

PROPUESTAS BÁSICAS PARA LA MEJORA DEL TEXTO EN TRAMITACIÓN PARA MEJORAR EN INTEGRIDAD Y EFICIENCIA SOCIAL. ¿ES CONVENIENTE QUE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO ENTRE EN VIGOR EN 2017?.

La tramitación por procedimiento de urgencia del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (nº 121/000002, BOCG 2/12/2016), va algo más lenta de lo inicialmente programado: el plazo para la presentación de enmiendas a la totalidad concluyó el día 9 de febrero, con la presentación de una por parte del grupo parlamentario de Unidos Podemos; el 14 de este mes finalizaba la tercera ampliación del plazo para la presentación de enmiendas parciales. Si la enmienda a la totalidad no prospera bajo la presión de una denuncia de la Comisión Europea por no haber traspuesto en plazo las Directivas Comunitarias, la aprobación del nuevo texto podría producirse para el verano. Con la *vacatio legis* de cuatro meses prevista en el proyecto (DF 7ª), la Ley entraría en vigor en septiembre u octubre de este año.

La aplicación de una Ley extensa, compleja y con abundantes novedades, exigirá un esfuerzo de adaptación de procedimientos y pliegos a los operadores jurídicos, en verano. La falta de una adecuada planificación y de aprobación de los presupuestos anuales en el plazo legal, hace que muchos poderes adjudicadores, especialmente en el ámbito local, ejecuten en el último cuatrimestre del año buena parte de las inversiones previstas para el ejercicio. En el caso de las Entidades Locales, la situación se complica además si la LPGE para 2017, aun sin aprobar, permite de nuevo acometer 'inversiones sostenibles' con cargo al remanente de tesorería. Será necesario realizar un esfuerzo en planificación y anticipación en la gestión de la contratación en este año y, aun así, no será fácil que todos los expedientes de contratación estén aprobados antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos, o disponer de pliegos adaptadas a la misma para poder continuar con la actividad contractual sin interrupción en los últimos meses del año. Por ello quizá **lo más prudente sería demorar la entrada en vigor del nuevo texto hasta el 1 de enero de 2018**. De no ser así, puede que una nada desdeñable cantidad de dinero público no se invierta y se destine a amortizar créditos bancarios, algo que no parece lo más deseable para una economía que parece iniciar la senda de la recuperación.

En cuanto al contenido de la Ley, coincido con quienes han planteado que el proyecto en tramitación no es la norma que necesitamos para cumplir los dos objetivos esenciales del nuevo marco jurídico por el que se gestiona el 20% del PIB del país: integridad y eficiencia social. **La norma debería afinar medidas eficaces para prevenir la corrupción¹ e imponer con claridad a todos los operadores jurídicos la obligación de utilizar de manera estratégica los contratos para implementar con ellos las políticas de la UE en materia social, medioambiental, de incentivación de la innovación empresarial y de fomento de la contratación con pymes.**

Desde estas páginas ya expuse que esta crítica ha sido realizada de manera bien explícita

¹ Recopilo toda esa doctrina y relaciono y justifico hasta cuarenta medidas, en el libro «*Contratación Pública y Transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*», MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, Edit. El Consultor-Wolters Kluwer, Madrid 2016.

por el Consejo Económico y Social del Estado en su informe al anteproyecto de Ley, crítica reiterada por cuantos órganos e instituciones se han pronunciado sobre el texto, incluidas las comunitarias². El citado informe del CES al ALCSP, de 25 de junio de 2015, considera que la reforma de la contratación pública *"no aborda el grave problema de la corrupción con la suficiente ambición y profundidad"*, y critica el *"desacertado tratamiento dado en el anteproyecto a la manera de garantizar el adecuado cumplimiento de las normas sociales, laborales y medioambientales"*. El informe del Consejo de Estado al ALCSP, nº 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, reprocha la complejidad de la Ley, *"una estructura artificiosa y compleja cuyo manejo y comprensión resulta ardua para el avezado en las materias de contratación pública y extraordinariamente difícil para quien no lo está, en detrimento incluso, en ocasiones, de la seguridad jurídica"*. También han sido críticos con el anteproyecto la Junta Consultiva de Contratación de Aragón (informe 8/2015, de 20 de mayo); el Consejo General del Poder Judicial (informe de 11 de junio de 2015); la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (informe de 16 de julio de 2015); o la «Recomendación de Decisión del Consejo por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo {SWD(2016) 263 final}», donde la UE, conociendo ya el APLCSP, reclama a España una reforma cualitativa de su normativa sobre contratación pública, que refuerce la transparencia en los procedimientos y acabe con las adjudicaciones directas (demandas solo en parte atendidas por la Resolución de 19 de diciembre de 2016³).

El proyecto de Ley no ha rectificado esas disfunciones generales del anteproyecto, limitándose a realizar correcciones puntuales para atender algunas de las consideraciones particularizadas del Consejo de Estado u otros informes sectoriales; y también ha cedido a presiones de los lobbies con fuertes intereses en la contratación pública (por ejemplo, en los arts. 265.4, 317 y 319). El proyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público es un texto excesivamente extenso y complejo, con casi 400 preceptos entre su articulado y disposiciones adicionales, transitorias y finales; en palabras del profesor GIMENO, un texto *"muy alejado de las expectativas y necesidades en esta materia en lo relativo a la prevención de la corrupción y mejora de la eficiencia"*⁴.

La enmienda a la totalidad presentada por Unidos Podemos parte de esa crítica e incide en la necesidad de que un enfoque más socialmente responsable de la contratación pública se refleje con claridad en la Ley. Algunos autores hemos abogado por esta solución como la más coherente ante un texto que no facilita los objetivos básicos de prevenir la corrupción y emplear de manera estratégica la

² Entrada en el ObCP el 05/09/2016, José Manuel Martínez Fernández: *"¿Reclama la UE a España una modificación sustancial del ALCSP? El Consejo de la Unión Europea exige a España que garantice una mayor transparencia en la contratación pública dentro de las medidas para la reducción del déficit público."* <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.250/reلمenu.3/chk.3ce7618659d373afaa787558227bebaf>.

³ Análisis de estos informes en el artículo *"Una primera aproximación crítica al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público"*, José Manuel Martínez Fernández, *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, nº 1 de 15 de enero de 2017, págs. 36 a 48.

⁴ José María GIMENO FELIU, en el artículo *"Transparencia y prevención de la corrupción en los procedimientos de contratación pública. ¿Avanza el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público?"*, en la *Revista de Estudios locales*, nº 145, diciembre 2016, pág. 16.

contratación para contribuir a alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020⁵. Debería replantearse el texto en su integridad, consensuando un texto más sencillo y breve (el de la CCAA de Navarra, también en tramitación, tiene la mitad de preceptos), con un simultáneo desarrollo reglamentario y pliegos tipo. No parece además adecuado, ante la fragmentación parlamentaria de esta legislatura, aprobar un texto tan reglamentario, en lugar de una Ley programática con principios precisos y claros, que permitan su desarrollo al Gobierno y su corrección a la vista de las necesidades que se vayan detectando durante su aplicación. Parece que el Ejecutivo ha olvidado la conocida cita del Conde Romanones “*Ustedes hagan la Ley, que ya haré yo los Reglamentos*”. Y mientras se elabora un nuevo texto con esos parámetros, para eludir la sanción por falta de transposición en plazo, se puede dictar un breve Decreto de remisión a las Directivas con unas normas mínimas precisas, partiendo, por ejemplo, de las disposiciones autonómicas que se han anticipado a esta transposición: el Acuerdo 147/2015, de 23 de diciembre, de la Junta de Castilla y León; el Decreto-ley de la Generalitat de Catalunya, 3/2016, de 31 de mayo; y el citado Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre.

Si lamentablemente no se opta por esta opción, el texto en tramitación necesita una cirugía profunda vía enmiendas parciales, para lo que también cuentan Sus Señorías con propuestas de la doctrina científica y de los aplicadores directos de la Ley⁶. Apuntamos a continuación algunas correcciones al PLCSP que nos parecen imprescindibles para que la nueva Ley de Contratos ofrezca normas más precisas en pos de la integridad y eficiencia social:

- Imponer la obligación general de adoptar en todos los contratos medidas de fomento de la innovación empresarial; facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas; e incorporar condiciones sociales y medioambientales. Algo que se predica en la exposición de motivos (apartado V, párrafo tercero) y parcialmente en el art. 28.2, pero que debería presidir el texto como párrafo 2 de su artículo 1. Precisar que no podrán contratarse de bienes, obras o servicios que no cumplan toda la normativa medioambiental y social de la UE en su elaboración o ejecución (convenios del anexo V del PLCSP); y que se tengan en cuentas los derechos sociolaborales al calcular el valor estimado de los contratos (convenio de la OIT de 1949).
- Establecer la obligatoriedad de que la fase pública de ‘colgar’ las ofertas en los procedimientos de contratación electrónica se haga exclusivamente en la Plataforma de Contratos del Sector Público (art. 340), con independencia del

⁵ Francisco LÓPEZ BLANCO “Enmienda a la totalidad y devolución del proyecto de ley de contratos del sector público”, publicado en el ObCP el 20 de enero de 2017, donde afirma “Este proyecto de ley no permite obras de reforma, ni de gran reforma. No cabe más que la demolición.”

http://obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.278/chk.1cb75a5650a057cee6aea61938bc5ff9?utm_source=Registrados+Newsletters&utm_campaign=94dcb35679

⁶ “Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público...” , documento elaborado por los siguientes miembros del Observatorio de Contratación Pública: José María Gimeno Feliú y José Antonio Moreno Molina (Directores); Carmen de Guerrero Manso; Rafael Fernández Acevedo; Isabel Gallego Córcoles; Ximena Lazo Vitoria; Teresa Moreo Marroig; Teresa Medina Arnáiz y Patricia Valcárcel Fernández. Publicado el 30 de enero de 2017 en el blog del Observatorio de la Contratación Pública

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.282/reلمenu.3/chk.7616e54145ba897955b6eb508987575a>

“Proyecto de nueva Ley de contratos: aspectos a rectificar” Julio González García <http://www.globalpoliticsandlaw.net/proyecto-de-nueva-ley-de-contratos-aspectos-rectificar/>

“Una primera aproximación crítica al PLCSP”, José Manuel Martínez Fernández, El Consultor, cit.

gestor de expedientes de contratación que cada poder adjudicador utilice. Ello facilitará la concurrencia de licitadores, especialmente de las pymes, pues, como han denunciado Instituciones comunitarias, el actual sistema de dispersión de programas informáticos contraviene el principio de transparencia⁷.

- Aplicar el mismo régimen a los contratos de todo el sector público, sean no Administraciones públicas (medida establecida en Castilla y León por el acuerdo 147/2015 y por el Estado en la supresión del negociado sin publicidad por razón de la cuantía) y estén sometidos o no a regulación armonizada por razón de su cuantía (sin perjuicio de la publicación o no en el DOUE).
- Extender el recurso especial a todos los contratos y a la fase de ejecución; universalizar la legitimación con una ‘acción pública’ (art. 44; así lo han propuesto en los informes citados del CGPJ, del Consejo de Estado, CES, CNMC y la doctrina científica). El gasto que supondrá la ampliación de medios en los TARC se compensará con creces con los ahorros que reportará la mejora en concurrencia efectiva.
- Incluir entre los supuestos de nulidad de pleno derecho (art. 39.2) la falta de publicación de los anuncios de licitación en la Plataforma de Contratos del Sector Público (obligada por la Ley de garantía Unidad de Mercado para facilitar la concurrencia de las pymes, y generalmente incumplido como ha denunciado de nuevo Transparencia Internacional España en su informe de 25 de enero de 2017); y la ausencia en los expedientes una precisa memoria justificativa que exige el artículo 116 PLCSP (criterio de la STS de 3 de noviembre de 2011; ATACP Madrid 105/2016; y recomendación constante del Tribunal de Cuentas, por todos, el informe 1176/2016).
- No admitir más excepciones a la división de los contratos en lotes, principal medida para facilitar la concurrencia de las pymes en los contratos públicos, que la imposibilidad objetiva física o técnica de ejecutar la prestación por diferentes empresas (suprimir el párrafo tercero del art. 99.3).
- Unificar la regulación del contrato de concesión de obra pública y de gestión de servicios públicos (como hace la Directiva 2014/23 y ha sido tradicional en nuestro ordenamiento jurídico hasta el año 2003 y se mantiene en el RSCL, art. 114); regular de manera precisa la aplicación del principio de mantenimiento del equilibrio económico en estos contratos (arts. 268 y 288); descartar el pago por ‘disponibilidad’ (art. 265.4); precisar el concepto de “riesgo de suministro” (art. 14.4); reforzar la excepcionalidad a la ampliación del plazo máximo de duración de las concesiones y contratos de servicios por encima de los cinco años cuando no sea posible amortizar inversiones en más de un contrato y limitarlo en todo caso a los plazos máximos de amortización fiscal de las inversiones que se realicen (art. 29.4 y 6).
- En materia de procedimientos: señalar el carácter excepcional para

⁷ En este sentido, aludo en el “Libro Contratación Pública y Transparencia (...)”, cit. págs. 103 a 105, al Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones en el informe “Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública [COM (2013) 453 final] (2014/C 67/19) (DOUE de 6 de marzo)”. «El Libro de Oro de las buenas prácticas en contratación pública electrónica»

necesidades puntuales y esporádicas del contrato menor (art. 118; exigencia reiterada por los OCEX⁸); regular un procedimiento simplificado más ágil, sólo con criterios matemáticos (art. 157); establecer cómo se debe realizar la negociación en el procedimiento negociado para garantizar la transparencia (art. 167); simplificar el nuevo procedimiento de asociación para la innovación (176 a 180); regular la contratación conjunta esporádica que no se ha trasladado de la Directiva (art. 38) al PLCSP, y puede ser especialmente útil en la Administración Local.

- Precisar, siguiendo la doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales y jurisdiccionales, la forma de valorar los criterios matemáticos y no matemáticos para adjudicar los contratos (art. 145): en los criterios no matemáticos, la obligatoriedad de prever en los pliegos “qué” se valora y “cómo” se va valorar cada criterio>; en los matemáticos, precisar la obligación de repartir todos los puntos que se atribuyan a cada criterio de manera proporcional lineal pura, como hanpreciado los Tribunales (TJUE de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06; ATACP Madrid 173/2014; RTARCCYL 39/2015; RTACRC 4/2016).
- Establecer el mismo régimen y exigencias en las modificaciones de todos los contratos, con independencia de su cuantía, remarcando los límites impuestos por la jurisprudencia del TJUE (arts. 201 a 204).
- En la contratación local (DA 2^a y 3^a), sustituir la prohibición de contratar en cuanto a los familiares a un deber de abstención en los pequeños municipios; residenciar todos los informes jurídicos en materia de contratación en la Secretaría General también en los municipios acogidos al régimen de “gran población”, en función de la mayor garantía de independencia de los funcionarios con habilitación estatal; extender la posibilidad de tramitación anticipada de todos los contratos pendientes de financiación, para evitar tramitaciones de urgencia, prórrogas irregulares de contratos o pérdida de inversiones

León, a 14 de febrero de 2017

⁸ No hay que olvidar que la normativa comunitaria no admite exclusiones a la aplicación del principio de transparencia por razón de la cuantía (STJUE de 18 diciembre 2007, asunto C-220/06,59, Comisión contra España), sólo cierta modulación en los contratos que carecen de "interés transfronterizo cierto", cada vez más apreciado (STJUE de 6 de octubre de 2016, Asunto C-318/15); nuestros los Tribunales penales están condenando por prevaricación por contratos menores (STS de 30 abril de 2015). Me extendiendo en el análisis de esta problemática en el artículo "EL CERCO A LOS CONTRATOS MENORES", publicado en: Revista de Estudios Locales (Cunial), nº 194, octubre 2016 <http://publicaciones.revistacunial.com/publication/671e19cd/>