

Cien números de Contratación pública: reflexiones

Grupo de Contratos del Sector Público de GA_P

Cien números y más de diez años escribiendo sobre la actualidad y los problemas que enfrenta la contratación pública en España ha permitido a este Grupo de Contratos del Sector Público tomar el pulso y estar “en el ajo” de un sector complejo, superespecializado y convulso como ningún otro. Sirva este artículo de felicitación a todos aquellos que nos han acompañado en este camino y de reconocimiento a la labor desarrollada por esta iniciativa, cuya huella puede, como se verá después, rastrearse incluso en el derecho positivo actual.

A lo largo de estos años son muchos los ámbitos analizados por el Grupo de Contratos del Sector Público, unos a iniciativa propia, otros por razón de su actualidad, muchos a sugerencia de los lectores... permitiendo tomar el pulso constante a un sector en permanente cambio y evolución. Volviendo la vista atrás son tantos los aspectos que han variado de forma sustantiva en estos años: el régimen de modificación de los contratos – cuyos márgenes se han estrechado y limitado a conciencia -, el sistema de revisión de precios y la posterior aprobación de la Ley de Desindexación, la creación del recurso especial en materia de contratación y sus modificaciones ulteriores...

Han sido por ello innumerables los temas tratados e indescriptibles, en tan pocas páginas, las sensaciones vividas a lo largo de esta década larga. Hemos vivido incontables cambios normativos, afrontado retos derivados de la interpretación de nuevos preceptos y asumido riesgos posicionándonos en temas de actualidad como el concerniente a la aplicación directa

de las directivas cuando aún no había tenido lugar su transposición al ordenamiento jurídico español.

Hemos compartido, en fin, con los lectores, curiosidades y opiniones, criterios e interpretaciones, respondiendo en la medida de lo posible a aquello que se nos demandaba. Y son varios los temas puntuales en los que éste GCSP ha podido comprobar la incidencia de su presencia e incluso la influencia de su opinión.

En ocasiones, nuestra voz ha resonado en sectores empresariales que han esgrimido algún número de esta publicación en defensa de sus posiciones; otras veces, la jurisprudencia o el legislador nos ha dado la razón en las posturas sostenidas, consagrando posiciones antes defendidas por nosotros; siempre hemos sentido la motivación de participar en un mundo tan apasionante como es el de la contratación administrativa.

Para los destinatarios asiduos a esta publicación es sabido que la síntesis y la concisión son dos características que complacen a escritor y lectores, razón que justifica que sean dos (como plural mínimo y aunque existan otros muchos), los ejemplos de esa influencia que queremos acreditar hoy:

1. Garantías provisionales.

En el año 2009, en plena crisis económica y ante la renuencia del sector financiero a desarrollar una actividad crediticia, el GCSP publicó un artículo reclamando la toma de conciencia, por parte de la Administración Pública, de la necesidad de orquestar mecanismos que permitieran dinamizar los procesos económicos.

En concreto se apeló a la necesidad de hacer uso de la posibilidad de adoptar medidas que, sin grave riesgo económico para los órganos de contratación, pudieran dar estímulo a la actividad empresarial privada impulsando así el desarrollo del mercado, el crecimiento del consumo y la reactivación económica. En concreto se sugirió la posibilidad de excluir, en toda licitación, la formalización de la denominada garantía provisional, animando así al Sector Público a “sacrificar” la función de aseguramiento que aquella operaba respecto de la seriedad de las ofertas, en aras de una mayor participación en los procesos de licitación por parte de las pequeñas y medianas empresas.

En efecto, en aquellos años en los que tan difícil era acceder al crédito y ante la evidencia de la carga financiera que suponía para las empresas la participación en varios procedimientos de contratación al mismo tiempo por el coste del mantenimiento de varias garantías provisionales, se sugirió su eliminación, ampliando con ello la concurrencia empresarial, y sustituyendo la función que aquella operaba por mecanismos alternativos – como podía ser la configuración de la retirada de proposiciones como una prohibición para contratar -.

La reforma que operó, en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la Ley 34/2010¹, vino a cambiar el criterio aplicable al respecto.

Frente a la regulación inmediatamente anterior, la reforma de 2010 dispuso que cuando el órgano de contratación *decidiera exigir una garantía provisional debería justificar suficientemente en el expediente las razones por las que estimara procedente su exigencia* para ese contrato en concreto. Esta reforma legal supuso una sustitución del tenor tradicional de la regulación de la garantía provisional – que obligaba a exigirla debiendo explicar los motivos que justificaran su exclusión en un proceso de contratación específico -, invirtiendo la regla general, hasta el punto de obligar a justificar la razón de la exigencia de constitución de garantía provisional.

2. El concurso de causas de resolución en el tiempo.

Otro ejemplo de la presencia y si se quiere, la repercusión, de este GCSP en el sector, es la relativa al debate concerniente a cuál debe ser la causa de resolución del contrato que prima ante un eventual concurso de varias causas en el tiempo.

En diversas ocasiones – artículos números 41 y 72 del GCSP – se sostuvo por nuestra parte que no obstante el silencio de la Ley al respecto, lo razonable sería atender a la primera causa que hubiera aparecido durante la vigencia del contrato².

Este criterio enfrentaba, sin embargo, en los últimos tiempos, algunas voces que disentían de su generalización. Ello por dos motivos fundamentales:

- en primer lugar, porque algunos autores consideraban que, si el ordenamiento de la contratación pública no había dispuesto ninguna regla para resolver las hipótesis de concurrencia de causas, sería en última instancia para permitir una aplicación específica en cada contrato concreto y
- en segundo lugar y, sobre todo, porque la aplicación de la regla antes descrita oponía una dificultad a la posibilidad de acudir al concurso (que exige una resolución judicial) cuando mediaba un incumplimiento anterior, pues éste se convertía en causa de resolución.

¹ Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, (...), y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

² Este criterio de solución de los conflictos derivados de la aparición de varias causas de extinción de los contratos en el tiempo era el que tradicionalmente se había manejado tanto en la doctrina del Consejo de Estado como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público ha reconocido de manera expresa el criterio defendido por este GCSP al señalar en su artículo 211.2 que cuando *concurran diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos económicos, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo*.

Como conclusión de estos 100 números queremos agradecer desde el Grupo de Contratos del Sector Público la atención y el interés demostrados por los destinatarios de estas reflexiones.

Son ellos quienes –sean Administraciones Públicas, empresas, profesionales, académicos o particulares- nos han acompañado y animado para llegar hasta aquí. Es en ellos en quien también pensamos para acometer otra larga serie de artículos.

A todos nuestros lectores muchísimas gracias.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P.