



La posible exclusión de los servicios jurídicos prestados por abogado en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

Pelayo Piedra González

Abogado en Arpa & Consultores

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don César Tolosa Tribiño, don Xabier Arzo Santisteban, don José Luis López González, don Juan Francisco Mestre Delgado, don Ángel José Sánchez Navarro y don Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero.

Extracto

En el presente trabajo se estudia el marco normativo del contrato de servicios jurídicos y su relación con las normas deontológicas de la abogacía como posible argumentación jurídica para justificar la no consideración de dichos servicios como objeto de un contrato público. Realiza una reflexión jurídica sobre la inadecuada transposición de la Directiva 2014/24/UE al ordenamiento interno mediante la actual Ley de Contratos del Sector Público, siempre en relación con el contrato de servicios jurídicos cuando es prestado por abogado.

Palabras clave: contrato; abogado; transposición; servicios; administrativo.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Piedra González, P. (2019). La posible exclusión de los servicios jurídicos prestados por abogado en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Revista CEFLegal*, 227, 87-120.



The likely exclusion of legal services provided by lawyers off the Spanish Public Procurement Act

Pelayo Piedra González

Abstract

This work studies the legal framework of the legal services contract and its relation to lawyering deontological principles as a feasible legal argument to justify its exclusion from public procurement. Furthermore, the paper reflects on the inadequate transposition of Directive 2014/24/EU into the Spanish legal system via the Public Procurement Act, always related to the legal services contract when provided by a lawyer.

Keywords: contract; lawyer; transposition; services; administrative.

Citation: Piedra González, P. (2019). La posible exclusión de los servicios jurídicos prestados por abogado en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Revista CEFLegal*, 227, 87-120.



Sumario

1. Introducción
 2. La problemática de las exclusiones
 3. El principio de primacía del Derecho de la Unión
 4. Las directivas y el principio del efecto directo
 - 4.1. Breve referencia a las características de las directivas
 - 4.2. Las exigencias del efecto directo
 - 4.3. La prohibición del efecto directo descendente
 5. La cuestión prejudicial comunitaria
 6. Carácter contractual de los servicios jurídicos
 - 6.1. Los servicios jurídicos en la concepción del Derecho común
 - 6.2. Los servicios jurídicos en la Ley de Contratos del Sector Público
 7. Principios generales. Legalización de la fase de adjudicación
 - 7.1. Principios de la contratación. Prohibición de la libre designación
 - 7.2. Breve referencia al concepto de designación en la Ley Orgánica del Poder Judicial.
Conclusión
 8. La confianza como valor deontológico necesario en la relación abogado-cliente: su inadecuación con el contrato público
 - 8.1. La confianza, valor definidor de la relación abogado-cliente
 - 8.2. La incorporación del principio de integridad como principio especial en la contratación pública
 9. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

El día 28 de marzo de 2014, se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) las nuevas directivas en materia de contratación pública: son la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, y la Directiva 2014/25/UE sobre contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014. El conjunto de estas directivas, denominadas de cuarta generación, vienen a derogar y sustituir a las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE que representaban el marco normativo comunitario en materia de contratación pública.

El plazo de transposición y eficacia de las nuevas directivas se fijó en el 18 de abril de 2016, fecha en la cual los diferentes estados miembros debían tener en vigor sus normas internas de transposición e incorporación para adaptarse a las nuevas exigencias comunitarias en contratación pública (art. 51. Directiva 2014/24/UE). No obstante, nuestro país fue incumplidor con dicho plazo como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales en octubre de 2015 y la dificultad de formación de gobierno hasta junio de 2016, pese a que dicha situación no es motivo alegable para justificar las dilaciones indebidas en cuanto al cumplimiento del plazo de transposición (STJUE de 2 de marzo de 1982, asunto 94/8). No es hasta 2017 cuando finalmente se culmina el proceso de transposición mediante la aprobación y publicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), 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 que deroga 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 (TRLCSPP). La entrada en vigor de la nueva ley se produce en marzo de 2018, como señala su disposición final decimosexta.

En atención al nuevo marco normativo de la contratación pública, el presente trabajo tiene por objeto analizar los efectos de la transposición de las directivas de contratación en el contrato de servicios, en concreto, en el contrato de servicios jurídicos, teniendo presente la problemática existente en la actualidad con la celebración por las entidades adjudicadoras de esta modalidad contractual que, en ocasiones, difícilmente encuadra con los principios de objetividad, concurrencia, imparcialidad y selección de la oferta económicamente más ventajosa, exigibles en la adjudicación de contratos públicos; además, siendo consciente de las novedades incorporadas por la directiva de contratación pública que excluye de su ámbito objetivo de aplicación determinadas modalidades de servicios jurídicos que no fueron respetadas e incorporadas por la nueva LCSP. Se nos plantea, como consecuencia de lo anterior, la posibilidad de la existencia del efecto útil o efecto directo de las directivas comunitarias.

Como es conocido, la confianza entre abogado y cliente es uno de los principios esenciales y vertebradores de la abogacía, principio que, junto con otros, es incluso regulado alcanzando, lejos ya de simples propuestas éticas o morales, un nivel normativo claramente vinculante. La abogacía se inspira en principios como la confianza, lealtad, experiencia, trato personalizado, libertad e independencia del abogado, diligencia y secreto profesional, como dispone el Código Deontológico de la Abogacía Española de 27 de septiembre de 2002 (CDAE). Se trata de principios subjetivos y relativos a las opiniones de cada cliente que no siempre son susceptibles de una valoración objetiva mediante un procedimiento estricto y tendente a la imparcialidad y neutralidad, como lo son los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, evitando, no obstante, que las entidades adjudicadoras puedan caer en favoritismos o «adjudicaciones a dedo». La directiva de contratación pública se hace eco de esta singular situación al excluir de su ámbito objetivo de aplicación determinados servicios jurídicos. Sin embargo, la nueva LCSP no incorpora dichas exclusiones.

2. La problemática de las exclusiones

La Directiva 2014/24/UE introduce cambios normativos importantes en el régimen jurídico de los contratos de servicios y, en particular, en el contrato de servicios jurídicos. En este sentido, la sección tercera, dedicada a las exclusiones del capítulo I del título I de la directiva de contratación pública, regula en su artículo 10 las exclusiones específicas relativas a contratos de servicios y señala en su apartado d) lo siguiente:

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 (25) 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,

iii) servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario,

iv) servicios jurídicos prestados por administradores, tutores u otros servicios jurídicos cuyos proveedores sean designados por un órgano jurisdiccional en el Estado

miembro en cuestión o designados por ley para desempeñar funciones específicas bajo la supervisión de dichos órganos jurisdiccionales,

v) otros servicios jurídicos que en el Estado miembro de que se trate estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público.

Conforme con el contenido de la directiva de contratación pública, los servicios que tengan por objeto los determinados en el artículo 10 d) estarán excluidos del ámbito objetivo de la directiva de contratación pública 2014/24/UE y de la sujeción a la contratación pública. La Directiva 2014/24/UE hace referencia para fundamentar esta exclusión a la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el libre ejercicio de los servicios propios de la abogacía en el ámbito comunitario. Además, la Directiva 2014/24/UE justifica la exclusión de los servicios jurídicos a los que hace referencia su artículo 10 d) con el contenido del considerando 25 al afirmar lo siguiente:

Determinados servicios jurídicos son facilitados por proveedores de servicios nombrados por un tribunal o un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, implican la representación de clientes en un proceso judicial por abogados deben ser prestados por notarios o guardar relación con el ejercicio de una autoridad oficial. Dichos servicios jurídicos son prestados normalmente por organismos o personas nombrados o seleccionados mediante un procedimiento que no puede regirse por las normas de adjudicación de los contratos, como ocurre, por ejemplo, en algunos Estados miembros, con el nombramiento del ministerio fiscal. Por consiguiente, estos servicios jurídicos deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva. (Considerando 25. Directiva 2014/24/UE, p. 5)

Por otro lado, la Directiva 2014/24/UE regula en su artículo 4 los umbrales que determinan cuándo un contrato, según su valor estimado de contratación, será considerado un contrato sujeto a regulación armonizada (SARA), disponiendo en su apartado d) el umbral de 750.000 euros para los servicios sociales y los servicios específicos recogidos en el anexo XIV, entre los que se encuentran los contratos de servicios jurídicos «en la medida en que no estén excluidos en virtud del artículo 10, letra d)», como afirma el mencionado anexo (anexo XIV. Directiva 2014/24/UE, p. 168) En consecuencia, cuando el valor estimado sea igual o superior a dicha cantidad, el contrato de servicios jurídicos será un contrato SARA y estará sujeto al régimen propio de dichos contratos.

Por tanto, los contratos de servicios jurídicos únicamente quedarán sujetos al ámbito de la contratación pública cuando el importe del contrato supere el umbral del artículo 4 d) y siempre que el objeto del contrato no guarde vinculación con los negocios excluidos expresamente por la Directiva 2014/24/UE en su artículo 10 d). En este sentido se ha pronunciado el Informe 14/2016, de 20 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, que afirma que los contratos destinados a la prestación de servicios jurídicos quedarán sujetos a la Directiva 2014/24/UE exclusivamente en dos condiciones: «La primera, que el importe del contrato supere los umbrales económicos fijados en el artículo 4 de la Directiva

2014/24/UE. Y la segunda, que el objeto del contrato no haya sido objeto de una exclusión expresa conforme a lo dispuesto en los artículos 7 a 17 de la citada Directiva» (pp. 6 y 7).

Hasta la transposición de las nuevas directivas de contratación, la duda sobre la capacidad de la aplicabilidad directa del artículo 10 d) se desestimó según la prohibición del efecto directo vertical descendente por la falta de desplazamiento normativo formal (Junceda Moreno, 2017). El problema es la llegada de la nueva LCSP, con la que, lejos de resolverse el problema, continúa, por su falta de adaptación y transposición en cuanto a las exclusiones se refiere.

Así pues, la nueva LCSP, que tiene como principal finalidad la transposición de las directivas de contratación pública, dedica la sección segunda del título preliminar a determinar los negocios y contratos excluidos, delimitando su ámbito objetivo de aplicación. A lo largo de la sección no se menciona el contenido del artículo 10 d) de la directiva de contratación pública, solamente los artículos 11.3 y 11.2 disponen la exclusión de los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación y las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público sujeto por el usuario a tarifa, tasa o precio público. No obstante, el artículo 19 de la LCSP, dedicado a la delimitación general de los contratos SARA, regula en su apartado segundo aquellos contratos que no estarán sujetos a regulación armonizada cualquiera que fuere su valor estimado de contratación y, en particular, el apartado e) dispone:

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.

En consecuencia, podemos concluir que existe una falta de adaptación entre la LCSP y la Directiva 2014/24/UE, al menos, en cuanto a las exclusiones de los servicios jurídicos del ámbito de la contratación pública se refiere, ya que, en lugar de incorporar las exclusiones a la luz de la directiva de contratación pública, regula los servicios jurídicos excluidos como contratos no SARA pero que continúan sujetos al ámbito objetivo de la contratación pública, impidiendo alcanzar el resultado de la directiva.

Se abre un debate sobre la posible invocación del efecto directo y la superación o no del efecto directo vertical descendente ante la finalización del proceso de transposición

formal de las directivas, sobre la naturaleza y los motivos de las exclusiones de los servicios jurídicos, la relación y contradicción entre los principios del ejercicio de la abogacía y el tratamiento todavía de algunos servicios jurídicos como contratos públicos de servicios.

3. El principio de primacía del Derecho de la Unión

El Tribunal Constitucional ha definido el principio de primacía como la regla jurídica mediante la cual, ante diferentes normas válidas, unas ceden ante las otras en función de su ámbito de aplicación, no necesariamente vinculadas por la jerarquía normativa (STC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4.º [NCJ040785], STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4.º; STC 239/2012, de 13 de diciembre, FJ 5.º [NCJ059200]; STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 10.º [NFJ017002]). En concreto, el Tribunal Constitucional entiende que el principio de primacía:

No se sustenta necesariamente en la jerarquía, «sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones», lo que obliga al juez nacional o a la Administración pública, en su caso, a aplicar la norma prevalente y a dejar sin efecto a la norma desplazada, aun cuando no haya sido expulsada del ordenamiento jurídico (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5.ª [NCJ057249]).

El Derecho de la contratación pública coexiste íntimamente y de forma indudable con la influencia del Derecho de la Unión Europea, entendiendo este como un ordenamiento jurídico completo y autónomo que goza de su propio sistema de fuentes normativas, que surgen de las instituciones comunitarias, con procedimientos propios de naturaleza ejecutiva, así como sancionadora ante posibles incumplimientos. No podemos dejar de apuntar que un Estado que se integra en la Unión Europea participa de un sistema distributivo de competencias entre la Unión Europea y el propio Estado miembro (art. 93 CE). El Estado debe acatar la distribución competencial, cediendo soberanía ante el mandato comunitario, siendo una materia destacada la contratación pública, por su enorme importancia económica y social (Considerando 3, Directiva 2014/24/UE).

El Derecho de la Unión Europea se articula en un Derecho originario y un Derecho derivado (Coscolluela Montaner, 2018), ambos forman un ordenamiento definido que se fundamenta, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en los principios de primacía, autonomía y efecto directo, principios que deben ser utilizados por las entidades adjudicadoras, autoridades públicas y órganos jurisdiccionales en la aplicación e interpretación de la normativa comunitaria y nacional (Edward, 1995).

La primacía del Derecho comunitario es un principio constitutivo y vertebrador de la Unión. Su configuración conceptual y definición se debe a la jurisprudencia del Tribunal de

Justicia (STJUE de 13 de febrero de 1969, asunto 14/68; STJUE de 22 de octubre de 1998, asuntos acumulados 10/97-22/97 [NFJ006833]); entre otras, es ilustrativa y ha sido destacada por la doctrina la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto 6/64 *Costa/ENEL*. En ella se planteaba al Tribunal de Justicia si una ley nacional posterior podía contradecir lo dispuesto por los tratados comunitarios. La sentencia lo resuelve en los siguientes términos al señalar, entre otros puntos, lo siguiente:

Que, en efecto, al instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y más en particular de poderes reales derivados de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, estos han limitado su soberanía, aunque en materias específicas, y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos

[...] tienen como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento.

También es destacable la influencia de la Sentencia de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, caso *Simmenthal*, que también hace referencia a una modificación por ley nacional posterior, la cual, entre otros puntos, afirma lo siguiente:

Que, a mayor abundamiento, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, no solamente hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos, sino también –en tanto que dichas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados–, impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias.

El principio de primacía es fundamental para entender la aplicación del Derecho comunitario y su virtualidad armonizadora en los Estados miembros. Su vinculación tanto para los ciudadanos como para las autoridades nacionales, ya sea judiciales o administrativas, es incuestionable (STJCE de 7 de junio de 1981, asunto 158/80, ap. 43).

Por todo ello, parece claro, fijando siempre la atención en el problema central de este trabajo, que una disposición legal, normativa, administrativa o de cualquier rango no puede contradecir o incumplir las normas comunitarias que son superiores y preferentes en su aplicación a las nacionales.

4. Las directivas y el principio del efecto directo

4.1. Breve referencia a las características de las directivas

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) regula en su artículo 288 los actos jurídicos de los que se sirven las instituciones comunitarias para el desarrollo y ejercicio del conjunto de competencias de las que son titulares. Son los reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El mismo apartado dispone que obligarán al Estado miembro en cuanto al resultado (STJUE de 18 de junio de 2002, asunto 60/01, ap. 26 y ss.; STJUE de 14 de julio de 1994, asunto 91/92, ap. 21 y 26, y STJUE de 24 de septiembre de 1998, asunto 76/97, ap. 25, 26, 27 y 42) que deba conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Las directivas son el instrumento preferido para armonizar la regulación de la contratación pública en el ámbito comunitario, permitiendo a los Estados miembros adaptarse a las exigencias de las mismas pero respetando las peculiaridades y singularidades de cada Estado.

No tienen un alcance general porque solamente obligan a los Estados miembros que son sus destinatarios, ya sean uno, varios o todos; obligan en cuanto al resultado, dejando la elección de la forma y de los medios a los Estados miembros que deben transponer las directivas (art. 288 TFUE) a su ordenamiento interno según sus peculiaridades. En todo caso, el cumplimiento y adaptación a las exigencias normativas de la directiva se debe hacer en un plazo de transposición determinado, que de no cumplirlo la directiva adquiere, como veremos seguidamente, un efecto directo o efecto útil.

4.2. Las exigencias del efecto directo

El efecto directo permite a los destinatarios, sean Estados miembros o particulares, la exigencia e invocación del Derecho comunitario ante los órganos jurisdiccionales internos debido a la inobservancia, falta de aplicación o incorporación tardía e incorrecta del Derecho europeo. En concreto, podemos diferenciar entre un efecto directo horizontal (vincula a los particulares entre sí), un efecto directo vertical ascendente (vincula a los particulares contra el Estado) propio de la contratación pública y un efecto vertical descendente (vincula al Estado contra los particulares), prohibido en el ámbito de la contratación pública (Lezertua Rodríguez, 1985).

El principio del efecto directo fue conceptualizado y desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia mediante la Sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend and Loos* que introduce este principio para asegurar la aplicabilidad de los tratados y las normas derivadas de los mismos. En el supuesto de una directiva, como es el caso con las directivas de contratación, el Tribunal de Justicia exige el cumplimiento de las condiciones de incondicionalidad, precisión, claridad y atribución de derechos para asegurar la virtualidad del

efecto directo (STJUE de 5 de abril de 1979, asunto 148/78; STJUE de 24 de septiembre de 1998, asunto 76/97, apartados 44 y 46).

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 1982, asunto 8/81, *Ursula Becker contra Finanzant Munster-Innenstadt* (NFJ000004), sostiene lo siguiente:

En cambio, se suscitan problemas concretos en el caso en que un Estado miembro no ha ejecutado correctamente una Directiva y, más especialmente, en el caso en que las disposiciones de una Directiva siguen sin ejecutarse al finalizar el plazo fijado para su ejecución. (ap. 20)

Especialmente en los casos en que las autoridades comunitarias obliguen a los Estados miembros, por medio de una Directiva, a actuar de determinada manera, la eficacia de dicha medida resultaría debilitada si los justiciables no pudieran invocarla ante los Tribunales, ni los órganos jurisdiccionales nacionales pudiesen tomarla en consideración como elemento del Derecho comunitario. (ap. 23)

Así pues, en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva parecen ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones, si no se han adoptado dentro del plazo prescrito medidas de aplicación, pueden ser invocadas contra cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, o en la medida en que definen derechos que los particulares pueden alegar frente al Estado. (Ap. 25)

Entre los diversos pronunciamientos recaídos en este sentido (STJUE de 4 de diciembre de 1974, asunto 41/74, ap. 12 y 13) también podemos destacar la STJUE de 2 de junio de 2005, asunto 15/04, caso *Koppensteiner GMBH*, que señala como condiciones para la aplicabilidad directa de las normas comunitarias lo siguiente:

Incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que este puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende [...] de la Directiva.

En consecuencia, como afirman Caamaño, Gimeno, Sala y Quinteros (2017, p. 111), «los particulares ven reforzada su esfera jurídica y el Derecho comunitario logra que su efecto útil, es decir, su funcionalidad, no se vea desvirtuada por una eventual inejecución de las Directivas comunitarias por un Estado miembro».

En el ámbito de la contratación pública, donde actúan las entidades adjudicadoras (STJUE de 13 de enero de 2005, asunto 84/03, ap. 17, 18, 19, 27 sobre el concepto europeo de organismo público y poder adjudicador en relación con la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993) con facultades especiales ante los demás operadores económicos particulares, debemos analizar también su vinculación con las exigencias comunitarias y su-

jeción al resultado perseguido por las directivas de contratación. Recientemente, la STJUE de 10 de octubre de 2017, asunto 413/15 dispuso lo siguiente:

Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal de Justicia ha admitido que los justiciables pueden invocar disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de una directiva no solo frente a un Estado miembro y todos los órganos de su Administración, como las autoridades descentralizadas (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de junio de 1989, *Costanzo*, 103/88, EU:C:1989:256, apartado 31), sino también, como se ha recordado en el marco de la respuesta a la primera cuestión prejudicial, frente a organismos o entidades sometidos a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de facultades exorbitantes en relación con los que se deriven de las normas aplicables en las relaciones entre particulares (sentencias de 12 de julio de 1990, *Foster* y otras, C-188/89 (NSJ000685), apartado 18, y de 4 de diciembre de 1997, *Kampelmann* y otros, C-253/96 (NSJ001965) y C-258/96, (NSJ001965), apartado 46). (Ap. 33)

Tales organismos o entidades se distinguen de los particulares y deben asimilarse al Estado, bien porque se trata de personas jurídicas de Derecho público que forman parte del Estado en sentido amplio, bien porque están sometidos a la autoridad o al control de una autoridad pública, bien porque esta autoridad les ha encomendado ejercer una misión de interés público y a tal fin se les ha dotado de las mencionadas facultades exorbitantes. (Ap. 34)

Una vez que hemos analizado el efecto directo vertical ascendente con carácter general y su carácter vinculante tanto para la Administración como para los poderes adjudicatarios, debemos centrarnos en saber si el artículo 10 d) de la directiva de contratación pública cumple con las condiciones de precisión, incondicionalidad y claridad. En efecto, el ya citado Informe 14/2016, de 20 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, basándose en su Informe de 17/2015, de 3 de diciembre, ya dispuso que:

El artículo 10 d) de la Directiva 2014/24/UE puede considerarse un precepto claro y preciso respecto de la exclusión del ámbito de la regulación de la Directiva de los trabajos servicios jurídicos de defensa mediante abogado, por lo que cumpliría con tales requisitos para su aplicación directa.

Por otro lado, los Tribunales Administrativos de Contratación Pública mediante su Documento de estudio ante el vencimiento del plazo de transposición, presentado el 1 de marzo de 2016, mantuvieron que tienen efecto directo, entre otros preceptos, las exclusiones previstas en el artículo 10 de la directiva de contratación por vincularse el precepto con el ámbito de aplicación de la directiva.

No obstante, hay que analizar cada negocio excluido del artículo 10 d) para saber cuáles cumplen con las condiciones del efecto directo, teniendo además presente la reciente sen-

tencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2017, asunto 592/15 (NFJ065448), caso *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*, que señala, entre otros puntos:

En lo que atañe al artículo 13, parte A, apartado 1, letra n), de la Sexta Directiva, es preciso recordar que la exención establecida en esta disposición se refiere a «determinadas prestaciones de servicios culturales». Por lo tanto, esta disposición no especifica qué prestaciones de servicios culturales los Estados miembros están obligados a eximir. En efecto, no contiene una lista exhaustiva de servicios culturales que deban estar exentos, ni una obligación para los Estados miembros de eximir todas las prestaciones de servicios culturales, sino que se refiere únicamente a «determinadas» prestaciones. En consecuencia, la citada disposición deja a los Estados miembros la tarea de determinar qué prestaciones de servicios culturales se benefician de tal exención. (Ap. 14)

Teniendo presente este criterio, podemos dudar sobre el efecto directo del apartado v) y iii) del artículo 10 d) de la Directiva 2014/24/UE al utilizar expresiones indeterminadas y poco exhaustivas; sin embargo, como señalan los anteriores informes administrativos citados, no dudamos de la claridad, concreción e incondicionalidad del contenido restante del artículo 10 d), pudiendo ser invocado ante los órganos jurisdiccionales internos. En consecuencia, una persona física o jurídica en ejercicio de las actividades propias de la abogacía podría invocar ante los órganos jurisdiccionales las exclusiones del artículo 10 d) que llevarían a estos, posiblemente, a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia para interpretar su contenido.

4.3. La prohibición del efecto directo descendente

Independientemente del cumplimiento de las condiciones del efecto directo, en el ámbito de la contratación pública rige la prohibición del efecto directo vertical descendente (STJUE de 24 de enero de 2012, asunto 282/10 (NSJ042626), ap. 33, 37 y 38) debido a la falta de transposición formal de la norma comunitaria. Este principio delimitador de los efectos directos de las directivas supone que un Estado miembro y, en concreto, la entidad con facultades exorbitantes (art. 3 LCSP) dedicada a la prestación de un servicio público, no pueda invocar el contenido de una directiva no transpuesta formalmente susceptible de generar efectos que impongan obligaciones y limitaciones a los derechos de los particulares. De tal forma se desprende, de la STJUE de 14 de julio 1994, asunto 91/92, caso *faccine dori* lo siguiente:

Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, a partir de la sentencia de 26 de febrero de 1986, *Marshall* (152/84 [NSJ056472], Rec. p. 723), apartado 48, que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona. (Ap. 20)

En tal sentido, merece destacar el pronunciamiento de la STJUE de 24 de enero de 2012, asunto 282/10 (NSJ042626), caso *Domínguez*, que dice:

De este modo, entre las entidades a las que se pueden oponer las disposiciones de una directiva que puedan tener efectos directos figura un organismo al que, cualquiera que sea su forma jurídica, le ha sido encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, el cumplimiento, bajo el control de esta última, de un servicio de interés público y que dispone, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares (véanse, en particular, las sentencias *Foster* y otras, antes citada, apartado 20; *Collino y Chiappero*, antes citada, apartado 23, y de 19 de abril de 2007, *Farrell*, C356/05 (NCJ048666), Rec. p. I3067, apartado 40). (Ap. 39)

Además, es comentada por la doctrina la STJUE de 12 de diciembre de 2013, asunto 425/12, caso *Portgás*, la cual dispone:

De ello resulta que, según reiterada jurisprudencia, una directiva no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada como tal contra dicha persona ante un tribunal nacional. (ap. 22)

En lo que atañe a las entidades contra las que pueden invocarse las disposiciones de una directiva, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que esas disposiciones pueden ser invocadas por el Estado, sea cual sea la condición en la que actúa, como empleador o como autoridad pública. En efecto, en uno y otro caso hay que evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión. (Ap. 23)

En efecto, es necesario que dicho servicio de interés público se preste bajo el control de una autoridad pública y que la citada empresa disponga de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares (véase, en este sentido, la sentencia *Rieser Internationale Transporte*, antes citada, apartados 25 a 27). (Ap. 26)

Los documentos administrativos de carácter consultivo que se han citado anteriormente entienden que sería un perjuicio para los particulares la falta de publicidad y licitación de los contratos a los que se refiere el artículo 10 d) de la Directiva 2014/24/UE. Por esa razón, se aplica la prohibición del efecto directo vertical descendente. En concreto, el Documento de estudio de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública (2016) afirma, refiriéndose a los servicios excluidos del artículo 10 d) de la directiva de contratación pública, que «los poderes adjudicadores no pueden acogerse al efecto directo de los preceptos no traspuestos de la Directiva que les permiten, por ejemplo, exceptuar de la licitación con publicidad y concurrencia ciertos tipos de contratos» (p. 11). No obstante, los mismos documentos citados, entre otros, el Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña y el Informe 5/2015, de 3 de diciembre, de la Junta

Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, son de fecha anterior a la aprobación de la LCSP, habiendo cumplido esta la transposición formal de las directivas de contratación pública, conllevando un desplazamiento normativo aunque de forma incompleta, lo que supone un motivo para invocar su efecto directo.

En consecuencia, un Estado miembro y cualquier organismo, ente o entidad que tengan atribuidas facultades y potestades exorbitantes para la prestación de un servicio público no pueden invocar el contenido de una directiva imponiendo o limitando los derechos de los particulares, es decir, que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión. Por ello, se considera que la falta de publicidad y licitación, objetivos y finalidades que prevé la Directiva 2014/24/UE respecto a determinados servicios jurídicos genera un beneficio a la entidad adjudicadora en contra de los particulares. No obstante, a pesar de la transposición formal de la directiva, los fundamentos del efecto directo descendente se basan en una relación vinculada con un servicio público prestado por una entidad con la condición de poder adjudicador. Sin embargo, podríamos considerar que fuera de esa esfera no existiría una relación con facultades exorbitantes, sino una relación de igualdad entre entes con personalidad propia, física y jurídica, realizando un negocio no sujeto al control propio del ámbito público. Por todo ello, en el presente trabajo se analizarán los convenientes e inconvenientes de las exclusiones del artículo 10 d) y sus consecuencias prácticas, se analizará la concepción del servicio jurídico como negocio sujeto a contrato privado y su exclusión de la esfera del contrato público, se estudiarán las especialidades de la abogacía y su inadecuación con el procedimiento administrativo de adjudicación; siempre en atención al objeto de la Directiva 2014/24/UE.

5. La cuestión prejudicial comunitaria

Debemos hacer una referencia al sistema previsto en la normativa comunitaria que permite al particular invocar el efecto directo ante la falta de adaptación del ordenamiento interno al Derecho comunitario. El artículo 267 del TFUE establece que el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse: «a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión». También el Tratado de la Unión Europea (TUE) regula en su artículo 19.3 b) la cuestión prejudicial como mecanismo de interpretación y aplicación del Derecho comunitario.

La cuestión prejudicial comunitaria tiene como finalidad asegurar una interpretación armonizadora y uniforme del Derecho de la Unión (STS, Sala 3.ª, 418/2012, de 26 de mayo, FJ 2.º), siendo un instrumento más al servicio de los jueces y tribunales para la depuración del ordenamiento jurídico (STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 4.º [NFJ017002]). En tal sentido, se pronuncia la Sentencia de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, caso *Cilfit*, al razonar: «Esta obligación se inserta en el marco de la colaboración, instituida con el fin de garantizar la correcta aplicación y la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros» (ap. 7). Consecuentemente, la cuestión prejudicial será el medio procesal idóneo para invocar el efecto directo de la directiva de contratación, permitiendo así su aplicación uniforme.

El órgano jurisdiccional nacional que conozca del asunto concreto será competente para plantear la cuestión prejudicial, previa solicitud de una de las partes en el proceso, salvo que sea el órgano, como juez nacional y europeo, el que invoque la cuestión de oficio (STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, ap. 6, 9, 10 y 11) y siempre «si estima necesario una decisión al respecto para poder emitir su fallo», señala el artículo 267 del TFUE.

Como hemos avanzado, son los órganos jurisdiccionales los competentes para recurrir a la cuestión prejudicial (STJUE de 30 de junio de 1966, asunto 61/65). Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reconocido la misma capacidad a órganos no jurisdiccionales o, incluso, de carácter administrativo como el Tribunal de Defensa de la Competencia, el Tribunal Económico-Administrativo o, recientemente, al Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público mediante la STJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, asunto 203/14 ([NCJ060825] en particular Ap.17, 18, 19, 21 y 23).

Sobre la cuestión prejudicial es destacable el problema de la falta de previsión en nuestro ordenamiento jurídico procesal de los efectos suspensivos que su planteamiento tiene, más en concreto, en supuestos análogos a los sometidos ya a cuestión prejudicial. No obstante, la cuestión prejudicial se plantea en un procedimiento concreto que ante la falta de previsión normativa sobre el efecto suspensivo debe entenderse innecesaria. Como señala Huerta Garicano (2015), «razones de seguridad jurídica exigen también la continuación del procedimiento, al no existir, como acabo de decir, previsión normativa en tal sentido».

El Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2011 señala:

Siendo ello cierto, también lo es que nada impide apreciar, en defecto de una previsión específica en nuestras leyes procesales para casos que guardan una cierta analogía, la procedencia de suspender el señalamiento para votación y fallo de un recurso contencioso-administrativo (*a fortiori* si es la misma parte en ambos casos quien las ha planteado), cuestiones que afectan a la adecuación al Derecho de la Unión Europea de una disposición general como la que es objeto de este litigio. De hecho, esta Sala ha suspendido, por la misma causa, otros procesos similares en los que concurría aquella circunstancia.

Por otra parte, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común prevé, en su artículo 22, la suspensión del plazo máximo para resolver cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de la Unión Europea y cuando exista un procedimiento no finalizado en el ámbito de la Unión Europea que condicione directamente el contenido de la resolución administrativa correspondiente, sin perjuicio de tener presente lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP sobre la suspensión automática del procedimiento de contratación cuando el acto impugnado sea el de adjudicación y se trate de un contrato de servicios con valor estimado igual o superior a 100.000 euros, según su artículo 44.

En resumen, debido a las cuestiones expuestas sobre el régimen jurídico del artículo 10 d) de la Directiva 2014/24/UE, en concreto, sobre si cumple con las condiciones del efecto

directo ascendente o continúa presidiendo el principio del efecto directo descendente, el particular deberá solicitar, sabiendo que se trata de una potestad de oficio, al juez o tribunal que conozca del asunto concreto, la necesidad de adoptar una cuestión prejudicial que permita interpretar la adecuación del ordenamiento interno al Derecho comunitario y la finalidad o resultado perseguido por la Directiva 2014/24/UE con las exclusiones de los servicios jurídicos.

6. Carácter contractual de los servicios jurídicos

6.1. Los servicios jurídicos en la concepción del Derecho común

El presente apartado tiene por objeto estudiar el carácter contractual de los servicios jurídicos desde su perspectiva civilista. Como ya hemos tenido ocasión de ver, los servicios previstos en el artículo 10 d) de la directiva de contratos públicos hacen referencia a las actividades de defensa y representación en proceso tanto jurisdiccional como no jurisdiccional, así como las labores de asesoramiento jurídico, información y llevanza de documentación jurídica por un abogado. La relación jurídica entre un abogado con su cliente que consista en el desarrollo de esos servicios se encuentra definida por la jurisprudencia como un contrato de arrendamiento de servicios que comporta una obligación medial (STS de la Sala de lo Civil 437/2012, de 28 de junio [NCJ057451]; 462/2010, 14 de julio [NCJ052918]; 173/2010, de 31 de marzo [NCJ052537]; 64/2010 de 23 de febrero [NCJ051985]).

El artículo 1544 del Código Civil prescribe que «en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto». El contrato de servicios es un contrato consensual, bilateral, sinalagmático, oneroso y que se formaliza y ejecuta *intuitu personae* debido a que, como afirma Ortega Reinoso (2014, p. 17), «el arrendatario lo celebra teniendo en cuenta las cualidades personales y profesionales del arrendador». El contenido de estos contratos de servicios no laborales no es definido exclusivamente por la voluntad de las partes, sino que mantiene una estrecha vinculación con las normas corporativas de cada profesión. Así señalan Martínez de Aguirre, Pablo Contreras, Pérez Álvarez y Parra Lucán (2011, pp. 669-670) que ante la falta de regulación

tales contratos se rigen, además de por la voluntad de los contratantes, por los usos y costumbres, las reglas generales sobre obligaciones y contratos y, en su caso, reglas específicas de carácter profesional o corporativo (señaladamente, la normativa sobre Colegios Profesionales, los Estatutos profesionales y, en su caso, los códigos deontológicos).

Otra esencial característica de estos contratos es el tipo obligacional que adquiere el abogado, considerado de medios y no de resultado, debido a que este no depende de su actuación, sino de la decisión de un tercero, sea un juez, tribunal, arbitro o cualquier otra instancia con potestad para resolver.

Así, entre otras (STS de la Sala Primera 283/2014, de 20 de mayo [NCJ058520]; STS 78/2005, de 18 de febrero [NCJ039302]), la Sentencia 482/2006 (NCJ050028), de 23 de mayo, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuyo FJ 3.º señala:

La calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es, en la inmensa mayoría de los casos (salvo muy concretas excepciones) de contrato de prestación de servicios, que define el art. 1544 del Código Civil. La prestación de servicios, como relación personal *intuitu personae* incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del art. 1258 del Código Civil y que impone al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional.

También sobre la obligación de medios, la Sentencia 1291/2002, de 30 de diciembre de la Sala Primera del Tribunal Supremo dispone (FJ 3.º):

Ha de tenerse en cuenta que el Abogado no puede ser responsable de un acto de tercero (el órgano judicial), que puede estar o no de acuerdo con la tesis y argumentaciones que hayan formulado en defensa de los intereses encomendados [...] la prestación de servicios por parte del Abogado y Procurador con respecto a sus clientes, su contenido se integra en una obligación medial y no de resultado, pues, notorio y sabido es, que nunca pueden los citados profesionales garantizar el éxito de cualquier decisión judicial y, menos aún, la evitación de los perjuicios irrogados por un procedimiento judicial trabado contra quien confió la defensa de sus intereses a susodichos profesionales.

En el mismo sentido, más reciente, la Sentencia 328/2010, de 27 de mayo de la misma Sala del Tribunal Supremo, en su FJ 7.º dice:

El deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador.

Pero dentro de las actividades que enumera el artículo 10 d) de la Directiva 2014/24/UE existen actividades que pudieran ser consideradas constitutivas de una obligación de resultado y no de medios. Sería el supuesto de las labores de asesoramiento e información, funciones propias de la profesión de la abogacía, como señala el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE). En concreto, como detalla el artículo 6 del mismo cuerpo normativo al disponer que «corresponde en ex-

clusiva la denominación y función de Abogado al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico»; en términos similares el artículo 542.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) al señalar que «corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico». Estas funciones tienen una mayor incidencia e importancia al tratarse de servicios prestados a las Administraciones públicas donde el asesoramiento y los servicios tendentes al consejo jurídico constituyen una actividad indispensable y, en la mayoría de los asuntos, previa y desligada del futuro proceso jurisdiccional. Así, por ejemplo, sería el supuesto de la elaboración de dictámenes o informes de contenido jurídico que permiten aconsejar y ofrecer las diferentes consideraciones jurídicas al cliente, es decir, en el caso que nos ocupa, a la Administración pública, y que no siempre terminan en pleito. Servicios que aparentemente podrían entenderse como una obligación de resultado por consistir en una prestación de obrar no dependiente su resultado, cumplimiento y decisión de un tercero ajeno a la relación abogado-cliente. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo así lo entendió en diferentes pronunciamientos (STS de la Sala Primera 8891/2002, 30 de diciembre de 2002; STS de la Sala Primera 8024/2003, de 12 de diciembre de 2003), por ejemplo, en su Sentencia 5585/1998, de 3 de octubre, cuyo FJ 3.º señala que «es un contrato de arrendamiento de servicios el que le vincula con su cliente, salvo que haya sido contratado para una obra determinada, como un informe o dictamen».

No obstante, esta duda es resuelta por la Sentencia 111/2007 (NCJ045493), de 8 de febrero de 2007 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuyo FJ 1.º aclara:

En esta clase de actuaciones mixtas, de asesoramiento jurídico puro, propio de la labor del Letrado (incluida la redacción de documentos y de «notas» para la escrituración pública de los acuerdos logrados: ventas, cesiones, obtención de informes periciales, transacciones), y de mera gestión en cuanto esta sea de mero complemento de la anterior, acercaría su quehacer, pero siempre partiendo del contrato de arrendamiento de servicios, al contrato de mandato.

En consecuencia, en el contrato de arrendamiento de servicios son aparentemente subsumibles los servicios jurídicos que la directiva de contratación pública excluye de su ámbito de aplicación, siendo este tipo contractual de arrendamiento de servicios el que la jurisprudencia establece como el contrato típico o modelo entre un abogado y su cliente.

6.2. Los servicios jurídicos en la Ley de Contratos del Sector Público

La LCSP, como normativa reguladora por razón de la materia de la actividad contractual de las entidades del sector público, dispone en su artículo 24 que los contratos del sector público estarán sometidos a un régimen jurídico de derecho administrativo o de derecho privado.

La LCSP considera contratos administrativos típicos, siempre que sean celebrados por una Administración pública, según su artículo 25.1 a), a los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicio, suministro y servicios. Sin embargo, considera contratos administrativos atípicos o especiales, según su artículo 25.1 b), aquellos que así expresamente sean clasificados por una ley, y aquellos otros de objeto distinto a los mencionados anteriormente pero que permitan satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración o se vinculen con su giro o tráfico específico (García de Enterría y Fernández Rodríguez, 2015). El régimen jurídico de los contratos administrativos viene regulado en el artículo 25.2 de la LCSP, disponiendo que las fases de preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción quedan sujetas a lo regulado por la ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicando supletoriamente las normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado; salvo en los contratos atípicos, que se aplicará primero sus normas específicas.

Este régimen jurídico supone que el contrato que tenga por objeto cualquier negocio de los previstos en el artículo 19.2 e) de la LCSP, es decir, funciones de representación, defensa y asesoramiento jurídico, ya sea en ámbito jurisdiccional como no jurisdiccional, será considerado como contrato administrativo cuando se celebre por una Administración pública.

Supuesto diferente sería si la entidad contratante fuese un poder adjudicador sin la consideración de Administración pública o entidad que ni siquiera es poder adjudicador. En estos casos, los artículos 26.3 y 26.4 señalan que estaríamos ante un contrato privado, rigiendo sus fases de preparación y adjudicación por el derecho administrativo, en concreto, por lo dispuesto en el título I del libro tercero. En cuanto a sus efectos y extinción, se regulan por el derecho privado. La consideración del contrato como privado depende de la naturaleza y régimen jurídico de la entidad contratante, salvo en el supuesto del artículo 26.1 a) que considera como privado los contratos cuyo objeto no se encuentre previsto en los apartados 25.1 a) y b) y sean celebrados por una Administración pública.

En atención a este régimen normativo los servicios jurídicos seguirán siendo considerados como contratos administrativos típicos por la fuerza vinculante del ordenamiento jurídico de la contratación pública y, en especial, por la definición de su ámbito subjetivo y objetivo, según disponen, respectivamente, sus artículos 3 y 2 que señalan:

Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3.

La LCSP genera como consecuencia jurídica inmediata la exclusión del contrato civil de arrendamiento de servicios por razón del sujeto contratante, es decir, por ser un poder adjudicador vinculado al sector público (López Benítez, 2017).

Sobre las características de este contrato público, la LCSP nos ofrece una definición escueta del contrato de servicios en su artículo 17, limitándose a señalar que:

Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

El contrato de servicios es un contrato residual que se define de forma negativa por no ser una obra o suministro y que, normalmente, su objeto se vincula con el funcionamiento y desenvolvimiento de la entidad contratante, no teniendo prestaciones directas a la ciudadanía (García de Enterría y Fernández Domínguez, 2011); salvo las nuevas excepciones del artículo 312 de la LCSP.

Como especialidades a destacar del contrato de servicios, podemos señalar: 1) la duración del contrato de servicios, según regula el artículo 29.4 de la LCSP, se fija con carácter general en cinco años, incluyendo las posibles prórrogas acordadas por el órgano de contratación y las excepciones previstas en dicho precepto al que nos remitimos; 2) en lo relativo a la prestación del contratista, según el artículo 309 de la LCSP, es relevante señalar que la determinación del precio o beneficio para el prestador podrá ser determinado por unidad de tiempo o unidades de ejecución, o fijarse en un tanto alzado, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas.

Sobre su condición de contrato SARA, ya no se clasifican por su objeto, como hacía el anexo II del TRLCSP. Con la nueva regulación solo se tiene en cuenta si el valor estimado de contratación es igual o superior al dispuesto en el artículo 22 de la LCSP. Como hemos visto, el artículo 19.2 e) LCSP no considera que los servicios jurídicos sean un contrato SARA, sea cual sea su valor estimado de contratación, siendo esto contradictorio con lo regulado en el artículo 10 d) de la directiva de contratación pública, que los excluye de su ámbito objetivo de aplicación. Por otra parte, en cuanto a los contratos de servicios no excluidos del ámbito de aplicación de la directiva, por no encajar en el artículo 10 d), mencionados en el anexo XIV de la directiva al que remite el artículo 74, se prevé la aplicación de un régimen simplificado según el capítulo I del título III de la propia directiva de contratación pública.

En la definición de su objeto, la doctrina y jurisprudencia han comparado este contrato con el de concesión de servicios para determinar sus características (STJUE de 18 de julio de 2007, asunto 382/05, apartado 34 y 31; STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto 458/03, apartado 39), basándose en el criterio tendente a la transmisión del riesgo operacional de demanda y oferta (STJUE de 10 de noviembre de 2010, asunto 348/10, ap. 48.), característica esencial que permite señalar a Caamaño *et al.* (2017, p. 77) que «en todo caso, sin riesgo operacional no hay concesión». Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que podrán consistir en un riesgo de demanda, de oferta o de ambas (Considerando 11 y 20, Directiva 2014/24/UE). Así la STJUE de 10 de marzo de 2011, caso *Privater*, asunto 274/09, dispone:

De la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con

la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios. (Ap. 26)

En consecuencia, debido a que la LCSP no regula las exclusiones del artículo 10 d) de la directiva de contratación pública, atrae al contrato de servicios jurídicos celebrado por una Administración pública o entidad del sector público a su ámbito de aplicación, teniendo como consecuencia su imposible tratamiento como contrato civil de arrendamiento de servicios pese a que su objeto y carácter lo permite.

7. Principios generales. Legalización de la fase de adjudicación

7.1. Principios de la contratación. Prohibición de la libre designación

La prohibición de la libre designación de contratista es uno de los rasgos más característicos en el ámbito de la contratación pública. Este principio es resultado de todo un sistema integrado de principios informadores e inspiradores de la contratación pública que se han formado por el desarrollo doctrinal, por la influencia de la jurisprudencia, en especial la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en definitiva, por la posición inherente de la Administración pública vinculada con estrictos valores de neutralidad y objetividad, como siempre nos recuerdan los artículos 9.3 y 103 de la CE. En definitiva, principios generales del Derecho administrativo y particulares de una de sus ramas, como es la contratación pública, que en palabras de Rodríguez Arana (2010, p. 51) realizan «esa fundamental tarea de asegurar y garantizar que el poder público en todo momento se mueve y actúa en el marco del Derecho».

En esencia, nos debemos remitir a los principios de transparencia, libertad de acceso a las licitaciones, igualdad y no discriminación, objetividad, publicidad, vinculación con la oferta más ventajosa y, debido a la influencia de las normas de estabilidad presupuestaria, control y eficiencia del gasto público. Principios de la contratación pública que intervienen con mayor intensidad en la fase de preparación y adjudicación del potencial contrato público, o lo que es lo mismo, en la fase precontractual (art. 131 LCSP). Como veremos más adelante, esta fase de adjudicación o selección del contratista es la que para algunos autores caracteriza al contrato público, ya sea este administrativo o privado.

En el ámbito normativo, la LCSP regula en su artículo 1 estos principios y los configura como inspiradores de todo el actuar contractual público; particularmente, el artículo 132 de la misma ley los contempla como informadores de la relación entre el órgano de contratación y los licitadores. En el ámbito comunitario, la Directiva 2014/24/UE regula los aludidos principios ya en su primer considerando y posteriormente en su artículo 18.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al que prefiero remitirme por la decisiva influencia de sus resoluciones en la configuración de la contratación pública, se ha pro-

nunciado en diversas y numerosas ocasiones (entre otras: STJUE de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAs Succhi di Frutta*, asunto 496/99, ap. 108 a 111; STJUE de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, asunto 470/99, ap. 91 a 93; STJUE de 18 de noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia*, asunto 275/98, ap. 31; STJUE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, asunto 458/03; STJUE de 24 de enero de 2008, asunto C- 532/06; STJUE del 31 de enero de 2013, asunto 235/11, *España contra Comisión Europea*) para conceptualizar y definir estos principios de la contratación. Así pues, podemos hacer referencia a la STJUE de 4 de mayo de 2017, asunto 387/14 (NCJ062529), la cual dispone:

Así pues, por una parte, los principios de igualdad de trato y de no discriminación obligan a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implican, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otra parte, el objetivo de la obligación de transparencia es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Dicha obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de manera clara, precisa y unívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C324/14, EU:C:2016:214, apartado 61 y jurisprudencia citada). (Ap. 36)

Además, se desprende ya de la jurisprudencia que los principios de igualdad de trato y de no discriminación y la obligación de transparencia se oponen, en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, a cualquier negociación entre el poder adjudicador y un licitador, lo que implica que, en principio, una oferta no puede ser modificada después de su presentación, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. De ello se deduce que el poder adjudicador no puede solicitar aclaraciones a un licitador cuya oferta considere imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones (sentencia de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 62 y jurisprudencia citada). (Ap. 37)

Estos principios no son exclusivamente aplicables a los contratos cuya cuantía iguale o supere los umbrales fijados en las directivas de contratación. La jurisprudencia comunitaria ha establecido el criterio mediante el cual los principios mencionados también se aplican a los contratos no sujetos a regulación armonizada por vinculación con las exigencias de los tratados, como Derecho comunitario originario, para la protección de las libertades comunitarias básicas en ellos reconocidas (arts. 34 y 49 y ss. TFUE). Como señala Moreno Molina (2017, p. 32):

Así el Tribunal europeo, tras comprobar cómo las directivas sobre contratos no constituyen cuerpos uniformes y completos de normas sobre contratación pública, sostie-

ne que los Estados siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas y procedimentales que disciplinen los contratos públicos, pero, eso sí, «a condición de que se respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado».

El criterio para someter estos contratos no SARA a los principios comunitarios se debe a la regla del «interés económico transfronterizo». Así, por ejemplo, la STJUE de 16 de abril de 2015, asunto 278/14, razona:

Sin embargo, procede considerar que la adjudicación de contratos que, por su valor, no están incluidos en el ámbito de aplicación de dicha Directiva está sujeta a las normas fundamentales y a los principios generales del Tratado FUE, en concreto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, y a la obligación de transparencia que de ellos se deriva, siempre que tales contratos presenten un interés transfronterizo cierto habida cuenta de ciertos criterios objetivos (véase, en este sentido, la sentencia *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*, C-159/11, EU:C:2012:817, apartado 23 y la jurisprudencia citada). (Ap. 16)

En cuanto a los criterios objetivos que pueden indicar la existencia de un interés transfronterizo cierto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que tales criterios pueden ser, en particular, el hecho de que el contrato en cuestión tenga un importe de cierta trascendencia, combinado con el lugar de ejecución de las obras o también las características técnicas del contrato. El órgano jurisdiccional remitente puede, al realizar su apreciación global de la existencia de un interés transfronterizo cierto, tener en cuenta también la existencia de reclamaciones presentadas por operadores situados en otros Estados miembros, siempre que se compruebe que estas son reales y no ficticias (véase la sentencia *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros*, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 49 y la jurisprudencia citada). (Ap. 17)

Esta última idea simplemente va ligada a la importancia de los principios de transparencia, publicidad, igualdad, objetividad y oferta económicamente más ventajosa que articulan un sistema propio de la contratación con las entidades del sector público, teniendo como consecuencia más inmediata la pérdida, en la fase de adjudicación o precontractual, de la libertad en la selección del contratista, sea cual sea el objeto del contrato.

Respecto a la concepción de la fase de adjudicación algunos autores entienden que esta fase es realmente donde radica el epicentro definidor del contrato público. Así, algunos autores hablan de la fase de adjudicación como la fase o zona común (Ortiz, 2007) al contrato administrativo o civil, en particular, quiero destacar a González-Varas Ibáñez (2017, p. 46), que señala:

A mi juicio, si la ratio del contrato administrativo pudo hace unas décadas fijarse (generalmente desde un punto de vista crítico) en el dato de las prerrogativas (bus-

cando entonces la atenuación de esta característica y la asimilación entonces del contrato administrativo con el civil para lograr aminorar dicha característica), hoy día la ratio del contrato público (que viene a ser el heredero único del contrato administrativo) está en la legalización de la fase de adjudicación, lo que implica un cambio en la consideración de la figura contractual.

La legalización de los principios antes mencionados tiene como consecuencia jurídica que lo característico del contrato público no es que tenga naturaleza administrativa o civil por razón del sujeto contratante o incluso de su objeto, como hemos visto anteriormente, sino más bien que en el contrato público, en general, existe una prohibición sobre la libre elección del contratista. Prohibición que genera un difícil encaje o adecuación, como veremos, con los valores deontológicos de la abogacía y que impide a los poderes adjudicadores elegir libremente los servicios jurídicos de abogado colegiado pese a la exclusión de las directivas. Finalmente, volvemos a citar a González-Varas Ibáñez (2017, p. 47), que al respecto señala:

Por tanto, la fase de adjudicación no se rige por un principio de libertad de elección del contratista, sino por los principios de publicidad, concurrencia y vinculación a la mejor oferta. Partir de esta ratio explica que a veces se plantee el característico debate sobre si en el caso concreto ha de seguirse o no dicha concurrencia, ya que a veces se presentan casos complejos que pueden llevar a justificar su no seguimiento.

7.2. Breve referencia al concepto de designación en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Conclusión

Como venimos manteniendo, las Administraciones públicas tienen la capacidad de ser parte activa y pasiva en un procedimiento tanto judicial como extrajudicial, surgiendo, consecuentemente, la necesidad de acudir a una defensa y representación procesal. Así lo dispone en un elevado rango normativo la LOPJ, cuyo artículo 551.3 dice:

La representación y defensa de las Comunidades Autónomas y la de los entes locales corresponderá a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones Públicas, salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda.

En el ámbito de las entidades locales, el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRLBRL), remite en su artículo 54.4 a la LOPJ en cuanto a la representación y defensa de las entidades locales, con la previa exigencia de informe del secretario y, en su caso, del interventor municipal. A nivel de desarrollo reglamentario, el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, dispone en su artículo 221.1 y 2,

que los acuerdos para el ejercicio de acciones en defensa de los bienes y derechos de las entidades locales «requiere previo dictamen del Secretario o, en su caso, de la Asesoría Jurídica, y, en defecto de ambos, de un Letrado»; en el apartado 2 se remite a los artículos 551 de la LOPJ y 54.4 del TRLBRL.

En el ámbito procesal, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, dispone, en su artículo 24, que «la representación y defensa de las Administraciones Públicas y de los órganos constitucionales se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial».

En atención a este marco legal y reglamentario, tenemos que tener presente que una de las cuestiones problemáticas es el significado y alcance del término «designar» que utiliza la LOPJ, término que no se encuentra definido y delimitado ni en la propia ley, ni en el ordenamiento jurídico o en la jurisprudencia (Informe 6/2005, de 29 de junio de 2005, JCCAIB). No obstante, la consecuencia práctica más inmediata es la posibilidad de que la Administración pública pueda optar por un letrado de sus servicios jurídicos internos, o bien acudir a un abogado colegiado, es decir, a un abogado «designado». En el supuesto de optar por la segunda opción nos encontraremos con una relación contractual *stricto sensu* que vincula a la Administración que designa, entendiendo por designar señalar, elegir o destinar a una persona. Pues bien, el cauce procedimental para la designación o, en términos de la LCSP, para la adjudicación lo regulan las normas contractuales públicas por razón del principio de especialidad material (Tardío Pato, 2003), que, como señala la STS de 16 de enero de 1998, en su FJ 4.º «constituye principio general de derecho (*generi per speciem derogatur: specialia generalibus derogant*) que la norma especial deroga la norma general en cuanto a su ámbito singular de aplicación, siendo en cuanto a dicho ámbito de preferente vigencia». Consecuentemente, en tanto no se reconozcan las exclusiones de las directivas comunitarias formalmente, de optar la Administración pública por una designación directa sin sujetarse a la LCSP incurre en una ilegalidad con reproche no ya solo administrativo, sino también penal, como tendremos ocasión de ver.

Del apartado inicial de este epígrafe cabe extrapolar tres ideas esenciales aplicables al objeto del presente trabajo, a saber: primero, que los principios de la contratación quieren evitar favoritismos y arbitrariedad del poder adjudicador en la selección del adjudicatario; segundo, que en el marco de un procedimiento de adjudicación se prohíbe cualquier negociación y relación personal entre el poder adjudicador y un licitador; tercero, que el poder adjudicador no puede falsear la competencia o restringirla.

En consecuencia, podemos hablar de la inadecuación entre la designación de abogado colegiado y la adjudicación del contrato público. Para justificar esta inadecuación y la exclusión de los servicios jurídicos respecto a la LCSP, nos centraremos seguidamente en el fundamento de la relación abogado-cliente, esto es, en la confianza como valor deontológico definidor de esta relación jurídica que imposibilita la aplicación objetiva de las reglas y principios de la fase de adjudicación del contrato público, al requerir una relación extracontractual y subjetiva basada en la confianza, experiencia y trato personal.

8. La confianza como valor deontológico necesario en la relación abogado-cliente: su inadecuación con el contrato público

8.1. La confianza, valor definidor de la relación abogado-cliente

Como hemos avanzado en el apartado anterior, la relación entre un cliente con su abogado se fundamenta en un conjunto ordenado de principios deontológicos que, lejos de ser meras propuestas éticas, o incluso morales, han alcanzado un nivel normativo que define, caracteriza y regula la relación de una persona física o jurídica con su abogado. Estos principios, con vinculación normativa, tienen como consecuencia jurídica inmediata que no será la voluntad de las partes (1.258 CC), al menos exclusivamente, la que defina la vinculación con el abogado, sino que además de esta, será la norma deontológica la reguladora de las obligaciones y derechos de las partes en la relación contractual.

Los principios deontológicos se encuentran regulados en el CDAE de la Abogacía Española y en el EGAE. El artículo 1.2 del EGAE informa de la importancia y vinculación de los valores y principios deontológicos de la abogacía al señalar que «en el ejercicio profesional, el abogado queda sometido a la normativa legal y estatutaria, al fiel cumplimiento de las normas y usos de la deontología profesional de la abogacía y al consiguiente régimen disciplinario colegial». Por su parte, la vinculación de la profesión de abogado con los valores normativizados en el CDAE se prevé en el artículo 16 del EGAE en los siguientes términos: «Los abogados, antes de iniciar su ejercicio profesional por primera vez, prestarán juramento o promesa de acatamiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y de fiel cumplimiento de las obligaciones y normas deontológicas de la profesión de abogado». Finalmente, señalar que el artículo 31 a) del mismo cuerpo reglamentario dispone como obligación del abogado la de «cumplir las normas legales, estatutarias y deontológicas, así como los acuerdos de los diferentes órganos corporativos». El carácter obligatorio de los principios deontológicos ha sido impuesto por la jurisprudencia y explicado por la doctrina. Así, entre otras, la STS 996/2005, de Sala de lo Civil, de 14 de diciembre indica en su FJ 3.º sobre la profesión de abogado:

A ejercitar esta de conformidad con lo pactado y por las normas previstas reglamentariamente, constituidas en este caso por el Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, del Estatuto General de la Abogacía, y, en concreto, por los artículos 53, 54 y 102, citados como infringidos por el recurrente. Todas ellas configuran un marco normativo en el que el abogado compromete su actuación para con la parte por él defendida, ajustada a los términos de la relación contractual que entre ellos existe, y al cumplimiento con el máximo celo y diligencia de la misión de defensa que le sea encomendada, ateniéndose a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas a la tutela jurídica de cada asunto y realizando, en suma, de una forma diligente las actividades que le imponga el asunto sometido a su consideración.

Uno de los valores esenciales y, en particular, definidor de la relación con el cliente es la confianza. Así, el artículo 4 del CDAE, titulado «Confianza e integridad», establece con claridad en su apartado 1 que «la relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de este una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente». Por su parte, también el artículo 13.1 del CDAE regula que «la relación del Abogado con el cliente debe fundarse en la recíproca confianza». Estos artículos responden a lo inicialmente manifestado en el Preámbulo del CDAE, que señala: «Ellas son la causa de las necesarias relaciones de confianza abogado-cliente y la base del honor y la dignidad de la profesión». La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre esta circunstancia (STS 3335/1999, de 14 de mayo, FJ 5.º; STS 5762/2012, de 28 de junio, FJ 13.º; STS 4809/2005, de 14 de julio, FJ 3.º; STS 2663/2005, de 28 de abril, FJ 2.º; STS 4630/2010, de 14 de julio, FJ 4.º), en concreto, la STS 5405/2007 de la Sala de lo Civil, de 10 de julio, FJ 5.º, dispone:

Este deber de fidelidad, tratándose de la Abogacía, está en estrecha relación con el cumplimiento de los deberes deontológicos que corresponden al abogado. La Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 542 LOPJ vigente) y el Estatuto General de la Abogacía establecen unas pautas deontológicas de actuación de estos profesionales, recogidas hoy en el Código Deontológico de la Abogacía Española (especialmente, en lo que aquí respecta, art. 4, sobre la confianza como fundamento de la relación entre el abogado y su cliente.

Más en concreto, como señala la Sentencia de 3 de abril de 1990 de la misma sala al decir sobre la confianza que «de suerte que desaparecida esta, debe cesar dicha relación».

La confianza exige una relación intersubjetiva, es decir, *intuitu personae* que permita un conocimiento previo y seguro para la más acertada elección del abogado. El optimismo y la seguridad, aparente o no, que genera el abogado permite mediante esa relación personal confiar los problemas jurídicos en él depositando nuestra confianza en su buen hacer (Garrido Suárez, 2012). Pero debemos tener muy presente que este valor deontológico exige necesariamente una relación previa al contrato de servicios jurídicos, debido a que la confianza no es un criterio objetivo o cuantificable sino un valor subjetivo sustentado en experiencias, trato personal y buena fe, que se da durante el cumplimiento del contrato, de ahí que el cliente pueda unilateralmente resolverlo por pérdida de confianza (Fernández León, 2014).

En lo que interesa al objeto del presente trabajo, la LCSP no contempla la confianza como criterio de solvencia técnica o criterio de adjudicación. Los criterios de solvencia son aquellos de carácter subjetivo que guardan relación con la aptitud del potencial adjudicatario (STJUE de 24 de enero de 2008, asunto 532/06, *Liniakis y otros*, ap. 29 y ss. RTACRC 467/2016, de 17 de julio, FJ 11.º; 75/2016, 8 de noviembre, FJ 5.º y jurisprudencia citada; 358/2017, 21 de abril), mientras que los criterios de adjudicación son aquellos tendentes a la elección de la oferta económicamente más ventajosa, es decir, se vinculan no con el sujeto sino con la oferta en sí. Resulta aplicable la Resolución 238/2016, de 1 de abril del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, recaída en asunto sobre contrato de servicios con abogados, que en su FJ 9.º concluye:

Se puede por tanto concluir que la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como también la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo y como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa que constituyen características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta, habiéndose utilizado esta diferenciación, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador. Y ello porque lejos de referirse a cualidades de esta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto.

El artículo 90 de la LCSP regula los medios para acreditar la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad. La experiencia como criterio de solvencia hace referencia con carácter general a los servicios prestados a cualquier entidad pública o privada, no pudiendo servir como criterio de valoración de ofertas (STS de la Sala Tercera 2307/2007, de 21 de marzo; STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 677/2007 de 30 de marzo, FJ 3.º y 4.º). Por su parte, el artículo 145 de la LCSP regula los requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato público, teniendo como principio básico que se realizará utilizando una pluralidad de criterios con base en la mejor oferta calidad-precio. Esta mejor relación calidad-precio, señala el artículo 145.2 de la LCSP, se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos. No obstante, se podrán incorporar criterios sociales, como los que señala el artículo 145.1, 2.º de la LCSP al introducir como criterio de adjudicación «la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución».

Esta última referencia al artículo 145.1, 2.º de la LCSP se hace con base en lo incorporado por el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE y su considerando 94, que señala:

Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura.

Sin embargo, debemos de tener presente que el carácter y la naturaleza de los servicios prestados por abogado, con su ya mencionada y estudiada vinculación deontológica, se encuentra presidida por la confianza como elemento subjetivo que exige un conocimiento previo y personal entre abogado y cliente. Su aplicación en la fase de adjudicación supon-

dría un quebrantamiento de los principios del procedimiento de adjudicación de contratos públicos con la pérdida de objetividad, neutralidad e igualdad de trato a todo licitador con favoritismo hacia el depositario de la confianza del ente contratante. Consecuentemente, podemos hablar de una inadecuación entre el procedimiento de adjudicación y los valores deontológicos de la abogacía. Así, siguiendo a Mesa Vila (2018), que afirma que

los servicios de asesoramiento jurídico continuado, como un contrato con unas características muy singulares que lo hacen diferente al resto de contratos de servicios pues se basan en un elemento imponderable y con un marcado grado de subjetividad que choca frontalmente con la objetividad y necesaria ponderación de los criterios de valoración de ofertas y, por tanto, con el sistema de contratación pública tal como hoy está planteado.

8.2. La incorporación del principio de integridad como principio especial en la contratación pública

Una de las novedades de las directivas de contratos públicos afecta de forma decisiva a la fase de preparación y adjudicación del contrato público, teniendo como objetivo evitar los favoritismos, la desigualdad en la adjudicación y favorecer a la lucha contra la corrupción (STJUE de 7 de abril de 2016, asunto 324/14, ap. 62, 63, 64 y 69; STJUE de 4 de mayo de 2017, asunto 387/14 [NCJ062529], ap. 36 y 37). Hablamos del principio de integridad del personal del órgano de contratación, principio especial respecto a los ya estudiados del artículo 1.1 de la LCSP, que choca frontalmente con la necesidad de confianza en la relación contractual entre el abogado (contratista) y el cliente (órgano de contratación).

El principio de integridad es incorporado por la Directiva 2014/24/UE en su artículo 24 con base en la fundamentación de su Considerando 16. En la LCSP lo encontramos en su artículo 64 como medida de lucha contra el fraude, el favoritismo, y para detectar conflictos de intereses que puedan distorsionar la competencia y perjudicar la transparencia e igualdad entre licitadores en el procedimiento de contratación. En concreto, el artículo 64.2 de la LCSP acota el ámbito del concepto de conflicto de intereses del modo que sigue:

Al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

El concepto de conflicto de intereses, previsto por su relevancia para garantizar el principio de una buena administración (Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, artículos 7.4 y 8 en los que define el conflicto de intereses y código de conducta del personal en el sector público), ha sido definido en la STJUE de

12 de marzo de 2015, asunto 538/13, que entre otros términos, dice que «un conflicto de intereses implica el riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho» (ap. 36). El conflicto de intereses se refiere a situaciones reales, potenciales o percibidas, por quienes participen en el procedimiento de contratación, o incluso por aquellos que aun no participando oficialmente pueden influir en él decididamente voluntaria o involuntariamente (STJUE de 3 de marzo de 2005, asuntos acumulados 21/03 y 34/03, ap. 29 y 30; STJUE de 20 de marzo de 2013, asunto 415/10, *Nexans France*, ap. 114). Por ello, afirma Gimeno Feliú (2014, p.17):

La solución que se propone es que se podrá denegar de la participación del miembro del personal en cuestión en el procedimiento de contratación afectado o en la reasignación de sus funciones y responsabilidades (abstención), pero si el conflicto de intereses no puede solucionarse de manera eficaz por otros medios, el candidato o el licitador en cuestión será excluido del procedimiento.

Una de las exigencias para la inexistencia del conflicto de intereses es que no haya directa o indirectamente un interés personal, en consecuencia, si decimos que la confianza es el fundamento de la relación abogado-cliente y esta exige una relación y conocimiento personal, subjetivo y previo, supondría cumplir con el supuesto de hecho del artículo 64 de la LCSP, conllevando el posible vicio de irregularidad del contrato público, como lo establece el artículo 40.1 b) de la LCSP al señalar como causa de anulabilidad «todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración». Incluso pudieran darse responsabilidades penales, según el artículo 436 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tipifica como delito cuando

la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público.

Siendo delito el concierto con los interesados y, por tanto, las relaciones personales previas y la libre designación fuera del supuesto del artículo 118 de la LCSP, que permite la adjudicación directa en contratos menores cuyo valor sea inferior a los 15.000 euros, tratándose de un contrato de servicio.

En consecuencia, la libre adjudicación y elección de un abogado para la prestación de los servicios de defensa, representación e información y asesoramiento jurídico con base en los principios y valores deontológicos que fundamentan la profesión de la abogacía podrían ser incompatibles con el procedimiento de adjudicación, justificando su exclusión del ámbito de la contratación pública.

9. Conclusiones

Las nuevas directivas de contratación pública incorporan como novedad las exclusiones de determinados negocios jurídicos. En concreto, la Directiva 2014/24/UE de contratos públicos es clara cuando excluye en su artículo 10 d) negocios jurídicos vinculados con la representación, defensa, consulta, asesoramiento y llevanza de información jurídica por abogados en procedimientos tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales.

Sin embargo, la LCSP, teniendo como principal finalidad la transposición de la Directiva 2014/24/UE y de la Directiva 2014/23/UE, no incorpora en su articulado las mencionadas exclusiones. Esos negocios tendentes a los servicios jurídicos de abogado son tratados en la nueva ley como contratos no sujetos a regulación armonizada, independientemente de cuál sea su valor estimado de contratación, pero no los transpone como negocios excluidos.

En su consecuencia, se nos plantea la posibilidad de que, una vez vencido el plazo de transposición y su anexo efecto directo vertical descendente, que se fundamenta en el principio de la prohibición de «que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión» restando derechos o imponiendo obligaciones a los ciudadanos, exista un efecto útil, un efecto directo vertical ascendente que posibilite la aplicación de las exclusiones del artículo 10 d) en nuestro ordenamiento contractual, teniendo presente el mandato de los Estados miembros sobre la adopción de «todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión» (art. 291.1 TFUE) y que «coordinarán sus políticas económicas en el seno de la Unión» (art. 5.1 TFUE), con base en su deber inexcusable de acatamiento de la obligación de cumplimiento de las normas del Derecho comunitario con «el principio de cooperación leal entre la Unión Europea y los Estados miembros» (art. 4.3 TUE).

Pues bien, para considerar la existencia del efecto directo se deben dar las notas de ser «incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que este puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora». Dichas características concurren según algunos documentos administrativos de carácter consultivo, por ejemplo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, basándose en su Informe de 17/2015, de 3 de diciembre, ya dispuso que:

El artículo 10 d) de la Directiva 2014/24/UE puede considerarse un precepto claro y preciso respecto de la exclusión del ámbito de la regulación de la Directiva de los trabajos servicios jurídicos de defensa mediante abogado, por lo que cumpliría con tales requisitos para su aplicación directa.

Con base en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como lo es la Sentencia de 15 de febrero de 2017, asunto 592/15, en concreto, apartado 14, podríamos dudar, solamente, de la determinación y claridad de los puntos v) y iii) del artículo 10 d).

Más allá del estudio normativo y aplicativo del Derecho comunitario, debemos apreciar la posible existencia de una inadecuación entre el procedimiento de adjudicación de contratos públicos y el contrato de arrendamiento de servicios que tiene por objeto los servicios jurídicos del artículo 10 d) de la Directiva 2014/24/UE. Mientras que la LCSP siga regulando estos contratos, su calificación sigue siendo como contratos públicos, implicando que su adjudicación se funda en principios tales como publicidad, transparencia, vinculación a la mejor oferta económica, concurrencia y objetividad. Es decir, existe una prohibición de la libre designación del contratista, o sea, del abogado. Además, con la incorporación en la LCSP del principio de integridad del personal del órgano contratante, principio que prohíbe cualquier interés o relación personal con cualquier licitador, esta forma pública de elección del contratista se enfrenta al carácter y naturaleza de los servicios jurídicos que presta un abogado, donde su vinculación con los valores deontológicos tiene un alcance normativo determinante regulador de la relación existente entre un abogado con su cliente. El CDAE dispone que uno de los valores que fundamenta y define la relación entre abogado y cliente es la confianza, siendo esta un valor que necesariamente implica una relación personal, subjetiva, depositaria de optimismo e, incluso, íntima entre ambas partes.

Referencias bibliográficas

- Caamaño, F., Gimeno, J. M., Sala, P y Quinteros, G. (2017). Servicios públicos e ideología. El interés general en juego. Barcelona: Profit.
- Coscolluela Montaner, L. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. (29.ª ed.). Madrid: Civitas.
- Edward, D. (1995). [Efecto directo y primacía del Derecho comunitario. El problema especial de las directivas](#). *Revista Vasca de Administración Pública*, 42, 35-42. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es>>.
- Fernández León, O. (2014). [La confianza, fundamento de la relación abogado cliente](#). *LegalToday*. Recuperado de <<http://www.legaltoday.com>>.
- García de Enterría, E y Fernández Rodríguez, T. R. (2015). *Curso de Derecho administrativo (1)*. (17.ª ed.). Navarra: Civitas.
- Garrido Suárez, H. (2012). [Confianza y abogacía: principios deontológicos](#). *Anuario de Filosofía del Derecho*, 28, 163-184. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es>>.
- Gimeno Feliú, J. M. (2014). [Reglas para la Prevención de la Corrupción en la Contratación Pública](#). V *Seminario de Contratación Pública*. Formigal, España. Recuperado de <<http://www.obcp.es>>.
- González-Varas Ibáñez, S. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III: *Contratación Pública, Comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*. (3.ª ed.). Navarra: Civitas.
- Huerta Garicano, I. (2015). [La Suspensión de otros procesos basada en la prejudicialidad comunitaria](#). *Revista de Jurisprudencia*, 2. Recuperado de <<http://www.elderecho.com>>.



- Junceda Moreno, J. (2017). Contratos Administrativos. Los servicios jurídicos en la Ley de Contratos del Sector Público y en la Directiva. *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, 12, 57-64.
- Lezertua Rodríguez, M. (1985). [La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias](#). *Revista Vasca de Administración Pública*, 11, 275-304. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es>>.
- López Benítez, M. (2017). [Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las Corporaciones de Derecho público](#). *Documentación Administrativa*, 4 (nueva época), 136-145. Recuperado de <<https://revista-online.inap.es>>.
- Martínez de Aguirre, C., Pablo Contreras. P. de, Pérez Álvarez, M. A. y Parra Lucán, M. A. (2011). *Curso de Derecho Civil. (II) Derecho de Obligaciones*. (3.ª ed.). Madrid, España: Colex.
- Mesa Vila, M. (2018). [La mutua confianza como fundamento de los contratos de servicios jurídicos, su no tratamiento en el ámbito de la contratación pública: una reflexión y una propuesta](#). *Revista General de Derecho Administrativo*, 47, Iustel.
- Recuperado de <<http://laadministracion-dia.inap.es>>.
- Moreno Molina, J. A. (2017). [La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea](#). *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 19, 27-47. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es>>.
- Ortega Reinoso, O. (2014) [Contenido Obligacional del Contrato de Servicios del Abogado. Un repaso jurisprudencial](#). *Revista Jurídica de Castilla y León*, 34. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es>>.
- Ortiz, G. A. (2007). [El Enigma del Contrato Administrativo](#). *Revista de Administración Pública*, 172, 72-102. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es>>.
- Rodríguez Arana. J. (2010). [El Derecho Administrativo global: un derecho principal](#). *Revista Andaluza de Administración Pública*, 76, 15-68. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es>>.
- Tardío Pato, J. A. (2003). [El Principio de Especialidad Normativa \(Lex Specialis\) y sus Aplicaciones Jurisprudenciales](#). *Revista de Administración Pública*, 162, 189-225. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es>>.