

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN TIEMPO DE ELECCIONES

Elena Hernández Salguero.

Consejera del Tribunal de Cuentas

Colaboradora del Proyecto CSP

Nuevamente el gestor estatal, autonómico y local se encuentra en la tesitura de tener que atender a las exigencias contractuales derivadas de la celebración de un nuevo proceso electoral, que tendrá lugar el 28 de mayo próximo, en esta ocasión en el ámbito autonómico y municipal. Raro es el ámbito de la actividad de la Administración que no se relaciona de modo más o menos directo con la contratación pública, y la celebración de elecciones no es una excepción.

Esta relación se produce tanto por la necesidad de adquirir los medios precisos para garantizar la efectividad de la jornada electoral y la participación ciudadana, como por la afectación de los expedientes que debieran iniciarse durante los días previos o posteriores a las elecciones antes de que se hubiera podido formar nuevo gobierno. A ello cabe añadir la actividad derivada de las campañas electorales que afecta a un “*poder adjudicador*” peculiar, como son los partidos políticos.

1. Compra pública de los medios necesarios para la celebración de unas elecciones. Especial examen de la Ley de Publicidad Institucional.

En relación con el primer aspecto, a nadie se le escapa que la celebración de unas elecciones implica la puesta a disposición de los ciudadanos de los medios indispensables para ejercer su derecho al voto, como sería el caso de sobres y papeletas electorales, mediante los correspondientes contratos de suministros. Dicha contratación corresponde a las Delegaciones del Gobierno como órganos de la administración periférica estatal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 70.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio, del Régimen Electoral, LOREG¹, para el caso de las elecciones generales y municipales (así como en las elecciones al parlamento europeo) y a las CCAA respecto de las elecciones autonómicas en los términos de la DA primera de la indicada norma, esto es por referencia a las instituciones autónomas que correspondan².

1 Art.70.2 LOREG “La Administración del Estado asegura la disponibilidad de las papeletas y los sobres de votación conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente, sin perjuicio de su eventual confección por los grupos políticos que concurren a las elecciones”.

2 Vid. Entre otros, anuncio de la convocatoria del contrato de suministros titulado “SUMINISTRO Y DISTRIBUCIÓN DE SOBRES, PAPELETAS DE VOTACIÓN Y MATERIAL ELECTORAL PARA LAS ELECCIONES A LA ASAMBLEA DE MADRID DE 2023”, a adjudicar por procedimiento abierto mediante el criterio único. [Suministro y distribución de sobres, papeletas de votación y material electoral para las elecciones a la Asamblea de Madrid de 2023 \(comunidad.madrid\)](#)

Este tipo de contratación en principio no ofrece ninguna especialidad, tratándose de contratos de suministros de productos con los códigos CPV 30199710-0 y 22900000-9 y, en prácticamente todos los casos, la licitación se divide en tres lotes:

1. Suministro y distribución de sobres de votación
2. Suministro y distribución de papeletas de votación
3. Suministro y distribución de paquetes de documentación de las mesas electorales

Tal compra pública también alcanza a otros elementos necesarios para el adecuado desarrollo de las elecciones como es la publicidad institucional, la difusión provisional de resultados, el suministro de urnas de votación, de cabinas y soportes, impresos electorales y manual para los miembros de las mesas, material para las mesas electorales, kit de voto accesible, asistencias técnicas (aplicaciones de apoyo a la gestión del presupuesto y del material) y otros como pueden ser acreditaciones, restauración, líneas telefónicas, seguro de representantes de la Administración.

Se contrata también la gestión de las dietas a los miembros de mesa, el traslado de miembros de mesa a juzgados, el arrendamiento de máquinas reprográficas, el suministro de cajas para empaquetado, documentación electoral, etc.

Como no podía ser de otra forma, la contratación de estos elementos necesarios para el adecuado desenvolvimiento del proceso electoral se somete en su integridad a la LCSP, sin perjuicio de ciertas especialidades que presenta la contratación de la publicidad institucional, como vamos a ver más adelante. Por tanto, deben respetarse los principios de la contratación pública, aplicarse los procedimientos establecidos en los supuestos previstos, cumplir con las exigencias de tramitación de los expedientes y, en fin, respetar el resto de normas que aquella contiene. Ello queda patente en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 17/2019, sobre la posibilidad de aplicar la tramitación de emergencia a la contratación de los elementos necesarios para las elecciones a Cortes Generales, que parte de la necesidad de preservar también en la compra pública electoral los principios de concurrencia y de igualdad de los licitadores y, consecuentemente, la determinación de unos procedimientos reglados de selección del contratista, que solo *“deben ceder cuando se produce un desequilibrio entre el pleno mantenimiento de todas las garantías de que está investida la contratación pública y el adecuado respeto al interés general que se persigue con la actuación que va a ser objeto de contratación”*.

Siendo así, dependiendo de la población a que vaya dirigida cada contrato, que determina lógicamente el volumen de las necesidades a satisfacer, lo usual será la utilización del procedimiento abierto ordinario para el aprovisionamiento del principal material electoral (sobres y papeletas) sin perjuicio de la posibilidad de utilización de otros procedimientos para algunas de las prestaciones que pueda encontrar acomodo en función de los valores estimados que alcancen.

Fuera de lo que podríamos denominar procedimientos ordinarios, cabe plantearse la posibilidad de utilización de otros procedimientos que podríamos denominar extraordinarios, como el procedimiento de urgencia que exige su previa declaración motivada y permite la reducción de los plazos a la mitad y, en casos excepcionales, el procedimiento de emergencia. Respecto a este último la

doctrina ha concretado los aspectos procedimentales y presupuestos de su utilización, los cuales se han visto enormemente desarrollados como consecuencia de las necesidades de compra pública de emergencia que ha supuesto la Covid -19, plasmadas en el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 y su redacción modificada por los Reales Decretos -ley 8 y 9 /2020³.

Los límites y requisitos de la utilización del procedimiento de emergencia se recogen también en el informe 17/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que determina que la posibilidad de aplicación del artículo 120 de la LCSP debe ser interpretada restrictivamente, según reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de modo subsidiario en relación a la tramitación del procedimiento de urgencia, en la medida en que permite la utilización de un procedimiento rigurosamente excepcional con merma o eliminación de los principios de publicidad y libre concurrencia.

Debe por ello concurrir con toda claridad el supuesto de emergencia: acontecimiento catastrófico, las situaciones que supongan grave peligro o las necesidades que afecten a la defensa nacional, para que opere dicha excepcional tramitación. (SAN de 23 abril 2008).

Constituyen un parámetro interpretativo de interés los distintos informes de fiscalización que han realizado tanto el Tribunal de Cuentas como los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas. De todos los informes emitidos se puede concluir que, sin perjuicio de que el artículo 120 de la LCSP permita la adjudicación del contrato sin obligación de tramitar expediente de contratación y sin sujeción a los requisitos formales establecidos en la misma, los principios de buena gestión, y, en especial, los que deben regir la contratación conforme al artículo 1 de la LCSP, aconsejan que las entidades públicas contratantes, en la medida en que sea compatible con la emergencia de la situación, traten de promover un mínimo de concurrencia solicitando ofertas, comprobar que el adjudicatario tenga aptitud para contratar y obtener el menor precio que sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato atendiendo a las condiciones del mercado⁴. Resulta asimismo acorde con una buena gestión que, sin perjuicio de las competencias que la LCSP atribuye al órgano de contratación, la iniciativa de la tramitación corresponda a los órganos o unidades con funciones técnicas en la materia, quienes con mejor criterio pueden apreciar la realidad de las necesidades que se trata de atender. Frente a estas recomendaciones de buena gestión cabe señalar que sí constituye una obligación legal del contratante, comprobar que el objeto del contrato se ha ejecutado conforme a lo establecido en los pliegos y actuar en consecuencia, siendo esta el núcleo del control del contrato de emergencia; su ejecución y no su preparación, ya que esta requiere prácticamente pocos requisitos.

Ciertamente, la redacción del artículo 120 de la LCSP parece no estar dirigida a actuaciones que constituyen circunstancias del devenir administrativo, sino más bien parece identificar situaciones fácticas de peligro activo para la defensa nacional, catástrofes naturales, pandemias u otras de índole

³ “todos los contratos que hayan de celebrarse por las entidades del sector público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, les resultará de aplicación la tramitación de emergencia”.

⁴ Resulta obligado remarcar que no se trata de exigencias legales cuyo incumplimiento pueda merecer reproche alguno de legalidad, sino recomendaciones o sugerencias de buen gobierno.

semejante, pero tal y como resulta del Informe de la JCCPE, la concurrencia de las circunstancias que legitiman el encargo de los trabajos imprescindibles para abordar la situación de emergencia deben examinarse en cada caso concreto y de forma restrictiva. Desde esta perspectiva parece difícil plantear un supuesto en el que concurren las circunstancias para tal forma de proceder en la compra de los elementos necesarios para un proceso electoral, que viene siendo el escenario anunciado de la actividad política con varios meses de antelación, sin perjuicio de las vicisitudes que pudieran plantearse en el proceso de contratación, que no podrían ser paliadas mediante la prórroga a que se refiere el artículo 29.4 LCSP, al tratarse de contratos coyunturales en los que no suelen observarse las prórrogas.

Contratación de la publicidad institucional: Dejando a un lado las cuestiones generales atinentes al proceso de compra pública electoral, como más arriba adelantaba, de todos los elementos susceptibles de contratación de cara a la celebración de los comicios, la publicidad institucional merece un examen más concreto, en tanto en cuanto obedece a una regulación específica, en concreto la LOREG, cuyo artículo 50 establece que *“Los poderes públicos que en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso electoral pueden realizar durante el período electoral una campaña de carácter institucional destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, sin influir, en ningún caso, en la orientación del voto de los electores. Esta publicidad institucional se realizará en espacios gratuitos de los medios de comunicación social de titularidad pública del ámbito territorial correspondiente al proceso electoral de que se trate, suficientes para alcanzar los objetivos de esta campaña”*.

El régimen jurídico aplicable a las inserciones de publicidad institucional depende del carácter público o privado del medio de comunicación que la realice.

En el caso de los medios públicos la inserción gratuita que establece la ley⁵ implica que, frente a lo habitual en los contratos de publicidad ordinaria, en los que generalmente no solo se valora el contenido de la campaña, sino la cantidad de medios en que se inserta y su precio, no nos encontramos en presencia de un contrato, ya que la existencia de un precio determina el carácter oneroso de las contraprestaciones que conforma la relación sinalagmática que supone cada contrato⁶, y dicho precio está ausente en esta actividad pública de interés general.

Eso sí, la creatividad de las campañas y el diseño de su contenido sí puede ser objeto de licitación mediante el correspondiente contrato de servicios, en los términos de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, cuyo artículo 8 establece que *“los contratos vinculados a las campañas reguladas por esta Ley se adjudicarán con arreglo a su normativa aplicable, respetando estrictamente los principios de publicidad y concurrencia, y atendiendo siempre a criterios objetivos tales como el coste económico y la eficacia prevista del plan de medios. Estos mismos criterios objetivos deberán ser observados por los contratistas en los supuestos de subcontratación”*.

⁵ Art. 53 *“La obtención gratuita de medios proporcionados por las Administraciones Públicas quedará limitada al periodo estricto de campaña electoral”*.

⁶ Sentencia de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, Helmut Müller GmbH.

En el caso de la publicidad institucional en medios privados no rige la gratuidad prevista en el artículo 50⁷ de la LOREG, debiendo entenderse, por tanto, que el contenido del artículo 8 de la Ley de Publicidad y Comunicación Institucional, se refiere a los medios de comunicación privados, por lo que a las cuestiones atinentes a la contratación se refiere.

Además de las normas aplicables de la LCSP, la normativa de publicidad institucional de algunas comunidades autónomas, que afecta a las elecciones del día 28 de mayo por su ámbito territorial, contiene algunas especialidades en el procedimiento para la selección de los medios de difusión que necesariamente afectan a su consideración como actividad sujeta a las normas de la contratación pública y que debe incardinarse como legislación sectorial en los procedimientos de licitación de las campañas institucionales.

Algunas de estas especialidades no tienen carácter contractual, como podría ser la atención al perfil de la población a que va dirigida la publicidad, sin embargo, otras son un refuerzo, cuando no una especialidad, respecto de los principios y normas que rigen la contratación pública con carácter general. Por ejemplo, la ley de publicidad institucional valenciana refuerza el principio de igualdad y libre concurrencia que resultaría de la aplicación directa de la LCSP al señalar en el apartado 7 de su artículo 6: *“Queda prohibida la discriminación de medios de comunicación por su línea editorial o cualquier otra consideración”*.

Estas especialidades afectan tanto al procedimiento de licitación, como a la elección de criterios de valoración o requisitos de selección de los contratistas.

Así en relación con el **procedimiento de licitación**, la Ley 12/2018 de publicidad institucional para el interés ciudadano de la Comunidad Valenciana establece una excepción específica a la posibilidad del contrato menor, que tantas dudas ha generado en el caso de la publicidad institucional de cara a las elecciones, al establecer que, en todo caso y al margen de la cuantía del contrato, la contratación no podrá realizarse de manera directa con el medio⁸. De esta forma, aunque el valor estimado del contrato fuera inferior a 15.000 euros no cabría adjudicar sin licitación, sino que necesariamente debe convocarse un procedimiento, que estaría sujeto a las normas de la LCSP en cuanto a su elección, tramitación y principios por los que se rige.

Otro ejemplo de las especialidades tendentes a reforzar la transparencia es el artículo 7 de la Ley 6/2005, de 8 de abril, reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía, que obliga a publicar en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y en internet la adjudicación de los contratos de publicidad institucional superiores a 30.000 euros que celebre cualquier órgano, entidad o sociedad mercantil incluidos en su ámbito de aplicación.

⁷ Art. 50 (...) *“Esta publicidad institucional se realizará en espacios gratuitos de los medios de comunicación social de titularidad pública del ámbito territorial correspondiente al proceso electoral de que se trate, suficientes para alcanzar los objetivos de esta campaña”*.

⁸ Art. 6.8. *“A todos los efectos, la contratación no puede realizarse de manera directa con el medio. Los contratos que incidan en la difusión internacional y nacional de la Comunitat Valenciana en los supuestos de publicidad institucional previstos en los apartados a), k) y m) del artículo 2.1, así como los referidos a la publicidad vinculada a fondo europeos, podrán realizarse directamente, previa elaboración de una memoria en la cual se expondrán las acciones e impactos previstos”*.

Criterios de adjudicación y precio. En cuanto a los criterios de adjudicación, como es sabido, la regla general en la LCSP es el establecimiento de una pluralidad de criterios, con el objeto de lograr la mejor relación calidad-precio en las ofertas, ex artículo 145 de la LCSP, regla que se refuerza estableciendo la obligación de prever en los pliegos una pluralidad de criterios de adjudicación en determinados contratos. En el ámbito autonómico, la normativa en general se refiere de forma genérica a los principios generales que los configuran, así, por ejemplo, la normativa de publicidad institucional de Euskadi previene que la adjudicación de los contratos deberá realizarse a la oferta económicamente más ventajosa, atendiendo a criterios objetivos directamente vinculados al objeto del contrato.⁹

En algunas normativas se contemplan como obligatorios un conjunto de criterios de adjudicación, incluso en el caso de ser varios, como en el caso de la normativa valenciana, se establece un orden de prelación entre ellos.¹⁰

Pero además del establecimiento de estos criterios, también realizan descripciones genéricas de algunos elementos que pueden aportar valor como el respeto de los medios por el entorno ambiental¹¹. Por lo tanto, considerando que la valoración no puede realizarse sino en el seno del procedimiento de licitación, habrá que objetivar la apreciación positiva en que consiste valorar algo, mediante su configuración como criterio de adjudicación. Ello no obsta para que estos elementos puedan ser introducidos como prescripciones técnicas.

No cabe desconocer que la implementación de estos objetivos de tipo ambiental mediante criterios de adjudicación, difícilmente encaja con el concepto de vinculación al objeto del contrato en el caso de la inserción de publicidad audiovisual, no tanto la publicidad escrita, en que es más fácil apreciar dicha vinculación, incluso en la nueva concepción que debe darse a la misma a la luz del artículo 145.6 de la LCSP, que permite considerar las prestaciones objeto del contrato en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. Entre los criterios de calidad de tipo ambiental, el artículo 145.2 de la LCSP enumera la reducción y emisión de gases de efecto invernadero, empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética o la utilización de energía procedente de fuentes renovables durante la ejecución del contrato. Es esta vinculación a la oferta, que no a las características de la empresa que constituirían aspectos de solvencia, la que a mi juicio dificulta el establecimiento de este tipo de medidas estratégicas en el sector de la publicidad audiovisual.

Por lo demás, tanto este criterio ambiental como el resto de los que se establezcan en los pliegos deben obedecer a los requisitos fijados por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recogidos en el apartado 5 del artículo 145¹². Esto es, que se trate de criterios objetivos, que

⁹ Ley 6/2010, de 23 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional de Euskadi.

¹⁰ Art 6.2 "En orden a la realización de los principios señalados en el apartado anterior, para la determinación de los medios de difusión se tendrán en cuenta como criterios prioritarios la audiencia, en primer lugar, y la implantación territorial y social, en segundo lugar. Además, se podrán valorar las características de los destinatarios de la publicidad, la lengua predominante del ámbito lingüístico y otros criterios análogos que contribuyan a la consecución óptima de los fines previstos en esta ley".

¹¹ Sentencias de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C-513/1999 Concordia Bus Finland OY AB y Helsigin Kaupunki) y de 4 de diciembre de 2003 (Asunto C-448/01 EVN y Wienstrom), viene admitiendo de forma clara la posibilidad de implementar políticas públicas de protección del medio ambiente a través de la compra pública.

¹² Sentencia TJUE de 18 de octubre de 2001, SIAC, Construction, C-19/00.

Sentencia TJUE de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C-448/01.

Sentencia TJUE de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland C-513/99.

se hayan puesto en conocimiento de los posibles licitadores convenientemente en todo su alcance y contenido, aporten valor o permitan seleccionar la oferta con mejor precio-calidad, a lo que cabe añadir que sean susceptibles de comprobación y control.

Más sorprendente es la descripción que realiza de los criterios de adjudicación la ley 16/2003, de 24 de marzo, sobre publicidad institucional de la Comunidad Autónoma de Aragón, que los define de forma negativa señalando que ninguna empresa podrá ser excluida de la publicidad de las Administraciones Públicas de Aragón o de sus organismos públicos y sociedades por razones distintas a las objetivas que guían la inversión publicitaria, como son la rentabilidad del impacto o la adecuación al público objetivo.

También merece un comentario específico la prohibición del pago de precios abusivos que difieran de los del mercado en estas normas. En realidad, esta prevención no supone novedad alguna por razón del sector ante el que nos encontramos, sino que implica una plasmación al caso concreto de las exigencias que respecto del precio de los contratos establece la LCSP. El precio constituye la contraprestación que el contratista obtendrá como resultado de la ejecución del contrato, por lo tanto, si bien los elementos que lo conforman se determinan en la fase de preparación contractual, el mismo se materializa en la fase de ejecución. Pero, además, el precio tiene otra vertiente fundamental en los contratos del sector público y es que el mismo constituye el principal criterio económico de adjudicación de los contratos, junto con el criterio coste de ciclo de vida y deberá ser adecuado de acuerdo con el apartado 3 del artículo 102 de la LCSP. La exigencia de adecuación del precio al mercado tiene la finalidad de garantizar la viabilidad de los contratos y evitar el enriquecimiento injusto, constituyendo a la vista de su segundo inciso una manifestación de la contratación pública socialmente responsable. Es en la preparación del contrato cuando el precio aun es estimativo, siendo fundamental establecer adecuadamente los parámetros para su adecuación a los precios de mercado.

Solvencia y capacidad. Si bien la Ley estatal de publicidad y comunicación institucional no contiene ninguna previsión especial respecto de la capacidad y solvencia de las empresas que pudieran concurrir a las licitaciones, algunos ejemplos de normativa autonómica, como la valenciana, establecen que la publicidad institucional se realizará en medios de difusión con estructura interna y externa de medio de comunicación que, además, se caractericen por la elaboración de contenidos informativos con criterios periodísticos, requerimiento que en principio, se identifica con los requisitos de solvencia y capacidad. Algo más contundente es la ley andaluza¹³ que especifica que la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades dependientes no podrán contratar la emisión de ningún tipo de publicidad institucional audiovisual con personas prestadoras de servicios de comunicación audiovisual que no dispongan del preceptivo título habilitante o no hayan cumplido el deber de comunicación previa.

Efectivamente, tal y como resulta del artículo 65 de la LCSP, es preciso que el objeto social de la empresa que vaya a ejecutar la publicidad institucional coincida con el de las prestaciones objeto del contrato. Hasta aquí ninguna peculiaridad ofrece la Ley. Sin embargo, la mención genérica a la elaboración de contenidos informativos con criterios periodísticos ya resulta más compleja de acreditar,

¹³ Ley 6/2005, de 8 de abril, reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía.

respondiendo a la idea de concepto jurídico indeterminado cuya acreditación y posterior comprobación se me antoja complicada, sino imposible, desde el punto de vista de la objetividad que debe presidir la actividad de la compra pública, no siendo recomendable incluir en los instrumentos normativos preceptos que, siendo algo más que meros preceptos programáticos, resultan de imposible o, al menos, muy difícil cumplimiento.

Una última cuestión en relación con la publicidad institucional es la de la determinación ex lege de parte de su objeto en alguna normativa como la valenciana, puesto que, como señala el apartado 9 del artículo 6 de su ley de publicidad institucional *“Las redes sociales con perfiles oficiales serán, necesariamente, unos de los canales para difundir el mensaje institucional”*.

2. Campaña electoral:

La publicidad y el resto de las actividades inherentes a la campaña electoral llevados a cabo por los partidos políticos, en tanto nuevos sujetos sometidos a la LCSP, recibe un tratamiento distinto al descrito para la publicidad institucional y su provisión. Las especialidades contractuales referidas a las campañas electorales comprenden tanto el aspecto subjetivo, como el objetivo de las mismas.

En relación con los sujetos que llevan a cabo las actividades de campaña electoral, esto es los partidos políticos, fue una de las novedades más aireadas en relación con el ámbito subjetivo de la LCSP respecto de sus predecesoras. Así, además de la uniformización del régimen jurídico de PANAPS y Administraciones Públicas en la contratación armonizada, en lo que a la preparación y adjudicación de contratos se refiere, cabe destacar la aplicación de la LCSP a los partidos políticos de acuerdo con su artículo 3.4, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada, y con ello los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación, sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente. Para ello los partidos políticos deberán aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación, que se adecuarán a lo anterior y a la normativa comunitaria. Estas instrucciones deberán publicarse en sus respectivas páginas web. El cumplimiento de esta obligación, así como el contenido de las instrucciones y su adecuación a los principios que rigen la contratación del sector público es analizado en los informes que realizan los órganos de control externo y el Tribunal de Cuentas de la actividad económico-financiera de los partidos políticos¹⁴.

Sin embargo, a pesar de que los partidos políticos tengan las características que definen a los poderes adjudicadores en el apartado d) del artículo 3 de la LCSP¹⁵, lo que hubiera exigido la aplicación de la LCSP por lo que a la preparación y adjudicación de los contratos SARA se refiere, siguiendo la tónica del artículo 317 de la LCSP, lo cierto es que los partidos políticos sólo quedan sujetos al cumplimiento de los principios generales de contratación, a lo que debe sumarse que la campaña

¹⁴ Ver. Resolución de 30 de marzo de 2023, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 29 de marzo de 2023, que aprueba la Instrucción relativa a la fiscalización de las contabilidades de las elecciones locales y autonómicas de 28 de mayo de 2023. «BOE» núm. 82, de 6 de abril de 2023, páginas 50594 a 50618. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-8708.

¹⁵ Esto es personalidad jurídica propia, finalidad orientada a la satisfacción necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, financiación mayoritaria por uno o varios poderes adjudicadores, en el caso de los partidos a través de las subvenciones aparejadas a la obtención de resultados electorales.

electoral queda fuera del ámbito objetivo de aplicación de la LCSP, ex artículo 11.5 de la LCSP, que excluye los contratos que tengan por objeto servicios relacionados con campañas políticas con CPV 79341400-0, 92111230-3 y 92111240-6 (servicios de campañas de publicidad, así como la producción de películas de propaganda y la producción de videocintas de propaganda). La excepción puede tener sentido debido a que el tiempo que duran esas campañas electorales viene legalmente determinado, resultando incompatibles los plazos de campaña con los plazos mínimos que para la presentación de ofertas o solicitudes de participación se contemplan, en función de cada procedimiento, en las propuestas de Directiva¹⁶.

No es esta, sin embargo, aunque no cabe duda de su influencia, la razón de ser de esta exclusión para la Directiva 2014/24/UE que se justifica en su considerando 29, conforme al cual *“determinados servicios (como películas de propaganda y producciones de vídeo) están tan inextricablemente relacionados con las opiniones políticas del proveedor del servicio cuando se prestan en el contexto de una campaña electoral que sus proveedores se seleccionan habitualmente de un modo al que no se pueden aplicar disposiciones sobre contratación pública”*.

En todo caso, este tipo de contratos que lleva aparejada toda campaña electoral quedan fuera del ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. No obstante, los proveedores de bienes o servicios a candidaturas deberán informar al Tribunal de Cuentas de la facturación por gastos electorales realizada a formaciones electorales cuando su cuantía sea superior a 10.000 euros (art. 133.5 LOREG).

Para el adecuado deslinde ente los contratos que pueden hacer las formaciones políticas en el ámbito de los gastos de las campañas electorales, y por tanto fuera del ámbito objetivo de la LCSP, y el resto de los contratos, debe atenderse a lo establecido en el artículo 130 de la LOREG que determina los gastos que tienen la consideración de electorales utilizando un doble criterio: por una parte, el ámbito temporal en el que han de tener lugar, y por otra, los conceptos a los que han de referirse. Así, considera gastos electorales los que realicen los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones participantes en las elecciones desde el día de la convocatoria hasta el de la proclamación de electos por conceptos tales como, confección de sobres y papeletas, propaganda y publicidad directa o indirectamente dirigida a promover el voto a sus candidaturas, sea cual fuere la forma y el medio que se utilice, alquiler de locales para la celebración de actos de campaña electoral, medios de transporte y gastos de desplazamiento de los candidatos, de los dirigentes de los partidos, asociaciones, federaciones o coaliciones, y del personal al servicio de la candidatura, correspondencia y franqueo o cuantos sean necesarios para la organización y funcionamiento de las oficinas y servicios precisos para las elecciones.

Respecto del ámbito temporal de la contratación electoral, específicamente por lo que a la publicidad se refiere, el artículo 53 de la LOREG señala que, desde la convocatoria de las elecciones hasta el inicio legal de la campaña, queda prohibida la realización de publicidad o propaganda electoral mediante carteles, soportes comerciales o inserciones en prensa, radio u otros medios digitales, no

¹⁶ Miguel Angel Bernal Blay. Observatorio de contratación Pública. *“Los partidos políticos y la normativa sobre contratos públicos La nueva versión de la Propuesta de Directiva sobre contratos públicos parece incluir a los partidos políticos dentro de su ámbito de aplicación al contemplar la exclusión únicamente de ciertos contratos de servicios, cuando sean celebrados por los partidos en el marco de las campañas electorales ¿y el resto de contratos?”*. 21 de enero de 2013.

pudiendo justificarse dichas actuaciones por el ejercicio de las actividades ordinarias de los partidos. La Instrucción de la Junta Electoral Central 3/2011, de 24 de marzo, sobre la interpretación de la prohibición de realización de campaña electoral incluida en el citado artículo 53, especifica que, fuera del citado periodo, las formaciones políticas no podrán contratar directamente ni a través de terceros publicidad y propaganda electoral, ni hacer uso de los espacios publicitarios gratuitos facilitados por las Administraciones Públicas, y viene a concretar, en su número segundo, los actos electorales que estarían permitidos fuera del periodo de la campaña electoral siempre que no incluyan una petición expresa del voto.

En cuanto al elemento objetivo, un parámetro interpretativo de primer orden de lo que se considera gastos electorales son los criterios del Tribunal de Cuentas recogidos en la Instrucción relativa a la fiscalización de las contabilidades de las elecciones locales y autonómicas de 28 de mayo de 2023, aprobada por Acuerdo del Pleno de 29 de marzo del mismo año, que a su vez recoge los criterios establecidos en la Moción 1445 relativa a la financiación, la actividad económico-financiera y el control de las formaciones políticas y de las fundaciones y demás entidades vinculadas o dependientes de ellas, aprobada por esta Institución el 27 de julio de 2021 <https://www.tcu.es/repositorio/e574ac9d-93a7-4400-afa6-2653b0b634c4/11445.pdf>

3. Contratación pública ordinaria y elecciones.

Resta una última reflexión para abordar el panorama de las relaciones entre las elecciones y la normativa en materia de contratación pública, referida no tanto a cuestiones atinentes a la regulación y régimen jurídico, sino a aspectos prácticos derivados de la situación política que implica el periodo de campaña electoral y posterior elección de gobierno, que en su doble concepción de órgano político y administrativo, debe estar constituido de cara a la celebración de contratos y desarrollada la estructura orgánica de cada Ministerio, Consejería o Concejalía para determinar las competencias en materia de contratación.

Durante la campaña electoral no habría ningún problema administrativo para la convocatoria, tramitación y celebración de contratos, siempre con el respeto a los límites que, de acuerdo con la LOREG y los pronunciamientos de la Junta Electoral Central y, en su caso, el resto de Juntas Electorales, implican una acción de propaganda no permitida.

Mayores problemas puede plantear la necesidad de convocar o formalizar contratos una vez celebradas las elecciones y hasta el nombramiento del nuevo gobierno y su desarrollo. Las últimas experiencias de conformación de gobiernos autonómicos y central no abogan precisamente por la consideración de este proceso como sencillo y mucho menos rápido, pudiendo darse la circunstancia de que, a la conclusión de algunos contratos, el nuevo contrato no estuviera listo para su firma y no hubiera posibilidad de prórroga, lo que desde el punto de vista de la prestación de servicios públicos y especialmente servicios a las personas no es una situación aceptable. La compra pública es una actividad por lo general de administración ordinaria que por tanto puede llevar a cabo un gobierno en

funciones, como respecto de la Administración local establece el artículo 194 de la LOREG¹⁷ y ha reconocido el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en Sentencia de 25 de junio de 2004, cuando permite una modificación contractual bajo la premisa de que *“la modificación operada era de administración ordinaria por lo que la corporación saliente no solo estaba facultada para ello, sino obligada, a fin de que los intereses municipales no sufrieran paralización alguna”*.

No cabe desconocer que los movimientos personales y cambios de estructura de la Administración como consecuencia de la celebración de unas elecciones pueden generar - y de hecho generan-, retrasos y disfunciones en la marcha normal de la actividad administrativa. Cabe plantearse, entonces, si para atender a tal circunstancia, puede aplicarse la prórroga especial establecida en la LCSP.

Efectivamente, como muestra de la flexibilización de algunos elementos básicos en el ámbito de la compra pública por la nueva LCSP destaca el de la duración de los contratos y la previsión contenida en el apartado 4 del artículo 29 de la misma.¹⁸ La duda que puede surgir en torno a la aplicación de este precepto tiene su origen precisamente en los elementos que conforman su presupuesto de aplicación y es que, el artículo indicado condiciona la posibilidad de prorrogar el contrato, a que el retraso en la formalización sea consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación, producidas en el procedimiento de adjudicación. ¿Puede considerarse que la falta de constitución del gobierno con toda su estructura es una incidencia ínsita al procedimiento de licitación? Ciertamente y *prima facie* la suerte o el devenir del resultado de los procesos electorales son circunstancias ajenas al procedimiento de licitación, pero desde mi punto de vista cuando la ley hace referencia al procedimiento de adjudicación, debe entenderse comprendido en el mismo no solo la propia licitación sino todo el devenir del expediente administrativo, tanto de cuestiones previas a la licitación propiamente hablando, como cuestiones posteriores, incluida la firma del contrato, que eventualmente pueden resultar afectados por circunstancias relacionadas con las elecciones, como la falta de persona competente para la firma de un contrato o de cualquiera de los actos necesarios para ello. Por lo tanto, cabe entender que se daría el primero de los presupuestos indicados.

Sin embargo, a pesar de que se pudiera considerar que el procedimiento de adjudicación queda afectado, difícilmente se podría sostener que dicha afectación se debe a una causa imprevista con carácter general. A ello cabe añadir que las exigencias de programación de la contratación del sector público, establecidas en el artículo 28 de la LCSP, se compadecen mal con los retrasos derivados de una causa pautada en el tiempo *ex lege*, (sin perjuicio de procesos electorales extraordinarios).Únicamente cuando el retraso en la conformación de gobiernos y, consecuentemente, el nombramiento de

¹⁷ Art. 194. 2 *“Una vez finalizado su mandato los miembros de las Corporaciones cesantes continuarán sus funciones solamente para la administración ordinaria hasta la toma de posesión de sus sucesores, en ningún caso podrán adoptar acuerdos para los que legalmente se requiera una mayoría cualificada”*.

¹⁸*“No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario”*.

directivos con competencia en materia de contratación o para la autorización de gasto, afecte de forma efectiva y acreditable a los contratos en licitación e impida su celebración en plazo quedaría habilitada la utilización del precepto.

Eso sí, se trata de una solución para situaciones interinas de duración concreta puesto que el contrato vigente solo se puede prorrogar un máximo de nueve meses a la vista del interés público presente.

Una última cuestión a tener en cuenta, derivada de las relaciones entre elecciones y contratación pública, es la del fenómeno que en ocasiones se produce de intentos de desistimiento contractual por parte de nuevos equipos de gobierno, que pueden tener una línea política distinta de la que determinó la toma de decisión originaria de celebrar determinados contratos. En todo caso cabe recordar que el desistimiento no es una prerrogativa de la Administración, sino que se trata de una potestad reglada y ha de estar basado en razones objetivas, siempre en aras a la eficiencia de la actuación administrativa.

Son dos las posibilidades que la LCSP ofrece bajo la rúbrica “*decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración*”, el desistimiento del procedimiento y la decisión de no adjudicar, cada una de ellas con presupuestos de hecho habilitantes singulares que resultan necesarios para su aplicación, confluyendo ambos en que deben acordarse, en todo caso, con carácter previo a la formalización del contrato.

El desistimiento del procedimiento es una forma de finalización unilateral del procedimiento, previo a la formalización (artículo 152 de la Ley 9/2017), que sólo cabe cuando se da el supuesto fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. Además, a diferencia de la renuncia, en el desistimiento no se produce una desaparición sobrevenida de la necesidad de contratar, sino tan sólo la necesidad de reiniciar el procedimiento. Eso impone que el ejercicio de esa potestad administrativa se conecte con la consecución de un interés público, es decir, no es una opción de libre utilización por parte de la Administración, sino una solución que únicamente procede cuando supone una infracción de las normas de preparación del contrato o del procedimiento de adjudicación¹⁹. En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de julio de 2010 señala, en relación al desistimiento del contrato, que “*El desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público*”.

¹⁹ Vid Resolución TACPCM nº 181/2017 de 14 de junio.

Lo anterior no implica obviamente que la acción política de los nuevos equipos de gobierno deba necesariamente quedar afectada por contrataciones en curso aun no formalizadas, en cuyo caso no debe acudir al desistimiento, sino que puede valorarse emplear la segunda de las posibilidades contempladas en el precepto, esto es la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, siempre con el objetivo último de obtener un beneficio para el interés general o público debidamente justificadas en el expediente, con las implicaciones de prohibición de su celebración ulterior en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión, lo que supone que la motivación será en estos casos un elemento a reforzar como control de la toma de decisiones discrecionales por parte de los órganos de contratación. En estos casos se compensará a los licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, regulada en la Ley 40/2015, de 2 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público.

3. Conclusión.

Pocos son los ámbitos de actuación de las administraciones públicas que puedan extraerse de la “acción” de la normativa contractual y los procesos electorales, como acabamos de ver, no son una excepción y precisan también de la profesionalización de la compra pública por la que aboga la Unión Europea²⁰ y que, por qué no plantearlo, podría haber paliado algunas de las malas prácticas en relación con los procesos electorales, que deben, si cabe, reforzar las exigencias de transparencia y control, cuya falta genera una desafección cierta por parte de los ciudadanos, auténticos protagonistas en la sombra de todo proceso electoral.

²⁰ Recomendación C.E (UE) 2017/1805 3-10-2017 2017. “Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública”.