

BEATRIZ GÓMEZ FARIÑAS

**EL PRINCIPIO  
DE PROPORCIONALIDAD  
EN LA CONTRATACIÓN  
PÚBLICA**

**UN ANÁLISIS DE SU APLICACIÓN  
DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO  
EUROPEO Y ESPAÑOL**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

# ÍNDICE

<b>LISTA DE ABREVIATURAS</b> .....	9
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	11
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	13

## PRIMERA PARTE

### **EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

<b>CAPÍTULO I. LOS PRINCIPIOS GENERALES Y SU IMPORTANTE PAPEL EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS</b> .....	23
1. LA DERIVACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL TFUE .....	25
1.1. La aplicación de los principios generales a los contratos excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas europeas sobre contrata- ción pública .....	30
1.2. Los principios generales como límites a las medidas restrictivas de las libertades del TFUE .....	34
1.2.1. La existencia de una razón legítima que justifique la restricción .....	37
1.2.2. El principio de proporcionalidad como elemento determi- nante de la admisibilidad de la restricción .....	39
1.2.3. Algunas reflexiones sobre el asunto <i>RegioPost</i> : ¿el prin- cipo de proporcionalidad relegado al olvido? .....	46
2. LOS PRINCIPIOS GENERALES COMO FUNDAMENTO DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA .....	52

<b>CAPÍTULO II. LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....</b>	<b>63</b>
1. EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL NUEVO PARADIGMA EUROPEO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.....	64
1.1. El reconocimiento implícito del principio de proporcionalidad en la Directiva 2004/18/UE .....	64
1.2. El afianzamiento del principio de proporcionalidad tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE.....	66
1.3. Los motivos de la reciente positivización del principio de proporcionalidad en la normativa europea sobre contratos públicos.....	68
2. LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LA TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO EUROPEO .....	76
3. LA DELIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA .....	81
3.1. La redacción de los pliegos de condiciones y su consideración como «ley del contrato» .....	86
3.2. La aplicación de las condiciones previstas en los pliegos debe respetar el principio de proporcionalidad.....	91
3.3. La ausencia de criterios específicos que faciliten la aplicación del principio de proporcionalidad .....	94
 SEGUNDA PARTE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN (I). LA PREPARACIÓN DEL CONTRATO	
<b>PLANTEAMIENTO .....</b>	<b>99</b>
1. EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN COMO MECANISMO DE TOMA DE DECISIONES PROPORCIONADAS .....	99
2. SELECCIÓN DE LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES DESDE LA ÓPTICA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	104
<b>CAPÍTULO III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA CONFIGURACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO.....</b>	<b>107</b>
1. LA DIVISIÓN DEL CONTRATO EN LOTES: DE EXCEPCIÓN A REGLA GENERAL.....	109
1.1. La obligación de justificar la no división del contrato en lotes: el principio <i>divide or explain</i> .....	113
1.2. El relevante papel del principio de proporcionalidad en el diseño de los lotes.....	118

1.3. Limitaciones en la presentación de ofertas y la adjudicación de los lotes .....	121
2. LA AGREGACIÓN DE LA DEMANDA COMO MECANISMO PARA LOGRAR UNA MAYOR EFICIENCIA DE LAS COMPRAS PÚBLICAS .....	124
2.1. La utilización de acuerdos marco como sistema de racionalización de la contratación .....	126
2.2. El sistema dinámico de adquisición como alternativa al acuerdo marco.....	127
2.3. Límites a la duración de los acuerdos marco .....	128
3. LA NECESARIA CONCILIACIÓN ENTRE LA DIVISIÓN EN LOTES Y LAS TÉCNICAS DE AGREGACIÓN DE LA DEMANDA.....	130

**CAPÍTULO IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL PROCESO DE SELECCIÓN CUALITATIVA DE LICITADORES.....** 133

1. LA DEBIDA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO ELEMENTO CLAVE A LA HORA DE VALORAR LA APTITUD Y FIABILIDAD DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS .	133
2. LA EXCLUSIÓN DE LICITADORES PARA PRESERVAR LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA: LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO.....	136
2.1. La aplicación de las causas que impiden contratar con el sector público.....	139
2.1.1. Los motivos de exclusión obligatorios.....	140
2.1.2. Los motivos de exclusión facultativos .....	144
2.1.3. La regulación de las prohibiciones de contratar en la LCSP: cuestiones problemáticas .....	149
2.2. La determinación de la duración de la prohibición.....	158
2.3. La elusión de la prohibición de contratar mediante la adopción de medidas de autocorrección o <i>self-cleaning</i> .....	161
2.3.1. Concepto y regulación de las medidas de autocorrección....	162
2.3.2. Las medidas de autocorrección como alternativa a la exclusión del procedimiento de contratación.....	170
2.3.3. La valoración de las medidas adoptadas por el operador económico .....	172
2.3.4. Supuestos de inaplicación de las medidas de autocorrección .....	175
3. LA EXCLUSIÓN DE LICITADORES POR NO REUNIR LOS REQUISITOS DE SOLVENCIA ESTABLECIDOS EN LOS PLIEGOS DEL CONTRATO.....	177
3.1. Los requisitos de solvencia económica y financiera .....	179
3.1.1. La limitación del volumen de negocios anual mínimo .....	181
3.1.2. Los medios de prueba de la capacidad económica y financiera .....	184

3.2.	Los requisitos de solvencia técnica o profesional .....	186
3.2.1.	La experiencia previa como criterio de selección .....	188
3.2.2.	La adopción de medidas de gestión ambiental y su certificación .....	192
3.2.3.	La adscripción de medios como requisito adicional a la clasificación .....	196
3.3.	La necesaria proporcionalidad de la limitación de la integración de la solvencia con medios externos .....	198
4.	LA ACREDITACIÓN DOCUMENTAL DEL CUMPLIMIENTO DE LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN CUALITATIVA .....	201
4.1.	La declaración responsable como evidencia preliminar de la aptitud y fiabilidad de los licitadores .....	203
4.2.	El contenido de la declaración responsable: el Documento Europeo Único de Contratación .....	205
4.3.	La declaración unilateral del licitador como medio de prueba subsidiario.....	207

### TERCERA PARTE

#### **LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN (II). LA ADJUDICACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO**

<b>CAPÍTULO V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA FASE DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO .....</b>	<b>211</b>
1. LA PROPORCIONALIDAD EN EL DISEÑO Y LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN .....	213
2. LA INCLUSIÓN DE CONSIDERACIONES SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.....	216
2.1. La atribución de un peso específico a los criterios de adjudicación del contrato.....	219
2.2. La utilización de etiquetas ecológicas en la adjudicación del contrato .....	222
3. EL TRATAMIENTO DE LAS OFERTAS ERRÓNEAS O DEFECTUOSAS .....	224
3.1. La configuración de la subsanación de ofertas en el Derecho europeo: una facultad reservada para supuestos excepcionales.....	226
3.2. La regulación en el ordenamiento jurídico español: una postura continuista .....	229
3.3. La incidencia del principio de proporcionalidad en la corrección de errores.....	231
3.4. Acerca de la posibilidad de supeditar la corrección de errores al abono de una sanción pecuniaria .....	234

4. EL RECHAZO DE OFERTAS COMO CONSECUENCIA DE LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO .....	237
4.1. La participación del licitador en las labores preparatorias del contrato .....	238
4.2. La existencia de prácticas colusorias en el procedimiento de contratación .....	240
4.3. La presentación de ofertas anormalmente bajas .....	244
<b>CAPÍTULO VI. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO .....</b>	<b>249</b>
1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO ELEMENTO DE MODULACIÓN DE LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .....	249
2. EL <i>IUS VARIANDI</i> DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: DE PRERROGATIVA FUNDAMENTADA EN EL INTERÉS GENERAL A POTESTAD SUPEDITADA AL CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA .....	252
2.1. La incidencia del principio de proporcionalidad en la modificación de las condiciones del contrato .....	255
2.2. El reequilibrio económico del contrato como mecanismo de compensación del <i>ius variandi</i> .....	258
3. LA IMPOSICIÓN DE PENALIDADES COMO RESPUESTA AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA.....	260
3.1. La regulación de las penalidades en la LCSP .....	261
3.2. Las penalidades como alternativa a la resolución contractual: la necesaria medida en su diseño y aplicación .....	263
4. LA FACULTAD RESOLUTORIA DEL CONTRATO COMO <i>ULTIMA RATIO</i> .....	265
<b>CAPÍTULO VII. UNA PROPUESTA PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: LA ELABORACIÓN DE UNA GUÍA PRÁCTICA .....</b>	<b>267</b>
1. PLANTEAMIENTO .....	267
2. EL MODELO DE LOS PAÍSES BAJOS: LA <i>GIDS PROPORTIONA-LITEIT</i> .....	268
2.1. Planteamiento de la guía .....	270
2.2. El carácter vinculante de la guía: el principio <i>comply or explain</i> . .....	271
3. LOS FACTORES CLAVE PARA LA EFECTIVIDAD DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: LA CONFECCIÓN DE UNA GUÍA PRÁCTICA Y LA APUESTA POR UNA MAYOR PROFESIONALIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO .....	272
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>277</b>

## INTRODUCCIÓN

La potestad discrecional de la Administración se concibe como una pieza clave para dar respuesta a situaciones en las que la aplicación de la ley requiere de una estimación subjetiva o un juicio de oportunidad, si bien la práctica ha venido demostrando la facilidad con la cual la discrecionalidad puede tornarse en arbitrariedad. Surge así la necesidad de controlar la subjetividad de la Administración, y uno de los mecanismos a través de los que articular ese control es la formulación de un esqueleto firme de principios que garantice que la decisión adoptada descansa sobre un argumento lógico y racional, y que cumple con el fin legalmente establecido.

En este contexto, el principio de proporcionalidad se erige como un parámetro fundamental de control de la actuación discrecional de los poderes públicos que permite examinar la idoneidad, la necesidad y la correcta ponderación de sus decisiones a la luz de la finalidad que con ellas se pretende alcanzar. Este parámetro ha adquirido un gran protagonismo en el ordenamiento jurídico español en los últimos años, en gran medida por influjo del Derecho europeo, y se ha convertido en el criterio por antonomasia para aliviar las posibles tensiones que puedan surgir entre el interés general y los intereses individuales de los ciudadanos. La idea de justicia material implícita en el mismo proscribire todo sacrificio excesivo de los derechos e intereses legítimos de los individuos, y conduce a un control sustantivo o de fondo de la actuación administrativa. Este espíritu de moderación vincula a todos los poderes públicos con independencia de cuál sea su ámbito de actuación.

Uno de los rasgos más característicos del principio de proporcionalidad, que lo hace especial en comparación con los restantes principios generales del Derecho, es la existencia de una estructura interna compuesta por tres subprincipios o niveles de examen bien diferenciados: *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*. Esta secuencia lógica brinda un esquema de razonamiento que ha de ser utilizado tanto por la Administración como por los órganos de control a la hora de adoptar o, en su caso, verificar la conformidad a Derecho de un determinado acto o disposición general que suponga una res-

tricción de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos<sup>1</sup>. El juicio de proporcionalidad no descansa sobre la voluntad o las consideraciones personales de quien lo aplica, sino que es el resultado de un proceso racional y necesariamente razonado que gira en torno a una serie de pautas predeterminadas que serán las que orienten la decisión en uno u otro sentido.

Toda intervención de los poderes públicos en la esfera subjetiva de los ciudadanos debe atender, pues, a las siguientes exigencias:

1. De acuerdo con el subprincipio de idoneidad, la medida debe ser adecuada para alcanzar la finalidad pretendida, es decir, debe existir una relación de causalidad positiva entre el medio y su fin más inmediato, de modo que el primero ha de encontrarse al servicio del segundo y contribuir de modo cierto a su consecución<sup>2</sup>.
2. Conforme al subprincipio de necesidad, la medida debe ser además necesaria por no existir otra alternativa más moderada que permita alcanzar con igual eficacia la finalidad perseguida<sup>3</sup>.
3. Finalmente, la medida ha de ser proporcionada en sentido estricto por derivarse de ella mayores beneficios para el interés general que limitaciones o restricciones de derechos individuales<sup>4</sup>. A diferencia de los dos primeros subprincipios, que presentan un carácter fáctico, este entraña un juicio normativo en el que se confronta la intensidad de la intervención en el derecho o interés afectado, por un lado, y la importancia de la realización del fin que se persigue con la medida, por otro, para determinar cuál ha de gozar de preferencia en el caso concreto<sup>5</sup>.

En el ámbito del Derecho administrativo, este principio entra en juego en relación con aquellos actos o disposiciones administrativas que, habiendo sido dictados en ejercicio de una potestad discrecional, suponen una restricción de los derechos e intereses legítimos de los particulares. Dado que nos encontramos ante un principio que tradicionalmente ha sido concebido como una técnica de protección del ciudadano frente a los excesos de la Administración, su aplicabilidad queda supeditada a que aquella goce de un margen decisional

<sup>1</sup> Acerca del principio de proporcionalidad como modelo racional basado en un esquema de razonamiento, *vid.* M. P. GARAT DELGADO (2016), *El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica. La resolución de casos sobre derechos fundamentales*, Sevilla, Athenaica, pp. 52-55.

<sup>2</sup> La necesidad de que la relación de causalidad entre medios y fines presente un carácter positivo ha sido avalada por el TC, entre otras, en su Sentencia 60/2010, de 7 de octubre, ECLI:ES:TC:2010:60, FJ 12.

<sup>3</sup> I. PERELLÓ DOMÉNECH (1997), «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», *Jueces para la Democracia*, núm. 28, p. 70.

<sup>4</sup> Así lo ha venido entendiendo el TC desde sus primeros pronunciamientos, entre los que cabe citar —a modo de ejemplo— las Sentencias 66/1995, de 8 de mayo, ECLI:ES:TC:1995:66, FJ 5; 76/1996, de 30 de abril, ECLI:ES:TC:1996:76, FJ 2; 207/1996, de 16 de diciembre, ECLI:ES:TC:1996:207, FJ 4; 37/1998, de 17 de febrero, ECLI:ES:TC:1998:37, FJ 8; 202/1999, de 8 de noviembre, ECLI:ES:TC:1999:202, FJ 5; 11/2016, de 1 de febrero, ECLI:ES:TC:2016:11, FJ 3, y 74/2018, de 5 de julio, ECLI:ES:TC:2018:74, FJ 4.

<sup>5</sup> L. PRIETO SANCHÍS (2009), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2.ª ed., Madrid, Trotta, pp. 201 y ss.



que le permita actuar con distintos grados de medida y que su decisión suponga un perjuicio real para el destinatario<sup>6</sup>.

La discrecionalidad administrativa resulta inherente a la función de gobierno de una sociedad cada vez más compleja, en la que el ejecutivo tiene encomendado un amplio abanico de tareas que no pueden ser correctamente cumplimentadas mediante una aplicación automática de la ley y que requieren, en cambio, de una estimación subjetiva o de un juicio de oportunidad<sup>7</sup>. En estos casos, el legislador realiza una remisión consciente a la voluntad administrativa para que determine cuál es la solución procedente previa valoración de las circunstancias singulares y sobre la base de criterios de naturaleza extrajurídica (de orden técnico, económico, etc.) que no se encuentran incluidos en la ley<sup>8</sup>. Sin embargo, la actuación discrecional de los poderes públicos solamente es válida si respeta el principio de proporcionalidad. Cuando se dice que la Administración puede optar entre varias medidas que son *a priori* indiferentes para alcanzar la finalidad que le marca la norma, debemos entender que esta libertad de elección se encuentra limitada a aquellas medidas que sean proporcionadas<sup>9</sup>. La virtualidad de este principio no consiste en hacer desaparecer la discrecionalidad administrativa, ni siquiera reducirla sin más, sino simplemente en reconducirla a sus justos términos con la finalidad de minimizar los efectos restrictivos que se producen con ocasión de su ejercicio<sup>10</sup>. Dicho de otro modo, el principio de proporcionalidad representa la medida exacta de la actuación discrecional de la Administración y se erige como un límite sustancial frente a la misma<sup>11</sup>. La decisión sobre si procede o no intervenir en la esfera jurídica de los particulares, el medio adecuado para hacerlo y la intensidad de tal intervención son factores que han de ser concretados a la vista de las circunstancias de hecho concurrentes y siguiendo siempre la lógica inherente a este principio.

---

<sup>6</sup> En este sentido, J. BARNES (1994), «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, p. 501; J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ (1998), «El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, p. 157, y D. GALETTA (2015), «General Principles of EU Law as Evidence of the Development of a Common European Legal Thinking: The Example of the Proportionality Principle (from the Italian Perspective)», en H.-J. BLANKE, P. CRUZ VILLALÓN, T. KLEIN y J. ZILLER (dirs.), *Common European Legal Thinking: Essays in Honour of Albrecht Weber*, Switzerland, Springer, p. 230.

<sup>7</sup> M. BULLINGER (1987), «La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, pp. 896-911, y L. PAREJO ALFONSO (1993), *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, p. 96.

<sup>8</sup> M. HAURIU (1993), «Le pouvoir discrétionnaire et sa justification», en AAVV, *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, pp. 233-240, y M. SÁNCHEZ MORÓN (1997), «Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa», en *Estudios de Derecho público: homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, Tecnos, pp. 1322-1323.

<sup>9</sup> E. DESDENTADO DAROCA (1999), *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*, 2.ª ed., Navarra, Aranzadi, pp. 162 y 163.

<sup>10</sup> M. REBOLLO PUIG (2010), «Los principios generales del Derecho (atrevimiento atribulado sobre su concepto, funciones e inducción)», en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, Madrid, La Ley, pp. 1569-1571.

<sup>11</sup> J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ (1998), *El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo*. Sevilla, Instituto García Oviedo, pp. 110-111.

El principio de proporcionalidad presenta una doble vertiente en Derecho administrativo, dependiendo de si se concibe como una norma de conducta dirigida a disciplinar la actuación administrativa discrecional (*función positiva*) o como una norma de control que se encuentra a disposición de los órganos judiciales para fiscalizar su legalidad (*función negativa*). Esta dualidad funcional es consecuencia directa de la amplitud de este concepto, que abarca tanto el proceso de toma de decisiones como su posterior control en sede judicial. Tradicionalmente este principio ha sido observado como un criterio de control negativo destinado a expulsar del ordenamiento jurídico aquellas decisiones absolutamente desproporcionadas, en su clásica vertiente de «prohibición de exceso». Sin embargo, la evolución de la ciencia del Derecho administrativo ha traído consigo un nuevo paradigma que pretende superar este enfoque estrictamente defensivo, centrado en el estudio de los límites y prohibiciones que condicionan la actuación administrativa, y aboga por pensar también en clave positiva o de eficacia<sup>12</sup>. Ya no solo interesa la decisión final que dicta la Administración Pública, sino también el modo en que ha sido tomada, y en este punto uno de los grandes retos del Derecho administrativo consiste en proporcionar herramientas y criterios destinados a garantizar que dicha decisión sea la que mejor permite satisfacer el interés general<sup>13</sup>.

La vertiente positiva del principio de proporcionalidad entra en escena en el procedimiento de toma de decisiones como un elemento que condiciona la formación de la voluntad de la Administración Pública. Cuando se ejercen potestades discrecionales el supuesto de hecho previsto en la norma —que no se encuentra perfectamente definido— debe ser completado por el órgano administrativo para adecuarlo a las particularidades del caso concreto. Este proceso de construcción de la norma de conducta se caracteriza por una acumulación progresiva de criterios, tanto estrictamente jurídicos como de oportunidad, que serán los que permitan colmar el texto inicial de la misma para atribuirle justificadamente una determinada consecuencia jurídica<sup>14</sup>. A la hora de acometer esta labor no es suficiente con que la Administración adopte una conducta que sea respetuosa con el ordenamiento jurídico, sin transgredir los límites marcados por los parámetros jurídicos que acotan su actuación, sino que además debe hacerlo con la mayor corrección posible. De este modo, el ejer-

---

<sup>12</sup> J. BARNES (2012), «Algunas respuestas del Derecho administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el Derecho privado, procedimientos de tercera generación», en J. BARNES (dir.), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, 2.ª ed., Sevilla, Global Law Press-Instituto Nacional de Administración Pública, p. 300. Sobre el Derecho administrativo como un sistema defensivo, *vid.* también J. BARNES (2011), *Transformaciones (científicas) del Derecho administrativo: historia y retos del Derecho administrativo contemporáneo*, Sevilla, Global Law Press, pp. 48 y ss., e *ib.* (2017), «La contratación como forma alternativa de regulación», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (dir.), *Bases y retos de la contratación pública en el escenario global*, Caracas, Fundación Editorial Jurídica Venezolana, pp. 17 y ss.

<sup>13</sup> W. HOFFMANN-RIEM y E. SCHMIDT-ABMANN (2006), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, t. I, München, C. H. Beck, pp. 691-692, y E. SCHMIDT-ABMANN (2003), *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, pp. 347 y ss.

<sup>14</sup> J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016), *Metodología del Derecho administrativo: reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid, Marcial Pons, pp. 19 y ss.

cicio de la discrecionalidad administrativa exige siempre un proceso previo de interpretación de la norma y de comprensión de la realidad que tiene como meta la adopción de una decisión óptima<sup>15</sup>.

El principio de proporcionalidad se revela como un criterio fundamental que orienta a la Administración en el buen uso de sus potestades discrecionales y le marca una serie de pautas de conducta que ha de seguir para llegar en cada caso a la solución más proporcionada<sup>16</sup>. Los órganos administrativos no solo deben abstenerse de dictar resoluciones desproporcionadas, es decir, que causen un perjuicio tan excesivo a su destinatario que no pueda verse compensado por las ventajas de la consecución del fin, sino que su actuación ha de sujetarse de forma positiva a las exigencias de este parámetro.

La aplicación del principio de proporcionalidad en clave positiva no es tan puritana como la que se realiza en sede jurisdiccional, donde los tres subprincipios que lo integran se muestran de forma más ordenada, sino que en este primer momento impera la lógica de la ponderación de bienes e intereses tanto a la hora de buscar la medida menos lesiva como de valorar la proporcionalidad de la medida en sí misma<sup>17</sup>. Además, el proceso de reflexión que conduce a una determinada solución, en la convicción de que es la más proporcionada, se sustancia en el interior de la propia organización administrativa y no suele exteriorizarse de forma pormenorizada. Ello sin perjuicio, claro está, de que la Administración tenga que dar cuenta de las razones que justifican la adopción de esa medida a través del instituto de la motivación<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> M. J. ALONSO MAS (1998), *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Valencia, Tirant Blanch, pp. 428-429.

<sup>16</sup> El TS se ha pronunciado con claridad a favor de esta función de los principios generales —con referencia expresa al principio de proporcionalidad— en su Sentencia de 18 de febrero de 1992, ECLI:ES:TS:1992:16534, en la que afirma: «Los principios generales del Derecho, esencia del ordenamiento jurídico, son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios “informen” las normas —art. 1.4 del título preliminar del Código Civil— y que la Administración esté sometida no sólo a la Ley, sino también al Derecho —art. 103.1 de la Constitución—. Y es claro que si tales principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios» (FJ 4) (la cursiva es mía).

En relación con esta cuestión, la doctrina ha matizado que estos principios no actúan como normas habilitadoras de potestades administrativas, sino que simplemente le indican a la Administración cómo ha de ejercitar las potestades de las que ya dispone. Dicho de otro modo, actúan para limitar la intervención administrativa y no para expandirla. En esta línea, *vid.* M. REBOLLO PUIG (2010), «Los principios generales del Derecho...», *op. cit.*, pp. 1561-1562, y J. A. TARDÍO PATO (2011), *Los principios generales del Derecho: su aplicación efectiva como normas jurídicas*, Barcelona, Bosch, p. 323.

<sup>17</sup> De acuerdo con Schmidt-Abmann, la discrecionalidad administrativa «constituye la expresión cifrada de una forma propia y autónoma de llevar a cabo una ponderación dirigida y pautada por la ley». En consecuencia —continúa diciendo este autor—, «la Administración ha de observar en su ponderación las directrices normativas que resulten de aplicación al caso, y entre las que el principio de proporcionalidad —en cuanto ley material básica de la ponderación propia del Estado de Derecho— constituye un elemento fundamental que, sin duda, destaca de manera singular». *Vid.* E. SCHMIDT-ABMANN (2012), «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos», en J. BARNES (dir.), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, 2.<sup>a</sup> ed., Sevilla, Global Law Press-Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 102 y 103.

<sup>18</sup> A este respecto, González-Cuellar Serrano pone de relieve que la ausencia de motivación constituye un síntoma de exceso de la medida, que se presenta a los ojos de la ciudadanía como arbitraria. *Vid.*

De hecho, la motivación de la disposición administrativa constituye un pilar esencial para garantizar su conformidad con el principio de proporcionalidad por varias razones<sup>19</sup>. Por un lado, porque pone en conocimiento de los destinatarios de la medida los argumentos que aduce el órgano administrativo para justificar su actuación, lo cual es crucial a efectos de que ejerciten sus derechos de reacción frente a aquella. Por otro lado, porque esta motivación va a ser tomada como base de la eventual revisión que realicen los órganos de control, ya sean administrativos o jurisdiccionales, de la proporcionalidad de la medida<sup>20</sup>.

En su vertiente negativa, este principio se presenta como un criterio que solamente sirve para rechazar las decisiones que sean inaceptables por incurrir en un vicio de desproporción. Dado que el control de la discrecionalidad administrativa presenta un carácter negativo, por cuanto se limita a comprobar si la medida contradice o no el ordenamiento jurídico sin entrar a valorar en principio los criterios de oportunidad que haya utilizado la Administración para formar su voluntad, el juez no puede imponer una concreta decisión como si fuese la más proporcionada<sup>21</sup>. Este tipo de control no consiste en determinar cuál es la solución más adecuada ni en anular las que puedan no parecerlo, sino en sancionar la infracción de los límites jurídicos<sup>22</sup>. Nos encontramos, pues, ante un *estándar de mínimos* que se limita a constatar que la medida escogida sea aceptable por no suponer un perjuicio excesivo para los ciudadanos, con independencia de que sea o no la más proporcionada.

El debate sobre la funcionalidad del principio de proporcionalidad como parámetro interpretativo y de control se ha visto reavivado tras su reciente positivización por la nueva Ley de Contratos del Sector Público. El elevado

---

N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (1990), *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, p. 146.

<sup>19</sup> La estrecha vinculación del principio de proporcionalidad con la motivación de los actos administrativos ha sido destacada por R. M. NAVARRO GONZÁLEZ (2017), *La motivación de los actos administrativos*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 139-150.

<sup>20</sup> El TC ha precisado que la motivación constitucionalmente exigible debe contener: *i*) una argumentación que ha de ser «suficiente y razonable», *ii*) la justificación de la legitimidad constitucional de la medida y *iii*) la ponderación de las circunstancias concretas que sirvan como soporte para la adopción de dicha decisión. En particular, las singularidades del caso deben ser valoradas de forma específica en la resolución administrativa, sin que la Administración pueda recurrir a fórmulas estereotipadas que, por su generalidad, no son adecuadas para dar cuenta de la ponderación realizada. En esta línea, *vid.* SSTC 2/1997, de 13 de enero, ECLI:ES:TC:1997:2, FJ 4; 226/2015, de 2 de noviembre, ECLI:ES:TC:2015:226, FJ 4, y 30/2019, de 28 de febrero, ECLI:ES:TC:2019:30, FJ 3.

<sup>21</sup> Tal y como ha dispuesto el TS, en el control de la discrecionalidad administrativa «el Derecho no siempre proporciona al Tribunal todos los datos necesarios para sustituir el acto administrativo por el jurisdiccional, por lo que, en dicha medida, la actividad discrecional no resulta enteramente enjuiciable jurisdiccionalmente [...]. Cuando en la actividad discrecional resultan posibles varias soluciones, todas igualmente lícitas y justas —y, por tanto, indiferentes para el Derecho—, entre las cuales hay que elegir con criterios extrajurídicos, existe un núcleo último de oportunidad en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial». En este sentido, SSTC de 29 de abril de 2011 (rec. núm. 1755/2007), ECLI:ES:TS:2011:2611, FJ 7; de 2 de febrero de 2012 (rec. núm. 4509/2009), ECLI:ES:TS:2012:486, FJ 2, y de 8 de marzo de 2012 (rec. núm. 6056/2008), ECLI:ES:TS:2012:1473, FJ 2.

<sup>22</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN (1995), *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, pp. 138 y ss.

grado de discrecionalidad con el que cuentan los órganos de contratación a la hora de operar en el mercado de las compras públicas, unido a la creciente importancia que este sector tiene en la economía de los diversos países (en España representa en torno al 18,5 por 100 del PIB nacional), hace necesario que las entidades del sector público actúen con suma cautela en aras de garantizar la objetividad de sus decisiones y la libre concurrencia de licitadores. De este modo, el interés general que subyace a la obtención de la oferta más ventajosa ha de conciliarse necesariamente con los intereses de los operadores económicos, y es en este punto donde la proporcionalidad está llamada a desempeñar un papel clave.

Con todo, este deber de medida no siempre es sencillo de cumplimentar. El desconocimiento por parte de los órganos de contratación acerca de cómo dotar de operatividad a este principio, unido a la falta de criterios específicos que aporten claridad al respecto, deriva en muchos casos en una aplicación incorrecta del mismo o incluso en su inaplicación. Esta deficiencia se traduce en la práctica en el establecimiento de exigencias excesivas a los operadores económicos, ya sea en términos cuantitativos o cualitativos, y pone de relieve la necesidad de dotar al sector público de las herramientas adecuadas para que puedan desarrollar sus funciones con objetividad.

El objetivo de esta monografía es analizar la incidencia del principio de proporcionalidad a lo largo del procedimiento de contratación y crear un marco analítico que sirva de referencia a los poderes públicos a la hora de adoptar decisiones acordes con este criterio. En concreto, se formularán una serie de recomendaciones dirigidas a los órganos de contratación, a los jueces e incluso al legislador español sobre cómo convertir el principio de proporcionalidad en un instrumento funcional en materia de contratación pública. Ello podría conseguirse, por ejemplo, a través de la implementación de una guía para las entidades contratantes que pueda proporcionar orientación sobre cómo diseñar y aplicar los diferentes requisitos que componen el procedimiento de contratación en consonancia con dicho principio.

La utilización del principio de proporcionalidad en el ámbito administrativo y judicial siempre ha sido objeto de numerosas críticas con motivo del elevado grado de subjetivismo que concede a los poderes públicos en el proceso de toma de decisiones. A este respecto, no cabe duda de que su concreción en criterios específicos contribuiría notablemente a objetivar la actuación pública y resultaría de suma utilidad para todos los operadores jurídicos. Los primeros beneficiados con esta iniciativa serían los órganos de contratación, quienes contarían con las herramientas adecuadas para desarrollar sus funciones con moderación. Además, la existencia de reglas claras permitiría a los candidatos, ya sean actuales o potenciales, detectar y recurrir a tiempo aquellas decisiones desproporcionadas.

Finalmente, esta labor de determinación también resultaría provechosa para los órganos jurisdiccionales y los tribunales administrativos de recur-

sos contractuales, los cuales han de hacer uso del principio de proporcionalidad a la hora de controlar la actividad discrecional de la Administración con efectos lesivos para los particulares. En definitiva, se crearía una atmósfera de consenso y seguridad jurídica que derivaría, a la postre, en una mejor administración.

PRIMERA PARTE

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD  
EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

# CAPÍTULO I

## LOS PRINCIPIOS GENERALES Y SU IMPORTANTE PAPEL EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Los principios generales del Derecho son una pieza fundamental de todo sistema jurídico que informa y condiciona su funcionamiento hasta el punto de demandar un pleno respeto tanto en el plano normativo como aplicativo. En el ámbito del Derecho administrativo estos principios siempre han ocupado un lugar muy destacado, sirviendo de guía para su construcción y posterior desarrollo<sup>1</sup>, y ello por varias razones: por un lado, debido a la relativa juventud de esta rama del Derecho, que precisaba de un soporte sólido sobre el que sentar sus cimientos; por otro, con motivo de su carácter dinámico y cambiante, que viene dado por una «legislación motorizada»<sup>2</sup> y muchas veces incompleta cuya interpretación y aplicación por parte de los órganos administrativos se encuentra generalmente sujeta a un margen de discreción más o menos amplio.

Este ritmo abrumador que acompaña a la legislación administrativa se ha visto acentuado en un campo tan peculiar como el de los contratos públicos, fuertemente influenciado por el Derecho europeo y en el que las reformas normativas han sido —y previsiblemente seguirán siendo— constantes<sup>3</sup>. Desde que en los años setenta se aprobó la primera generación de Directivas en esta materia, la insuficiencia de estas y de sus sucesoras para garantizar la efectividad de las libertades consagradas en el Tratado de Funcionamiento de la

---

<sup>1</sup> J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (2011), «Los principios del Derecho global de la contratación pública», *Revista Derecho PUCP*, núm. 66, p. 37.

<sup>2</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1999), *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, p. 48.

<sup>3</sup> A este respecto resultan de interés las reflexiones de J. A. SANTAMARÍA PASTOR (2013), «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, pp. 25-38.



Unión Europea<sup>4</sup> (en adelante, TFUE), así como para establecer un marco normativo común lo suficientemente flexible dentro del cual los Estados miembros puedan implementar sus propias políticas públicas, han motivado una actualización constante de la normativa europea y, por ende, de la normativa española que regula la contratación del sector público<sup>5</sup>. Si a este fenómeno se suma la elevada complejidad técnica que rodea al proceso de contratación y que generalmente requiere un enorme esfuerzo tanto por parte del sector público como del sector privado para adaptarse a la nueva realidad legislativa, nos encontramos ante un panorama que bien puede ser tildado de caótico y que precisa de un punto de apoyo firme que arroje algo de claridad y sirva para racionalizar la actuación de los órganos de contratación. Esta necesaria labor de unificación viene de la mano de una serie de principios de naturaleza eminentemente constitucional que encuentran fundamento directo en el Derecho originario de la Unión Europea y que, gracias a la lúcida doctrina que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) ha venido sosteniendo desde sus primeros pronunciamientos, hoy en día ocupan un lugar privilegiado en tanto parámetro de interpretación de las fuentes de Derecho derivado y, muy especialmente, de las Directivas en materia de contratos públicos<sup>6</sup>. De hecho, es quizá en este ámbito del Derecho administrativo donde los principios generales del Derecho tienen una presencia más evidente y son empleados con mayor frecuencia por los órganos de control como un factor determinante para la resolución de los litigios relativos a la adjudicación y posterior ejecución de un contrato público<sup>7</sup>. Hoy en día hablar de contratación pública implica necesariamente tomar en consideración principios tales como los de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, integridad, reconocimiento mutuo, confidencialidad, libre competencia, eficiencia y —en lo que aquí interesa— proporcionalidad<sup>8</sup>.

A pesar de que en las páginas que siguen centraremos nuestra atención en el principio de proporcionalidad y su incidencia en el proceso de contratación pública, un correcto entendimiento de la cuestión hace necesario abordar previamente el carácter fundamental de los principios más básicos que operan en

---

<sup>4</sup> Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE, núm. C 202, de 7 de junio de 2016).

<sup>5</sup> J. A. MORENO MOLINA (2018), «El Derecho europeo de los contratos públicos como marco de referencia de la legislación estatal», en J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIÚ (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, p. 134.

<sup>6</sup> Sobre el importante papel desempeñado por los principios generales de la contratación pública como elemento unificador del Derecho europeo en este ámbito, *vid.* J. A. MORENO MOLINA (2006), *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Albacete, Bomarzo, pp. 19 y ss., e *íbid.* (2018), «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*, núm. 19, pp. 27-47.

<sup>7</sup> R. ESTEVES DE OLIVEIRA (2010), «Os princípios gerais da contratação pública», en P. GONÇALVES (dir.), *Estudos de Contratação Pública I*, Coimbra, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, p. 51.

<sup>8</sup> M. M. RAZQUIN LIZARRAGA (2018), «Los principios generales de la contratación pública», en E. GAMERO CASADO e I. GALLEGO CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 189-191.

este campo y que justifica su extensión a todos los contratos públicos que presenten un interés transfronterizo cierto, con independencia de si se encuentran sometidos o no a las disposiciones de las Directivas europeas en atención a su objeto o su cuantía. En este sentido, veremos cómo estos principios se derivan directamente del TFUE y constituyen la piedra angular de todo el sistema de contratación pública a nivel europeo<sup>9</sup>.

## 1. LA DERIVACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL TFUE

Desde sus comienzos, uno de los objetivos prioritarios de la Comunidad Europea (ahora denominada «Unión Europea» tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre del 2009) ha sido la creación de un «mercado común»<sup>10</sup> en aras a mejorar el bienestar económico y el crecimiento de la Unión en su conjunto, así como de los distintos Estados que la componen<sup>11</sup>. El primer paso para alcanzar este ambicioso objetivo era proceder a la apertura de los mercados nacionales, de tal modo que los distintos países se comprometían a eliminar las por aquel entonces numerosas barreras al comercio —ya fuesen tarifarias o de otro tipo— y acabar con las prácticas proteccionistas a través de las cuales se pretendía favorecer a la industria nacional en perjuicio de las empresas extranjeras<sup>12</sup>. En este escenario, las instancias europeas pronto posaron su mirada en el sector de la contratación pública que, debido a su

<sup>9</sup> J. M. GIMENO FELIÚ (2006), *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, p. 56. En el mismo sentido, vid. J. A. MORENO MOLINA (2006), *Los principios generales de la contratación...*, op. cit., p. 33, e ID. (2020), «Principios generales del derecho de la contratación pública internacional», en E. DÍAZ BRAVO y J. A. MORENO MOLINA (dirs.), *Contratación pública global: visiones comparadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 19-41.

<sup>10</sup> El «mercado común» también ha sido denominado como «mercado interior» o «mercado único», si bien la expresión más utilizada en los últimos años por las instancias europeas ha sido esta última. Esta cuestión ha sido aclarada en el Informe *Una nueva estrategia para el mercado único. Al servicio de la economía y la sociedad de Europa*, elaborado por Mario Monti el 9 de mayo de 2010 a petición del entonces presidente de la Comisión Europea José Manuel Barroso y que dispone lo siguiente: «Desde un punto de vista conceptual y de comunicación, “único” parece más apropiado que “interior”. En primer lugar, es probable que los ciudadanos de cualquier país de la UE entiendan que el término “mercado interior” hace referencia a su propio mercado nacional, en vez de al mercado de la UE. En segundo lugar, cuando se utiliza con interlocutores no europeos, la expresión “mercado interior” puede transmitir una impresión de cerrazón, de “fortaleza Europa”, que en general está lejos de la realidad y que no interesa a la UE alimentar. En tercer lugar, “único” es una descripción más comprometida. De hecho, el mercado para cualquier bien o servicio en la UE es “interior” por definición, pero requiere acciones de los responsables políticos y los agentes del mercado para que sea realmente “único” en vez de estar fragmentado» (p. 13). Solamente unos meses después la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Hacia un Acta del Mercado Único. Por una economía social de mercado altamente competitiva. Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos*, de 27 de octubre de 2010 [COM (2010) 608 final], señalaba que esta evolución terminológica se traduce en «un doble fenómeno de desarrollo y enriquecimiento del gran mercado europeo» (p. 2).

<sup>11</sup> Art. 2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en lo sucesivo, TCEE), firmado en Roma en 1957 y que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en el año 2009, recibiría la denominación de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>12</sup> Art. 3, letras a) y c), TCEE.