



MFCP

Congreso Internacional sobre Contratación Pública

Cuenca, 21 y 22 de enero de 2016

Facultad de Ciencias Sociales

UCLM

*La necesaria reformulación del
ámbito competencial del orden
contencioso en materia de
contratación pública: la
oportunidad que brinda la
elaboración de una nueva ley de
contratos*

Patricia Valcárcel Fernández
pvalcarcel@uvigo.es

Universidad de Vigo

reformulación del ámbito competencial del orden contencioso en materia de contratación pública

- La actividad contractual del sector público debe quedar sometida a control para garantizar la adecuada observancia de la normativa aplicable.
- Plantearemos una serie de argumentos que en España justificarían un sistema de control judicial que intensificase la atribución del mismo al orden contencioso-administrativo.
- **I.- ¿CUÁL ES LA RAZÓN DE SER DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA?**
 - **Perspectiva histórica:**
 - Sometimiento de la Administración al principio de legalidad como consecuencia de la implantación del principio de separación de poderes
 - La implantación de estos principios resultó decisiva para someter a control a la Administración. La implantación se produjo de manera paulatina y singular.
 - **Perspectiva constitucional:**
 - Consagración definitiva de la jurisdicción contencioso-administrativa como consustancial al Estado de Derecho.
 - Artículos 103.1; 106.1 y 153.c): La jurisdicción contencioso-administrativa ex artículo 153.c), como jurisdicción “*natural*”

- **II.- ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO**
(Los contratos públicos en la LJCA)
- Nuestro poder judicial está especializado en diversos órdenes jurisdiccionales
- La Administración puede ser controlada por el contencioso-administrativo, pero también por el civil o el laboral cuando utiliza de modo instrumental el Derecho privado. Esto plantea problemas de atribución competencial.
- No hay unidad jurisdiccional
- Problema: la instrumentalización del tipo de persona empleado para escapar a la aplicación del Derecho administrativo. Ruptura entre el tipo de actuación que se realiza (pública) y el tipo de ente instrumental/en mano pública que la atiende (privado o al que se le niega la consideración de Administración pese a tener personalidad jurídico pública).

reformulación del ámbito competencial del orden contencioso en materia de contratación pública

- **A) La cláusula general del artículo 1.1 de la LJCA**
- Artículo 1.1. de la LJCA declara la competencia de este orden jurisdiccional sobre la *“la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo”*.
- El ámbito de aplicación de la LJCA se hace depender de dos elementos, uno subjetivo (Administración pública) y otro material u objetivo (Derecho administrativo).
- ¿Qué se entiende por Administraciones públicas?: todas las entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a cualquier Administración territorial.
 - Declaración congruente con las previsiones de la Ley 30/1992 y de la LOFAGE
 - Las sociedades privadas de capital mayoritariamente público o cualquier otro ente de naturaleza privada en mano pública (fundaciones, por ejemplo) no son Administración y quedan, en principio, al margen del Derecho administrativo y de la jurisdicción contenciosa

reformulación del ámbito competencial del orden contencioso en materia de contratación pública

- **B) Previsiones de la LJCA en materia de contratación pública: el artículo 2.b)**
- Son competencia del orden contencioso *“los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas”*.
- EM LJCA:
*“En esta línea, la Ley precisa la competencia del orden jurisdiccional contencioso- administrativo para conocer de las cuestiones que se susciten en relación no sólo con los contratos administrativos, sino también con los actos separables de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones públicas. **Se trata, en definitiva, de adecuar la vía contencioso-administrativa a la legislación de contratos, evitando que la pura y simple aplicación del Derecho privado en actuaciones directamente conectadas a fines de utilidad pública se realice, cualquiera que sean las razones que la determinen, en infracción de los principios generales que han de regir, por imperativo constitucional y del Derecho comunitario europeo, el comportamiento contractual de los sujetos públicos. LA GARANTÍA DE LA NECESARIA OBSERVANCIA DE TALES PRINCIPIOS, MUY DISTINTOS DE LOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN PURAMENTE PRIVADA, DEBE CORRESPONDER, COMO ES NATURAL, A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA”**.*

- **III.- EL TRLCSP Y EL CONTENCIOSO**
- **A) Incidencia sobre el ámbito subjetivo y, en especial, sobre el concepto de Administración pública: artículo 3 del TRLCSP**
- El TRLCSP maneja una idea distinta de Administración que la que recogen otras normas generales del Derecho administrativo;
- Artículo 3.2 TRLCSP: concepto restrictivo de Administración. No considera tales a ciertas entidades de Derecho público ¿Es que estas entidades acaso no pueden tener atribuido el ejercicio de potestades públicas?. Ej: Autoridades Portuarias.
- Conclusión: el elemento subjetivo tiene una notable incidencia respecto del régimen jurídico aplicable.
- Crítica: se admiten contratos celebrados por auténticos entes públicos, creados para satisfacer fines públicos de interés general (artículo 103.1 de la CE), y cuyo objeto en muchas ocasiones estará *“dirigido a satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública”* de su específica competencia, se remiten *in totum* al Derecho privado.

- **B) Previsiones del TRLCSP en materia jurisdiccional: crítica desde la imprescindible profesionalización de la contratación pública**
- Artículo 21.1 del TRLCSP: Competencia del contencioso, en síntesis:
 - Los contratos administrativos -en toda su extensión-, así como en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones públicas
 - Las cuestiones relacionadas con la preparación y adjudicación de los “contratos SARA” que celebran poderes adjudicadores
 - Los recursos interpuestos contra los acuerdos o resoluciones adoptados por los Tribunales u órganos administrativos de recursos contractuales.
- Crítica: cuando se trata de contratos celebrados por poderes adjudicadores que carecen de la consideración de Administración pública, el reparto jurisdiccional, respecto de las fases de preparación y adjudicación, se fundamenta solo en un criterio meramente cuantitativo. Parecería más adecuado, en efecto, decantarse por criterios sustantivos
- Especialización va de la mano de la profesionalización requerida para la contratación pública

reformulación del ámbito competencial del orden contencioso en materia de contratación pública

- El legislador no debería propiciar la “huida del Derecho administrativo” y que se burlen los pilares en los que descansan nuestros sistemas de contratación pública y de su control jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional. Un “buen legislador” debería ser más exigente consigo mismo.
- Debería garantizarse una correspondencia entre el tipo de actuación realizada, su régimen jurídico y el ente que la atiende, y, por ende, la jurisdicción a la que se atribuye la misión de que dicho régimen se observe.
- Podría ser útil aplicar de forma analógica los razonamientos contruidos por el TJUE para identificar qué entes han de considerarse “Organismos de Derecho Público” a los efectos de las Directivas de contratos.
- El TRLCSP debería establecer una correspondencia entre la extensión de la jurisdicción contenciosa y la aplicación de las normas de Derecho público contractual, por un lado, y entre la jurisdicción civil y la aplicación de normas de Derecho privado,

reformulación del ámbito competencial del orden contencioso en materia de contratación pública

- Trascender de la pura formalidad para identificar al verdadero poder público actuante que está detrás y la auténtica función pública atendida. La doctrina del “levantamiento del velo” se erige en herramienta que permite descubrir la auténtica naturaleza de las funciones atendidas, así como la relación subyacente entre el ente instrumental y su matriz.
- El TS ha aplicado esta doctrina admitiendo a su conocimiento recursos interpuestos frente a licitaciones realizadas por entidades privadas (normalmente sociedades privadas), así como por entidades públicas sometidas al Derecho privado.
- **CONCLUSIÓN:** No se trata de defender a ultranza o de forma obstinada una opción, la existente conforme a una concepción actual del Derecho administrativo: su aplicación cuando se trata de atender funciones administrativas. Pudiera ser que tras una reflexión madurada, más profunda, del sistema actual se llegase a la conclusión de que conviene cambiar la esencia de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo y eliminar la propia categoría del contrato administrativo, pero ese es otro debate. Se trata, más bien, de apuntar que, de conformidad con el sistema vigente, la expuesta es la solución cabal, la única coherente con las “leyes de la ciencia jurídica en la mano”. Si se dice que la jurídica es una ciencia es porque, entre otras cosas, tiene una metodología, un rigor, una seriedad; si la menospreciamos permitiendo envites como los que en el ámbito de la “huida del Derecho administrativo” se han propiciado, la rompemos, la cuestionamos, la convertimos en un sucedáneo de cienciaología.
- La aprobación de una nueva LCSP sería un buen momento para enmendar estas disfunciones. El artículo 27 del Anteproyecto de LCSP aunque no cambia algunas cosas debería ir más allá para corregir las disfunciones de las que hablamos.

reformulación del ámbito competencial del orden contencioso en materia de contratación pública

MUCHAS GRACIAS!

Patricia Valcárcel Fernández

pvalcarcel@uvigo.es