

La licitación de las empresas no comunitarias: la reinterpretación *contra legem* del artículo 68 de la LCSP a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE

Fernando Luque Regueiro (Letrado de la Comunidad de Madrid)¹

El artículo 67 de la LCSP regula la capacidad para contratar de las empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea o de los Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo² (Islandia, Liechtenstein y Noruega).

En su contraste, el artículo 68 regula la capacidad de las empresas no comunitarias de Estados distintos a los señalados en el precepto anterior, y establece una regla general y dos excepciones.

La regla general dispone que para la admisión de esas empresas en una licitación es necesaria la presentación de un informe de reciprocidad -expedido por la correspondiente Oficina económica y comercial española-, que acredite que el Estado de origen de la empresa extranjera en cuestión aplica precisamente ese principio, esto es, que admite a las empresas españolas a sus licitaciones públicas, permitiendo contratar con las entidades del sector público análogas a las citadas en el artículo 3 de la LCSP³.

La obligación de presentación del informe de reciprocidad, sin embargo, admite dos excepciones: cuando se trate de un contrato sujeto a regulación armonizada y la empresa proceda de algún Estado signatario del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio, o cuando haya algún acuerdo internacional en vigor que vincule a España. En tales casos, no resulta exigible el referido informe.

¹ En la actualidad ocupa el puesto de Letrado Jefe de la Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional, Asuntos Constitucionales y Estudios en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

² “1. *Tendrán capacidad para contratar con el sector público, en todo caso, las empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea o de los Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que, con arreglo a la legislación del Estado en que estén establecidas, se encuentren habilitadas para realizar la prestación de que se trate.* 2. *Cuando la legislación del Estado en que se encuentren establecidas estas empresas exija una autorización especial o la pertenencia a una determinada organización para poder prestar en él el servicio de que se trate, deberán acreditar que cumplen este requisito*”.

³ Adicionalmente, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá exigir a las empresas adjudicatarias de contratos de obras que abran una sucursal en España, con designación de apoderados o representantes para sus operaciones, e inscripción en el Registro Mercantil.

La regla general apuntada ha sufrido una reinterpretación en los términos que entreveramos a continuación, así como la primera de las excepciones.

En primer lugar, conviene precisar que las excepciones previstas en el artículo 68 convergen esencialmente con lo dispuesto en el artículo 25 de la Directiva 2014/24/UE (análogo al artículo 43 de la Directiva 2014/25/UE)⁴. Sin embargo, las Directivas omiten regulación alguna respecto del tratamiento que debe darse a la contratación de las empresas no comunitarias procedentes de Estados que no se hallen en dicha situación, por no ser signatarias de los acuerdos referidos, para las que el artículo 68 de la LCSP exige, como ya se ha dicho, el referido informe de reciprocidad.

Como decimos, el artículo 68 de la LCSP ha resultado afectado por dos recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Nos referimos a las sentencias de 22 de octubre de 2024, en el asunto C-652/22, Kolin⁵, y la de 13 de marzo de 2025, en el asunto C-266/22, Qingdao⁶, derivadas de sendas cuestiones prejudiciales. La doctrina asentada en dichas sentencias puede condensarse en los siguientes puntos.

Primeramente y como base, no se reconoce a los operadores económicos de estos terceros países el derecho a disfrutar de un trato no menos favorable que el que se ofrece a los demás operadores, en virtud del artículo 25 de la Directiva 2014/24 o 43 de la Directiva 2014/25/UE.⁷ Es decir, las empresas de estos terceros países pueden recibir un

⁴ “En la medida en que se les apliquen los anexos 1, 2, 4 y 5 y las notas generales correspondientes a la Unión Europea del apéndice I del ACP, así como otros acuerdos internacionales que vinculen a la Unión, los poderes adjudicadores concederán a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de los signatarios de esos acuerdos un trato no menos favorable que el concedido a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de la Unión”.

⁵ Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Croacia. La sentencia estableció que los Estados miembros no pueden implementar medidas generales que beneficien a operadores económicos de países terceros que no sean signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio.

⁶ Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Bucarest, Rumanía: el asunto Qingdao se originó por consecuencia de la exclusión de una oferta presentada por la empresa china CRRC Qingdao Sifang Co. Ltd en una licitación pública rumana para la adquisición de trenes eléctricos. La exclusión se debió a la aplicación de una norma nacional que restringía la participación de operadores económicos de terceros países.

⁷ La Sentencia de 13 de marzo de 2025, reproduciendo parcialmente los fundamentos jurídicos de la precedente Sentencia de 22 de octubre de 2024 lo explica así: “(56) La Unión está vinculada con determinados países terceros por acuerdos internacionales, en particular el ACP, que garantizan, de manera recíproca y por igual, el acceso de los operadores económicos de la Unión a los contratos públicos en estos países terceros y el de los operadores económicos de dichos países terceros a los contratos públicos en la Unión. El artículo 25 de la Directiva 2014/24 refleja estos compromisos internacionales de la Unión al disponer que, en la medida en que así lo prevean el ACP u otros convenios internacionales que

trato distinto -menos favorable- respecto del resto de empresas (las comunitarias o las que están sujetas a las excepciones del artículo 68 de la LCSP).

En segundo lugar, se asevera que la Unión Europea es la única competente para adoptar un acto de alcance general relativo al acceso a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de los operadores económicos de un tercer país⁸.

En su consecuencia, los Estados miembros únicamente pueden adoptar actos de alcance general sobre este acceso si son facultados por la Unión Europea, lo cual no se ha producido hasta la fecha⁹.

vinculen a la Unión, las entidades adjudicadoras de los Estados miembros deben conceder a los operadores económicos de los terceros países que sean parte en tal acuerdo un trato no menos favorable que el concedido a los operadores económicos de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de octubre de 2024, Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret, C-652/22, EU:C:2024:910, apartados 41 y 42). ... (58) El derecho que el artículo 27, apartado 1, de la Directiva 2014/24 confiere a «cualquier operador económico interesado» de presentar una oferta en respuesta a una convocatoria de licitación en el marco de un procedimiento abierto de adjudicación de un contrato público en la Unión no se extiende a los operadores económicos de terceros países que no hayan celebrado tal acuerdo internacional con la Unión. Interpretar de otro modo esta disposición y, así, atribuir un alcance ilimitado al ámbito de aplicación personal de esta Directiva equivaldría, como ha señalado en esencia el Abogado General en los puntos 65 a 73 de sus conclusiones, a garantizar a los operadores económicos de esos terceros países un acceso igual a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en la Unión. Esto tendría como efecto conferirles un derecho a un trato no menos favorable infringiendo el artículo 25 de dicha Directiva, que circunscribe el disfrute de ese derecho a los operadores económicos de terceros países que hayan celebrado con la Unión un acuerdo internacional como los contemplados en este artículo (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de octubre de 2024, Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret, C-652/22, EU:C:2024:910, apartados 46 y 47).”

⁸ “Todo acto de alcance general que tenga por objeto específico determinar las modalidades de exclusión o de acceso de los operadores económicos de un tercer país es competencia exclusiva de la Unión con arreglo al artículo 3 TFUE, apartado 1, letra e), en el ámbito de la política comercial común. Así sucede con los actos que, a falta de acuerdo celebrado entre la Unión y un tercer país, determinan unilateralmente si los operadores económicos de ese tercer país pueden participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en la Unión y, en su caso, en qué condiciones. En efecto, al igual que los acuerdos, estos actos unilaterales tienen efectos directos e inmediatos en el comercio de mercancías y de servicios entre ese tercer país y la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de octubre de 2024, Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret, C-652/22, EU:C:2024:910, apartado 57). 61) De ello se desprende que la Unión es la única competente para adoptar un acto de alcance general relativo al acceso, en su seno, a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de los operadores económicos de un tercer país que no haya celebrado un acuerdo internacional con la Unión que garantice el acceso igual y recíproco a los contratos públicos, estableciendo bien un régimen de acceso garantizado a esos procedimientos para dichos operadores económicos, bien un régimen que los excluya o que prevea un ajuste de la puntuación resultante de la comparación de sus ofertas con las presentadas por otros operadores económicos (sentencia de 22 de octubre de 2024, Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret, C-652/22, EU:C:2024:910, apartado 61).”

⁹ “(62) En efecto, en virtud del artículo 2 TFUE, apartado 1, en los ámbitos de competencia exclusiva de la Unión, solo esta puede legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, y los Estados miembros únicamente pueden hacerlo por sí mismos si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión. Pues bien, la Unión no ha facultado a los Estados miembros para legislar o adoptar actos jurídicamente vinculantes sobre el acceso a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de los operadores económicos de un tercer país que no haya celebrado un acuerdo internacional con la Unión. Hasta la fecha, la Unión tampoco ha adoptado actos de esta naturaleza que los Estados miembros puedan aplicar

Comoquiera que no concurre esa habilitación, lo único que procede y corresponde a cada poder adjudicador o entidad adjudicadora es adoptar la decisión de admitir o no en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a operadores económicos de estos terceros países¹⁰. En caso de que el poder adjudicador o entidad adjudicadora decida tal admisión, el TJUE contempla la posibilidad de que el mismo pueda ajustar la puntuación resultante de la comparación de sus ofertas con las presentadas por otros operadores económicos¹¹.

La relevancia de los fallos judiciales adensados no ha pasado desapercibida en la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, hasta el punto de que ha considerado necesaria la elaboración de una Recomendación, fechada el 17 de julio de 2025, en la que se ofrecen unos nuevos criterios aplicativos del artículo 68 de la LCSP, en el ánimo de acomodarlo a la doctrina que acabamos de resumir.

Nos ilustra dicha Recomendación sobre lo esencial de las paradigmáticas sentencias en términos análogos a los ya esbozados, y remeda el documento de la Comisión Europea, de 15 de mayo de 2025, denominado “*Participación en el mercado de la contratación pública de la Unión Europea de licitadores procedentes de terceros Estados no cubiertos a la luz de la reciente doctrina del TJUE*”, en el que se formulan algunas pautas interpretativas sobre el particular. Entre ellas, se destaca que los principios derivados de las referidas sentencias se aplican a cualquier procedimiento de contratación

(sentencia de 22 de octubre de 2024, *Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret*, C-652/22, EU:C:2024:910, apartado 62)”.

¹⁰ “(63) A falta de actos adoptados por la Unión, corresponde a la entidad adjudicadora evaluar si procede admitir en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a los operadores económicos de un tercer país que no haya celebrado un acuerdo internacional con la Unión que garantice el acceso igual y recíproco a los contratos públicos y, en caso de que decida tal admisión, si procede prever un ajuste de la puntuación resultante de la comparación entre las ofertas realizadas por dichos operadores y las presentadas por otros operadores (sentencia de 22 de octubre de 2024, *Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret*, C-652/22, EU:C:2024:910, apartado 63).

¹¹ (66) Procede, además, subrayar que, dado que los operadores económicos de terceros países que no hayan celebrado un acuerdo internacional con la Unión que garantice el acceso igual y recíproco a los contratos públicos no disfrutan de un derecho a un trato no menos favorable en virtud del artículo 25 de la Directiva 2014/24, la entidad adjudicadora puede lícitamente exponer, en los documentos de contratación, modalidades de trato destinadas a reflejar la diferencia objetiva entre la situación jurídica de dichos operadores, por una parte, y la de los operadores económicos de la Unión y los terceros países que hayan celebrado con la Unión tal acuerdo, en el sentido del citado artículo 25, por otra parte. Si bien es concebible que las modalidades de trato deban ser conformes con determinados principios y exigencias, como los principios de seguridad jurídica o de protección de la confianza legítima, un recurso dirigido a denunciar el incumplimiento de tales principios por parte de la entidad adjudicadora solo puede examinarse a la luz del Derecho nacional y no del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de octubre de 2024, *Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret*, C-652/22, EU:C:2024:910, apartados 64 y 66)”.

pública, independientemente de sus umbrales económicos. Asimismo, se especifica que, aunque dichos pronunciamientos no obligan a que se regulen en los pliegos las modalidades de trato diferenciado, se recomienda, por motivos de seguridad jurídica, que aquellos indiquen si se van a aceptar o no en la licitación a los operadores provenientes de esos terceros Estados y, en caso de que vayan a ser aceptados, se determine el ajuste de puntuación o las modalidades de trato que se les aplicará en su caso. También se aclara que un eventual recurso contra tales previsiones deberá basarse únicamente en la disposición de Derecho nacional que las regule, sobre la base de que no tienen la consideración de normas de trasposición de directivas comunitarias.

La doctrina acopiada tiene su inevitable repercusión en la interpretación del artículo 68 de la LCSP, en atención al principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, de suerte que la meritada Recomendación distingue dos supuestos, en relación con la admisión a los procedimientos de contratación de las empresas procedentes de terceros Estados no comunitarios, con independencia de si el contrato que se licite esté o no sujeto a regulación armonizada.

1º. Respecto de las empresas procedentes de un tercer Estado que sea parte de un acuerdo internacional suscrito por la Unión Europea¹² en vigor, que garantice el acceso igual y recíproco a los contratos públicos, el poder adjudicador o la entidad contratante no podrá condicionar el acceso a la licitación de dichas empresas a la presentación del informe de reciprocidad previsto en el artículo 68 de la LCSP.

2º. En el supuesto de empresas procedentes de un tercer Estado que no tenga suscrito un acuerdo internacional en vigor con la Unión Europea o, habiéndolo suscrito, no esté incluido el contrato o el poder adjudicador o entidad contratante, corresponde a éstos decidir si una empresa de un tercer Estado es admitida o no a una licitación, sin que proceda solicitar el informe de reciprocidad del artículo 68 de la LCSP¹³. En caso de

¹² A estos efectos, la Recomendación aconseja acudir a la herramienta electrónica desarrollada por la Comisión Europea (Procurement for buyers) diseñada para ayudar a los órganos de contratación a identificar con qué terceros Estados hay acuerdos internacionales firmados por la Unión Europea que cubran el contrato que se va a licitar. Se explica, además, que es preciso valorar la naturaleza jurídica de la entidad que licita el contrato, la prestación que constituye su objeto (la aplicación discrimina fundamentalmente en función del código CPV) y el valor estimado del contrato (porque hay acuerdos internacionales que solo aplican a partir de un determinado umbral, como es el caso del Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio).

¹³ Se alerta además sobre la necesidad de tener en consideración las limitaciones que la Unión Europea haya establecido para las empresas de determinados Estados (por ejemplo, de Rusia, en aplicación del Reglamento (UE) nº 833/2014 del Consejo de 31 de julio de 2014, relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania). Para conocer las prohibiciones de

decidir su admisión, podrá dar a la empresa un trato diferenciado, que puede consistir en un ajuste de la puntuación resultante de la comparación de su oferta con las presentadas por otros operadores económicos, siempre y cuando se respeten los principios de seguridad jurídica y confianza legítima; circunstancias todas ellas que deberán especificarse en los pliegos correspondientes.

Para finalizar, la Recomendación considera muy aconsejable la modificación del artículo 68 de la LCSP, por evidentes razones de seguridad jurídica, lo que resulta consecuente en tanto que los criterios hermenéuticos sugeridos implican una interpretación *-contra legem-* nada conciliable con la literal misma del precepto.

contratar con empresas de un determinado Estado, se puede acudir a la misma herramienta electrónica señala en la nota 11.