

Cómo citar este texto:

González Radío, V. (2020). Los contratos del sector público y la transparencia. *Derecom*, 29, 143-159. <http://www.derecom.com/derecom/>

LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y LA TRANSPARENCIA

GOVERNMENT CONTRACTS & TRANSPARENCY

© Vicente González Radío
Universidad de La Coruña (España)
Vicente_gonzalez_radio@hotmail.com

Resumen

Los contratos del sector público se incardinan dentro de la actividad de la Administración Pública y abarcan diferentes ámbitos y sectores con implicaciones económicas, políticas y sociales; establecen objetivos y finalidades, y reflejan ideales e intereses para la Administración, para las partes prestadoras de bienes y servicios y para los administrados, siguiendo la normativa. Había una legislación, que se vio afectada y que las coordinadas políticas y sociales querían adecuarla a los tiempos actuales. Pero, para adecuar el perfeccionamiento de este ejercicio, se plantea el problema de la transparencia, que ha sido una de las demandas sociales que deben cumplir los poderes públicos.

Para poder abarcar esta demanda democrática y social de los contratos del sector público y la transparencia nos hemos planteado metodológicamente la revisión y la delimitación, que desde el plano normativo se ha producido en España en el plano legal y el consiguiente control.

Ello conlleva unas implicaciones que abarcan a los planos subjetivos, a los marcos objetivos y a los procedimientos formales, cuyos efectos y consecuencias involucran a los participantes y a la sociedad en su conjunto.

Al plantearnos un enfoque proyectivo de los contratos del sector público y la transparencia hemos tenido en cuenta los encuadres normativos con las implicaciones que conlleva y hemos excluido los planteamientos y demandas políticas de los partidos, teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia.

Summary

Public sector contracts are incorporated into the activity of the public administration and cover different areas and sectors with economic, political and social implications; they establish objectives and purposes, and reflect ideals and interests for the Administration, for the parties providing goods and services, and for those administered, following the regulations. There was

legislation, which was affected and that the political and social coordinates wanted to adapt it to current times. But, to adapt the improvement of this exercise, the problem of transparency arises, which has been one of the social demands that the public powers must meet.

In order to cover this democratic and social demand for public sector contracts and transparency, we have methodologically considered the review and delimitation, which from the regulatory level has taken place in Spain at the legal level and the consequent control.

This entails implications that encompass subjective levels, objective frameworks and formal procedures, the effects and consequences of which involve the participants and society as a whole.

When considering a projective approach to public sector contracts and transparency, we have taken into account the normative frameworks with the implications that it entails and we have excluded the political proposals and demands of the parties, taking into account the doctrine and the case-law.

Palabras clave: Actividad de la Administración. Actos administrativos. Contratos. Contratos administrativos. Elementos del contrato. Perfeccionamiento del contrato. Cumplimiento del contrato. Control. Transparencia.

Keywords: Public sector activity. Authorities' acts. Agreements. Public sector contracts. Parts of the contract. Binding agreement. Agreement compliance. Accountability. Transparency.

1.Introducción

Dentro del marco epistemológico del derecho, y, más concretamente, del Derecho Público, el área del Derecho Administrativo presenta unas peculiaridades específicas, partiendo de que el derecho normativiza (norma), regula (regla) y legisla (ley) la vida en la colectividad. En ese sentido se enmarca la institución, la dirección, la administración y la gestión de la "persona jurídica" con poder que es la Administración. Ella representa, proyecta y refleja la facultad de hacer o exigir cuanto la ley o la autoridad establece. De esta manera, se integra el sistema donde hay acciones, hay leyes, hay procedimientos, hay efectos. De acuerdo con ello el derecho administrativo puede ser entendido como el conjunto de normas que regulan las Instituciones y actos del poder Ejecutivo, ordenando los servicios públicos y las relaciones de los individuos con la Administración Pública.

Sin adentrarnos en los rumbos y direcciones fragmentadas del derecho, con sus "campos" específicos, públicos y privados hay otros referentes y referencias, como la política, que acentúa otros ámbitos y hábitos como las ideologías y el poder y se habla de la abdicación del derecho, donde se pasa del imperio del derecho al derecho administrativo.¹ Ello representa una evolución cualitativa sobre los "sujetos" del derecho y los "actores" sociales; la diferencia, en suma, entre el Derecho y la Política.

Sin embargo, desde las posiciones tradicionales, el Derecho Administrativo abarca los planteamientos abstractos y concretos, materiales e inmateriales, donde la institución, la dirección, la administración y gestión de los asuntos públicos cumplen una utilidad, tienen una

dimensión funcional y comportan un marco sistémico, conllevando leyes, actos de personas (físicas y jurídicas) y contenidos.

Ese Derecho Administrativo nos adentra en el plano de la relación y de la interrelación entre el poder y los individuos, presentando en nuestro medio un ordenamiento jurídico-administrativo, donde hay unas dimensiones de oferta-demanda, de prestación de servicio y satisfacción de bienes y servicios.

Desde la Revolución Francesa,² que enmarca el nacimiento del Estado liberal de derecho, las bases sobre las que se asienta son: 1) la supremacía de la ley o principio de legalidad; 2) la separación de poderes; 3) la institucionalización de la Administración; 4) el reconocimiento formal de unos determinados derechos; 5) el pluralismo ideológico (partidos) y 6) el pluralismo informativo (prensa).

En ese sentido hay que atenerse al marco del constitucionalismo y el Estado de derecho. El Estado y su identidad-personalidad va a marcar su propia operatividad y, en consecuencia, su efectividad. Identidad y espacio público.

Ese Derecho Administrativo, que inicia su recorrido, va consolidándose entre nosotros mediante el tránsito de Estado Liberal, Estado Policía, Estado Social, hasta el Estado del Bienestar, donde hay que tener en cuenta al ciudadano, a los derechos humanos y a la democracia. En ese planteamiento el Estado de derecho implica: a) el Poder y la política; b) una estructura jerárquico-funcional con órganos y entes (ello nos lleva al desarrollo de distintos modelos de “Estado centralista”, “federal”, “confederal”, “autonómico”) y c) se completa con el ejercicio de las “políticas públicas”. Dicho lo cual nos conduce a plantear un estatus determinado acompañado de unos roles específicos.

2. La contratación y la contratación pública

Se suele señalar que la vida de relación sólo es posible cuando hay trazados unos límites entre la esfera (pública, privada, íntima, propia e interior) de cada ser individual -persona física y persona jurídica- y su relación con los demás. Derecho, sociedad y norma jurídica van unidos y es, precisamente desde ahí, donde se plantea la seguridad jurídica y donde podemos relacionar el derecho y la justicia.

Las dos referencias básicas son la organización y la persona jurídica. Es aquí donde el Derecho Administrativo nos adentra en la nueva dimensión del Derecho Público y del Derecho Privado.

No podemos obviar que el poder público se ocupa de los intereses colectivos. El Estado y la división de poderes, la organización territorial, la soberanía, la capacidad, la facultad o la atribución, todo ello nos lleva a plantear la Administración y el Estado administrativo con el uso de la legalidad, las llamadas “potestades administrativas” de la Administración –actuación, discrecionalidad (administrativa o técnica) y arbitrariedad-, pero en el plano relacional está la persona física y personas jurídicas como es la misma Administración.

Hay que destacar el derecho objetivo y el peso de la norma en su dimensión de facultad y de derecho objetivo. En ese contexto, hay que observar el derecho general, el especial y el

excepcional. Es aquí donde la Administración está como “sujeto” y como “actor”, acompañando desde al acto administrativo hasta sus resultados (consecuencias y efectos).

La realidad social presenta la actividad de la Administración y sus construcciones, donde hay que señalar la elección y la decisión y, en concreto, la “discrecionalidad técnica” y, también, la arbitrariedad, en toda su extensión semántica. La construcción del acto administrativo, sus fundamentaciones y causalidades operan y se realizan.

Desde la perspectiva del derecho objetivo y subjetivo, hay que tener en cuenta la relación jurídica, la función, el ejercicio de los derechos (también la pérdida, la renuncia, la prescripción extintiva, la caducidad), el ejercicio de los derechos en el tiempo, la representación y la defensa de los derechos. El contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas obligándose a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

En el marco jurídico hay que situar a la persona física y sus derechos al lado de la persona jurídica. Es desde ahí que se estudie la personalidad. Ello nos lleva a la capacidad jurídica y de obrar, a la identidad (nacionalidad, vecindad y domicilio).

Al lado de la persona física está la persona jurídica. En nuestro ordenamiento, es el derecho el que formaliza la existencia y, en ese sentido, hay varias clases de personas jurídicas,³ entre ellas, la Administración.

En tal contexto aparece la realidad de la relación y el vínculo, por lo que el encuadre es el planteamiento de las obligaciones con el objeto; la pluralidad de sujetos en la obligación; la dinámica de la obligación, la responsabilidad y contratos, donde aparecen figuras; la dimensión del negocio jurídico; la forma; las modalidades y aplicaciones y, por supuesto, los efectos.

Es obvio que ese acuerdo legal manifestado en común entre dos o más personas con capacidad y una determinada finalidad nos lleva a interpretar los contratos, sea desde la perspectiva subjetiva o desde la perspectiva objetiva. La formación del contrato implica el acuerdo de voluntades, la oferta y la aceptación. Con base en esto, los contratos presentan unos elementos: consentimiento, objeto, causa y forma; a lo que hay que añadir aspectos personales, reales, formales y accidentales.

2.1 La contratación pública

Teniendo en cuenta que el derecho es el conjunto de normas y reglas que han sido establecidas para prevenir y resolver los problemas de una sociedad, la norma jurídica es el medio del que se sirve el Derecho para obtener sus fines. La norma jurídica es un mandato imperativo y coactivo.

Quedan afectados los sujetos de la sociedad y su configuración como personas físicas y jurídicas, y la Administración como persona jurídica, con todo lo que conlleva la capacidad jurídica y de obrar. De esta forma los ordenamientos reconocen los derechos de la personalidad que son originarios e innatos, son absolutos y son, al mismo tiempo, determinados.

Las personas jurídicas son variadas, pues van desde la persona física hasta las corporaciones, asociaciones y fundaciones. Pueden tener interés público o interés privado. Desde la dimensión pública, la Administración abre una nueva vía: el Derecho Público.

Todo ello nos sitúa en el plano relacional, que delata una relación jurídica con su realidad y sus hechos, donde aparecen derechos subjetivos y derechos objetivos delimitando facultades, competencias, atribuciones, legitimaciones, etc.

El contrato, (contractus, venir en uno) como acuerdo de voluntades, reafirma la autonomía de la voluntad. Ese contrato tiene unos elementos esenciales (consentimiento, objeto, causa y forma). Con relación al plano relacional público hay que resaltar el proceso y el procedimiento para poder alcanzar la eficacia del mismo.

La contratación pública nos traslada a una situación en la que una parte es una persona jurídica, una Institución pública. El contrato público es un tipo de contrato en el que, al menos, una de las partes es la Administración, cuando actúa como tal. Dicho de otra forma, está sometido a un régimen jurídico propio. El contrato público es, pues, similar al Derecho Privado, pero tiene un rasgo diferenciador específico: el Estado o una Administración.

El objeto de este contrato se rige por el Derecho Público. Estamos ante el Derecho Administrativo, donde la Administración tiene unas prerrogativas interpretativas, de ejecución y extinción.

Hay, pues, una aplicación especial y activa de la Administración, donde aparece la dimensión pública, el Derecho Público y donde quedan incorporados sujetos privados, los cuales colaboran con la Administración. En este contexto, el Derecho Público se ocupa del orden jurídico del Estado y de sus relaciones con otros entes públicos y privados. De esta forma, el Derecho Administrativo forma parte de lo que llamamos Derecho Público.

2.2 El contrato público y su situación

Hay que destacar que los contratos han tenido un largo recorrido en la Administración. Además, se registran unos modelos de proceder que han ido perfeccionándose a lo largo del tiempo, donde aparecen los poderes adjudicatarios, las empresas y el régimen jurídico del sector público en sus manifestaciones de contratos administrativos y contratos privados.

Los condicionantes socioeconómicos, las situaciones subjetivas, los procedimientos objetivos y los principios ordenadores de las acciones jurídicas realizadas por la Administración abren nuevas perspectivas a la realización e integración de normas y acciones. Es decir, estamos en un mundo ordenado.

En la Unión Europea se aplica el Reglamento 2195/2002 del Parlamento Europeo, de 5 de noviembre, por el que se aprueba el vocabulario común de contratos públicos y distintas Directivas sectoriales (obras, suministros y servicios, sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones).⁴

Posteriormente, desde la Unión Europea, ante la actividad contractual de los Estados, se establece una norma específica, la Directiva Comunitaria de Contratos (Directiva 2004/18/CE), que pretende regular esta materia para conseguir una libertad de acceso a las licitaciones públicas y una verdadera competencia de mercado, donde se establecen los requisitos subjetivos, los requisitos objetivos (obras, concesión de obras públicas, suministro, servicios y colaboración entre el sector privado y el sector público) y los requisitos de cuantía.

En España la entrada en vigor en 2007 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) o, simplemente, contratos públicos, que celebren las Administraciones Públicas, marca el itinerario de los contratos públicos frente a los contratos celebrados por Entidades cuya titularidad es pública, pero tienen un régimen jurídico privado. En ese sentido, los contratos del sector público pueden celebrarse por varios tipos de sujetos: a) sujetos considerados poderes adjudicadores por la LCSP (es decir, las Administraciones Públicas –territoriales y no territoriales-, los Entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia y que cumplen determinados requisitos- haber sido creados para satisfacer necesidades de interés general, y cuya actividad sea financiada por un poder adjudicador en más del 50 por ciento o cuya gestión controle o que nombre a la mitad de los miembros de su órgano de administración, vigilancia o control- y Asociaciones de Derecho Privado, constituidas por los entes, organismos o entidades que son poderes adjudicadores) y b) sujetos que no son considerados poderes adjudicadores por la LCSP.

Posteriormente, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, trata de perfeccionar e integrar una nueva ordenación de los contratos que se realizan en el sector público, ya que, a los contratos del Estado, y a su desarrollo autonómico y local, hay que añadir e integrar las directrices de la UE. Así, esta nueva ley del sector público incorpora y transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero.

3. Administración, contratación y transparencia

Situándonos ante la Administración Pública, el Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración, así como la norma jurídica, vamos a presentar una relación jurídico-administrativa con actos y procedimientos específicos. En ese planteamiento aparecen los contratos en el sector público como actividad jurídica que la Administración realiza y que queda sometida a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, hay que observar un criterio de la forma, que queda reflejado en las partes, en las cláusulas y en el objeto. Nos encontramos con una figura jurídica como fuente de obligaciones, que presenta sus propios criterios: una jurisdicción competente, una forma, un objeto, un contenido y unas consecuencias, con elementos subjetivos con el consentimiento de las partes, y con elementos objetivos con contenidos específicos, que abarcan desde la gestión de servicios públicos, suministros, transporte, auxilio, deuda pública, depósito de mercancías hasta el abastecimiento nacional, función pública, arrendamiento y aprovechamiento de bienes, asistencia técnica... o trabajos específicos.⁵

Para observar la contratación en el sector público tenemos que partir de que su naturaleza es reglada y contractual con cláusulas específicas. Presentan una forma de contratación, que conlleva la preparación del contrato, un sistema de contratación del contratista a través de la subasta, de la subasta por procedimiento restrictivo, el concurso o la contratación directa. Presentan, igualmente, unos principios que dominan la ejecución del Derecho Administrativo, donde hay que resaltar los poderes de la Administración en la ejecución del contrato (controlar, dirigir, modificar e interpretar). Hay que observar la mutabilidad del contrato desde el punto de vista del contratista en los casos de fuerza mayor o en la revisión de los precios. Se completa la visión de los contratos en el sector público atendiendo a la responsabilidad contractual y su garantía, donde aparte de la Administración hay que observar la parte del contractualista con la fianza, también la extinción normal o anormal del contrato, aparte de la nulidad y anulabilidad de estos contratos.

El contrato administrativo tiene su propia naturaleza, caracteres y clases, donde la adhesión, las formas, los procedimientos, el objeto, el contenido, el interés público, el servicio público o la jurisdicción marcan una tipología y marco propio, que se proyecta por razón del sujeto, por razón de la forma (subasta, concurso, concurso-subasta o directo) o por razón del objeto o fin concreto (arrendamiento, suministro, transporte, auxilio, deuda pública, depósito de mercancías, función pública, obras públicas...o aprovechamiento de bienes del Estado).

Los elementos de los contratos de la Administración son: a) subjetivos, la Administración y el contratista particular que deben tener capacidad jurídica y de obrar específica; b) objetivos, es decir, la realización de obra, gestión de servicio, suministro, etc.; c) formales (presentan una causa). Además, tienen una forma específica y determinada que afecta a su preparación con los trámites pertinentes, la adjudicación con los sistemas de subasta, concurso, concurso-subasta, directo (sea de obra, gestión de servicios, de suministro, fianza, perfeccionamiento, formalización -Registro-). El cumplimiento de los contratos se fundamenta en los principios inter-partes (con la aplicación subsidiaria del Derecho Civil), en el principio de mutabilidad del contrato administrativo, en el principio de la Administración como persona jurídica y del contratista-colaborador; por supuesto, se aprecia el riesgo y ventura, la fuerza mayor en la contratación administrativa, además de la revisión, resolución, rescisión y denuncia.

La contratación pública es un procedimiento con trámites específicos que las organizaciones públicas y privadas tienen que seguir para gestionar las necesidades de bienes y servicios públicos. Se sitúa en el plano medial y relacional y enmarca afectaciones y vinculaciones.

Ese campo de conocimiento se hace material y formal, se concreta en documentos, en soportes informáticos (plataforma de contratación, sellados, servicio de certificación, etc.). Es decir, desde el planteamiento del Derecho Administrativo observamos la gestión que materializa formalmente la contratación de la Administración.

La contratación pública se encuentra organizada. Aunque la finalidad es la publicidad, la formalización y su organización pretenden ser útiles y prácticas. Así, las Administraciones Públicas, para llevar adelante sus tareas para con la sociedad, recurren a la contratación de obras y servicios con empresa y particulares. Contratos regulados mediante la legislación administrativa.

Es en ese contexto donde se desarrollan modalidades de contratación: a) privadas, reguladas por el Derecho Privado (compraventa, donación, permuta y arrendamiento), y b) administrativas, reguladas por el Derecho Público (ejecución de obras, ejecución de servicios públicos, suministros, consultoría, asistencia o servicios, trabajos específicos y concretos y trabajos especiales).

Las tipologías más frecuentes son contratos de obras, contratos de servicios, contratos de suministro, contratos de gestión de servicios públicos, contratos de concesión de obras y contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Las partes en el contrato son el órgano de contratación y el contratista. El órgano de contratación puede ser unipersonal o colegiado, que ha seleccionado a la persona física o jurídica que ejecuta el contenido. Este órgano de contratación está asistido, generalmente, por una Mesa de Contratación (que puede contar con un comité de expertos o un organismo técnico

especializado), que valora las ofertas y realiza la licitación o procedimiento a través de un órgano de contratación y que tiene una composición determinada: presidente, secretario y vocales.

La realización cuantificada económicamente de obras y servicios en el sector público viene representada en costes, en inversión y en gasto público. De hecho, el Estado y las Administraciones han producido y realizado actividades, que hay que situar en el sector público. Por ello, ante la opacidad, ante las formas endogámicas y autoritarias del ejercicio del poder, ante el problema del nepotismo/despotismo, o ante la arbitrariedad/discrecionalidad del poder, hubo que establecer los principios, las metas y los objetivos, el cuidado y la atención de cuidar el cumplimiento legal y el Estado democrático, en su labor de corrección de los déficits en igualdad de oportunidades, en publicidad, en información y en bien común.

Especial significación en el análisis de la transparencia la tiene la información, el secreto el aspecto técnico-procedimental de la actividad de la Administración (profesionalidad, especialidad y técnica) para evitar el privilegio y la información reservada y/o privilegiada.

La transparencia es una cualidad que clarifica los fines, las causas y los modos. Es rendir cuentas y presentar balances, procesos y resultados a la ciudadanía. Es poner a disposición del público la información sobre actuaciones de la Administración. La transparencia viene a ser en el Estado Democrático de derecho un soporte para su vigencia y actividad. En la actualidad es una muestra del buen gobierno en la actividad pública, viene connotada a través de la publicidad activa, el reconocimiento y la garantía del derecho de acceso a la información pública.

En el Preámbulo, parte expositiva, de la Ley de Contratos del Sector Público, se señala que

La legislación de contratos públicos, de marcado carácter nacional, encuentra, no obstante, su fundamento de muchas de sus instituciones mas allá de nuestras fronteras, en concreto, dentro de la actividad normativa de instituciones de carácter internacional, como es el caso de la OCDE, de UNCITRAL -en el ámbito de la ONU-, o, especialmente, de la Unión Europea.

En efecto, la última Ley de Contratos del Sector Público encontró su justificación, entre otras razones, en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento una nueva disposición comunitaria como fue la Directiva 2004/18CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministro y de Servicios. Por otra parte, en la actualidad, nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada <Estrategia Europa 2020>, donde hay mención de un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos.⁶

3.1 La contratación del sector público⁷

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español as Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero consta de un preámbulo y de un Título Preliminar, donde aparecen las disposiciones generales. El Capítulo 1, sobre objeto y ámbito del derecho, se compone de dos Secciones, el objeto y ámbito de aplicación, con el artículo 1 que trata del objeto y la finalidad, el artículo 2, sobre el ámbito de aplicación y el artículo 3, sobre el ámbito subjetivo; la Sección 2ª plantea los negocios y contratos excluidos, regulando en el artículo 4 el

régimen aplicado a los negocios jurídicos excluidos. El artículo 5 regula los negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito de la defensa y de la seguridad; en el artículo 6 se trata de los convenios y encomiendas de gestión; en el artículo 7, de los negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito internacional; en el artículo 8, los negocios y contratos excluidos en el ámbito de la investigación, del desarrollo y de la innovación; en el artículo 9, de las relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial; en el artículo 10, de los negocios y contratos excluidos en el ámbito financiero y, en el artículo 11, sobre otros negocios y contratos excluidos.

En el Capítulo II, Contratos del sector público, en la Sección 1ª se establece la delimitación de los tipos contractuales, donde se dicta en el art. 12 la clasificación de los contratos; en el art. 13, los contratos de obra; en el art.14, los contratos de concesión de obra; en el art.15, contrato de concesión de servicios; en el art.16, el contrato de servicios y en el art.18, los contratos mixtos. En la Sección 2ª, los contratos sujetos a una regulación armonizada; trata el art.19 de la delimitación general.El art.20, los contratos de obras, de concesión de obras y de concesión de servicios sujetos a una regulación armonizada: umbral; el art.21, sobre contratos de suministros sujetos a una regulación armonizada: Umbral; el art.22, sobre contratos de servicios sujetos a una regulación armonizada: umbral, y el art.23, sobre contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada. En la Sección 3ª, se regulan los contratos administrativos y contratos privados y en el art.24, el régimen jurídico aplicable a los contratos del sector público; en el art.25, los contratos administrativos; en el art.26, los contratos privados y en el art.27, la jurisdicción competente.

El Libro Primero regula la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales del contrato. En el Capítulo I se trata de la racionalidad y consistencia de la contratación del sector público, donde el art.28 trata de la necesidad e idoneidad del contrato y de ejecución en la contratación, el art.29, del plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación, el art.30, de la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados, el art.31, de la potestad de autorregulación y sistemas de cooperación vertical y horizontal, el art.32, de los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios no personificados, el art.33, de encargos a entidades pertenecientes al sector público. En el Capítulo II, se dispone sobre la libertad de pactos y contenido del contrato; el art.34, sobre la libertad, el 35, sobre el contenido. El capítulo III, sobre la perfección y forma, el art.36, sobre la perfección, el art. 37, sobre el carácter formal. En el Capítulo IV se trata sobre el régimen de invalidez, donde el art.38 habla de los supuestos de invalidez, el art.39, de las causas de nulidad del contrato administrativo, el art.40, de las causas de anulabilidad, el art.41, de la revisión de oficio, el art.42, de los efectos de la declaración de nulidad, el art.43, de las causas de invalidez de Derecho Civil. En el capítulo V, se aborda el recurso especial; el art. 44 se ocupa de los actos recurribles, el art. 45, del órgano competente para la resolución del recurso-Estado-, el ar.46, del órgano competente para la resolución en la CCAA y Entidades Locales, el art.47, de los recursos contra actos de poderes adjudicadores que no sean Administración Pública y en relación con contratos subvencionados, el art. 49, de las medidas cautelares, el art.50, de la iniciación del procedimiento y plazos, el art. 51, de la forma y lugar de interposición del recurso especial, el art.52, del acceso al expediente, el art.53, de los efectos derivados de la interposición del recurso, el art.54, de las comunicaciones y notificaciones, el art.55, de la inadmisión, el art 56, de la tramitación del procedimiento, el art.57, de la resolución del recurso, el art.58, de la indemnización y multas, el art.59, de los efectos de la resolución del recurso especial, y el art.60, del emplazamiento de las partes ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Título II, Partes del contrato, en el Capítulo I, plantea los órganos de contratación y, en el articulado, la competencia para contratar, el responsable del contrato, el perfil del contratante, la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses; en el Capítulo II, se trata de la capacidad y solvencia del empresario, donde introduce una Sección 1ª sobre aptitud para contratar con el sector público al que le siguen cuatro Subsecciones donde se recogen las normas generales y especiales sobre capacidad, las condiciones de aptitud, las personas jurídicas, las empresas comunitarias o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, las empresas no comunitarias, las uniones de empresarios, las condiciones especiales de compatibilidad, las prohibiciones de contratar, la apreciación de la prohibición, los efectos de la declaración de la prohibición, la solvencia, la exigencia de la solvencia, la integración de la solvencia con medios externos o la concreción de las condiciones de solvencia, la clasificación de las empresas, la acreditación de la aptitud para contratar, la capacidad de obrar, la acreditación de la capacidad de obrar, los medios de acreditar la solvencia, que afecta a la economía, a la dimensión técnica, profesional, requisitos, etc., incluso en la Subsección 4ª de la Ley se describe la prueba de la clasificación de la aptitud para contratar a través de Registros y listas oficiales de contratistas, donde aparecen las certificaciones de Registros y Licitadores, certificados comunitarios de empresarios, y el tema de la sucesión.

El título III se ocupa del objeto, presupuesto base de licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión. Y en el Título IV se tratan las garantías exigibles en la contratación del sector público.

El Libro Segundo de esta ley consta de dos títulos, el Primero, de disposiciones generales de las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas (la preparación de los contratos, el expediente y los pliegos de cláusulas y prescripciones), de la adjudicación de los contratos (con los procedimientos abierto, restringido, con negociación, el dialogo compositivo, el procedimiento de asociación para la innovación y las normas especiales aplicables a los concursos de proyectos). Otra sección trata de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos (efectos, prerrogativas de la Administración Pública, ejecución, modificación, suspensión y cesión), y el Capítulo II de este Libro Segundo trata en cuatro secciones de la racionalización técnica de la contratación.

En este Libro Segundo, el Título II trata de los distintos tipos de contratos de la Administración Pública y, en el Capítulo I, trata del contrato de obras y en las distintas secciones describe las actuaciones preparatorias, la ejecución, la modificación, el cumplimiento y la resolución. En el Capítulo II, se ocupa del contrato de concesión de obras (las actuaciones preparatorias, los efectos, cumplimiento y extinción de las concesiones, la construcción de las obras objeto de concesión, los derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la Administración concedente, el régimen económico financiero de la concesión, la financiación privada -emisión de títulos por el concesionario, hipotecas de la concesión u otras fuentes de financiación- o la extinción de las concesiones. En el capítulo III trata del contrato de concesión de servicios, donde se delimita el contrato de concesión de servicios, se repasa el régimen jurídico, la ejecución, la modificación, el cumplimiento y efectos, la resolución, la subcontratación y la regulación supletoria. El Capítulo IV trata del contrato de suministro donde se abarca la regulación de determinados contratos, la ejecución, el cumplimiento y la resolución. El Capítulo V trata del contrato de servicios con las disposiciones generales, la ejecución, la resolución y la subsanación de errores, indemnizaciones y responsabilidades en el contrato de elaboración de proyectos de obras.

El Libro Tercero de esta Ley trata, en el Título I, de los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas y, en el Título II, contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.

El Libro Cuarto tiene tres Títulos: los órganos competentes en materia de contratación, Registros Oficiales y gestión de la publicidad contractual por medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

Esta Ley tiene unas disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales.

Aparte de la Ley que hemos reseñado, debemos plantear qué se entiende por contratación pública, el procedimiento por el cual un ente del sector público selecciona a la persona física o jurídica que tiene que ejecutar una obra, prestar un servicio o suministrar un bien, para satisfacer una finalidad pública.

La normativa aplicable se circunscribe a:

- La Ley de Contratos del Sector Público actualizada por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (que incorpora la normativa europea).
- Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.
- Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales.
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- Las distintas Comunidades Autónomas han desarrollado legislaciones propias y determinadas.

Hay que destacar que las normas que regulan la contratación pública no se aplican de manera uniforme a todos los entes del sector público, sino que hay tres grados de sujeción para cada una de las siguientes categorías de entes: 1) Administraciones Públicas. 2) Entes del sector público que, no teniendo carácter de Administración Pública, están sujetos a la Directiva 2004/18/CE (poderes adjudicadores). 3) Entes del sector público que no son Administración Pública ni están sometidos a esta directiva.

Los principios sobre los que se asienta la contratación pública son: a) la libertad de acceso a las licitaciones; b) la publicidad y transparencia de los procedimientos; y c) la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.

Hay que resaltar el proceso material y formal, así como la materialización u operatividad del procedimiento. De esta forma se han ido consolidando unos tipos de contrato, donde las partes en un contrato con el sector público pueden ser realizadas por personas físicas y jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, que no estén incurso en prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, cuando proceda, se encuentren plenamente clasificadas.

3.2 Requisitos para la contratación pública

La forma y el formato, el proceso y el procedimiento están reglados y la contratación se realiza conforme a ese modo para llevar adelante las tareas para la sociedad, existiendo esas dos clases de contratos, los administrativos y los privados, donde hay que dar cumplida realización del consentimiento de las partes, la capacidad de las partes, el objeto y la causa sin perder el interés público.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, en su art. 11, determina los principios de los contratos administrativos: la publicidad, la concurrencia, la igualdad y la no discriminación. Todo ello teniendo en cuenta la competencia del órgano de contratación, la capacidad del contratista adjudicatario, la determinación del objeto del contrato, la fijación del precio, la existencia de crédito adecuado y suficiente, la tramitación del expediente, la fiscalización previa, la aprobación del gasto y la formalización del contrato.

La contratación tiene sus propios tiempos o fases bien diferenciadas: la fase de preparación del contrato (que conlleva estudios económicos y administrativos y las prescripciones técnicas en forma de pliegos de cláusulas); la fase de adjudicación, donde se inicia el procedimiento, que puede ser abierto, restringido o negociado; y la fase de formalización del contrato, donde esta regulación cubre los siguientes aspectos: preparación, adjudicación, formalización, efectos, extinción, controversias y litigios (diferenciando los contratos administrativos de los contratos privados).

En realidad, hay una elaboración en la que podemos destacar los pliegos o documentos de licitación, la propia preparación, la publicidad, el perfil del contratante y la adjudicación de los contratos, el régimen de los recursos y los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos.

El expediente de contratación conlleva, pues, el concurso, la publicación, la presentación de proposiciones, la constitución de la mesa de contratación, la apertura de proposiciones y la propuesta de adjudicación.

Las modalidades de contratación administrativa son cuatro: la subasta (la Administración impone unas condiciones en los pliegos de contratación y se presentan los contratistas que lo deseen), el concurso (la Administración establece unas condiciones que deberán cumplir los contratistas), el concurso-subasta (que tiene dos fases, la de concurso y la de subasta), y la adjudicación directa.

En los contratos públicos de obras, suministros y servicios, la Administración debe recurrir a empresas y particulares. La adjudicación de un contrato de obras requerirá la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo. Existe la posibilidad de expediente de modificación, que requerirá la realización del proyecto y aprobación, audiencia del contratista y la aprobación del expediente por el órgano de contratación.

En los contratos de suministro, la adjudicación podrá realizarse como subasta, concurso o negociado. En los contratos de servicios hay que tratar de entenderlo como una técnica de gestión indirecta de los servicios públicos, que comprende una pluralidad de figuras contractuales como son la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta.

Además, es necesario recordar y señalar las obligaciones del contratista y, por otra parte, destacar la existencia del Registro público de contratos.

4. Los contratos del sector público

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, marca y ordena la contratación de acuerdo con nuevas demandas. Así, en el Título Preliminar nos presenta los negocios y contratos excluidos, los contratos del sector público, donde aparece la delimitación de los tipos contractuales, los contratos sujetos a una regulación armonizada, para concluir en los contratos administrativos y los contratos privados.

El Libro I, que describe la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, contiene cuatro títulos, donde se describen las disposiciones generales sobre la contratación del sector público, las partes del contrato; el objeto, presupuesto base de licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión; y las garantías exigibles en la contratación del sector público.

El Libro II trata de los contratos de las Administraciones Públicas, que desarrolla en dos libros, las disposiciones generales y los distintos tipos de contratos de las Administraciones.

En el Libro III, que trata de los contratos de otros entes del Sector Público, se regulan los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas; los contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores; la Organización Administrativa para la gestión de la contratación. Presenta unas disposiciones adicionales, unas disposiciones transitorias, unas disposiciones derogatorias y unas disposiciones finales.

A ellas hay que añadir seis anexos donde aparecen: trabajos contemplados en el art. 13; la lista de productos contemplados en el art.21.1 a) en lo que se refiere a los contratos de suministros adjudicados por los órganos de contratación del sector de la defensa; la información que debe figurar en los anuncios; servicios especiales a que se refiere los arts. 22.1C), 135.4 y la disposición trigésimo sexta; listado de convenios internacionales en el ámbito de lo social y medioambiental a que se refiere el art. 201; y los Códigos CPV de los servicios y suministros a los que se refiere la documentación adicional cuarta relativa a los contratos reservados.

4.1 La respuesta legal a los nuevos tiempos

Esta Ley 9/2017, de 8 de noviembre, presenta unas novedades significativas, que podemos determinar las modalidades contractuales; los procedimientos de contratación; algo relativo a los contratistas y los recursos y control jurisdiccional.

Con relación al ámbito se extiende a entidades hasta ahora no sujetas a la normativa de contratos del sector público, como los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las empresariales, y las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos cuando cumplan los requisitos para poder ser adjudicador.

En cuanto a las modalidades, se puede señalar que se suprime el contrato de colaboración público privada, y desaparece la figura del contrato de gestión de servicios públicos y en su lugar se crea la modalidad de concesión de servicios, que se distingue del contrato de servicios en atención al sujeto que asume el rango operacional.

Se establecen nuevos procedimientos completando el denominado “asociación para la innovación”, así como la figura del procedimiento abierto simplificado. También se rebajan los umbrales para admitir la adjudicación directa. Igualmente se establecen causas de prohibición de contratar y se favorece la potenciación de las PYMES como operadores. Se complementa con los recursos y control jurisdiccional.

Hay una nueva respuesta de la Administración a las nuevas demandas que afecta a la conceptualización, la organización administrativa y gestión de la contratación, donde hay una integración y especialización en función de las nuevas coordenadas de distribución de facultades y competencias. En ese sentido, aparecen los sujetos o partes de la contratación del sector público (ámbito subjetivo, órgano competente y el contratista). Hay que destacar el control y la revisión, sea de oficio o por la jurisdicción, además de los distintos recursos.

Hay que resaltar, igualmente, la organización administrativa para la gestión de la contratación, donde destacan los órganos competentes, los órganos de asistencia, los órganos consultivos y los registros oficiales.

Los contratos tienen que obedecer a los planteamientos expresados en las disposiciones generales, el objeto y el precio. En ese sentido, aparecen las garantías, la preparación, la adjudicación y la formalización de los contratos del sector público.

La misma Ley nos traslada a la ejecución y extinción de los contratos, sea éste normal por cumplimiento, anormal o anticipada por resolución del mismo. O también, la declaración de nulidad del contrato.

Hay, a su vez, especificidades como los de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro, servicios y contratos mixtos.⁸

4.2 La sistemática de la Ley de Contratos del Sector Público

La sistematización incorpora normativas europeas. Además, se sitúan en el buen gobierno, teniendo en cuenta la trascendencia de la contratación pública, donde en Europa abarca al 20% del PIB. En ese marco aparece la normatividad: la normativa reguladora en España con la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público; la normativa comunitaria con la Directiva 2014/24/UE sobre Contratación Pública y la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la información y Buen Gobierno.

La transparencia en la contratación pasa por la trascendencia en la contratación pública (trascendencia y lucha contra la corrupción), la igualdad de trato, la publicidad y la eficiencia en la gestión pública.

Se trata de presentar los ejes de la reforma, donde hay una expansión, de uniformar y de legalizar, en la que se formula y se fomenta una base legal en la que se da significación a la integridad y a la transparencia. Hay, pues, una normativa estatal, una autonómica y una local.

Las Administraciones Públicas van a integrar contratos administrativos y contratos privados. Aparece la adjudicación y los efectos, cumplimiento y extinción. En esos contratos hay unas obligaciones, unas responsabilidades, unos deberes y unos derechos en el plano subjetivo y en el plano objetivo.

En la nueva configuración jurídica aparece la regulación en la preparación de los contratos del sector público. Así mismo, hay que valorar las prohibiciones de contratar y los conflictos de interés.

Aparece también el tema de la solvencia en sus tres dimensiones: la económica, la técnica y la financiera, con la consiguiente acreditación. Se establecen criterios de adjudicación en sus planos cuantitativo y cualitativo, teniendo en cuenta la función y la elección.

Se detiene de forma definida sobre los procedimientos de adjudicación, sea el abierto, el restringido o los realizados con negociación.

Tema especial a tener en cuenta es el principio de transparencia, que afecta al funcionamiento, el derecho de las personas en sus relaciones con la Administración como señala el art 13 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). En este sentido, hay dos vertientes: el derecho a la buena administración de los asuntos públicos y, por otra parte, la exigencia de información pública al ciudadano. En definitiva, se desarrolla la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la información y Buen Gobierno.

Conclusiones

Los contratos de la Administración han sido una actividad constante desde el “Estado liberal de derecho”, que se fueron incrementando a lo largo del tiempo -el “Estado social de derecho” y el “Estado del Bienestar”- al realizar distintas políticas públicas, que conllevó afrontar nuevos planes, fines y realizaciones.

El Estado, al lado del Mercado, la Sociedad y el Individuo, han desarrollado una evolución, un progreso y un desarrollo, que implicaron fines y medios, donde los bienes, los recursos y los servicios han tenido su propia identidad.

Los contratos, siendo ley para las partes, afectan a los participantes y se incardinan dentro de los marcos normativos propios, donde se establecen usos y costumbres a los que hay que añadir leyes, que ya marcarán lo lícito y lo legal. Por ello, hay que destacar la administración y el gobierno de la misma, añadiendo el peso de la doctrina y de la jurisprudencia, pero, básicamente, la legalidad, la normatividad y la operatividad. El Estado social y democrático de derecho ha ido construyendo unos principios-criterios, que integraron demandas sociales, comportamientos y opiniones, que buscan el afianzamiento eficaz del poder de la ley.

Los contratos del sector público son un indicador de la democracia y de la concepción del bien público, privado y común, ya que permiten la realización de principios básicos como la puesta en marcha de políticas públicas, el de la libertad económica, el de seguridad jurídica, el de publicidad e información y la igualdad de oportunidades, el respeto a los derechos humanos. Pero, además, refleja la necesidad de la búsqueda del buen gobierno y la erradicación de prácticas no concordantes con la democracia.

¹ Adrián Vermeule. (2018). *La abolición del derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.

² José Luis Villar Palasí (1968). *Derecho Administrativo*. Madrid: Facultad de Derecho.

³ José Luis Lacruz Berdejo (1992). *Nociones de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch.

⁴ Reglamento (CE) 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre.

⁵ Fernando Garrido Falla (1992). *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. Madrid: Tecnos.

⁶ Preámbulo de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE nº272, de 9 de noviembre de 2017, corrección de errores en BOE nº126, de 24 de mayo de 2018)

⁷ Hay una abundante literatura, -puesto que es un tema que trata una asignatura de Derecho y que forma parte de los temarios de oposiciones - sobre este tema y, sin pretensiones de inclusión/exclusión, simplemente vamos a citar algunas de las mismas: José Luis Gil Ibáñez (2020). *Ley de contratos del sector público*. Madrid: Colex; María Burcazo Samper (2018). *Esquemas de contratación pública*. Madrid: Dykinson; J. José Pernas García (dir.) (2013). *La contratación pública estratégica*. Navarra: Aranzadi; Francisco Javier Escrihuela Morales (2018). *Guía práctica de la contratación del sector público*. Madrid: La Ley; VVAA (2012). *Aspectos prácticos y novedades de la contratación pública. En especial en la Administración local*. Madrid: La Ley; Jaime Domínguez-Macaya Lauruaga (2011). *Claves para una contratación pública electrónica eficaz*. Madrid: La Ley; Rafael Fernández Acebedo y Patricia Valcárcel Fernández (dtors.) (2014). *La contratación pública a debate*. Madrid: Civitas-Thomson Reuter; José Antonio Molina Moreno (2018). *Una nueva contratación pública social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*. Albacete: Bomarzo; Carlos Lesmes Serrano (2010). *Guía sobre la nueva ley de contratos del sector público. Ley 30/2007*. Madrid: El Derecho; José María Fernández Astudillo (2008). *Contratación pública*. Vol. I-II. Barcelona: Bosch. Barcelona.

⁸ Estanislao Arana García, Federico A. Castillo Blanco, M. Asunción Torres López y Francisca L. Villalba Pérez (directores). (2018). *Nociones básicas de contratación pública*. Madrid: Tecnos.

Bibliografía

- ARANA GARCÍA, E., CASTILLO BLANCO, F. A., TORRES LÓPEZ, M. A. & VILLALBA PÉREZ, L. (dtores.) (2018). *Nociones básicas de contratación pública*. Madrid: Tecnos.
- BURZACO SAMPER, M. (2018). *Esquemas de contratación pública*. Madrid: Dykinson.
- DOMÍNGUEZ -MACAYA LAURNAGA , J. (2011). *Claves para una contratación pública electrónica eficaz*, Madrid: La ley.
- ESCRIHUELA MORALES, F. J. (2018). *Guía práctica de la contratación del sector público*. Madrid: La ley.
- FERNÁNDEZ ACEBEDO, R. & VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, V. (dtores.) (2014). *La contratación pública a debate*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M. (2008). *Contratación pública*. Vol. I-II. Barcelona: Bosch.
- GARRIDO FALLA, F. (1992). *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. Madrid: Tecnos.
- GIL IBÁÑEZ, J. L. (2020). *Ley de contratos del sector público*. Madrid: Colex.
- LESMES SERRANO, C. (2010). *Guía sobre la nueva ley de contratos del sector público. Ley 30/2007*. Madrid: El Derecho Ed.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1992). *Nociones de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch.
- MOLINA MORENO, J. A. (2018) *Una nueva contratación pública, social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*. Albacete: Bomarzo.
- PERNAS GARCÍA, J. J. (dtor.) (2013). *La contratación pública estratégica*. Navarra: Aranzadi.
- VV.AA .(2012) . *Aspectos prácticos y novedades de la contratación pública. En especial de la Administración Local*. Madrid: La Ley.
- VERMEULE, A. (2018). *La abolición del derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VILLAR PALASÍ, J. L. (1968). *Derecho Administrativo*. Madrid: Facultad de Derecho.