

# LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y GESTIÓN DE LO PÚBLICO. ¿REGULACIÓN O SOBRRREGULACIÓN?

JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN

*SUMARIO: I. EN PRO DE UNA LEGISLACIÓN UNIFORME Y EFICIENTE.– II. UNA RIGIDEZ EXCESIVA NO DEMANDADA POR LAS DIRECTIVAS EUROPEAS.– III. LA NECESIDAD DE REFORZAR LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL CONTRATO PÚBLICO.*

*RESUMEN:* Esta contribución ofrece una visión crítica de la Ley de Contratos del Sector Público, en tres aspectos: la diversidad de regímenes contractuales, la excesiva rigidez de la legislación, que deja escaso margen a los gestores públicos, y el exceso en el reconocimiento de poderes exorbitantes a la Administración.

*Palabras clave:* contrato público; control contencioso-administrativo; contrato menor; gestión presupuestaria.

*ABSTRACT:* This paper offers a critical perspective on the Law of Public Sector Contracts with regards to three aspects: the diversity of contract alternatives, the lack of flexibility of the legislation – that leaves a limited margin for maneuvering to public managers – and the exorbitant powers granted to the Administration.

*Key words:* public contract; administrative litigation; minor quantity contracts; budget control.

## I. EN PRO DE UNA LEGISLACIÓN UNIFORME Y EFICIENTE

Hay acuerdo unánime en que la nueva Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP 2017) no es un dechado de concisión y precisión. Por el contrario, sigue la tradición de su homónima del 2017. Con una rara metodología que desafía la exégesis del más avanzado especialista. Una norma con claros excesos regulatorios con infinidad de preceptos de marcado carácter reglamentario.

De lo que quiere ocuparse esta contribución no es, sin embargo, tanto de los defectos de técnica normativa como de la idoneidad de la ley para resolver los problemas que tiene planteados la contratación pública. Y al emplear el

término público, la primera observación que cabe hacer tanto al texto vigente como a la LCSP 2007 es si tiene sentido jurídico, que lo público tenga un tratamiento diferente en razón de la forma de personificación que el legislador —o la Administración— elijan para cumplir los fines públicos que tienen encomendados.

Sabido es que desde la Ley de 2007 la legislación de contratos distingue entre la Administración Pública, los entes públicos sujetos al derecho privado y las sociedades mercantiles de titularidad total o parcialmente pública, con objeto de dispensar un tratamiento diferente en los contratos que formalizan con privados.

La LCSP 2017, pese a abarcar a todo el sector público, dispensa un tratamiento diferente a los contratos según que estos sean otorgados por entes administrativos o entes sujetos a derecho privado aunque la naturaleza del contrato sea exactamente idéntica y públicos los recursos económicos que se utilizan.

Cabe preguntarse si esta distinción tiene algún sentido desde un punto de vista económico o jurídico. ¿Por qué un mismo contrato de obra pública sigue un régimen jurídico distinto si quien contrata es un ente público sujeto al derecho público o un ente de titularidad pública sujeto al derecho privado?

La contestación a esta pregunta requiere un análisis muy simple. Económicamente no existe razón alguna para que el mismo contrato público tenga un tratamiento diferente por el simple hecho de la forma jurídica que adopte la Administración. Los fines públicos son idénticos: el instituto de secundaria que construye una sociedad anónima de titularidad pública es el mismo que el que construye una Administración Pública y los fondos con los que se financian son públicos. De modo que ningún sentido tiene el diferente régimen jurídico de uno y otro contrato.

Es indudable, por lo demás, que al existir dos regímenes jurídicos para un mismo contrato, uno de ellos será más idóneo o menos rígido o más garantista que el otro. Es una cuestión de pura lógica, de modo que carece de razón económica alguna, que el legislador emplee regímenes diferentes. El sentido común exigiría que el legislador eligiera el procedimiento más idóneo en razón de los fines que la ley pretenda alcanzar.

Si al fin y al cabo se trata del manejo de fondos públicos para obtener el mejor resultado, debería existir una única normativa, justamente la que resulte más eficiente atendidas las exigencias económica y jurídicas. De la misma manera que es absurdo que un contrato de obras tenga un procedimiento legal más rígido por el hecho de que lo adjudique una Administración Pública o una sociedad pública, resulta manifiestamente arbitrario que sea menos eficiente un contrato por el hecho de la forma del sujeto público que lo otorga.

Pensemos en el espinoso tema del difícil equilibrio entre eficiencia en la contratación y garantías jurídicas. Podemos, a nuestros efectos, denominarlo punto de equilibrio ideal (E). Pues bien, va de suyo que el punto E deberá ser el mismo respecto de cada tipo de contrato público ¿Qué sentido tendría que el reparto de riesgos en el contrato de obras fuera diferente en función de qué tipo de ente suscribe el contrato público? Dígase lo mismo de las garantías o del régimen de recursos. Un contrato de obras públicas o un contrato de servicios con fines públicos deben tener la regulación más idónea posible, que debe ser única por la sencilla razón de que si un mismo hecho jurídico se regla por un mismo ordenamiento de dos formas diferentes, habrá que conceder que el legislador no ha acertado en uno de ellos ¿Por qué nuestra LCSP 2017 sigue manteniendo esa diferenciación?

Sería injusto no notar que la ley vigente ha hecho grandes progresos en la unificación de regímenes jurídicos tanto en el orden sustantivo de las normas aplicables al contrato como desde la perspectiva de las garantías.

En cuanto al régimen sustantivo la preparación y adjudicación, modificación, cesión, subcontratación y las reglas ambientales y cláusulas de carácter social, racionalización técnica de la contratación y condiciones de pago se aplican a todos los poderes adjudicadores con independencia de su carácter de Administración Pública o ente privado.

Respecto del régimen de recursos también supone un avance en la unificación. El ámbito objetivo del recurso especial se amplía a la modificación del contrato y a los requisitos para que un contrato se considere «in house» y por tanto excluido del procedimiento público de adjudicación. Dígase lo mismo del régimen jurisdiccional en el que la ley certeramente vuelve al régimen tradicional de los actos separables, de modo que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las controversias que versen sobre la preparación y adjudicación de todo tipo de contratos, sean públicos o privados. También se unifica en la jurisprudencia contencioso-administrativa el régimen de los modificados contractuales, respecto al cumplimiento de los requisitos de los arts. 205 y 206.

Pero subsisten diferencias ilógicas en el régimen jurídico de los efectos y extinción de los contratos según se trata de ente público o ente privado de titularidad pública que tienen, sin embargo, una explicación sobre lo que conviene detenerse.

Desde que Fritz Fleiner acuñara la expresión «huida del derecho administrativo», la literatura jurídico-administrativa ha tratado abundantemente este asunto, en los últimos años en un tono mayoritariamente crítico. Conviene insistir en el hecho de que tal huida tuvo su justificación ideológica en la eficiencia al considerar que la Administración ordinaria oponía muchas trabas burocráticas de procedimiento y presupuestarias a la agilidad en el gasto

público. Esa justificación no exenta de razón, sirvió de excusa, sin embargo, para fines estrictamente políticos relacionados con el clientelismo cuando no con el mismo cohecho.

La elusión de las normas sobre funcionarios y sobre control del gasto se convirtieron en el verdadero «leit motiv» de la creación de un exuberante poder público que por voluntad del político de turno se incrementaba como los panes y los peces evangélicos.

Basta observar la reforma de la ley de Régimen Local llevado a cabo en el año 2003 en la que se ampliaba extraordinariamente la posibilidad de creación de todo tipo de personificaciones instrumentales, posibilidad que sólo se ha limitado en la reforma local del año 2014.

Toda esta experiencia debe cambiar desde luego a un serio replanteamiento de la planta del sector público Pero eso no significa que deba darse por buena la regulación pública de los contratos realizados por las Administraciones Públicas.

Es un hecho difícilmente contestable que la rigidez de las normas presupuestarias y un exceso de reglamentación procedimental hacen muy difícil la gestión de los asuntos públicos. En muchos casos la desviación entre los gastos presupuestados y los gastos ejecutados es muy significativa y a estos efectos la incapacidad de la Administración para gestionar correctamente el presupuesto a través de contratos revela graves fallos en la técnica normativa.

No se trata, pues, de entronizar una legislación uniforme de contratos rígida y con graves defectos burocráticos. Se trata de aspirar a una legislación uniforme de contratos que sea capaz de alcanzar un punto de equilibrio adecuado entre eficiencia en el gasto y las garantías. Reducir costes burocráticos no significa disminución de garantías. Significa establecer las garantías adecuadas y repensar las existentes ¿Tiene lógica, por ejemplo, que existan nada menos que tres organismos en la nueva ley para asegurar la transparencia en la contratación sin contar a los organismo transversales como la CNMC, respecto a las restricciones a la competencia que se produce en la contratación pública, el Tribunal de Cuentas y sus pares autonómicos respecto de la financiación del gasto (nótese que una parte significativa de la fiscalización contable se dedica a la contratación pública), más los organismos independientes de transparencia?

A mi juicio, carece de lógica institucional que se haya creado dos organismos para fiscalizar la actividad contractual de la Administración. Con las exigencias de publicidad activa de las administraciones públicas impuestas por la nueva ley y la actividad ordinaria de los Tribunales contenciosos, Comisiones de transparencia y de la CNMC es más que suficiente para tener un control razonable de la gestión contractual. Se ha impuesto, sin embargo, una lógica política de brillo aparente, multiplicando los organismos públicos sin respetar

el cometido de los ya existentes ni analizar en profundidad sus posibles fallos para enmendarlos.

El resultado es un incremento notable de la burocracia y de la información que deben rendir los órganos de contratación, lo que supone distraer medios y esfuerzos a lo que debería ser su tarea prioritaria, una gestión eficaz de la contratación cumpliendo las premisas de gasto presupuestario. Desde esta perspectiva la LCSP 2017 aunque ha hecho meritorios esfuerzos en la equiparación de regímenes jurídicos sigue constituyendo un batiburrillo heterogéneo.

## **II. UNA RIGIDEZ EXCESIVA NO DEMANDADA POR LAS DIRECTIVAS EUROPEAS**

Hemos abogado por la unificación del régimen jurídico de los contratos públicos. Defenderemos ahora la necesidad de flexibilizarlo huyendo de rigideces excesivas que impiden muchas veces la eficaz gestión de la contratación pública.

El fin prioritario de la legislación de contratos públicos no es, como en ocasiones parece indicarse, la libre concurrencia. El fin esencial es la satisfacción de los intereses públicos que persiguen la Administración a través del contrato. La correcta ejecución de la obra, el desarrollo de los servicios públicos, el recurso al suministro de bienes y servicios privados para el mejor cumplimiento de la actividad es el fin que debe perseguir una buena legislación de contrato. La libre concurrencia es un medio, no el exclusivo, de lograr esos fines. Pero la eficiencia de la legislación de un contrato se mide por la capacidad de la Administración de gestionar adecuadamente su presupuesto. Si la legislación como consecuencia de prácticas anticompetitivas o delictivas indeseables hace muy difícil o imposible la gestión contractual la legislación no puede considerarse idónea por muy defensora que sea de la libre competencia. No es impertinente notar que las mismas directivas europeas de contratación invocan la flexibilización de las normas de contratación como un objetivo deseable.

Desde luego la nueva LCSP 2017 establece normas mucho más rígidas que las que derivan de las Directivas europeas, primando la perspectiva del control sobre la perspectiva de la gestión. La idea sobre la que descansa esta opción es que a menor discrecionalidad de los órganos de contratación y mayor control mejorarán la libre competencia y con ella la contratación. Como idea, en abstracto, es susceptible de una valoración positiva. Sin embargo en la práctica lleva a unos extremos la rigidez y la desconfianza hacia el gestor público que hace muy complicada la gestión correcta de la contratación.

Por ejemplo, en los criterios de selección del contrato la ley es muy rígida, limita al cuarenta y cinco por ciento la ponderación de los criterios cualitativos

dando preponderancia a los criterios puramente cuantitativos. Lo cual resulta muy discutible en determinados tipos de contratos de servicios donde las cualidades profesionales pueden marcar una diferencia sensible en la prestación.

En el fondo la mentalidad burocrática de control parece querer embridar la discrecionalidad de los órganos de selección para evitar prácticas corruptas. Pero esto es querer poner puertas al campo. Lo cierto es que existen otros muchos tipos de reglas en las directivas que permiten prácticas corruptas, sin que nadie se haya planteado su derogación. Por ejemplo la exigencia de determinadas cifras de negocio para poder licitar puede excluir —indebidamente utilizadas— a licitadores cualificados y, sin embargo, es una regla razonable en otras circunstancias <sup>(1)</sup>.

Tratar de establecer una regulación sólo con la mira puesta en el control puede conducir a resultados mucho peores a los males que se trata de prevenir. Por ejemplo a que la Administración tenga que contratar con una consultora mucho menos idónea para la prestación del servicio por el simple hecho de haber ofertado más bajo económicamente. El resultado es una merma para la Administración.

Un ejemplo significativo de los inconvenientes de esa mentalidad burocrática es el de los servicios jurídicos. Excluidos de la Directiva europea, precisamente por la especial confianza que este tipo de prestaciones requieren, sin embargo la ley española no sólo las incluye en el ámbito de la ley sino que les da el mismo tratamiento que a otros tipos de servicios profesionales. El resultado es que muchas Administraciones Públicas que no cuentan con sus propios servicios jurídicos se ven obligadas a adjudicar el contrato al proveedor más barato, que no necesariamente es el idóneo para la defensa de los intereses de la Administración. La misma ley por desconfianza en el gestor puede provocar que la Administración no pueda contar con su abogado de confianza. Lo que no ocurre en ninguno de los grandes países de la Unión Europea que se ha apresurado a excluir este tipo de contratos de las normas de contratación. Cito específicamente por su importancia a Alemania y Francia.

En parecidos términos cabe criticar la regulación del contrato menor. En principio el Derecho siempre ha establecido un menor control sobre los asuntos pequeños o de menor importancia. Ya en el Derecho Romano la máxima «de minimis non curat praetor» expresa esa idea, que tiene otras traducciones, por ejemplo, en el Derecho de la Competencia y la llamada regla «de minimis».

---

(1) En corrección de pruebas de este trabajo aparece la STJUE Monte, de 20 de septiembre de 2018 (C-546/16) que declara conforme con el Derecho de la Unión unos pliegos públicos de una fundación vasca que permitía excluir aquellas ofertas que no obtuvieran un número de puntos en la evaluación técnica. Sentencia lógica pero que refuerza la discrecionalidad administrativa que en vano la LCSP pretende reducir.

La misma lógica tiene el contrato menor, pues el coste burocrático de la licitación no compensa cuando se trata de cantidades no significativas, que el legislador establece actualmente en 15.000 euros para los contratos de suministros y servicios o 40.000 euros en los contratos de obra, límite por debajo del cual no es necesaria la licitación.

Sin embargo en el afán de evitar el fraude, el art. 118 LCSP prohíbe que se adjudique a un mismo contratista más de un contrato por importe superior a las cifras antes mencionadas, cifras que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que va referida a un año, al caer en la cuenta de que, una interpretación literal del precepto podría dificultar extraordinariamente la gestión de los pequeños servicios y suministros.

Ahora bien si en el propio expediente debe quedar justificado que no se altera el objeto del contrato por eludir el procedimiento debido de contratación, ¿qué sentido tiene la limitación temporal? Nuevamente el punto de vista del control burocrático, o digámoslo abiertamente, de la Intervención, se impone sobre la gestión eficaz, como si la causa de todos los males de la contratación residieran en la falta de controles y no en la incapacidad de una gestión presupuestaria eficaz. No comparto la idea de que los comportamientos fraudulentos o delictivos se han producido por la laxitud de la legislación de contrato o la ausencia de controles. Creo, por el contrario, que se han producido por otras circunstancias sociológicas. La legislación de contratos no es la causa de la corrupción de los años pasados en materia contractual ni creo que la haya facilitado si se compara nuestra normativa con la de los países más próximos y la de los organismos internacionales. En consecuencia es un craso error rigidificar la legislación contractual porque ni se combaten con ello las causas de la corrupción ni se mejora la eficiencia de la Administración. Antes al contrario se hace extraordinariamente difícil la gestión administrativa como afirman en privado la mayoría de gestores públicos.

Del mismo modo considero un error haber establecido normas más restrictivas que las de las directivas de contratación para las modificaciones contractuales(art.204) Es explicable el recelo del legislador respecto de los modificados de los contratos, pero muy poca acertada la elevación de los márgenes cuantitativos que permiten las Directivas, No ha tenido en cuenta el legislador que las exigencias de carácter material y procedimental de las normas europea, incluidas la previsiones de publicidad, más el hecho de que la ley misma prevea la posibilidad de interponer recurso especial a los posibles interesados en una nueva licitación son mecanismos suficientes para garantizar la libre concurrencia y evitar la defraudación en las normas que rigen el contrato.

### III. LA NECESIDAD DE REFORZAR LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL CONTRATO PÚBLICO

El enunciado de este epígrafe puede parecer sorprendente o provocativo. Pero no lo es en absoluto si se nota que la legislación contractual española tiene muy poco de contractual y mucho de regulación administrativa. Por supuesto que todos los aspectos relativos a la preparación y adjudicación del contrato no son otra cosa que procedimiento administrativo. Damos por descontado también que el carácter público del contrato introduce modulaciones o prerrogativas justificadas por los fines públicos. Sentado lo anterior, está lejos de justificarse, sin embargo, algunas de las prerrogativas de la Administración, la forma en que se resuelven las controversias jurídicas durante la vida del contrato y también la excesiva obsesión de la ley por el detalle reglamentario.

Si empezamos por el análisis de este último aspecto, debe notarse que el margen que la normativa básica da a las Comunidades Autónomas no es muy grande, lo que resulta sorprendente, pues al fin y al cabo la contratación es uno de las claves de la gestión presupuestaria y afecta al principio de auto organización de la Administración.

Ese exceso de reglamentación va en detrimento también del margen de actuación de los pliegos de cláusulas tanto generales como particulares de la Administración limitando la discrecionalidad del gestor público a la hora de establecer el contenido contractual.

Por otra parte habría que repensar algunos de las prerrogativas de la Administración, que no tienen excesivo sentido desde el punto de vista de la lógica del contrato. Es cierto que hay potestades plenamente razonables como es el poder de modificación por razones de interés público o la imposición unilateral del contratista de determinadas obligaciones porque afectan al servicio o a la obra públicos. Pero existen otras prerrogativas que difícilmente superan un examen crítico. Por ejemplo, la fijación unilateral de las indemnizaciones a favor o en contra de la Administración, o la potestad de ejecución forzosa de las indemnizaciones unilateralmente decididas por la Administración, que no son potestades instrumentales para el mejor fin del contrato puesto que en sí mismas no afectan a la ejecución del mismo, mucho menos si ha sido resuelto unilateralmente por la Administración. Son simplemente fruto de la inercia histórica, en la que se traslada automáticamente al ámbito del contrato toda la dogmática del acto administrativo, hasta el punto de que no faltan autores que sostienen, no sin razón (BOQUERA, LÓPEZ-MUÑIZ, REBOLLO PUIG), que en realidad no hay un contrato como tal sino una sucesión de actos administrativos unilaterales de la Administración que rige no solo la preparación y adjudicación, sino toda la vida del contrato, incluyendo la interpretación y extinción. Tal concepción normativa que contrasta con los matices de la legislación francesa, en la que los poderes de la Administración son más limitados, no es posiblemente

la más idónea para garantizar el equilibrio de las partes en el contrato y merecería ser repensada. En particular el sistema de resolución de conflictos fiado exclusivamente a la potestad unilateral de la Administración no siempre es idóneo para canalizar las controversias durante la vida del contrato. En este sentido habría mucho que aprender de algunas experiencias de Derecho comparado en las que predominan mecanismos voluntarios de mediación y arreglo de diferencias que pueden ser mucho más útiles en ocasiones para llegar a acuerdos que eviten el conflicto o lo resuelvan sin necesidad de llegar a los tribunales. Ciertamente en la práctica, de manera informal, las partes del contrato público suelen negociar sus diferencias antes de que la Administración ejercite su potestad unilateral, pero la falta de mecanismos institucionalizados en la ley que coadyuven a la solución de los conflictos es una rémora que la ley vigente arrastra consigo.