

**LA INTERCAMBIABILIDAD DE LAS TÉCNICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO O EL
PRETENDIDO DESDIBUJAMIENTO DE LOS LÍMITES ENTRE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR
PÚBLICO Y OTRAS FORMAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA,
DESTACADAMENTE, LA ACCIÓN DE FOMENTO
A PROPÓSITO DE LOS CONTRATOS DE “SERVICIOS” CONSISTENTES EN EL DESARROLLO DE
“INVESTIGACIÓN ACADÉMICA”***

Manuel Fernández Salmerón

I. Planteamiento del caso: ¿es admisible un contrato del sector público cuyo objeto sea la realización de actividades de “investigación académica”?

No son nuevas en nuestro Derecho las intersecciones entre contratación pública y actividad de fomento. En efecto, una relativamente abundante literatura expresa las dificultades encontradas por los autores para el deslinde operativo, en unos casos y la combinación armoniosa, en otros, de ambas instituciones jurídicas. Las principales fricciones en este sentido se han dado en relación con los contratos subvencionados, pero también se ha planteado como problemática la convergencia de ambos institutos en los convenios, los conciertos —destacando los educativos y sanitarios—o, en fin, el contrato de patrocinio. El tratamiento de cada una de las figuras enunciadas y sus problemas de articulación con las fórmulas puramente contractuales exigirá, tal vez, de por sí, un estudio concienzudo, aunque existe, como decíamos, literatura sobre los mismos¹. En cualquier caso, el fenómeno que nos trae aquí es de una naturaleza distinta y exige, pues, un enfoque asimismo no coincidente.

El 31 de marzo de 2021 se publicó en el Boletín Oficial del Estado un anuncio, en virtud del cual la Comisión Nacional del Mercado de Valores licitaba, por el procedimiento abierto, un contrato cuyo objeto se integraba por varias prestaciones: “investigación académica y [de] asesoría sobre normativa comparada e impacto de la regulación en cuestiones de derecho societario, gobierno corporativo y otras materias relacionadas con los mercados de valores”. En el cuerpo del propio anuncio se especifican los lotes en que quedaban estructuradas dichas prestaciones a efectos de su licitación separada: “3.2) Lote 1: investigación académica y asesoramiento en derecho comparado, economía y finanzas internacionales en relación con temas de derecho societario por un Doctor en Derecho y experto investigador. 3.3) Lote 2: investigación académica y asesoramiento en economía, finanzas internacionales y derecho comparado en relación con temas de derecho societario por un Doctor en Ciencias Económicas o un Doctor en Administración y Dirección de Empresas y experto investigador”.

* Agradezco a los Profesores Felio Bauzá, de la Universidad de las Islas Baleares y Alfonso Sánchez, de la Universidad de Murcia, su generosidad por haber dado lectura a la primera versión de este análisis, formulando ideas y sugerencias. Cualquier deficiencia localizable en su texto es, en todo caso, de la exclusiva responsabilidad del autor.

¹ Sobre los aspectos señalados, remitimos, entre otros, a Hernández Salguero, E., “Contratación pública y subvenciones. Unas relaciones peligrosas”, *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 1, marzo 2019, pág. 145; Angulo Garzaro, A. y Angulo Garzaro, N., “Los conciertos educativos. La difícil delimitación entre subvención y contrato”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2016, págs. 231-238; Bauzá Martorell, F.J., “Convenios con particulares: límites entre contrato, convenio y subvención”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 48, 2018. De este último autor y en este Observatorio, puede consultarse, asimismo, “La necesaria regulación del contrato de patrocinio institucional” *Observatorio de Contratación Pública*, 31 de julio de 2017; accesible en: <http://www.obcp.es/opiniones/la-necesaria-regulacion-del-contrato-de-patrocinio-institucional>.

Al margen de otras², las principales dudas que suscita dicho anuncio, formulado en los términos expuestos, es el de si y, en su caso, en qué términos, puede la actividad de “investigación académica”³ o cualquier otra de similar alcance integrar, aunque sea parcialmente, el objeto de un contrato del sector público, más concretamente de un contrato de servicios. Dicho de otro modo, nos surge una duda razonable acerca de si una actividad de las características de la investigación científica se adapta a los estrictos requerimientos legales sobre la definición del objeto de un contrato del sector público y, más allá del puro dato positivo, si existe una coherencia entre la teleología esencial —por mucho que esta haya experimentado una “estratégica” dilatación en los últimos años⁴— a que se endereza el entero sistema institucional de contratación pública de un país como España y este tipo de licitaciones. Veámoslo.

II. Los “fines institucionales” a cuyo servicio están los contratos públicos: incidencia sobre la determinación de su objeto

Como es de sobra conocido, el artículo 28 LCSP dispone que “1. Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales”. Resulta, pues, que, sin perjuicio de la inevitable anfibología de algunos de los términos empleados por el legislador, deben concurrir dos presupuestos elementales para contratar. Por una parte, una “necesidad” concreta en el ente contratante que requiere de su satisfacción mediante el recurso al mercado⁵. De modo que, a pesar del reconocimiento de la libertad de pactos, el objeto de un contrato, no solo debe consistir en un bien o servicio concreto y determinado, sino que el mismo debe satisfacer

² Suscita alguna duda que los requerimientos del pliego, formulados en esos términos, absuelvan satisfactoriamente algunos de los principios exigidos para su confección, como el de proporcionalidad, de modo que los dos lotes comprendan ambas actividades, investigación y asesoramiento o que para ambas se exija estar en posesión del título de Doctor en Derecho, Económicas o ADE.

³ A pesar de ser una cuestión, en buena medida, menor, llama en cierto modo la atención que se ponga el acento en que la investigación sea “académica” —esto es, universitaria— y no, simplemente, “científica”. Parece que el adjetivo está aquí empleado en la tercera acepción que de “académico-a” recoge el DRAE (“perteneciente o relativo a centros oficiales de *enseñanza*, especialmente a los superiores”). Si bien es cierto que la investigación, en general y sobre los campos indicados, en particular, se desarrolla fundamentalmente en las Universidades, lo es igualmente que existen centros “no académicos” que despliegan “investigación científica” (esto es, realizada conforme a las pautas metodológicas de una disciplina o saber científico, con resultados difundidos según los criterios establecidos y en las plataformas definidas por el sistema científico de ese saber o disciplina) sobre algunas de las áreas cubiertas por el contrato a que se refiere el anuncio.

Sea como fuere, los dos lotes fueron adjudicados, no sin controversia (formalizada a través de un recurso especial, finalmente infructuoso), a favor de (doctores integrados en) dos Universidades, ambas sitas en Madrid, la Carlos III y la Autónoma (cfr. los anuncios de adjudicación en: https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/209e1ff7-3da9-441e-8e62-028785dca4f5/DOC_CAN_ADJ2021-005283.pdf?MOD=AJPERES y https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/6a8fedfc-835a-47e0-845f-12c4851664c4/DOC_CAN_ADJ2021-986956.pdf?MOD=AJPERES).

⁴ No debe olvidarse que el enfoque estratégico de la contratación pública busca reconsiderar los contratos como medio de propagación, de consecución, de diversas políticas públicas, afectando, en parte, a su teleología y funciones, pero sin que ello implique en modo alguno adular, al servicio de tales políticas, la naturaleza jurídica misma de la institución.

⁵ Entendemos que esta referencia al “mercado” es, como se verá en el texto con mayor detalle, especialmente pertinente en el caso que examinamos, pues si la necesidad que pretende satisfacer el organismo del sector público no es localizable en dicho mercado, la misma no podrá buscarse donde no está, esto es, recurriendo al mecanismo de los contratos públicos, sino, si procede, a otro tipo de fórmulas de colaboración o incluso de estímulo de la actividad privada, según veremos. Otra cuestión, en absoluto baladí, es la relativa a la eventual existencia, propiamente, de un “mercado” de la investigación académica; algo muy difícil de sostener, aunque solo sea porque esta actividad no provee, en sí misma, soluciones de mercado.

una necesidad concreta y específica de la entidad contratante. Por otra parte, dicha necesidad y su satisfacción han de comprenderse entre los que la Ley denomina “fines institucionales” de la entidad en cuestión.

Si partimos de que los “fines institucionales” no parecen encontrar otra corporeidad jurídica en nuestro Derecho que aquella que remite a las competencias legítimas —y a las potestades y funciones asociadas a ellas— del ente contratante, los escenarios patológicos imaginables en este sentido pueden ser dos. Por una parte, que un ente público contrate un bien o servicio ajeno a sus fines institucionales, pero propio de los fines institucionales de otro⁶. Por otro lado, que un ente contrate una prestación o varias prestaciones para satisfacer un supuesto fin institucional que, sencillamente, no puede ser satisfecho por la vía de la contratación pública, sino mediante el despliegue de otras políticas, potestades o funciones. Aunque es a este segundo supuesto al que parece asociarse el caso que aquí examinamos, ambas hipótesis suscitan algunos interrogantes comunes —en los que no procede indagar en este análisis—, como, por ejemplo, el relativo a en qué medida los entes que así procedan incurren en desviación de poder al dictar los respectivos actos de adjudicación.

En el caso examinado, del informe de necesidad del contrato se extraen varias consecuencias⁷. En primer lugar, por lo que se refiere a la concurrencia de una auténtica “necesidad”, este documento reconoce abiertamente que el contrato tiene su origen en un déficit de personal del Departamento de Estudios de la CNMV, en el preciso sentido de que el mismo “ha venido contando en estas áreas con el apoyo de otros departamentos del organismo como la dirección responsable de asuntos de gobierno corporativo o los servicios jurídicos. No obstante, *estos departamentos no disponen de personal con el perfil académico e investigador adecuado* para complementar suficientemente las capacidades del servicio de estudios en estos ámbitos conforme a la metodología y enfoque propios de dicho servicio”. En segundo lugar, se reconoce “la necesidad de reforzar las capacidades de la institución al objeto de incorporar al análisis aspectos de derecho comparado y de impacto económico de la regulación”.

No se trata tanto de negar que la promoción de la investigación científica pueda comprenderse, aun de modo complementario, dentro de los fines institucionales de la CNMV, cuanto de advertir que, al igual que sucede con los organismos que más directamente tienen esa función entre sus competencias esenciales, dicha actividad investigadora se ha de canalizar a través las herramientas adecuadas: la contratación de personal o la acción de fomento o una combinación de ambas, pero no mediante la contratación del sector público. Volvemos sobre esto seguidamente.

III. Sumaria referencia a la actividad investigadora como prestación en la legislación sobre contratos del sector público. Inadecuación al supuesto analizado

Es asimismo sabido que la investigación puede, con importantes cautelas, integrar, siempre con una dirección específicamente marcada por el órgano de contratación, la concertación de contratos precomerciales o de otras figuras de contratación en las que o bien no existen

⁶ Por ejemplo, que un ayuntamiento contrate un suministro de misiles tierra-aire, dejando de lado ahora otras dificultades adicionales que pudieran malograr tan inquietante adquisición.

⁷ Al margen del dato consistente en la reiteración de estas prácticas contractuales por parte de la CNMV, que se habrían iniciado en 2018. Fue la expiración del plazo previsto para el primer contrato, la que justificó esta nueva licitación.

todavía soluciones en el mercado o las que existen no satisfacen adecuadamente las necesidades de la entidad contratante⁸. En cualquiera de los casos, la actividad científica habrá de reunir las condiciones de la proyección tecnológica y, desde luego, habrá campos de investigación que directamente quedarán excluidos de este tipo de contratos, al no poder concretarse en productos o servicios con resultados técnicos directos fruto de la investigación, como es el caso examinado en esta nota.

Por eso mismo, tampoco parece que resulte aplicable a estos supuestos lo prevenido, con carácter general —y algo ambiguo— en el art. 8 LCSP⁹, en consonancia con el dictado literal del art. 14 de la Directiva 2014/24/CE, en la medida en que la realidad a la que aluden esos preceptos es la de los contratos de investigación y desarrollo (“servicios públicos” los califica la citada norma europea), que es un fenómeno esencialmente distinto de la “investigación académica” de carácter básico, no orientado a la producción de bienes o a la oferta de servicios específicos de mercado. A pesar de todo y aun por razones distintas de las que aquí sostendremos, debe recordarse que tales contratos quedan expresamente excluidos de la LCSP.

IV. Dificultades para la admisibilidad dogmática general de este tipo de contratos

Dejando, pues, al margen la noción a la que recurre la legislación de contratos, la actividad de investigación —que, por su propia naturaleza, comporta operaciones con resultado incierto— resulta especialmente apta para su impulso desde el poder público mediante la acción de fomento, en la que se estimula la conducta investigadora misma, en buena medida con independencia de los resultados concretos. Es más, como han recordado otros antes¹⁰, el Considerando 4 de la Directiva 2014/24/CE dispone que “la mera financiación, en particular mediante subvenciones, de una actividad, a menudo ligada a la obligación de reembolsar las cantidades recibidas cuando no se hayan utilizado para los fines previstos, no suele estar regulada por las normas de contratación pública”.

A pesar del tono necesariamente pragmático de la norma europea en este punto, así como de la complacencia con que parecen estar siendo tratadas, en general, estas prácticas, resultan, a nuestro juicio, importantes las distorsiones que, para el ordenamiento jurídico español, genera la canalización de esta financiación a la actividad investigadora (no otra cosa que *financiar* la investigación científica es lo que, como veremos con algún mayor detenimiento, se hace en el marco de estas operaciones) a través de la figura del contrato público.

Por de pronto y dando por supuesto que el órgano de contratación se encontrara en disposición de confeccionar unos pliegos solventes sobre este objeto y que pudiera, en consecuencia, resolver la licitación de modo adecuado en favor de una oferta, resulta muy cuestionable que ese mismo órgano de contratación pudiera ejercer con suficiencia el seguimiento de la ejecución del contrato por lo que se refiere a esta controvertida prestación. Desde luego, resulta muy problemático admitir esa solvencia por lo que se refiere a los resultados, esencialmente indeterminados *a priori*, de la actividad científica. Pero es que, acudiendo a los elementos ciertos y evaluables de dicha investigación, como la metodología, las capacidades del órgano de contratación tampoco parecerían adecuadas.

⁸ Aquí destacan, según es sabido, fórmulas como la asociación para la innovación (arts. 177 y ss. LCSP) o, tal vez en menor medida, las consultas preliminares de mercado (art. 115 LCSP).

⁹ Y disp. final 7ª LCSP.

¹⁰ Hernández Salguero, E., “Contratación pública y subvenciones. Unas relaciones peligrosas”, *cit.*, pág. 1.

Pero, incluso si se dotara a este órgano de informes¹¹ o comisiones de expertos similares a las que implementan las entidades y órganos a los que se viene encomendando la actividad destinada al fomento de este tipo de tareas, las dificultades proseguirían. Así, ¿qué condiciones habrían de concurrir para entender que la prestación no ha sido realizada a satisfacción de la Administración Pública? Resulta elemental que ese incumplimiento solo podría derivarse de una, a su vez, defectuosa satisfacción de las necesidades declaradas por el órgano de contratación. ¿Y cuáles son, nuevamente, esas necesidades en relación con la realización de una abstracta actividad de investigación —por mucho que se delimiten los campos específicos sobre los que habrá de recaer— cuyos resultados son esencialmente y *a priori* indeterminados?¹²

En este sentido, entiéndase correctamente lo que decimos cuando afirmamos que el resultado de la investigación científica es indeterminado *a priori*. Con ello no nos referimos solamente a que se trate de una característica obligación de medios, pues muchos son los contratos del sector público en los que un resultado concreto y determinado no está garantizado (el mismo asesoramiento que integra la otra parte del objeto del contrato cuya licitación se anunciaba). Cuando nos referimos a “indeterminación” queremos hacer referencia a su esencial desvinculación de los intereses y necesidades específicos y reales de la entidad contratante y que motivan el recurso al mercado.

El desarrollo de actividad científica podría, pues, observarse desde dos orientaciones en perspectiva temporal. Si lo que se desea es promover investigación en unas materias determinadas (las vinculadas al sector o sectores de actividad de la CNMV), las herramientas adecuadas oscilarían entre una *externa*, esto es, la acción de fomento, al disponer su ordenamiento regulador de las herramientas aptas para encauzar dicha actuación en el sentido deseado, partiendo de su especial configuración y asegurando una más eficaz aplicación de los recursos públicos¹³; o una herramienta *interna*, puramente organizativa, como puede ser la creación de un servicio de estudios incardinado en la estructura jerárquica de la entidad u organismo público contratante. Si la investigación es tenida en cuenta, por el contrario, hacia el pasado (cuál y de qué calidad ha sido la investigación desarrollada por un sujeto), entonces —como adelantábamos— su presencia en un procedimiento de contratación del sector público solo puede venir determinada por su instrumentalidad para la selección del contratista y, en consecuencia, como un requisito de solvencia.

Dejando de lado otros eventuales inconvenientes, que no parecen a primera vista concurrir en el caso examinado, como los vinculados al Derecho laboral —de los que no parecen escapar los organismos administrativos—, otra desventaja de encauzar estas actuaciones mediante el instrumento contractual, en lugar de a través de la actuación de fomento, consiste en los déficits de publicidad. Los contratos han sido adjudicados —como señalamos al comienzo de este análisis— a favor de dos universidades públicas, cuando la realidad es que las funciones derivadas de los mismos van a ser desarrolladas por unos concretos investigadores (doctores,

¹¹ Posibilidad esta habilitada por el art. 157.5 LCSP.

¹² Cuestión distinta sería, como veremos sucesivamente en el texto, que ese respaldo de la actividad pudiera exigirse como requisito de solvencia para la prestación de otro servicio (en el mismo caso, el asesoramiento en las materias indicadas en el anuncio de licitación), pero eso nada tiene que ver con que la investigación básica integre, en sí misma, parte del objeto, específico y autónomo, de un contrato del sector público.

¹³ Otra fórmula *externa* a la que podría, tal vez, recurrirse sería la del convenio interadministrativo (art. 47 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), una vez descartada la naturaleza de la investigación académica como prestación susceptible de un contrato de servicios. Sin embargo, desde otro punto de vista, los convenios vuelven a tener naturaleza sinalagmática o de intercambio, que, insistimos, hace complejo el encaje de la investigación académica entre sus posibles objetos.

según la exigencia literal de la documentación contractual), cuya identidad y méritos son finalmente ignorados mediante los mecanismos ordinarios de transparencia¹⁴. Si la actividad licitada y adjudicada se hubiera vehiculado a través de la acción de fomento, la identidad de los investigadores adjudicatarios habría sido pública en todo momento.

En resumen, todas las circunstancias presentes en el caso parecen militar en contra de la reconducción de este proceso concurrencial hacia las normas de contratación pública que, tanto como bloque como en sus elementos esenciales (modificados, subcontratación, cesión, etcétera), nos resulta manifiesto que han sido concebidas para operaciones fundamentalmente alejadas de las ventiladas en el caso.

Conviene, eso sí, aclarar que lo que se postula aquí no es tanto una mera inadecuación formal del *cauce* elegido para la selección de los investigadores adjudicatarios. En estos supuestos de impertinencia puramente formal encajan, probablemente, los así denominados “instrumentos no contractuales”, previstos tanto en la Directiva 2014/24/CE¹⁵ como en la LCSP¹⁶, para la colaboración preferente con organizaciones sin ánimo de lucro en la prestación de servicios a las personas (socio-sanitarios y educativos). Como bien han destacado algunos autores, el TJUE no excluye aquí, propiamente, el vínculo contractual en sí¹⁷, sino el recurso a los principios y garantías que se anudan a los procedimientos licitatorios previstos en el arsenal normativo europeo, destinados a regir la búsqueda de soluciones de mercado en un entorno competitivo y que, por prolijas razones que ahora no conviene colacionar, pueden o incluso deben quedar excluidos —a favor, sobre todo, de adjudicaciones directas a entidades sin fin de lucro— en este tipo de servicios¹⁸. En suma: no es que no haya *formalmente* contrato, sino que el proveedor o prestador, sencillamente, no se buscará en el mercado ni, en consecuencia, esas

¹⁴ Como es bien conocido en ámbitos académicos, los contratos de transferencia de resultados de la investigación realizados al amparo de los arts. 83 y concordantes de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, se conciertan formalmente por estas, actuando en su nombre y representación los investigadores integrantes de los equipos ejecutores, a quienes se reconoce compatibilidad para el desarrollo de estas acciones de transferencia, manteniendo su dedicación profesional a tiempo completo.

¹⁵ Considerando 114, sobre todo en sus párrafos 1º y 4º.

¹⁶ Art. 11.6 y disp. adic. 49ª.

¹⁷ Por ello, la referencia a “instrumentos no contractuales” que lleva a cabo la LCSP podría considerarse, en parte, equívoca. En cambio, otras de las herramientas mencionadas en la Directiva —y después en la LCSP (art. 11.6)— en este mismo contexto, ya sí, parecen quedar excluidas, claramente, del ámbito conceptual de la contratación. Tal es el caso de las referencias a fórmulas que son expresión de poderes de limitación (así, las “licencias o autorizaciones”) o, nuevamente, ejercicio de actividad de fomento (“simple financiación de estos servicios”). Son precisamente estos casos los que, por no estar presente en modo alguno un vínculo contractual —y no por razón de la titularidad competencial material de los servicios implicados, que es un aspecto distinto—, parecen justificar la transferencia de la potestad regulatoria que la LCSP realiza a favor de las Comunidades Autónomas en la mencionada disp. adic. 49ª.

¹⁸ Sobre las especialidades de este tipo de servicios existen diversos trabajos. Sin ninguna exhaustividad, Gimeno Feliú, J.M., “Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias”, *Observatorio de Contratación Pública*, 09/02/2016; accesible en: <https://obcp.es/opiniones/un-paso-firme-en-la-construccion-de-una-contratacion-publica-socialmente-responsable>; del mismo autor, aun con mayor alcance, “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 52, 2018, págs. 12-65, et *bib. ib. cit.* Más recientemente, Domínguez Martín, M., “La acción concertada de los servicios a las personas en la Ley de contratos del sector público y en la legislación autonómica: ¿instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer carácter social?”, en Tolivar Alas, L. y Cueto Pérez, M. (Dirs.), *La prestación de servicios socio-sanitarios: nuevo marco de la contratación pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 47-75 (también *bib. ib. cit.*).

operaciones de búsqueda y selección se regirán por los principios y criterios consustanciales al mercado¹⁹.

Pero, como decimos, en el caso que aquí estudiamos el problema se genera, en mayor medida si cabe, por la inidoneidad *sustantiva* de la categoría del contrato público para albergar este tipo de prestaciones. Por eso mismo entendemos que este planteamiento nuestro es perfectamente compatible con la patente expansión —razonable, debido a su cuidada elaboración técnica— que los procedimientos selectivos regulados en la normativa de contratación pública vienen experimentando, en las últimas décadas, hacia ámbitos en los que, en general, se busca adjudicar, asignar, recursos públicos escasos. Desde el punto de vista normativo, es conocida la aplicación del procedimiento de contratación —también de algunas de sus exigencias sustantivas— en materia de bienes públicos²⁰ e incluso en actividad de fomento, como las subvenciones²¹, existiendo, asimismo, propuestas de *lege ferenda* en un sentido aún más amplio²².

V. Ausencia de “interdependencia sinalagmática” entre las obligaciones de las partes en el contrato

Aun parcialmente, la LCSP establece una delimitación de aquellas actuaciones públicas que no pueden ser reconducidas a la naturaleza de “prestaciones contractuales” y cuya transferencia a particulares no puede ser objeto de un procedimiento de licitación tramitado conforme a la disciplina en ella contenida. Tal vez el ejemplo más conocido es el de los acuerdos (convenios) cuyo objeto no se encuentre comprendido entre los propios de alguno de los contratos regulados en dicha ley (art. 6 LCSP). Y, *a contrario*, cuando un convenio tenga por objeto alguna de las prestaciones contractuales contempladas en la LCSP, debe quedar inmediatamente reconducido a ella en su condición de contrato del sector público. De modo que, resumidamente: si no hay objeto contractual, no hay contrato del sector público.

¹⁹ Si materialmente no hubiera vínculo contractual quedaría inexplicado por qué la Directiva y, con ella, la LCSP excluyen estas prestaciones de su ámbito regulador (art. 11.6 LCSP) o por qué las denominan reiteradamente “servicios” o incluso “servicios públicos” (disp. adic. 49ª LCSP). Cuestión distinta es que, al existir un condicionamiento recíproco absoluto entre los principios de búsqueda según criterios de mercado y la categoría misma del contrato público, se concluya que no comparece este último en aquellos casos en que cualquier operador, cumpliendo “condiciones de aptitud” —no “criterios de adjudicación”—, pueda entrar a realizar una prestación *materialmente* contractual (esto es, que, sin la oportuna salvedad, quedaría incluida con normalidad entre las prestaciones de un contrato público, adjudicado según criterios concurrenciales de mercado) cuando ello encuentre amparo en otros principios, como los de calidad o solidaridad. A esta conclusión parecen llegar, asimismo, autores como Villar Rojas o Domínguez Martín. *Cfr.* de la última, *ibidem*, págs. 52. No obstante, se trata este de un tema debatido y lejos de ser inconcuso en el Derecho Administrativo, necesitado siempre de un encuadramiento de la actividad administrativa formal entre las fórmulas habilitadas expresamente por el ordenamiento jurídico (*vid. ibidem*, págs. 66 y ss.).

²⁰ Proyección de las causas de prohibición para contratar sobre quienes opten a títulos habilitantes para el aprovechamiento de bienes demaniales o el recurso al procedimiento contractual para la licitación de concesiones.

²¹ Interpretación de alguno de los requisitos para ser beneficiario o aplicación, en la contratación de conceptos subvencionables por parte del beneficiario, de los umbrales dispuestos para la contratación menor, de cara a intensificar la concurrencia.

²² Es el caso del “*Código ReNEUAL*” de procedimiento administrativo de la Unión Europea que propone la aplicación, con carácter supletorio, de las normas relativas a la adjudicación de contratos a todos los procedimientos en los que el número de solicitudes que puedan estimarse sea limitado y deba recurrirse a un procedimiento competitivo de selección (art. III-6.4). La versión del código en español se encuentra accesible aquí: <http://www.reneual.eu/images/Home/codigoreneualdeprocedimientoadministrativodelaue.pdf> (última consulta el 02/03/2022).

El fenómeno que venimos describiendo constituye, a nuestro juicio, ni más ni menos que el corolario a cuanto acabamos de exponer, pues la mera promoción o estímulo de una actividad particular, no asociada ni a una necesidad pública específica²³, ni a las funciones institucionales del ente en cuestión, no parece que pueda integrar el objeto de un contrato del sector público.

Se ha debatido sobre la naturaleza subvencional de los conciertos, algo que no termino de ver del todo claro. Sea como fuere, aun discutible, en estos es posible vislumbrar una contraprestación, ya directa ya indirecta, correspondiente al esfuerzo financiero aplicado por el ente concertante, lo que permite concluir seguramente la concurrencia en estos casos de una relación sinalagmática propia de la actividad contractual. En cambio, cuando en el caso examinado el pliego indica, por ejemplo, que el “servicio” debe prestarlo un doctor, falla la premisa mayor: no existe tal “servicio”. En consecuencia, ese sinalagma está ausente en el caso analizado, en el que no existe un acuerdo de voluntades con obligaciones recíprocas, conectadas y enderezadas a la satisfacción de los intereses, contrapuestos pero dotados de simetría y vinculación, de cada una de las partes; la “causa” en fin²⁴.

Solo de una manera muy remota podría defenderse en este caso que la actividad investigadora financiada cubra una necesidad del ente contratante, apta para ser satisfecha mediante el recurso al mercado de bienes y servicios. Pues lo característico de la actividad contractual es que el contratista realiza “algo *para*” el ente contratante a cambio de una retribución²⁵, mientras que es lo propio de la actividad de fomento el impulsar e incentivar una actividad privada *autónoma*, en la que —no se olvide— también debe estar presente, de un modo u otro, un interés público, eventualmente encarnado en los entes promotores de la acción de fomento —como podría darse en el caso aquí examinado—, pero en la que está ausente esa estrecha operación de reciprocidad, de interdependencia.

Esta “autonomía” o falta de interdependencia —que, insistimos, concurre cuando quien realiza la prestación no desarrolla una actividad *para* el ente contratante o cuando esta no se encuentra vinculada a sus fines institucionales— tiene, entendemos, un claro reflejo en la configuración tradicional de nuestro Derecho de la actividad de fomento, que excluye que el comportamiento de los beneficiarios pueda considerarse, en ningún caso, como “contraprestación directa” por el estímulo concedido y que hoy se localiza en el art. 2.1 *a* de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Es más, la actividad que

²³ Esto es, que el ente contratante no vea satisfecha por otros medios, en este caso, mediante el recurso al panorama científico general o, en caso de insuficiencia de este, colmando sus eventuales lagunas, como venimos diciendo, mediante el recurso a la actividad de fomento.

²⁴ Sin perjuicio de la ingente doctrina jurídica existente sobre la causa de los contratos, trata específicamente de ella en la contratación pública como “necesaria concatenación o interdependencia sinalagmática que ha de mediar entre las obligaciones recíprocas de las partes, anudadas entre sí como contenido del vínculo que constituye lo que llamamos contrato” José Luis Martínez López-Muñiz, en un interesante estudio: “La causa jurídico-pública de los contratos públicos”, *Revista de Derecho Público* (Venezuela; ISSN: 1317-2719), núm. 121, 2010, pág. 43. Algo parecido parece reivindicar Gimeno Feliú cuando afirma que “en la calificación de un contrato (así como en su diseño) y en la interpretación de la normativa debe estarse a la causa del mismo” (Gimeno Feliú, J.M., “El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, 2022, pág. 15).

²⁵ Que el servicio deba ser “*para*” el ente contratante no significa necesariamente, ya hoy, que su destinatario directo sea este y no los ciudadanos. Como es bien sabido, en la actualidad no es ese el criterio fundamental para distinguir entre los contratos de concesión y los de servicios, sino que lo es la concurrencia o no de transferencia de *riesgo operacional*; concepto este cuya aplicación a una actividad como la investigación científica parece, por cierto, carecer de sentido, ya sea para afirmarlo ya para negarlo.

corresponde al beneficiario adopta en este contexto la configuración técnico-jurídica de “carga”²⁶.

De ahí que, del mismo modo que —según dijimos ya— un ayuntamiento no podía contratar un suministro de misiles de guerra, considero que tampoco puede ningún ente del sector público celebrar un contrato con un empresario para que, por ejemplo, mejore su proceso productivo (aunque ambos estén vinculados en el marco de otra relación contractual), ni siquiera para que investigue nuevos productos o servicios, sin concretar las necesidades públicas específicas a cuya satisfacción deba enderezarse esa investigación. Este último es, por lo demás, requisito legal insoslayable en la regulación de las fórmulas de impulso y búsqueda de soluciones innovadoras en el mercado²⁷.

VI. Conclusión general

Hace bien poco se nos ha recordado, oportunamente, que no toda operación bilateral onerosa verificada por un organismo público debe reconducirse a un contrato público, advirtiendo, al mismo tiempo, acerca de que la determinación misma del alcance del concepto de contrato público es “materia que presenta perfiles no suficientemente claros, y donde la inercia dogmática del contrato administrativo puede contaminar la decisión interpretativa extendiendo de forma indebida unas reglas que no son propias para determinados negocios jurídicos”²⁸.

En las líneas precedentes nos hemos aplicado, pues, a poner nuestro granito de arena en esta cuestión que, aunque pueda ser mirada con cierto desdén o, como decíamos, con complacencia derivada, probablemente, de un deficiente entendimiento del principio de libertad de pactos, presenta, muy al contrario, una gran relevancia. En efecto, se trata de un ejercicio que, por una parte, permite perfilar, progresivamente y con la necesaria claridad dogmática, los límites y campos de acción de la contratación del sector público y de su adyacente funcionalidad económica, deslindándola de otras técnicas administrativas no asimilables a ella desde distintos puntos de vista; así como, por otra parte, reconducir a su tipología institucional propia y, con ello, a su ordenamiento jurídico natural (con las garantías ciudadanas asociadas) todas aquellas actuaciones bilaterales onerosas, promovidas desde cualesquiera organismos públicos, en las que no concurran los presupuestos para la individualización de la categoría jurídica del contrato público.

Esta labor de delimitación merecería, tal vez, un trabajo más exhaustivo, que en este momento no podemos emprender, pero que podría constituir el objeto de una investigación futura, ya

²⁶ Así, Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. XIV, Boletín Oficial de Estado, Madrid, 2015, págs. 332-333.

²⁷ En este sentido, el art. 177.1 LCSP dispone con claridad que “*la asociación para la innovación es un procedimiento que tiene como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, [...]*”. En ese mismo precepto, el legislador es tan consciente de que la actividad desplegada por el empresario en la fase de investigación no es un servicio, atribuyéndole una naturaleza puramente instrumental del contrato final, que establece lo siguiente: “3. Los contratos que se adjudiquen por este procedimiento se regirán: a) En la fase de investigación y desarrollo, por las normas que se establezcan reglamentariamente, así como por las prescripciones contenidas en los correspondientes pliegos, y supletoriamente por las normas del contrato de servicios. b) En la fase de ejecución de las obras, servicios o suministros derivados de este procedimiento, por las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate” (el énfasis es nuestro).

²⁸ Gimeno Feliú, J.M., “El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, *cit.*, pág. 14.

como una continuación de esta específica problemática (puede que extendida a otros ejemplos extraídos de la práctica contractual), ya en el marco de un estudio más amplio que abarcara una depuración general de los supuestos de entrecruzamiento irregular de las técnicas del Derecho Administrativo. Será seguramente conveniente profundizar entonces en las consecuencias que de estas distorsiones tipológicas se derivan, así como formular una doctrina general si fuera procedente.