

TODO

■ **EL CONSULTOR**
DE LOS AYUNTAMIENTOS

Todo Administración Local: Contratación pública

*Milagros Arcocha
Giménez*

Todo Administración Local: Contratación pública

Milagros Arcocha Giménez

© Milagros Arcocha Giménez, 2021
© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Wolters Kluwer
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Septiembre 2021

Depósito Legal: M-24385-2021
ISBN versión impresa: 978-84-7052-858-3
ISBN versión electrónica: 978-84-7052-859-0

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España Legal & Regulatory España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS Y PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. ESPECIALIDADES EN EL ÁMBITO LOCAL. LA LEY DE CONTRATOS DE LOS SECTORES ESPECIALES

1 PRINCIPIOS RECTORES DE LA LCSP/2017

1. Consideraciones previas

Durante los últimos veinte años el Derecho de la Contratación Pública se ha situado a la vanguardia del derecho administrativo. La sustitución del concepto administración pública por sector público multiplica exponencialmente el ámbito subjetivo de estas normas.

Si bien el derecho de la contratación no ha tenido desarrollos reglamentarios excesivos, recordemos que solo hoy se encuentra en vigor dos de ellos y con parte de su articulado derogado y respondiendo a desarrollos normativos de leyes también derogadas en la actualidad, se ha forjado una cauce de interpretación y pormenorización de sus normas a través tanto de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en cuanto al tratamiento de los grandes principios normativos de esta especialidad, como a una incansable interpretación de la norma y sobre todo de su aplicación a través de las Resolución de los Tribunales Especiales en materia de Contratación.

A lo largo de este libro el lector podrá comprobar como la jurisprudencia citada es ante todo europea y como se utiliza, quizá hasta la saciedad, las resoluciones de los Tribunales Especiales para adentrarnos en el conocimiento de la normativa contractual no solo desde un punto de vista teórico sino también y creo que sobre todo práctico.

Si hay una disciplina cambiante esta es sin duda la propia de la contratación pública. Como decía un Magistrado del Tribunal Supremo en una charla infor-

mal, nunca he llegado a sentenciar un caso basado en una ley de contratos en vigor. De esta forma, la actual LCSP/2017, ha sufrido en menos de dos años varias modificaciones, que, aunque puntuales en cuanto que afectan a un par de artículos, su transcendencia practica es importantísima, seguro que todos han reparado en que afecta a la contratación menor.

Por lo tanto, esta colección no estaría completa sino la tratásemos como un texto abierto a todas las modificaciones legislativas que acontezcan, a la realidad social que nos espera a partir de este año 2020, que seguro marcará un hito en nuestras vidas, relaciones, trabajos, políticas y economía; a la continua interpretación practica de la contratación y en consecuencia cada año se verá alimentada de las modificaciones significativas y de interés para el lector.

El libro se ha dividido en catorce capítulos que siguen la sistemática de la norma, a excepción del Capítulo XIV que se refiere a la acción revisora de los actos administrativos en la contratación pública y especialmente al recurso especial en materia de contratación.

El lector encontrará continuas referencias a otros epígrafes del mismo libro o de libro distintos ya que el derecho administrativo no es un departamento estanco y debe estar en interconexión con el resto de las normas.

Esta colección se desarrolla dentro del ámbito local, no obstante, en materia de contratación pública las disposiciones de la LCSP/2017 tienen casi todos de carácter básico por lo que el desarrollo legislativo autonómico es muy reducido, salvo el régimen especial del que goza Navarra, por imperativo constitucional. Pese a ello se ha intentado siempre tener presente la realidad local en el tratamiento de cada uno de los capítulos.

Es necesario destacar las normas autonómicas que desarrollan la LCSP/2017 y que son:

- Ley 3/2011 de 24 de febrero de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón.
- Ley 12/2018, de 26 de diciembre de contratación pública socialmente responsable de Extremadura.
- Ley Foral 2/2018, de 13 de abril de contratos públicos, que desarrolla las Directiva Europea en los territorios históricos navarros en virtud de la legitimación que atribuye la Constitución Española a dicha Comunidad Foral en materia de contratación pública.

Se ha de destacar que la LCSP/2017, al igual que sus predecesoras, se dicta al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución Española, precepto que reserva para el Estado las competencias en materia de contratación pública.

No obstante, el hecho diferenciador autonómico del que gozamos en nuestro país conlleva la posibilidad de desarrollo normativo por parte de las distintas comunidades de esta norma, principio al que hay que añadir el poder de auto-organización de cualquier administración.

Fruto de estos desdenes, el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón promovió un recurso de inconstitucionalidad sobre determinados artículos y preceptos de la LCSP/2017 apenas fue publicada.

El Pleno del Tribunal Constitucional y por unanimidad de sus miembros dictó la Sentencia de fecha 18 de marzo de 2021, rec. 4261/2018 (LA LEY 8481/2021) sobre el recurso interpuesto por el Gobierno de Aragón, estimándolo parcialmente.



DE UN VISTAZO

Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de marzo de 2021 (LA LEY 8481/2021) que declara en relación con la LCSP/2017 algunos de sus preceptos como:

– Inconstitucionales:

- La exclusión de la eficacia extraterritorial de las decisiones sobre clasificación adoptadas por los órganos competentes autonómico.
- La obligación impuesta a los entes locales de publicar sus perfiles en una única y concreta plataforma de contratación.
- La previsión de la LCSP relativa a la determinación del órgano competente, en ausencia de legislación autonómica, para resolver el recurso especial en materia de contratación en el ámbito de los entes locales.

– No conformes al orden constitucional:

- Competencia del órgano competente para declarar la prohibición de contratar.
- El contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares.
- La definición de prescripción o especificación técnica.
- La decisión de no publicar determinados datos sobre la celebración del contrato.
- Las subfases en el concurso de proyectos.

- La habilitación normativa en materia de uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos en cuanto a la regulación de concretos plazos.

La sentencia, larga y muy detallada, analiza de forma sistemática la doctrina sobre el concepto de legislación básica en materia de contratación y el concepto de potestad autonómica de autoorganización, como límite de la actuación normativa del Estado.

De la aplicación de esta doctrina la sentencia distingue entre aquellos preceptos que se declaran inconstitucionales de aquellos que declara fuera del orden constitucional.

La sentencia delimita la articulación de las competencias del Estado en materia de contratación pública pero también en materia de procedimiento administrativo común al confluir en la LCSP/2017 preceptos exclusivos de materia contractual con otros de naturaleza procedimental que tiene como finalidad garantizar los primeros. (Sanción de la falta de publicación del anuncio de licitación; objeto, medidas cautelares y acceso al expediente de contratación en la fase del recurso especial).

Por el contrario, delimita la competencia estatal en la regulación en aquellas cuestiones de naturaleza procedimental que no son más que accesorias o complementarias al procedimiento, como por ejemplo la determinación de concretos plazos.

Por último, se declara inconstitucional la previsión de la LCSP relativa a la determinación del órgano competente, en ausencia de legislación autonómica, para resolver el recurso especial en materia de contratación en el ámbito de los entes locales. El Tribunal entiende que se ha vulnerado tanto la configuración constitucional de la supletoriedad (art. 149.3 CE), como el orden constitucional de competencias en materia de contratación administrativa.



AL DETALLE

Fallo de la Sentencia (LA LEY 8481/2021):

«1º Declarar inconstitucionales y nulos, los siguientes preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: el párrafo segundo del art. 46.4; el inciso "que serán eficaces, únicamente, a efectos de contratar con la Comunidad Autónoma que las haya adoptado, con las Entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los entes, orga-

nismos y entidades del sector público dependientes de una y otras" del art. 80.2 y el inciso "de forma exclusiva y excluyente" del párrafo 5 del art. 347.3. La parte subsistente de ambos preceptos ha de interpretarse conforme a lo expresado, respectivamente, en el fundamento jurídico 6 G) f) y en el fundamento jurídico 8 D).

2º Declarar que no son conformes con el orden constitucional de competencias los incisos "de diez días", "de dos días hábiles" y "cinco días hábiles" del art. 52.3 [fundamento jurídico 6.E) c)] y el inciso «con una antelación mínima de cinco días» del art. 242.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público [fundamento jurídico 7 C) e)].

3º Declarar que son conformes con el orden constitucional de competencias, siempre que se interpreten en los términos establecidos en el fundamento jurídico que se indica en cada caso, los siguientes preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: art. 41.3 [fundamento jurídico 9.B)]); art. 58.2 [fundamento jurídico 6.E) d)]; art. 82.2 [fundamento jurídico 6.G) g)]; art. 177.3 a) [fundamento jurídico 7.B) h)]; art. 187.11 [fundamento jurídico 7.B) i)]; la disposición adicional trigésimo octava [fundamento jurídico 8.E)]; y el párrafo primero del apartado 3 de la disposición final primera [fundamento jurídico 10].

4º Declarar que no son conformes con el orden constitucional de competencias, con las salvedades y en los términos del fundamento jurídico que se indican en cada caso, los siguientes preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: art. 72.4 [fundamento jurídico 6.G) c)]; el párrafo primero del art. 122.2, salvo los incisos relativos a la necesidad de incluir «los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato» y «En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos» [fundamento jurídico 7.A) d)]; art. 125.1 [fundamento jurídico 7.A) e)]; el párrafo segundo y tercero del art. 154.7 [fundamento jurídico 7.B) e)]; los párrafos primero, segundo, tercero, quinto y sexto del art. 185.3 [fundamento jurídico 7.B) i)]; art. 212.8 [fundamento jurídico 7.C) c)]; y el apartado 2 de la disposición final sexta [fundamento jurídico 8.F)].

5º Desestimar el recurso en todo lo demás».



LE INTERESA CONSULTAR

SARDINA CÁMARA, Pablo: «Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad parcial de la Ley de Contratos del Sector Público». *El Consultor Contratación Administrativa*, 29 de marzo de 2021, Wolters Kluwer (LA LEY 3996/2021).

Estudio del OIRESCON: Análisis de la Sentencia 68/2021, de 18 de marzo, del Tribunal Constitucional (LA LEY 585/2021).

2. Régimen jurídico

Las Directivas Europeas suponen una legislación en dos etapas, por cuanto son directamente aplicables en determinados casos y además fuerzan a los estados miembros a su transposición

En materia de contratación pública podemos referirnos a un gran número de Directivas, ya que son el acto (o norma) más abundante e importante en la regulación del Derecho de la contratación pública de la Unión Europea.

El ordenamiento jurídico europeo sobre contratación pública está integrado, como ya se ha indicado, tanto por normas de Derecho originario y derivado como además por la decisiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que las ha interpretado y cuya doctrina se ha ido incorporando a las sucesivas generaciones de Directivas formando parte así del correspondiente acervo comunitario.

La primeras Directivas en materia de contratos públicos fueron la 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971 y 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministro, respectivamente. El objetivo de estas normas era homogeneizar mínimamente en los Estados miembros los procedimientos nacionales de formalización de los contratos públicos.

En los años 90 aparecen tras las oportunas reformas de las Directivas anteriores la segunda generación de Directivas, de forma que vieron la luz la Directiva 90/531, sobre los contratos en el ámbito de los sectores del agua, de la energía, de los transportes y las telecomunicaciones, y la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios. Se aprobaron también las conocidas como Directivas de recursos, 89/665 y 92/13, que pretendieron garantizar la existencia a nivel nacional de vías rápidas y eficaces de resolución de recursos en materia de contratación. Esta última Directiva se encuentra aún en vigor.



Con la aprobación de la cuarta generación de Directivas Europeas sobre contratación pública (2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE) y su transposición a nuestro derecho a través de la Ley 9/2017, de 9 de noviembre y del Título I del RD 5/2020, 3 de enero, se ha pretendido modernizar la contratación pública y dotarla de los medios adecuados para que actúe como revulsivo para las economías nacionales a través del apoyo a las pequeñas y medianas empresas, reduzca la burocratización y digitalice los procedimientos para su simplificación, integración de datos y transparencia de las actuaciones.

No obstante, la contratación pública en España sigue siendo una materia compleja que, a menudo, no consigue dar una respuesta válida a las necesidades de las distintas entidades públicas intervinientes ni tampoco a los licitadores que precisan de conocimientos muy especializados.

Esta dificultad se manifiesta de modo especial en el mundo local, donde pese a los pequeños importes de sus compras y a la falta de personal especializado se ven abocados a la utilización de una normativa pensada para grandes compras europeas y que desconoce las especialidades locales.

Esta obra pretende abordar todos los aspectos de la contratación pública no solo desde un punto de vista teórico o de exposición de la normativa, sino también desde el punto de vista práctico de la interpretación de la norma que se efectúa desde los Tribunales de Justicia o desde órganos doctrinales como las Juntas Consultivas de Contratación La Unión Europea y Tribunales Administrativos de Contratación Pública.

