

LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La legislación en materia de contratos del sector público es fundamental en la ordenación de la actividad de las entidades públicas, debido al volumen de recursos que se utilizan en estos procesos contractuales, en los cuales se han de garantizar el respeto de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, de publicidad, de transparencia, de no-discriminación y de igualdad de trato entre los candidatos. La normativa comunitaria ha venido exigiendo al legislador español un esfuerzo constante de adaptación a sus sucesivas redacciones, esfuerzo que no siempre se ha cumplido correctamente como ha tenido ocasión de recordar en repetidas ocasiones el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

La Ley 30/2007, del 30 de octubre, de contratos del sector público, que entrará en vigor el 30 de abril de este año 2008, intenta dar respuesta, desde nuevos planteamientos, a la necesidad reiterada de hacer una trasposición correcta de la normativa comunitaria en este ámbito. Para ello, el legislador ha abandonado el esquema tradicional de nuestra legislación de contratos de las Administraciones Públicas (AAPP) imperante desde la vieja ley de 1965, y ha aprobado una ley que engloba la contratación de todos los entes del sector público y que se estructura de un modo diverso. Esta nueva estructuración interna puede plantear, en una primera lectura, cierta dificultad de comprensión. Por todo ello y para analizar las novedades que esta nueva normativa incorpora y estudiar su contenido con detenimiento, la Facultad de Derecho de ESADE (URL), con la colaboración de *Trámite parlamentario y municipal*, organizó el pasado 15 de febrero una Jornada de profundización y estudio, que llevó por título *La nueva Ley de contratos del sector público*. Tuvo por destinatarios principales tanto a los entes contratantes como a los contratistas y contó con la participación de expertos destacados en la materia. El interés de dicha temática se mostró en la participación de los asistentes, que llenaron por completo el aforo.

La apertura de la Jornada corrió a cargo del Dr. Pedro Miró, Decano de la Facultad de Derecho de ESADE (URL), quien dio la bienvenida a los asistentes y pasó seguidamente la palabra al Dr. Joaquín Tornos, organizador de la misma, quien hizo una breve presentación. El programa se desarrolló mediante dos Mesas de trabajo, cuyas intervenciones sirvieron para ilustrar a la audiencia acerca de las novedades más relevantes introducidas por nueva Ley. A cada una de ellas siguió el correspondiente coloquio.

La **Primera Mesa de Trabajo** fue moderada por el Dr. Manuel Férrez, profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de ESADE (URL) y contó con las ponencias de la Dra. Elisenda Malaret, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona (UB) y Diputada en el Congreso y del Dr. Joaquín Tornos, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona (UB) y Abogado.

La Dra. Elisenda Malaret presentó la ponencia titulada *Principales novedades de la Ley de contratos del sector público*, e hizo una presentación general de la misma, exponiendo cuál es su lógica y los objetivos que se planteó el legislador al redactarla. Asimismo, señaló las principales novedades que incorpora. Buena conocedora de la nueva normativa, al haber sido ponente de la Ley, expuso en primer lugar las razones esenciales que han conducido a este importante cambio en la concepción de la

contratación pública en España, que afecta a su mismo objeto. La razón para ello hay que buscarla en la necesidad de transponer en el Derecho español la nueva Directiva Comunitaria sobre servicios, que busca aportar una mayor seguridad jurídica a todos los operadores, estableciendo unos criterios marco de referencia y recogiendo jurisprudencia comunitaria de carácter social y mediambiental. La Dra. Malaret destacó que la nueva Ley simplifica los procedimientos de contratación, como fruto de la experiencia derivada de la interpretación de las directivas anteriores, y como consecuencia de ello, en su articulado aparecen procedimientos nuevos, tales como el diálogo competitivo, que nace para responder a las necesidades planteadas por uno de los nuevos tipos contractuales previsto en la Ley: el contrato de colaboración. Asimismo, otro objetivo de la Directiva fue introducir las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la práctica de la contratación pública (realización de publicaciones y ofertas por medios electrónicos e introducción de un nuevo procedimiento: la subasta electrónica, donde no hay un único criterio de adjudicación...).

Recordó que la concepción de la contratación pública presente en el Derecho Comunitario está vinculada a la idea de compras públicas que se han de realizar de manera que se utilicen eficazmente los recursos públicos mediante un procedimiento de adjudicación. Por otra parte, la Dra. Malaret aludió a que en el ámbito de la contratación pública encontramos dos principios esenciales: el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y el principio de publicidad juntamente con el de concurrencia, que se imponen a todo tipo de contrato (art.2). Asimismo, manifestó que el legislador español ha ido más allá de la normativa comunitaria: según el art. 1,1, toda la contratación del sector público se adjudicará a la oferta económica más ventajosa, lo que conduce a establecer unas reglas de cuantificación y objetivación de tales criterios, de suerte que no sólo va a jugar un papel importante el precio: así, por ejemplo, introducir criterios sociales es “más ventajoso”. La ponente finalizó su exposición haciendo especial hincapié en el contrato de colaboración público-privado, que está inspirado en el contrato de *partenariado* del Derecho Público francés; se trata de un contrato subsidiario, de raigambre en nuestro país, que entra en acción cuando la necesidad colectiva no puede ser satisfecha por otros medios.

La intervención del Dr Joaquin Tornos llevó por título: *Ámbito subjetivo y objetivo en la Ley de contratos del sector público*. El tratamiento de esta importante cuestión le permitió exponer la nueva sistemática general de la Ley y dar cuenta de forma sintética de los diferentes niveles de aplicación de la misma según el sujeto contratante. Empezó por la Exposición de motivos, en la que la delimitación de los entes sujetos se realiza en términos muy amplios a fin de ajustar el ámbito de aplicación de la ley al de las directivas comunitarias, y no dejar entidades del sector público exentas de regulación. Así, fue analizando los sujetos afectados por la nueva Ley, señalando que se aplica a todos los contratos de los sujetos que formen parte del sector público tal y como se define este concepto en el art. 3 LCSP . Asimismo y de forma subsidiaria, la Ley incluye dentro de su ámbito de aplicación los contratos de otros sujetos que no son del sector público. En estos casos la ley precisa en qué medida estos otros sujetos se ven afectados. El ponente prosiguió señalando que la Ley no se aplica por igual a todos los sujetos. Dentro del concepto de sector público se establece una triple gradación: a) *Mayor sujeción*: la Administración Pública (pero no tendrán esta consideración las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las CCAA y Entidades locales, según el art. 3,2 que, por otra parte no cita expresamente

a los consorcios como integrantes de la Administración Pública. b) *Nivel intermedio*: sujetos que no son Administración Pública pero si poder adjudicador (ej. Las EPE estatales y organismos asimilados de las CCAA y de los Entes locales; las agencias estatales; Las sociedades mercantiles participadas en más de un 50% por los entes del sector público; fundaciones del sector público, mutuas de accidentes de trabajo, etc.). c) *Nivel de mínima sujeción*: los entes del sector público que no son Administración Pública ni poder adjudicador. En su opinión, los consorcios formados exclusivamente por AAPP son en principio Administración Pública.

Por lo que respecta al ámbito objetivo, el Dr. Tornos habló de los contratos excluidos, es decir, de aquellos contratos que aún habiendo sido formalizados por sujetos sometidos a la Ley deben entenderse excluidos de la aplicación de la misma. De esta relación destacó dos supuestos: a) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme al art. 24,6 tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación (contratos “in house providing”). b) Los contratos patrimoniales (contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento...), excluidos con carácter general del ámbito de la Ley y que, según se afirma expresamente en ésta, tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial (los contratos llamados de “compras públicas”, los de gestión de servicios públicos). Los contratos patrimoniales quedan fuera. Esta exclusión tiene dos matices: 1) Los contratos que tengan como objeto programas de ordenador, que serán calificados como contratos de suministro o servicios. 2) Estos contratos no podrán incluir prestaciones que sean propias de los contratos típicos (obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y colaboración público-privado) si el valor de las mismas es superior al 50% del importe total del negocio o si no mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación o complementariedad en los términos del art. 25. En estos dos supuestos dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en esta Ley.

Siguió a continuación el análisis de los tipos de contratos, comenzando por los contratos típicos o nominados (obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y colaboración entre el sector público y el privado), regulados en los arts. 5 a 12 y que coinciden con los regulados por el Derecho comunitario, salvo en el caso del contrato de gestión de servicios públicos. Siguieron luego los contratos sujetos a regulación armonizada (arts 13-17), es decir, los sujetos a la normativa comunitaria. Seguidamente pasó a analizar los contratos administrativos y contratos privados (arts 19-20): la Ley mantiene en este punto la clásica distinción propia de la legislación española de contratos “administrativos”, es decir, los sujetos en todas sus fases a la legislación contractual, y los contratos “privados”, esto es los sujetos a la normativa administrativa sólo en las fases de preparación y adjudicación (arts 19-20). Para determinar el régimen jurídico de los contratos que son objeto de la LCSP el Dr. Tornos precisó que ésta tiene en cuenta: 1) Los criterios de distinción de la propia Ley (el sujeto contratante; el carácter o no armonizado del contrato; el tipo de contrato atendiendo a su contenido, administrativo o privado). 2) La aplicación de los diversos libros de la Ley. Y en cuanto a los diferentes niveles de aplicación de la Ley, el ponente trató del Nivel Primero: Administración Pública (son los que están sometidos a una mayor regulación por la LCSP); Nivel Intermedio: Poder adjudicador que no sea Administración Pública (sus contratos son privados; sólo sujetos a la Ley en las fases de preparación y adjudicación). Y Nivel inferior: Entidades del sector público que no sean

poder adjudicador (por ejemplo, entidades públicas empresariales que realicen actividad de mercado).

La **Segunda Mesa de Trabajo** fue moderada por el Dr. Joaquín Borrell, Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de ESADE (URL), Consejero-secretario del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya y contó con las ponencias de la Sra. Mercè Piñol, Abogada y del Dr. José M^a Baño León, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia.

La ponencia de la Sra. Piñol, titulada *Preparación y adjudicación de los contratos en la Ley de contratos del sector público*, tuvo por objeto el examen de los nuevos procedimientos de selección y adjudicación de los contratos, destacando las novedades establecidas con el fin de simplificar los procedimientos, atendiendo también a la diferente naturaleza del sujeto contratante.

En su intervención, de carácter muy práctico, explicó pormenorizadamente aquellos pasos y procedimientos que deben seguirse, poniendo énfasis en las novedades respecto a la legislación anterior. Hizo notar que con la nueva LCSP se transpone la *Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios*. Apuntó al respecto que esta revisión ha afectado al sistema de clasificación de contratistas, a los medios de acreditación de los requisitos de aptitud exigidos para contratar con el sector público, y a los procedimientos de adjudicación, elevando las cuantías que marcan los límites superiores de los simplificados y articulando un nuevo procedimiento negociado con publicidad para contratos no sujetos a regulación armonizada que no superen una determinada cuantía. Además, y desde un punto de vista formal, se ha aprovechado para incorporar a nuestra legislación la terminología comunitaria de la contratación.

A continuación, por este riguroso orden, trató someramente los siguientes temas: a) Preparación de los contratos para las Administraciones Públicas (AAPP); b) Preparación de los contratos por el poder adjudicador no AAPP; c) Procedimiento de adjudicación; d) Selección del adjudicatario; e) Adjudicación AAPP y selección del adjudicatario y adjudicación del poder adjudicador no AAPP. Por lo que respecta a la *Preparación de los contratos para las AAPP*, hizo especial hincapié en el expediente de contratación (tramitación ordinaria y abreviada, contenido, con la justificación de la elección del procedimiento y criterios de adjudicación), Pliego de cláusulas administrativas, con sus requisitos y garantías, Pliego de prescripciones técnicas, que podrán incluir exigencias de carácter medioambiental, y prever prohibiciones de impedimentos a la libre competencia, condiciones especiales de ejecución del contrato tales como requerimientos de carácter social y medioambientales (arts. 101-103 LCSP). Asimismo, se centró en las normas de publicidad y plazos de concurrencia (anuncio previo; anuncio de licitación por el procedimiento abierto y restringido, anuncio de licitación por el procedimiento negociado y plazos de concurrencia).

Por lo que respecta a la *Preparación de los contratos por el poder adjudicador no AAPP*, se centró en el análisis del art 121 LCSP: reglas generales aplicables a la preparación de los contratos (reglas para la preparación de los contratos sujetos a regulación armonizada y para aquellos que están sujetos a regulación no armonizada), expediente de contratación, margen de actuación de los poderes adjudicadores que no

son Administración Pública. Y en lo referente al *Procedimiento de adjudicación*, la ponente analizó sucintamente el procedimiento abierto, el procedimiento restringido y el procedimiento negociado (arts. 141-145 LCSP), señalando la novedad que supone que en éste último, la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o con varios de ellos. Y en relación al procedimiento negociado por razón del importe, destacó que se amplían los umbrales para los cuales procede la adjudicación mediante el procedimiento negociado, estableciéndose dos tipos de tramitación dependiendo del importe (procedimiento negociado con publicidad y procedimiento negociado sin publicidad; a los que se añade el procedimiento negociado por otras razones, según art. 126 LCSP). Y acabó este apartado adentrándose en las características y funcionamiento del diálogo competitivo (arts. 163-168 LCSP).

En relación a la *Selección del adjudicatario y adjudicación AAPP*, analizó los criterios de valoración de las ofertas para que el contrato pueda adjudicarse a la “oferta económicamente más ventajosa” (art. 144 LCSP) y señaló que de entre los criterios descritos en el artículo 134 LCSP cabe remarcar como novedosos los criterios relativos a características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar. Por último, en la Selección del adjudicatario y adjudicación al poder adjudicador no AAPP, comentó los arts 174 y 175 LCSP que hacen referencia a la contratación armonizada y a la contratación no armonizada, respectivamente. Esta distinción se establece en razón del tipo de contrato y del sujeto que lo realiza, de modo que la configuración del ámbito subjetivo de la ley determina la naturaleza del contrato, lo que es coherente con la normativa comunitaria. Esta tipología determina el régimen jurídico del contrato, y las de ejecución y resolución. Pasó así revista a los contratos administrativos, a los contratos privados y a los contratos celebrados por una Administración pública que no sean típicos o nominados ni especiales. Para finalizar, trató del régimen jurídico de los contratos.

La ponencia del Dr. Baño León, titulada *Los recursos en la Ley de contratos del sector público*, tuvo por objeto la nueva regulación de los recursos en materia de contratación. Analizó de manera especial la introducción del nuevo recurso administrativo y las nuevas medidas cautelares con las que el legislador trata de trasponer las recientes Directivas en esta materia, exponiendo los efectos de este nuevo recurso sobre la tramitación y eficacia de la adjudicación de los contratos.

Empezó su exposición con una observación metodológica previa: la pregunta de a qué nos referimos cuando hablamos de recursos en materia de contratación y apuntó que todos los procedimientos de contratación establecidos tienen un sentido económico claro y en ellos se percibe la tensión entre la apertura de mercados a la libre competencia, impulsada por la UE y el proteccionismo procedente de la legislación estatal. Esta tensión está presente en España desde la Ley 13/1995, pero también podemos hablar de ella en otros países europeos, de suerte que los avances se están produciendo a golpe de sentencias, no sólo entre nosotros. Seguidamente realizó una exposición panorámica general del régimen de recursos, explicando sobre qué versa la reforma de la LCSP y qué sentido institucional o económico tiene.

Así, recordó el dualismo tradicional en la contratación pública: 1) La atribución al contencioso-administrativo de los contratos administrativos. 2) La atribución a los Tribunales civiles de los contratos privados. 3) La atribución al contencioso de los actos separables del contrato privado. Pasó luego a constatar la ruptura de este orden de cosas en la nueva Ley. En ella el régimen de recursos cambia sensiblemente el sentido que había tenido. Así, si tradicionalmente el sistema dual de garantías era claro (contratos públicos y actos separables de los contratos privados a la jurisdicción contencioso-administrativa y contratos privados a la jurisdicción civil), ahora se produce una ruptura muy profunda del modelo dual y se introduce una gran complejidad pues el criterio de la jurisdicción contencioso-administrativa y el del orden civil no se corresponden con un único criterio sino con dos que son no solo distintos sino incluso antitéticos: el criterio orgánico, que se aplica al derecho interno y el criterio funcional, aplicable al Derecho comunitario. Asimismo, el Dr. Baño León destacó que no todas las legislaciones de las CCAA utilizan esta terminología, lo que puede generar ciertas problemáticas.

La nueva regulación se preocupa de los recursos más importantes –aunque hayan tenido en la práctica poco éxito- que son los asuntos previos a la firma del contrato, no los recursos posteriores. Ante su poca utilización podemos dar dos respuestas distintas: una optimista (la legislación funciona); y otra pesimista (como los recursos no son instrumentos ágiles, los clientes prefieren mantenerse a buenas con sus clientes antes de recurrir). Sólo se recurren aquellos casos en que es eficiente el recurso porque no hay otro modo de solucionarlo. Desde esta perspectiva, las sentencias son contempladas como instrumentos de garantía.

Entre otras cuestiones el ponente se extendió en el análisis de: 1) La competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. 2) La competencia de la jurisdicción civil y la atribución a ella también del contencioso precontractual no sujeto a Derecho comunitario, lo cual es una novedad (piénsese, por ejemplo, en los contratos de las sociedades y entidades públicas empresariales) y que, a su juicio, no tiene mucho sentido pues la ley les obliga a vincularse a normas de preparación que son en esencia de Derecho público. 3) La interpretación del art. 176: preparación y adjudicación de contratos del sector público que no sean de poderes adjudicadores. A este respecto el ponente se preguntó qué sentido tiene atribuirlo a la jurisdicción civil, que no está pensada para estos asuntos.

Siguió después analizando la ruptura del régimen de garantías jurisdiccionales en razón del umbral comunitario. En este sentido se refirió a: 1) Preliminar sobre las exigencias de la Directiva 89/665 “Recursos”. 2) Contratos a los que se aplica el nuevo recurso especial en materia de contratación. 3) Contratos a los que no se aplica el nuevo recurso especial. Y se preguntó si la LCSP cumple los requerimientos de la Directiva “Recursos”, a lo que contestó que en principio en la nueva regulación no se cumplen las exigencias de la citada Directiva ya que no se establece un proceso sumario especial en materia del contencioso precontractual y que tampoco la Ley permite medidas cautelares autónomas. La nueva regulación es un progreso, pero no cumple con la normativa comunitaria. La ponencia finalizó con algunas observaciones acerca del nuevo sistema legal de heterogeneidad de las garantías, citando al respecto ejemplos de Alemania y Francia.

Resumen elaborado por la Dra. Maria Dolors Oller Sala, Profesora de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho de ESADE (URL)