

**LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA LOCAL: AVANCES
Y RETROCESOS EN SU
REGULACIÓN**

**INCIDENCIA DE LAS DIRECTIVAS
«DE CUARTA GENERACIÓN»**

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de publicaciones

**LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA LOCAL: AVANCES
Y RETROCESOS EN SU
REGULACIÓN**

**INCIDENCIA DE LAS DIRECTIVAS
«DE CUARTA GENERACIÓN»**

Esperanza Ríos Marín

Colección: Atelier Administrativo

Directores:

Joan Manel Trayter

(Catedrático de Derecho administrativo)

Belén Noguera de la Muela

(Profesora titular de Derecho administrativo)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2016 Esperanza Ríos Marín

© 2016 Atelier

Via Laietana 12, 08003 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-16652-20-4

Depósito legal: B-11964-2016

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

www.addenda.es

*A mis Maestros, José María Gimeno Feliú y
Miguel Ángel Bernal Blay, por su apoyo.*

*A mi marido, Floren y a mis hijas,
Elena y Sara, por todo.*

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	13
PRÓLOGO	15
ABREVIATURAS Y SIGLAS	19
CAPÍTULO I. COMPLEJIDAD DEL ESTUDIO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS LOCALES Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA	21
1. Contratación pública, sinónimo de complejidad. Razones.....	21
1.1. Legislación motorizada. Unión Europea y Estado Autonómico. Situación actual	21
1.2. Proliferación de las prestaciones a contratar, con especial referencia al contrato de gestión de servicios públicos locales y su previsible «cuenta atrás».....	29
1.3. A vueltas con el ámbito subjetivo	39
1.4. Niveles de exigencia que determinan la aptitud del contratista. La recurrente cuestión de la territorialidad en el ámbito local....	42
1.5. El control en la ejecución de los contratos como cuestión pendiente de materializar	51
2. Tratamiento de la contratación pública de la administración local en la legislación histórica española	60
2.1. Evolución histórica. Desde el siglo XIX hasta nuestros días.....	60
2.2. Aspectos controvertidos y recurrentes en la regulación de la contratación de las Entidades Locales	69
2.2.1. Reticencias del sometimiento de las Entidades Locales a la normativa estatal	70
2.2.2. La importancia de la publicidad de las contrataciones locales..	75
2.2.3. La presentación de reclamaciones contra los pliegos que se aprueban en una licitación local. Opiniones encontradas sobre esta materia.....	78

CAPÍTULO II. SITUACIÓN ACTUAL DE LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES EN ESPAÑA. ASPECTOS RELEVANTES.	85
1. Introducción. Aplicación descafeinada de los principios contractuales en el ámbito local	85
2. Legislación aplicable teniendo en cuenta los niveles territoriales del estado español	90
3. Regulación de las entidades locales en el inacabado TRLCSP	91
4. Particularidades de los órganos de contratación en el ámbito local.	93
4.1. Alcalde o Presidente, Pleno y Junta de Gobierno Local	93
4.2. Juntas de Contratación.	98
4.3. Centrales de Contratación	99
5. Especialización de los miembros de las mesas de contratación en los entes locales	102
6. La recurrente utilización del procedimiento negociado por razón de la cuantía y de los contratos menores en las entidades locales. Consecuencias.	107
7. La realidad práctica del recurso especial en materia de contratación en las entidades locales	117
7.1. Situación actual de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales y la Administración Local	117
7.2. La independencia de los órganos de recurso especial como garantía de una buena Administración	121
7.3. Composición de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación y cuota de representación de la Administración Local.	123
7.4. Umbrales para la interposición del recurso y la manifiesta diferencia de tutela de los licitadores	124
7.5. Las tasas en el recurso especial en materia de contratación. Una exigencia desacertada.	127
8. Diferencias en cuanto al régimen de incompatibilidades de los cargos públicos respecto del personal al servicio de las entidades locales.	129
8.1. Introducción.	129
8.2. Fundamentación.	130
8.3. Tratamiento de la Jurisprudencia	131
8.4. Regulación legal.	132
8.5. Supuestos.	135
A) Incompatibilidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas	135
B) Incompatibilidades de los cargos electos	137
8.6. Interpretación de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa	137
8.7. Nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados con personas incurso en incompatibilidad.	140
9. Referencia a la regulación de la contratación local aragonesa como ejemplo de acierto	141
9.1. Competencia autonómica en materia de contratación pública	141
9.2. Los contratos públicos en la legislación aragonesa de régimen local.	142

9.3. Proyecto de Ley Reguladora del Patrimonio, el Servicio Público y la Contratación Local de Aragón, denominada ley «non nata» . . .	144
9.4. Ley de Medidas en Materia de Contratos del Sector Público de Aragón. Novedades a destacar	147
9.4.1. Introducción	147
9.4.2. Regulación de los aspectos relativos a los modificados de los contratos	149
9.4.3. Fomento de la concurrencia. Regulación de los contratos menores	155
9.4.4. Necesidad de simplificación	157
9.4.5. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. . .	161
9.4.5.1. Competencias	161
9.4.5.2. Organización.	166
CAPÍTULO III. LA CRISIS ECONÓMICA COMO DETONANTE DE LA REFORMA LOCAL. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA LRSAL	169
1. El pacto de estabilidad y disposiciones legislativas adoptadas en España al efecto	169
2. Soluciones destinadas al ámbito local para afrontar la situación de crisis	178
3. La reforma de la Constitución española y el desarrollo legislativo posterior	184
4. Incidencia de la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local, en los contratos públicos locales.	189
4.1. Introducción.	189
4.2. Posición crítica respecto a las medidas adoptadas por el legislador estatal sobre el gobierno local.	192
4.3. Competencias	195
4.4. Especialidades respecto a las competencias municipales sobre salud, servicios sociales, sanidad y educación. La sentencia del TC de 3 de marzo de 2016 y la regulación de los servicios «a las personas» en la Directiva 24/2014	200
5. Los entes instrumentales locales en la LRSAL.	209
5.1. Introducción.	209
5.2. La excesiva proliferación de los entes instrumentales en el sector público local	212
5.3. Regulación de la actividad contractual de los entes instrumentales. Posición crítica.	215
5.3.1. La adjudicación directa o adjudicación de contratos «in house» .	215
5.3.2. Regulación de la contratación de los entes instrumentales en el ámbito local.	217
5.4. Consecuencias jurídicas de la entrada en vigor de la LRSAL	224
CAPÍTULO IV. EL FUTURO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL	227
1. Poderes adjudicadores subcentrales.	227
1.1. Antecedentes	227

1.2. Aprobación de las nuevas Directivas de Contratación pública y aplicación en el Ordenamiento Jurídico español, una realidad anunciada.	229
1.3. Concepto de poder adjudicador en general y de los poderes adjudicadores subcentrales en particular	232
1.4. Especialidades de los contratos de los poderes adjudicadores subcentrales	233
2. Las concesiones en el ámbito local. Especial referencia al riesgo económico.	236
2.1. Introducción.	236
2.2. Especial referencia al riesgo económico o riesgo operacional.	240
3. Nuevo anteproyecto de ley de contratos del sector público y su consideración hacia el ámbito local	245
3.1. Objetivos del Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público.	245
3.2. Regulación específica en el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público del ámbito local.	250
3.2.1. Cuestiones formales.	250
3.2.2. Determinación legal de la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación en el ámbito local.	251
3.2.3. Centrales de contratación en el ámbito local.	253
3.2.4. Órganos de contratación local	254
3.2.5. Mesas de Contratación. Comité de Expertos	255
3.2.6. Novedades incorporadas en la Disposición Adicional Segunda.	258
3.3. Aspectos destacables de la nueva ley que inciden en el mundo local.	261
3.3.1 Principio de integridad, el conflicto de intereses y el nuevo supuesto de incompatibilidad para contratar y sus consecuencias en la coyuntura local.	261
3.3.2. Desaparición del procedimiento negociado por razón de la cuantía y supuesta traslación de los contratos así regulados a través del nuevo procedimiento abierto simplificado	268
3.3.3. Mantenimiento de la figura de los contratos menores	273
3.3.4. Fomento del papel de las PYMES manteniendo el respeto a los principios contractuales y su reflejo en el mundo local	277
CONCLUSIONES FINALES.	279
APÉNDICE DE BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTOS CONSULTADOS.	287

AGRADECIMIENTOS

El estudio sobre la regulación de la contratación pública local y su realidad responde a la necesidad de plasmar las inquietudes que durante veinte años de ejercicio profesional, me han surgido como gestora de la contratación pública de un ente local, de ahí que fuera esta materia sobre la que versó mi Tesis Doctoral, que defendí el día 16 de diciembre de 2015, en la Facultad de Derecho de Zaragoza, siendo mis Directores, el Catedrático de Derecho Administrativo, D. José María Gimeno Feliú y por el Profesor Doctor, D. Miguel Ángel Bernal Blay.

El Tribunal calificador estuvo integrado por, D. Gerardo García-Álvarez García, Catedrático de la Universidad de Zaragoza, D. José Antonio Moreno Molina, Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha y Dña. Ximena Lazo Vitoria, Profesora Doctora de la Universidad de Alcalá de Henares. El mencionado Tribunal me otorgó la calificación de Sobresaliente *cum laude* y realizó una serie de observaciones en el acto de defensa de la Tesis que he incorporado al presente trabajo y que debo agradecer a todos ellos. Así mismo, tengo que reconocer el interés que mostraron por mi trabajo de investigación.

Llegados a este punto es de Justicia aprovechar esta ocasión para reconocer el apoyo de las personas que durante la elaboración de mi Tesis Doctoral, han estado animándome a seguir adelante y no puedo por menos que agradecerles brevemente plasmándolo con estas palabras.

En primer lugar a mis Maestros, mis Directores de Tesis. Con el Profesor, D. José María Gimeno Feliú, inicié hace muchos años la andadura de los estudios de Doctorado y gracias a sus ánimos los volví a retomar, cuando ya pensaba que continuar con mis estudios académicos, era una quimera inalcanzable. Fue él quien me motivó a seguir sin dilaciones y me contagió el ingrediente esencial, la ilusión por aprender. Y a D. Miguel Ángel Bernal Blay, ya que con su incorporación a mis estudios, y su generosidad me brindó la oportunidad de centrar mi trabajo de investigación y de estudiar con una ilusión y con unas ganas que hacían que el desánimo no tuviera cabida, incluso en los momentos difíciles.

A ambos, mi agradecimiento, tanto en el plano profesional, como en el personal, por su dedicación, por su ejemplo y por contagiarme el entusiasmo que tienen por el Derecho de la Contratación Pública.

Por supuesto, no puedo olvidar esas personas a las que gracias al Observatorio de Contratación Pública, he tenido la oportunidad de conocer y que ha sido y sigue siendo un auténtico privilegio aprender de ellas. A todos, mi sincero agradecimiento y en especial quiero mencionar a Dña. Teresa Moreo Marroig, Interventora Delegada de la Inter-

vención General de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, por su apoyo en todo momento y su ejemplaridad a tener siempre presente.

También quiero desde aquí tener presente al Doctor D. Miguel Agustín Lico, que desde el otro lado del Océano Atlántico, más concretamente, desde Buenos Aires me ha estado aconsejando y animando en mi trabajo de investigación.

En cuanto a mi entorno personal, por supuesto, a mis padres y hermanos, por su permanente confianza en mí y a mis amigos por el apoyo constante e incondicional y por hacerme sentir tan afortunada en su compañía. A todos ellos en general y a cada uno de ellos en particular, no puedo por menos que agradecer sinceramente el cariño recibido, así como el de todas las personas que por circunstancias de la vida se han ido incorporando a mi vida en los últimos años y que conocen del significado de este trabajo mucho más allá de su alcance académico. A todos ellos debo reconocer su apoyo tanto en los buenos como en los malos momentos que la vida nos depara.

Y por último, a las tres personas que han vivido conmigo, todos y cada uno de los días de mi Tesis Doctoral, mi marido y mis hijas. Si algo tengo claro es que sin ellos tres este trabajo nunca hubiera visto la luz. Los momentos compartidos han sido incomparables y, en definitiva, tan gratificantes que hacían que el esfuerzo siempre estuviera unido a la esperanza de seguir adelante.

PRÓLOGO

La contratación pública ha devenido en la actualidad como una de las materias de mayor importancia en la gestión administrativa y en la toma de decisiones políticas. Frente a una concepción y práctica más bien burocrática, donde se ponía el acento en la formalidad más que en el resultado de la licitación y su correcta ejecución, y donde la filosofía presupuestaria fijaba su atención solo en si existía o no crédito, pero con indiferencia a la eficiencia de la contratación, hoy resulta necesario repensar tanto el diseño como la práctica en la adjudicación y ejecución de los contratos públicos.

El Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo núm. 10 de 2015, relativo a la *Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión*, recuerda que la política de la Unión Europea en relación a la contratación pública constituye un pilar fundamental en relación a la consolidación del mercado interior y en torno a la consecución de una racionalización de los fondos públicos que garantice la sostenibilidad del sistema. En este entorno, el incumplimiento de las normas sobre contratación pública y la falta de un sistema de análisis de errores, para el consecuente atajo de los mismos, ha supuesto una fuente importante de desajustes que termina afectando a la transparencia, a la competencia y a la integridad.

Hay que corregir y laminar el riesgo de la corrupción, que es la más grave patología en un estado de derecho y que supone negar el derecho a una buena administración. Por el contrario, una gestión transparente de los contratos públicos, como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada.

Este diagnóstico y la propuesta de repensar cómo se gestiona el contrato público tiene, si cabe, mucho más interés en la Administración local española, donde, por estructuras y condicionantes propios, la tramitación de la contratación pública adolece de mayor dificultad.

Dificultad aumentada por el panorama normativo español, con ausencia de un Código de Contratos públicos y con una incomprensible alteración de preceptos de la legislación contractual que dificultan la comprensión y fomentan cierta indolencia por una materia tan esencial.

En estas fechas, además, vencido el plazo de transposición de las Directivas de contratación pública de 2014, las mismas despliegan un efecto directo en sus previsiones claras, precisas e incondicionadas, desplazando la legislación nacional contraria. El vértigo del gestor ante esta situación, máxime en el mundo local, resulta evidente y limita la

necesidad del «cambio de cultura» en la contratación pública. La explicación del «siempre se ha hecho así», cobra más fuerza que nunca.

En este contexto, la obra que tengo el placer de prologar, es un «grito» de optimismo y de ilusión. La Dra. Esperanza Ríos, funcionaria de Administración local en la provincia de Teruel es un ejemplo de la vocación de servicio público, de la motivación por mejorar en su actividad profesional y por aprender a aprender cada día. Es un ejemplo del modelo —y hay muchos— de funcionarios públicos comprometidos con el interés público y con la idea de colaborar a una mejor administración al servicio de la ciudadanía.

Son tiempos de necesarios cambios. El nuevo marco regulatorio de la Unión debe ser una oportunidad para acotar las malas prácticas y la corrupción en los contratos públicos y repensar tanto cómo articular una nueva normativa de contratos que satisfaga los intereses públicos con respeto a los principios de igualdad de trato, eficacia, transparencia, eficiencia y rendición de cuentas, además de repensar cual debe ser la «mejor» organización administrativa.

Pero no será suficiente —como venimos insistiendo en anteriores trabajos— si no se asume el reto de una adecuada y efectiva profesionalización de la contratación pública que exige, en especial la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación pública. Solo así se puede conseguir una nueva actitud de los gestores que permita abandonar una posición «pasiva» y lanzarse a actuar en el mercado con una visión de sus funciones que se alejan de lo burocrático e incluyen la planificación estratégica y la gestión de proyectos y riesgos (lo que exige cambios en la organización y prospectiva de actuación).¹

En esa propuesta de profesionalización destaca la monografía que ahora prologo, fruto de un trabajo de investigación y de experiencia práctica de calidad. Una Administración pública moderna necesita del mejor personal y de su mayor capacitación (también de medios y de reconocimiento). La formación continua, el afán por mejorar, está en el «*adn* genético» del empleo publico. Y la Dra. Esperanza Ríos es un buen exponente que debe servir de acicate a otros tantos y que sirve para reivindicar el «valor de lo público». Frente a quienes consideran al empleado público un gasto o cuestionan su «rendimiento», quiero reafirmar la idea de que son la mejor inversión, pues es el trabajo de tantos empleados públicos lo que viene a preservar la esencia del estándar «social» de nuestra sociedad. En modo alguno más personal sanitario, o educativo, o de seguridad, o el funcionario local puede ser analizado en exclusiva desde la perspectiva de al, «coste». El valor de lo público se debe medir desde la lógica de la correcta prestación de las funciones públicas encomendadas (eficacia) y de la correcta rendición de cuentas a la ciudadanía (transparencia). Obviamente la eficiencia económica es un parámetro a tener en cuenta —máxime en tiempos de restricciones presupuestarias— pero no son los costes de los empleados públicos los que, como algunos pretende insinuar, «lastran» nuestro sistema. La corrupción, la falta de adecuada coordinación en el ejercicio de las competencias, la indebida «penetración de lo político» en la gestión administrativa, son, entre otros, principales problemas que si afectan a la eficiencia de la gestión de nuestros fondos públicos. Y no el modelo retributivo (donde, por cierto, se incluyen las contribuciones sociales, que permiten dar viabilidad al propio sistema de seguridad social en su conjunto) de los empleados públicos.

La gran reforma de la Administración pública en España es, junto a la de la contratación pública, un reto pendiente, es cierto. Pero la misma en modo alguno puede focalizarse en la reducción de las retribuciones a los empleados públicos. Colectivo que

1. J. M GIMENO FELIU, «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015,, pp. 37-105.

ha tenido un actitud ejemplar en la crisis y que ha sido y es el verdadero elemento de salvaguarda de los derechos ciudadanos y de estabilidad política. Por ello, reivindico el valor de lo público, tanto como modelo de cohesión y progreso social, como de seña de identidad de una sociedad como la española mayoritariamente comprometida por la equidad social. Y reivindico el valor de lo público en la figura del empleado público —aun consciente de que existen ciertas patologías o debilidades, que se deben revisar— como inversión en la sostenibilidad del modelo democrático. Un modelo que, por resultados reales —y no meramente estadísticos (y frente a esa «leyenda social» del funcionario ocioso, claramente injusta)— se muestra como claramente eficiente.

De ahí que una de las principales herramientas para implementar la estrategia de un modelo de gobierno abierto y transparente —reto ineludible—, exija no solo el reconocimiento (social e institucional), sino también el incentivo de un mejor modelo de empleo público, profesionalizado y motivado. Y en ese contexto, vuelvo a insistir, conviene felicitar por el trabajo de la Dra. Esperanza Ríos, reflejo del verdadero espíritu universitario caracterizado por la capacidad para seguir aprendiendo, curiosidad y juicio crítico para escuchar planteamiento o ideas distintas, voluntad de cambiar las cosas, sensibilidad hacia los desfavorecidos, ilusión por «ser» y no por «estar», en un mundo cada vez más complejo, que requiere compromiso. No en vano, la obra de Cervantes (a quien recordamos con el 400 aniversario de su fallecimiento), y de tantos otros pensadores, pone de relieve que la educación y el conocimiento es la principal herramienta para consolidar la democracia y la propia libertad.

En definitiva, tiene el lector una obra bien pensada y estructurada, con datos precisos y propuestas de «cambio» en la cultura práctica de la contratación pública en la Administración local. Animo a su lectura y, en especial, a ver en el ejemplo del trabajo de la autora una luz —ojalá intensa— que anime a todos los empleados públicos, también con la Universidad, en una nueva etapa en la gestión de la contratación pública, pues el liderazgo institucional que deben promover nuestras instituciones públicas, debe impulsarse desde los medios personales.

El excelente trabajo de la Dra. Esperanza Ríos me anima a reivindicar el espíritu crítico, inconformista y solidario del universitario y del propio funcionario público, que debe servir para «contagiar» a la propia estructura administrativa y política, cada vez más burocratizada, y un tanto escéptica con su propia esencia y finalidad. Es necesario impulsar los puntos de encuentro, evitar la compartimentación de los saberes o la tendencia al escepticismo —o derrotismo— se comporta como una de las principales amenazas del modelo de nuestra sociedad. Por ello, obras como esta, ejemplo de la vocación y la ilusión, nos sirven para reafirmarnos en nuestro compromiso con y para los ciudadanos.

Son muchos los cambios que, entre todos, instituciones, políticos, empleados públicos y sociedad civil, debemos afrontar, con ilusión y tesón, para reforzar nuestro modelo de convivencia y fortalecer los esenciales pilares de democracia, justicia y equidad social. Es verdad que existen desequilibrios y tensiones involucionistas. Pero cualquier utopía (la historia nos ha enseñado que se pueden hacer realidad) exige compromiso, determinación y capacidad de diálogo y encuentro de ideas. También la prudencia —virtud que encarna Sancho Panza como Gobernador de la Ínsula de Barataria—, ya que, como advirtiera Baltasar Gracián (en su obra *Oráculo manual y arte de prudencia*), ayuda a reflexionar y tener en cuenta las distintas consecuencias de la acción de gobierno, a la vez que dota de auctoritas a las decisiones que se adoptan. El ejemplo de la obra que tiene ahora el lector es, sin duda, un buen elemento de ayuda.

José María GIMENO FELIÚ
Catedrático de Derecho Administrativo de Zaragoza
Zaragoza, 6 de mayo de 2016.