significa que se regulan por sus propias normas, no siendo de aplicación la previsión del artículo 26 LCSP, pues se refiere a contratos públicos con régimen jurídico privado).

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. La consideración en la LCSP como contratos no armonizados de los relativos a la defensa en juicio por abogado reproduce la previsión de la Directiva de contratación pública, que los excluye de su ámbito. En consecuencia, la consideración como servicio no armonizado en este precepto legal no implica, en modo alguno, su sometimiento a las previsiones de la LCSP.

Informe 1/2023, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 14 de febrero de 2023.