

La LCSP y la Administración local

1. Notas introductorias.
 - 1.1. La LCSP y el proceso de unificación normativa. 1.2. Los principios generales de la contratación pública y la Administración local.
 2. Las entidades locales y el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP. Régimen jurídico.
 3. Especialidades orgánicas.
 - 3.1. Reglas para la determinación del órgano de contratación. 3.1.1. Atribución de competencias originarias. 3.1.2. La alteración de la competencia: la delegación. 3.1.3. Autorización para contratar. 3.2. Especialidades sobre la creación de órganos específicamente contractuales. 3.2.1. Las juntas de contratación. 3.2.2. La Mesa de Contratación. 3.2.3. Las centrales de contratación.
 4. Especialidades procedimentales.
 - 4.1. El expediente de contratación. 4.2. La aprobación del gasto. 4.3. Los pliegos de cláusulas administrativas. 4.4. Publicidad de las licitaciones y de las adjudicaciones. 4.4.1. Publicidad de las licitaciones. 4.4.2. Publicidad de las adjudicaciones. 4.5. El procedimiento negociado. 4.5.1. La conversión de un procedimiento excepcional en el procedimiento ordinario: la supresión del límite por razón de la cuantía. 4.5.2. Especial referencia a la urgencia como supuesto habilitante del procedimiento negociado. 4.6. La encomienda de gestión de los expedientes de contratación. 4.7. Las garantías. 4.8. Reglas especiales sobre los proyectos de obras. 4.8.1. La supervisión de proyectos. 4.8.2. El fraccionamiento de proyectos de obra.
 5. Especialidades en los contratos de gestión patrimonial.
 6. Especialidades de orden sustantivo en relación con el contrato de gestión de servicios públicos.
 - 6.1. A vueltas con el concepto de servicio público. 6.1.1. El concepto de servicio público en la LBRL. 6.1.2. El contrato de gestión de servicios públicos en la LCSP. 6.2. Las formas de gestión de los servicios públicos. 6.2.1. Las formas de gestión directa. 6.2.2. Las formas de gestión indirecta.
- Notas bibliográficas.

Pedro Luis Martínez Pallarés
*Letrado asesor de la Diputación de Zaragoza.
Profesor asociado de Derecho Constitucional*

1. Notas introductorias

1.1. La LCSP y el proceso de unificación normativa

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, se enmarca dentro del proceso de unificación de la regulación contractual de las administraciones públicas iniciado por la Ley reguladora de las bases del régimen local, que en su preámbulo precisaba:

“las reglas de la actividad pública y el régimen de los medios personales y materiales [...] han de tener presente la opción constitucional, expresada en el artículo 148.1.18 de la de la CE a favor de una ordenación común, configurándose las inevitables peculiaridades de la Administración local desde ese fondo homogéneo para su integración con el mismo.”

El artículo 88 de la LBRL en lógica coherencia con el espíritu que animaba al legislador básico, se limitaba a establecer las peculiaridades propias de las entidades locales en materia contractual, remitiéndose en bloque a la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en su caso.

Si bien el RDL 781/1986, de 18 de abril, Texto refundido de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, que, a juicio de Climent Barberà, “reproduce prácticamente el contenido de la regulación del texto articulado para la reforma parcial de la Ley de bases de 1975”, incrementaba las peculiaridades del régimen de contratación pública de las entidades locales y el Reglamento de contratación de las entidades locales mantenía en parte su vigencia, el proceso de unificación normativa se confirmó mediante el RDL 931/1986, de 2 de mayo, de adaptación de la Ley de contratos del Estado a las directivas europeas, que dado su carácter de norma básica resultó de directa aplicación al conjunto de las administraciones públicas, derogando prescripciones del TRRL y del RCCL contrarias a sus previsiones.

La Ley 13/1995, de contratos de las administraciones públicas, incluyó dentro de su ámbito subjetivo de aplicación a las entidades que integraban la Administración local, derogó expresamente el RCCL y se limitó a establecer unas escasas peculiaridades respecto de las entidades locales en su disposición adicional novena, todo ello sin perjuicio del desarrollo legislativo que en el ámbito de sus competencias pudiera realizar el legislador autonómico. El RDL 2/2000, de 16 de junio, Texto refundido de la LCAP y el Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento general de la LCAP, ratificaron esta opción del legislador y se limitaron a ampliar levemente las especificidades respecto de la contratación pública de las entidades locales en sus respectivas disposiciones adicionales novenas.

La LCSP mantiene y acentúa la lógica legislativa expuesta, derogando el artículo 88 de la LBRL y gran parte de los artículos del TRRL dedicados a la contratación local a excepción de los artículos 111, 114 y 117, desaprovechando una oportunidad para, sin desdoro de mantener una regulación homogénea para el conjunto del sector público, introducir en el clausulado de su texto articulado las especificidades locales, tal y como aconsejaba el Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo:

“incluir en la legislación sobre contratos las especialidades de la contratación local, no parece que la ubicación más adecuada para ello sea una disposición adicional. Frente a ello cabrían dos posibilidades: o bien se podría incluir una nueva división en la ley que en su rúbrica hiciese referencia a las especialidades de la contratación local y en la que figurase, desglosado en artículos, el contenido de la actual disposición adicional segunda; o bien se podrían ir introduciendo las especialidades de la contratación local al hilo de los distintos aspectos del régimen de la contratación del sector público. En opinión de este Consejo sería preferible la primera opción.”

Y establecer asimismo peculiaridades procedimentales de mayor alcance que tuvieran en cuenta las características organizativas y presupuestarias de nuestras entidades locales.

Por último, la consideración como legislación básica de la disposición adicional segunda de la LCSP en su integridad, en relación con la legislación anterior conlleva la conversión en básicas de ciertas normas contenidas con carácter no básico en el TRRL y que, no obstante su expresa derogación, su texto se ha incorporado al contenido de la mencionada disposición, con la consiguiente incidencia que ello tendrá en el legislador autonómico, al que de manera harto discutible se le reduce su ámbito de actuación.

1.2. Los principios generales de la contratación pública y la Administración local

La LCSP pretende someter los principios generales de la contratación al conjunto de la contratación del sector público. De esta forma, los principios de libertad de acceso a las licitaciones; publicidad y transparencia de los procedimientos; no-discriminación e igualdad de trato; eficiente utilización de los recursos públicos; salvaguarda de la libre competencia y selección de las ofertas económicamente más ventajosas, deben informar todos los contratos que celebren las entidades, entes y organismos que integran lo que se da en denominar “sector público”.

Nos encontramos ante la concreción desde el punto de vista del Derecho estatal de los principios establecidos en las directivas comunitarias sobre

contratos públicos, en particular en las aprobadas durante la década de los 90 y, especialmente, en la Directiva 2004/18/CE.

No obstante, tal y como comprobaremos a lo largo de este trabajo, el mantenimiento de procedimientos de contratación de carácter excepcional, algunos no reconocidos por el Derecho Comunitario como el contrato menor y otros, previstos en la legislación comunitaria pero permitiendo su utilización en supuestos no contemplados en ésta, como es el caso del procedimiento negociado, junto con la elevación de los umbrales que permiten acudir a ellos y la reducción de límites específicos para la Administración local posibilitan que una gran parte de la actividad contractual de las entidades locales españolas pueda huir o mantener una vinculación laxa con los principios que informan la contratación pública.

En este sentido el artículo 122 de la LCSP, que define la figura del contrato menor únicamente por razón de la cuantía, fija en 50.000 euros para los contratos de obras y en 18.000 euros para los restantes contratos los importes que permiten la utilización de este procedimiento, elevando sensiblemente los previstos en la legislación que se deroga, 30.050 euros para el contrato de obras y 12.020 euros para los restantes contratos. Respecto del procedimiento negociado sin publicidad, permite su utilización en los contratos de obras de hasta 200.000 euros, y en los restantes contratos hasta el importe de 60.000 euros, elevándose igualmente los umbrales previstos en la legislación anterior, de 60.101 euros para los contratos de obras, 30.050 euros para los restantes contratos y 48.080 euros en determinados suministros. Por último se establece un nuevo procedimiento negociado con publicidad para los contratos de obras de cuantías entre 200.000 y 1.000.000 de euros y para los restantes contratos entre 60.000 y 100.000 euros.

Las consecuencias de estas modificaciones son evidentes. Dada la peculiar planta municipal rural española, en gran parte de su territorio fuertemente atomizada y dispersa, con unas entidades locales de precaria solidez económica, en las que el grueso de sus contrataciones son de cuantías inferiores a las referidas, la mayor parte de los contratos de las entidades locales van a realizarse o bien mediante contratos menores, o bien mediante procedimientos negociados, principalmente sin publicidad. Considero que se ha desaprovechado una excelente ocasión para crear procedimientos de contratación *ad hoc* para la mayoría de nuestras entidades locales, que, sin obviar la búsqueda de la eficacia y de la economía de la actuación administrativa, ponderase adecuadamente el cumplimiento de los principios generales de la contratación, que tal y como ha reiterado la jurisprudencia comunitaria se extiende a todo tipo de contratos que

celebren los órganos de contratación sujetos a las directivas, estén aquéllos incursos o no en el ámbito de aplicación de éstas.

Por último, destacar que la reducción del estándar normativo de la publicidad y concurrencia que se produce en relación con las entidades locales se acentúa con la no-consideración como administraciones públicas a efectos contractuales de las entidades públicas empresariales locales. Se abre con ello un portillo para que una parte importante de la actividad de los entes locales, que cumpla con los requisitos previstos en el artículo 85.bis de la LBRL y en los artículos 53 a 60 de la LOFAGE, se articule mediante este tipo de entidad instrumental, que va a poder ser considerada como poder adjudicador sin tener la consideración de Administración, o como mero integrante del sector público, con las consecuencias procedimentales que ello supone de conformidad con lo previsto en los artículos 121, 174, 175 y 176 de la LCSP, respectivamente.

2. Las entidades locales y el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP. Régimen jurídico

Inicialmente, en el artículo 3.1 de la LCSP se delimitan de forma amplia los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público y que quedan sometidos a la normativa de contratación pública. Para su determinación se toma como referencia la definición de sector público establecida en el artículo 3.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria, incluyendo una expresa referencia a las universidades públicas y a los reguladores independientes, y estableciendo una cláusula de cierre en la letra h), que no es otra cosa que la definición de organismo de Derecho público establecida en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE.

Encuadradas dentro del sector público figuran las entidades que integran la Administración local, los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales dependientes de aquéllas, y cualesquiera entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculada a un sujeto que pertenezca al sector público, incluidas las entidades locales; los consorcios locales dotados de personalidad jurídica propia; las sociedades mercantiles cuyo capital social esté participado por entidades locales en cuantía superior al 50%; las fundaciones que se constituyan con una aportación directa o indirecta mayoritaria de las entidades locales o cuyo capital fundacional con carácter de permanencia esté formado en más de un 50% por bienes o derechos cedidos por entidades locales; y cualesquiera entes o organismos, entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades

de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público, entre ellos las entidades locales y su entramado institucional, financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia (artículo 3 de la LCSP)

Dentro del sector público se distinguen tres categorías de sujetos, con un diferente grado de vinculación a las determinaciones de la Ley:

1. Administraciones públicas, integradas entre otras por las entidades que integran la Administración local, sean éstas territoriales o no de acuerdo con la terminología del artículo 3 de la LBRL, los organismos autónomos dependientes de éstas y las entidades de Derecho público, vinculadas o dependientes de una o varias administraciones públicas, entre ellas las administraciones locales, que cumplan alternativamente alguna de las siguientes características:

–Su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de renta y de la riqueza nacional, en todo caso, sin ánimo de lucro.

–No se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de la entrega de bienes o prestación de servicios.

Nos encontramos ante una regulación del concepto de Administración pública más amplia que la prevista en el TRLCAP, que en el ámbito local integra a las entidades locales enumeradas en el artículo 3 de la LBRL y en el artículo 2 de la LAL de Aragón, que además incluye a las “comunidades de villa y tierra”. Asimismo comprende a los organismos autónomos locales, y otras entidades de Derecho público dependientes de éstas, a excepción de las entidades públicas empresariales. En este sentido se establece una expresa previsión de no-consideración como Administración pública a las entidades públicas empresariales, y organismos asimilados de las entidades locales.

En relación con los consorcios, deben ser considerados como administraciones públicas, en todo caso en los supuestos integrados únicamente por éstas, tal y como ha sido tradicional en nuestro régimen local, y en los supuestos en que formen parte de los mismos entidades privadas sin ánimo de lucro deberá analizarse su grado de participación y lo dispuesto en sus estatutos reguladores. No obstante, debe recordarse que en la legislación autonómica, como sucede con la legislación aragonesa de régimen local, se configuran en todo caso a los consorcios como entidades públicas, incorporándose en su caso

las entidades privadas a una entidad pública ya constituida. Siendo estas entidades consideradas entidades locales si sus fines persiguen la gestión de servicios de competencia local y la participación de otras administraciones es minoritaria.

En estos supuestos el grado de vinculación a los preceptos, reglas y procedimientos establecidos en la LCSP será íntegro, tanto en relación con los contratos administrativos, sean éstos contratos sometidos o no a contratación armonizada, como con los contratos privados que puedan celebrar las entidades locales.

2. Entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que no tienen la consideración de Administración pública, cuando cumplan los requisitos establecidos en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE para ser considerados como poder adjudicador; hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y estén financiados mayoritariamente, controlada su gestión o nombrados más de la mitad de los miembros de su órgano de administración por uno o varios sujetos del sector público que deban ser considerados poder adjudicador.

Entre estos sujetos se encuadran las entidades públicas empresariales locales, las sociedades mercantiles locales y las de capital mayoritariamente local y las fundaciones públicas participadas mayoritariamente por entidades locales, tal y como se prevé en las letras d) y f) del artículo 3.1 de la LCSP, así como las sociedades mercantiles y fundaciones en que, no cumpliéndose este requisito, el control de la misma corresponda a uno o varios poderes adjudicadores de extracción local.

En idéntica situación se encontrarán las asociaciones constituidas por los mencionados entes, organismos y entidades, entre las que no se encuentran las mancomunidades municipales que se encuadran dentro del concepto de Administración pública y se plantea la posibilidad de encuadrar a la FEMP, y asociaciones representativas de intereses locales similares, en los respectivos ámbitos autonómicos. En este sentido debe recordarse que estas asociaciones ofrecen y prestan servicios, que normalmente previamente han contratado en el mercado, a las entidades locales a ellas asociadas. El apartado 6 de la disposición adicional novena del TRLCAP, que ha sido omitido por la LCSP, tras diversos dictámenes de la JCCA que destacaban el carácter contractual de dichos servicios, expresamente excluía de su ámbito de aplicación “a la prestación de servicios gratuitos que realicen a las entidades locales las asociaciones de las mismas a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local”.

La inclusión en el denominado “sector público”, con la consideración de poder adjudicador, de dichas asociaciones podría tener como finalidad someter a algún tipo de disciplina los procesos selectivos de los proveedores finales de dichos servicios gratuitos, pero a mi entender con la LCSP no se lograría. Con la nueva regulación, tal y como considera Ortega Montoro, dichos servicios gratuitos estarán excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP, que en su artículo 2.1 circunscribe su objeto a los contratos onerosos, por lo que en todo caso, sea un poder adjudicador con carácter de administración o no, los negocios gratuitos quedan fuera de su ámbito de aplicación. Como conclusión, considero que desde un punto de vista teleológico poco aportaría su consideración como poder adjudicador y mucho dificultaría su normal desenvolvimiento.

El grado de vinculación de estas entidades a los procedimientos y reglas establecidas en la LCSP lo podríamos denominar medio. De esta forma, estarán sujetos a las reglas y procedimiento de selección del contratista, en los supuestos de contratos, que en todo caso serán privados, sometidos a regulación armonizada. No obstante, no le serán de aplicación las disposiciones sobre el régimen general de publicación de licitaciones y adjudicaciones, bastando la publicación en el DOUE, cuando corresponda, y la inserción en la plataforma de contratación o sistema equivalente, ni les serán de aplicación las normas relativas a criterios para apreciar el carácter normal o desproporcionado de las ofertas, ni la intervención del comité de expertos para valorar los criterios subjetivos o las relativas a la formalización de los contratos.

En los contratos no sujetos a regulación armonizada deberán dar cumplimiento a los principios que informan la contratación pública. Asimismo, deberán aprobar y observar unas instrucciones que rijan el procedimiento de contratación que garanticen el cumplimiento de los mencionados principios. Éstas deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en el proceso selectivo y publicarse en el perfil del contratante. Si no supera el importe de 50.000 euros, el artículo 175.c) de la LCSP no determina cuáles sean los medios de información que garanticen el principio de publicidad, si bien resultaría lógica, al menos, su inserción en el perfil del contratante, si existiere.

3. Resto de entes, organismos y entidades del sector público local que no tienen consideración de Administración pública ni de poder adjudicador. En la redacción dada por el TRLCAP serían las entidades previstas en la disposición adicional sexta del TRLCAP. Entre esta tipología de entes podemos encuadrar a las EPE locales creadas para la satisfacción de necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil y las sociedades mercantiles de parti-

cipación pública local igual o superior al 50% si se han creado para satisfacer necesidades de interés general de carácter industrial o mercantil. En cambio, no lo estarán las fundaciones privadas de titularidad mayoritariamente local, dada su propia naturaleza jurídica, tal y como se desprende del artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, que las define como “organizaciones sin ánimo de lucro, que por voluntad de sus fundadores, tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”, y del artículo 3 de dicho texto legal, que enumera los fines de las mismas.

En relación con el régimen jurídico de las contrataciones de esta tipología de entes, el grado de vinculación a las reglas y procedimientos de la LCSP lo podemos denominar bajo, siendo escasas las previsiones específicas al respecto. En todo caso, deberán ajustar su actuación en la adjudicación de los contratos a los principios comunitarios, publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no-discriminación, debiendo aprobar para ello unas instrucciones internas, que previo informe jurídico deberán ser publicadas en el perfil del contratante de la entidad. El criterio de adjudicación de los contratos deberá basarse en el de la oferta económicamente más ventajosa.

3. Especialidades orgánicas

3.1. Reglas para la determinación del órgano de contratación

3.1.1. Atribución de competencias originarias

Ha sido tradicional que, con buen criterio sistemático, la legislación de régimen local estableciera las reglas de distribución de atribuciones y competencias en materia contractual entre los distintos órganos de las entidades locales. Así, la LBRL, en sus artículos 21, 22, 33 y 34, al establecer el régimen general de distribución de competencias entre los órganos de municipios y provincias, establecía las reglas de determinación de los órganos de contratación en las entidades locales necesarias. Junto a ello, el artículo 127 del mencionado texto legal desempeñaba idéntico papel respecto de los municipios de gran población.

La Ley de contratos del sector público, con evidente desacuerdo sistemático, rompe con dicha tradición y procede a establecer las reglas para la determinación de los órganos de contratación en municipios y provincias, mediante una disposición adicional (disposición adicional segunda, apartados 1, 2 y 3) y derogando las previsiones que al respecto establecía la LBRL, en los artículos 21.1.ñ) y p), 22.1.n) y o), 33.2.l) y n), 34.2.l) y n), 34.1.k) y m) y 127.1.f) [disposición derogatoria única, b)].

El desconcierto del operador jurídico no avisado es inevitable. Si la proyectada y non nata nueva legislación de régimen local no lo remedia, el bienintencionado operador no encontrará respuesta en la norma de cabecera de nuestro régimen local a su necesidad de identificar el órgano local competente en materia de contratación. No obstante, el contenido sustantivo de las reglas de determinación del órgano de contratación local contenidas en la legislación contractual rezuma continuismo por los cuatro costados.

Corresponden a los alcaldes y presidentes de las entidades locales, se entiende que las necesarias puesto que de las no necesarias su regulación es competencia de la legislación autonómica de régimen local correspondiente, la contratación de obras, suministros, de servicios, de gestión de servicios públicos y contratos administrativos especiales y los contratos privados de duración anual cuando su importe no supere el diez por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, y los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de las anualidades no supere dicho porcentaje, referido a los recursos ordinarios del primer presupuesto, ni la cuantía señalada. En relación con la regulación derogada, destaca que en aquélla se hacía referencia a las contrataciones y concesiones de toda clase, y en la nueva regulación se discrimina en función de la tipología del contrato.

En relación con los contratos de contenido patrimonial, se procede a ampliar, en parte, la competencia del alcalde o presidente atribuyéndole facultades para la adjudicación de concesiones sobre los bienes locales y la adquisición y enajenación de patrimonio cuando su valor no supere el diez por ciento de los recursos ordinarios, ni el importe de tres millones de euros, sin la concurrencia de otros requisitos. En la legislación derogada se requería, en todo caso, que no rebasara dichos límites, siendo necesario en el supuesto de enajenación de inmuebles y de bienes muebles declarados de valor histórico o artístico que se hallara prevista en el presupuesto, no siendo necesario este requisito para los bienes muebles.

Por el contrario, corresponden al Pleno las competencias como órgano de contratación cuando la duración de los contratos enumerados sea plurianual superior a cuatro años, en todo caso, o cuando no siendo superior a cuatro años, su importe acumulado supere el porcentaje del diez por ciento de los recursos ordinarios de la entidad local, referidos a recursos ordinarios del primer presupuesto, o en todo caso supere la cuantía de seis millones de euros. Asimismo, serán competencia del Pleno los restantes contratos no mencionados anteriormente, entre otros la concesión de obra pública y la colaboración

entre sector público y privado, y la adjudicación de concesiones y adquisición y enajenación de patrimonio que no sean competencia del alcalde o presidente y, en todo caso, de los bienes declarados de valor histórico cualquiera que sea su valor.

En los municipios de gran población las competencias serán ejercidas por la Junta del Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo.

La Administración institucional dependiente o vinculada a las entidades locales, organismos autónomos y entidades públicas empresariales, que bien podríamos denominar parafraseando la terminología introducida por la LOFAGE como *organismos públicos locales*, se rige según dispone la LBRL con carácter general por lo dispuesto en los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la LOFAGE, que de esta forma, sin perjuicio de las especialidades que se establecen en la legislación de régimen local, se convierte en legislación básica local. La remisión que dichos preceptos efectúan en materia de contratación a las previsiones contenidas en la legislación de contratos del sector público nos permite afirmar que los órganos de contratación de las mismas, con carácter general, serán los directores o presidentes de los mismos, o aquellos cuyas disposiciones estatutarias determinen.

Si bien nada se dispone al respecto en la nueva legislación contractual, sin perjuicio de lo que pueda disponer la legislación de régimen local que pueda sobrevenir, puede considerarse que la capacidad para contratar de los representantes legales de las sociedades mercantiles con capital mayoritariamente local y las fundaciones del sector público local se regirán por lo dispuesto en los estatutos de estas sociedades y por las normas de Derecho privado que le sean de aplicación en cada caso.

3.1.2. La alteración de la competencia: la delegación

La deficiente técnica legislativa utilizada puede producir ciertas dudas en el operador jurídico respecto de la aplicabilidad de la técnica de la delegación en estos supuestos, tal y como con acierto ha resaltado Romero Hernández.

La LBRL, en sus artículos 21.1.ñ) y p), 22.1.n) y o), 33.2.l) y n), 34.1.k) y m) y 127.1.f), procedía a establecer la atribución de competencias en el seno de las entidades locales necesarias de régimen común y en los municipios de gran población en las materias objeto de nuestro estudio, disponiendo en los artículos 21.3, 22.4, 33.4, 34.2 y 127.2 la posibilidad de alteración de la competencia a favor de otros órganos de la entidad local. Se establecía, no obstante, una excepción en el artículo 22.4 de dicho texto legal a la regla general de la posible delegación en el supuesto de las competencias atribuidas al Pleno que remitía a los supuestos del

artículo 47.2 de la LBRL en los que el acuerdo debiera adoptarse por mayoría absoluta, en materias tales como cesión por cualquier título del aprovechamiento de bienes comunales, concesión de bienes y servicios por más de cinco años y que supere el veinte por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto, enajenación de bienes que excedan del veinte por ciento de los recursos ordinarios y cesión gratuita de bienes a otras administraciones y entes públicos.

A mi entender, con carácter general, la delegación de las competencias continúa siendo posible en los supuestos en que de acuerdo con la anterior regulación podía realizarse. La técnica utilizada en los artículos 21.3, 22.4, 33.4 y 34.2 de la LRBRL, en la que expresamente se determinan las atribuciones que no son susceptibles de delegación, que no ha sido objeto de modificación, nos permite sostener que las restantes competencias atribuidas a los órganos necesarios, ya sea en la legislación básica de régimen local o en cualquier otra ley sectorial o especial, son susceptibles de ser delegadas, incluidas las que nos ocupan en este estudio. Cuestión distinta es la producida con motivo de la derogación del artículo 127.1.f) de la LBRL, puesto que en el apartado segundo de dicho artículo la técnica utilizada era la contraria, se procede a la enumeración de las funciones y atribuciones susceptibles de delegación. El silencio que a este respecto mantiene la disposición adicional II.3 de la LCSP deja fuera a las contrataciones y concesiones de las atribuciones de la Junta de Gobierno Local susceptibles de delegación en los tenientes de alcalde, en los demás miembros de la Junta de Gobierno Local o en los restantes órganos enumerados en el artículo 127.2.

Particular interés suscita la determinación de las facultades contractuales susceptibles de delegación, resaltando que tras la aprobación de la nueva legislación de contratos del sector público no existe, a priori, restricción alguna respecto a las mismas. De esta forma, la aprobación del gasto, que como más adelante observaremos con carácter general se encuentra implícita en la aprobación del expediente de contratación, y que en los municipios de población inferior a 5.000 habitantes se sustituirá por una certificación de existencia de crédito, no se encuentra excluida salvo que el acuerdo de delegación expresamente así lo determine. A nuestro entender, la regla general establecida en el artículo 4 del RGCAP, por la que "la delegación de competencias no conllevará la aprobación del gasto salvo que se incluya de forma expresa", debe considerarse derogada, estableciéndose con ello la regla inversa. Por ello puede afirmarse que el bloque de competencias que supone la atribución general a favor del órgano de contratación de celebrar contratos es susceptible de delegación en su totalidad a favor del órgano delegado.

3.1.3. Autorización para contratar

Tributaria del desorden introducido por el nuevo criterio sistemático del legislador, la legislación básica de régimen local, y no la legislación básica contractual, establece la posibilidad de que la celebración de contratos por parte de los órganos de contratación de los organismos públicos locales, organismos autónomos y entidades públicas empresariales, sean objeto de autorización por parte de la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local matriz, si superan las cuantías que previamente se hayan determinado por aquéllas.

Nuevamente la deficiente sistemática del legislador, en este caso imputable a la mejorable regulación de los organismos públicos locales realizada por la Ley 57/2003, de 26 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, introduce la confusión. Y ello porque la mimética traslación de la regulación de la LOFAGE al régimen local realizada por la LMMGL obvia que en las entidades locales, quien podrá autorizar o no, en su caso, la contratación a efectuar por los organismos públicos locales es quien tiene la competencia originaria para contratar, el alcalde o presidente y el Pleno, y no las concejalías, áreas u órganos similares, en las entidades locales de régimen común y la Junta de Gobierno Local, en los municipios de gran población.

3.2. Especialidades sobre la creación de órganos específicamente contractuales

3.2.1. Las juntas de contratación

La Ley de contratos del sector público, tal y como ya preveía la disposición adicional 9 del TRLCAP, faculta a las entidades locales para que con carácter potestativo creen juntas de contratación, que actuarán como órganos de contratación, determinando que su ámbito de actuación como máximo se extenderá a los contratos de obras que tengan por objeto trabajos de reparación simple, de conservación y mantenimiento; a los contratos de suministro que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso, y en los contratos de servicios cuando su importe no supere el diez por ciento de los recursos ordinarios de la entidad, o cuando superando este importe dichas actuaciones estén previstas en el presupuesto del ejercicio a que corresponda y se realicen de acuerdo con lo dispuesto en las bases de ejecución de éste.

Los límites expuestos tienen un carácter de máximos, de forma que el acuerdo de creación de la Junta de Contratación puede establecer unos límites cualitativos y cuantitativos menores en cada tipología de contratos, pudiendo determinar qué tipo de contratos de los descritos serán competencia de la Junta y

dentro de cada tipo de contrato la cuantía de éstos, nunca superior a la descrita.

En términos generales observamos una clara coincidencia entre los contratos en los que las juntas de contratación pueden actuar como órganos de contratación en el ámbito de la Administración General del Estado y de las entidades locales, si bien en relación con los contratos de servicios el ámbito de actuación de aquéllas en las entidades locales es menor, puesto que en la Administración estatal no existe a priori limitación cuantitativa alguna.

La competencia para acordar su constitución y determinar su composición le corresponde, en todo caso, al Pleno de la entidad local. Los contratos y los límites cuantitativos de éstos en los que las juntas de contratación actuarán como órgano de contratación, en las entidades locales de régimen común, serán igualmente determinados por el órgano plenario, si bien dicho acuerdo se adoptará a propuesta del alcalde o presidente cuando éstos sean los órganos que tengan atribuida la competencia sobre los mismos. En los municipios de gran población esta facultad le corresponderá, en todo caso, a la Junta de Gobierno Local, puesto que en esta tipología de municipio es el órgano de contratación por excelencia. Con ello se pretende coherenciar las reglas sobre atribución de competencias y su régimen de alteración, con el principio por el que corresponde al Pleno de la entidad local aprobar la organización complementaria local.

Respecto de su composición, ya hemos hecho referencia a que su determinación es una atribución que le corresponde realizar al Pleno, debiendo formar parte necesariamente de la Junta de Contratación el secretario de la entidad local o el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la corporación, y el interventor de la misma.

La intervención de la Junta de Contratación, en cuanto que órgano colegiado especializado de contratación, conllevará en todo caso prescindir de la intervención de la Mesa de Contratación.

3.2.2. La Mesa de Contratación

El apartado 10 de la disposición adicional II de la LCSP establece una novedad frente a la tradicional previsión de la legislación contractual local por la que, en todo caso, la presidencia de la Mesa de Contratación correspondía al alcalde o presidente de la entidad local o miembro de la corporación en quien delegara.

La nueva regulación prevé que la presidencia pueda recaer tanto en un miembro de la corporación como en un funcionario al servicio de ésta. El principio general por el que todos los órganos de la entidad local deben ser convocados y presididos por el presidente de la entidad local, que tradicionalmente consagraba la legislación de régimen local, se vio

modulado mediante la reforma de la LRBRL realizada a través de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, condicionando la presidencia de determinados órganos a su expreso establecimiento en norma legal o reglamentaria, con lo que sólo la presidencia de los órganos necesarios y de las comisiones informativas integran el núcleo de atribuciones que caracterizan la posición del alcalde, tal y como se desprende de la STS de 24 de septiembre de 2007.

Coherentemente con ello, la LCSP establece la posibilidad de que el presidente de la Mesa de Contratación lo sea tanto un miembro de la entidad local, sin determinar que necesariamente lo sea el presidente, como que lo sea un funcionario de la misma. Junto a ello se reitera la previsión realizada en el TRLCAP por la que el secretario, o el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el interventor serán miembros necesarios de la Mesa de Contratación, en calidad de vocales. El resto de los vocales serán designados entre personal funcionario de carrera, personal laboral, todos ellos al servicio de la corporación o miembros electos de la misma. Actuará como secretario un funcionario de la corporación. En todo caso, el número mínimo de miembros de la Mesa será de tres.

Debe recordarse el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa número 17/2000, de 6 de julio, que considera que la condición de miembro de la Mesa de Contratación es indelegable salvo en el supuesto de presidente de la corporación, por lo que con las nuevas previsiones normativas, en todo caso, deberá preverse la existencia de presidente y vocales titulares y suplentes debidamente identificados o identificables.

Una novedad destacada consiste en la posible integración en la Mesa de Contratación de las entidades locales municipales, de personal al servicio de las correspondientes diputaciones provinciales o comunidades autónomas uniprovinciales, resaltando con ello, junto con otras previsiones que analizaremos a continuación, las funciones de asistencia a los municipios que la legislación de régimen local atribuye a la provincia.

3.2.3. Las centrales de contratación

En la Directiva 2004/18/CE, ante la importancia que ha adquirido en algunos estados miembros este tipo de técnica, se procede a establecer una definición comunitaria de central de compra al servicio de los poderes adjudicadores, considerándola como un poder adjudicador que adquiere suministros y/o servicios destinados a poderes adjudicadores y/o que adjudica contratos públicos o celebra acuerdos marco de obras, suministros o servicios destinados a poderes adjudicadores. Las entidades del sector

público van a poder centralizar, a través de ellas, la contratación de obras, servicios y suministros atribuyéndola a servicios especializados. Mediante esta técnica se va a producir una alteración de la titularidad de la competencia de los órganos de contratación, excepcionando el régimen general de competencias en materia de contratación administrativa, de manera que la contratación de las obras, servicios o suministros que se opte por centralizar va a recaer sobre los servicios especializados que se creen al efecto.

La nueva Ley de contratos del sector público acoge sin reservas la definición comunitaria, en el artículo 187, denominándola con mayor acierto dado su ámbito objetivo de actuación como centrales de contratación, y caracterizando a los beneficiarios de sus adquisiciones y contratos o acuerdos marco como órganos de contratación, término más adecuado que el mencionado de poder adjudicador, puesto que éste es la personificación jurídica que adjudica un contrato al estar comprendida dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la legislación de contratación pública, y órgano de contratación es el órgano de la misma con competencia y capacidad para manifestar la voluntad de aquél.

El ámbito objetivo de utilización de esta técnica comprende, tal y como ya hemos visto, la contratación de obras, servicios y suministros, pudiendo los órganos especializados que puedan crearse, denominados *centrales de contratación*, adquirir suministros y servicios para otros órganos de contratación o adjudicar contratos o celebrar acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios destinados a aquéllos.

El sistema se basa en concentrar en un solo órgano la contratación, que inicialmente se encuentra dispersa y fraccionada en los diversos órganos de contratación con competencia para ello que integran la estructura de las diferentes administraciones, consistiendo tanto en contratar centralizadamente los bienes o servicios por dicho órgano para el conjunto de la Administración como en homologar los bienes, obras o servicios, sus precios máximos y las empresas seleccionadas, sometiéndose las contrataciones posteriores que puedan realizarse a dichas condiciones.

En este último supuesto, el procedimiento habitualmente establecido para ello consiste en tres fases diferenciadas: una primera fase en la que se declara necesaria la normalización o uniformidad de determinados bienes para su utilización común por la Administración, una segunda fase de selección de los tipos de bienes a adquirir y servicios a contratar y una tercera fase de concreción de la adquisición (Coscolluela Montaner). En todo caso, la efectiva materialización de este procedimiento debe respetar las

directivas comunitarias, y en particular los principios de no-discriminación e igualdad de trato que las informan.

En relación con la Administración local, se pretende tanto facilitar que las entidades locales puedan beneficiarse de condiciones económicas en la contratación que por sí solas, individualmente consideradas, difícilmente podrían obtener, como posibilitar que la gestión jurídico-administrativa que toda contratación conlleva se realice adecuadamente y con el menor gravamen posible para ellas. El principio que informa toda esta posibilidad de actuación es la libre decisión de las entidades locales provinciales, respecto de la creación de centrales de contratación, y la libertad de incorporación a los sistemas centralizados constituidos por otras administraciones públicas, por parte del conjunto de las entidades locales.

Destaca en primer lugar la previsión por la que las diputaciones provinciales podrán proceder a la creación de centrales de contratación, por acuerdo adoptado por el Pleno de la corporación, que podrán asumir y ejercer las competencias de los órganos de contratación de los municipios con población inferior a 5.000 habitantes en relación con la adquisición de suministros y servicios y la contratación o celebración de acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios. Tanto la creación de las centrales de contratación por las corporaciones provinciales como la asunción por éstas de las competencias contractuales de los municipios descritos es potestativa, articulándose esta última posibilidad a través de un acuerdo entre las entidades locales implicadas. En todo caso, su previsión coincide con las preocupaciones manifestadas al respecto tanto por el informe de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública como el *Libro blanco para la reforma del gobierno local*, que destacaron, dadas las características de nuestra planta municipal, la insuficiencia en gran parte de las entidades locales de personal cualificado para afrontar las exigencias jurídico-formales de la aplicación y gestión de la normativa de contratación pública.

Asimismo se prevé, en este supuesto sin límite alguno en relación con el número de habitantes de las respectivas entidades locales, que cualesquiera de ellas, así como los organismos autónomos y entidades públicas dependientes de las mismas, puedan adherirse al sistema centralizado de contratación del ámbito estatal, pudiendo adherirse en relación con todos los suministros, obras y servicios previstos en el mismo o sólo para determinadas categorías de ellos. En todo caso, si se optare por esta adhesión, será necesario formalizar un convenio con la Dirección General de Patrimonio del Estado, en su condición de central de contratación única del ámbito estatal.

Idéntica previsión se realiza respecto de la posible adhesión a los sistemas de contratación centralizada que puedan constituir las comunidades autónomas, se sobreentiende aunque nada se diga al efecto que la propia del ámbito territorial en el que se ubique la entidad local, correspondiendo a la legislación autonómica la determinación del alcance de la misma, ya sea para la totalidad de los suministros, obras y servicios que éste contrate o sólo a determinadas tipologías de los mismos. La cooperación con otras entidades locales, tal y como hemos reseñado con anterioridad, se prevé expresamente mediante la posibilidad de que los municipios de población inferior a 5.000 habitantes se incorporen a los sistemas centralizados de contratación que pudieran constituir las diputaciones provinciales, pudiendo ser beneficiarias asimismo de dicha técnica, mediante el correspondiente acuerdo con la corporación provincial, los municipios de población superior y otras entidades locales, si a sus intereses conviniere.

4. Especialidades procedimentales

4.1. El expediente de contratación

Con carácter general, el artículo 22 de la LCSP dispone para el conjunto de entes, organismos y entidades que integran el sector público, entre ellos los de naturaleza local, que en la documentación preparatoria de los contratos deberá acreditarse la naturaleza, extensión y necesidades que pretenden satisfacerse con el mismo y la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.

En el seno de las administraciones públicas, de conformidad con el artículo 93.1 de la LCSP, la celebración de los contratos exige la previa tramitación de un expediente administrativo, que se iniciará por el órgano de contratación justificando la necesidad del contrato. De forma somera enumeramos los documentos administrativos que de conformidad con el artículo 93.3 y 4 de la LCSP, en todo caso, deben integrar el expediente de contratación: acuerdo de inicio; pliego de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas o documento descriptivo en el supuesto de diálogo competitivo; certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, y la fiscalización previa de intervención, si bien su exigencia no tiene naturaleza de norma básica, así como la justificación del procedimiento de selección del contratista elegido y de los criterios de adjudicación del contrato que se establezcan. En los denominados contratos menores, el contenido del expediente se reduce al mínimo, lo que no supone la inexistencia de expediente administrativo como algunas voces

han interpretado, exigiéndose únicamente con carácter general la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente, y en el supuesto de contrato menor de obra la incorporación de un presupuesto y, en su caso, de un proyecto cuando normas específicas así lo exijan.

El expediente, una vez tramitado, debe ser aprobado por el órgano de contratación mediante una resolución motivada, que tiene una finalidad habilitadora, permitir abrir el expediente de adjudicación, y que con carácter general conlleva la denominada *aprobación del gasto*. Nada nuevo añade al respecto la disposición adicional II, párrafo 7, de la LCSP, que se limita a reiterar esta regla en el seno de las entidades locales, si bien su específica redacción para ser cabalmente entendida ha de ser puesta en relación con la derogación del artículo 113 del TRRL, regulador de prescripciones de tenor similar, que lleva a cabo la disposición derogatoria única, letra c).

Con carácter general se adecúa a la realidad organizativa de las entidades locales la emisión de los informes jurídicos y de fiscalización previstos en el seno de la legislación contractual, de forma que la emisión de aquéllos se realizará por el secretario o titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico y éstos por el interventor de la entidad local. Una vez más, esta expresa previsión en el articulado de la LCSP se justifica en la derogación del artículo 113 del TRRL, que en sus apartados 4 y 5 contenía una disposición de similar tenor.

4.2. La aprobación del gasto

Ya hemos reseñado que con carácter general, la aprobación del expediente conlleva la aprobación del gasto, correspondiéndole ambas atribuciones al órgano de contratación, salvo en los supuestos excepcionales en que el presupuesto no haya podido ser determinado previamente por la Administración o que se haya producido la alteración de la competencia mediante las técnicas de la desconcentración o de la delegación.

En los municipios de población inferior a 5.000 habitantes la aprobación del gasto será sustituida por una certificación de existencia de crédito que se expedirá por el secretario interventor, o por el interventor en su caso (disposición adicional II.7). Esta sustitución tiene una particular transcendencia en los supuestos de los denominados *contratos menores*, que tal y como hemos visto anteriormente, con carácter general exigen como actuaciones preparatorias únicamente la aprobación del gasto y la incorporación de la factura, dándose con ello la posibilidad de que ningún órgano político participe en la adopción de los acuerdos esenciales de la contratación,

circunstancia que contraviene la necesaria adopción de los acuerdos por los órganos que tienen competencia para contratar.

4.3. Los pliegos de cláusulas administrativas

Tal y como con carácter general previene el artículo 99 de la LCSP, los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse por el órgano de contratación previamente a la autorización del gasto o conjuntamente, siempre antes de su licitación o de su adjudicación provisional. La disposición adicional II.7 de la LCSP especifica que la exigencia establecida en el artículo 99.6 de la LCSP, para la Administración del Estado y su entramado instrumental, que por ello carece de naturaleza básica, de emisión de un informe jurídico previo a la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en el seno de las entidades locales se atribuye al secretario de la corporación o al titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de aquélla. Junto a ello se establece la emisión de un informe del interventor, que no se contempla en las previsiones relativas a la Administración del Estado y su entramado instrumental, que a mi entender consistirá en el informe de fiscalización previa, que conlleva la intervención crítica de todo documento susceptible de producir derechos, que si bien se relaciona en el artículo 93.3 como parte integrante del expediente, su regulación no tiene naturaleza básica.

Tras la aprobación del TRLCAP, se suscitó una cierta controversia sobre la exigencia o no de exposición pública de los pliegos de condiciones administrativas particulares aprobados por las entidades locales, y en particular sobre la vigencia del artículo 122 del TRRL, que se incrementó con motivo de la redacción de la disposición adicional novena, 3, del Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre. En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de febrero de 1999 consideró vigente dicho precepto al afirmar:

“el que la LCAP no contenga régimen alguno relativo a la publicidad de los pliegos de condiciones no supone que la prohíba o impida, y en el ámbito de la contratación local subsisten y han de entenderse vigentes los preceptos que la exigen: ante todo está la norma del TRRL, que establece un plazo de exposición al público de ocho días hábiles dentro del cual pueden presentarse reclamaciones para que sean resueltas por la corporación.”

El Tribunal Supremo, en STS de 22 de junio de 2004, confirmó dicha opinión afirmando:

“En primer lugar, ha de considerarse el régimen local, puesto que, de acuerdo con la Ley de bases de régimen 7/1985, está vigente una específica regulación de la contratación local, contenida en el Texto

refundido de régimen local y Reglamento de servicios de las corporaciones locales.”

Por su parte, la Junta de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, en el informe 20/2006, de 20 de junio, ratificándose en el criterio que contenía su informe de 6 de julio de 2000, consideró:

“desde el punto de vista de la legislación estatal, no resulta aplicable el requisito de exposición al público de pliegos y anuncios de contratos en el ámbito de la contratación de las entidades locales, al deber considerarse derogado tácitamente el artículo 122 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local por la disposición derogatoria única de la Ley de contratos de las administraciones públicas por oponerse el primero a la regulación de publicidad de contratos contenida en la misma.”

La expresa derogación del artículo 122 del TRRL, entre otros, efectuada por la disposición derogatoria única, apartado c), de la LCSP zanja la cuestión, por lo que no será exigible un régimen de publicidad específica de los pliegos de cláusulas administrativas particulares aprobados por las entidades locales distinto del establecido con carácter básico en el artículo 99, relativo a los pliegos, 125, relativo al anuncio previo, y 126 de la LCSP, relativo a la convocatoria de licitaciones.

4.4. Publicidad de las licitaciones y de las adjudicaciones

4.4.1. Publicidad de las licitaciones

Como es habitual en la economía de la LCSP, la publicidad de las licitaciones que efectúen las entidades locales va a depender de las características del contrato que se convoca. Si se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada deberá publicarse preceptivamente en el BOE y en el DOUE, tal y como establece el artículo 126.1 de la LCSP, pudiendo publicarse en otra tipología de boletín oficial pero sin tener carácter sustitutorio de aquélla.

Si el contrato no se halla sujeto a regulación armonizada, el anuncio puede publicarse opcionalmente en el *Boletín Oficial del Estado* o sustituirse su publicación por la que se realice en los boletines oficiales autonómicos, en los supuestos de comunidades autónomas uniprovinciales, o en los boletines oficiales provinciales, en las restantes supuestos. Asimismo, con carácter potestativo puede efectuarse su publicación en el DOUE.

La publicidad de la licitación también se efectuará, en su caso, a través del perfil del contratante. En los procedimientos negociados con publicidad para la contratación de suministros o de servicios, no sujetos a regulación armonizada, o de gestión de servicios públicos o en los restantes contratos de las administraciones públicas, de cuantía todos ellos superior a 60.000 euros o 200.000 euros cuando se trate de contra-

tos de obras, la publicación del anuncio en el *Boletín Oficial del Estado* o boletín oficial autonómico o provincial puede ser sustituida por la publicidad del perfil del contratante.

4.4.2. Publicidad de las adjudicaciones

Las reglas de información a los candidatos y a los licitadores establecidas con carácter básico en el artículo 137 de la LCSP son de directa aplicación en el seno de las entidades locales.

El artículo 138.2 de la LCSP, de carácter básico, establece la obligación de publicar las adjudicaciones definitivas de los contratos de cuantías iguales o superiores a 100.000 euros o en los contratos de gestión de servicios públicos cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea igual o superior a dicha cantidad o su plazo de duración exceda de cinco años, en un plazo no superior a 48 días, en el BOE, o en el caso de las entidades locales optativamente en los boletines oficiales provinciales. Se publicará igualmente en perfil del contratante si la cuantía excede de 50.000 euros en los contratos de obras y de 18.000 euros en los demás contratos.

Si el contrato se encuentra sujeto a regulación armonizada, deberá publicarse la adjudicación, en todo caso, en el *Boletín Oficial del Estado* y en el DOUE. En los supuestos de contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del anexo II de la Ley, de cuantía igual o superior a 211.000 euros, el órgano de contratación habrá de comunicar la adjudicación definitiva a la Comisión Europea, indicando si estima procedente su publicación.

4.5. El procedimiento negociado

4.5.1. La conversión de un procedimiento excepcional en el procedimiento ordinario: la supresión del límite por razón de la cuantía

La LCSP, en su artículo 1, proclama específicamente el sometimiento de la contratación del sector público a los principios generales de la contratación: libertad de acceso a las licitaciones; publicidad y transparencia de los procedimientos; no-discriminación e igualdad de trato, y el novedoso de eficiencia en la utilización de los recursos públicos.

Nos encontramos ante la concreción desde el punto de vista del Derecho estatal de los principios establecidos en las directivas comunitarias sobre contratos públicos, en particular en las aprobadas durante la década de los 90 y, especialmente, en la Directiva 2004/18/CE. No debe olvidarse que los principios son normas jurídicas, que manifiestan el sentido y la finalidad misma del ordenamiento.

No obstante, tal y como ha resaltado Moreno Molina, "se mantiene un serio riesgo de huida de los

mismos por el mantenimiento de procedimientos de contratación de carácter excepcional e incluso la fuerte elevación de los umbrales que permiten acudir a ellos". En este sentido, como ya hemos mencionado al inicio de estas líneas, destacan los artículos 155.d), 156.b), 157.f), 158.e) y 159 de la LCSP, que elevan sustancialmente los umbrales que permiten la utilización del procedimiento negociado, ya sea con publicidad –1.000.000 de euros en el contrato de obras, 500.000 euros en gastos de primer establecimiento y plazo de duración inferior a cinco años en el contrato de servicios públicos, y 100.000 euros en el resto de contratos–, ya sea sin publicidad –200.000 euros en el contrato de obras y 60.000 euros en los restantes contratos.

Esta circunstancia se va a ver fuertemente incrementada en el ámbito de las entidades locales como consecuencia de la derogación del artículo 88 de la LBRL que efectúa la disposición derogatoria única, letra b). El apartado 3 del mencionado precepto establecía, junto con los límites generales previstos para la denominada en aquel momento "contratación directa", un límite específico fijado en el diez por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto de las entidades locales, que excluía la utilización de dicho procedimiento. Al mencionado aumento de los umbrales económicos generales debe unirse la desaparición de ese límite específico, que inevitablemente va a suponer que en el seno de la mayoría de nuestras entidades locales el procedimiento negociado pase a ser, no ya un procedimiento habitual de contratación, sino el procedimiento de contratación por antonomasia. Como acertadamente afirma Carbonero Gallardo, "en las pequeñas entidades (que son, recordemos, la gran mayoría en España) con estas cuantías no se volverá a efectuar una licitación pública en mucho tiempo".

4.5.2. Especial referencia a la urgencia como supuesto habilitante del procedimiento negociado

El artículo 154.e) de la LCSP establece como uno de los supuestos que habilita a las administraciones públicas para la utilización del procedimiento negociado la concurrencia de una imperiosa urgencia, que modula el régimen común de selección de contratistas permitiendo la utilización del procedimiento negociado sin publicidad. En este supuesto la urgencia, que se caracteriza como imperiosa, debe dimanar de "acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo", circunstancias éstas más restrictivas que las que se exigen para la declaración de urgencia de la tramitación del expediente de contratación, que fueron resaltadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 18 de marzo de 1992 (Universidad Complutense de Madrid), que conside-

ró que no concurría el presupuesto material de la urgencia por no existir imprevisibilidad para el órgano de contratación ni inimputabilidad del poder adjudicador, al afirmar “que los problemas de falta de capacidad de la Universidad no eran imprevisibles para el Rectorado”, distinguiendo con ello entre los conceptos “imprevisible” e “imprevisión”.

Asimismo, y con carácter acumulativo, se exige que la finalidad que se propone no pueda alcanzarse mediante la utilización del procedimiento de urgencia, resaltándose con ello, tal y como afirman Moreno Molina y Pleite Guadamillas, el carácter subsidiario y de necesaria interpretación restrictiva de este supuesto respecto de la tramitación urgente. En este sentido, la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ratifica esta perspectiva en sendos pronunciamientos. Así, la STS de 25 de octubre de 1999 (EDJ 1999/40587), en relación con la apertura de un procedimiento de adjudicación por contratación directa por motivos de urgencia respecto a varias obras de acondicionamiento de carretera y caminos en Burgos, afirma que “en este caso no existió procedimiento o expediente alguno propiamente dicho encaminado a declarar la urgencia en la adjudicación del contrato [...] la Diputación basó la urgencia no en que el estado del firme supusiera un peligro para la circulación, sino en que las obras tenían que estar terminadas antes del 30 de septiembre, según lo ordenado por el Ministerio de Administraciones Públicas”. E igualmente la STS de 16 de octubre de 2000 (ED 2000/3417) con suficiente nitidez considera que la justificación para acordar la contratación directa es requisito esencial y que “esta justificación debe alcanzar al extremo de que las necesidades apremiantes de verificar el contrato no pueden lograrse por medio de la tramitación urgente [...]. Es pues indispensable que se justifique que, acudiendo a la indicada tramitación urgente, no es posible satisfacer las necesidades apremiantes que obligan la inmediata tramitación”.

La disposición adicional II, apartado 9, de la LCSP va a exigir la incorporación al expediente, se sobreentiende que con carácter previo a la adopción de la decisión procedimental, de un informe del secretario, u órgano que ejerza la función de asesoramiento jurídico, y del interventor justificando la concurrencia del supuesto habilitante. Dada la evidente concurrencia de conceptos jurídicos indeterminados en la definición de las circunstancias justificativas de este supuesto de utilización del procedimiento negociado, y dado el carácter inicialmente excepcional de este procedimiento contractual, la reiteración de estas exigencias, aparentemente novedosas pero que ya figuraban en cierto modo en el derogado artículo 120.1 y 2 del TRRL, parecen cargadas de sentido y oportunidad. En todo caso puede adivinarse un mayor grado de concreción

en el contenido de los informes previos que deben emitirse, “sobre justificación de la causa de urgencia apreciada”, que si bien podía considerarse implícito en la anterior regulación se determina expresamente en esta ocasión por el legislador.

Coincidimos, no obstante, con Carbonero Gallardo en resaltar la paradójica situación creada por una regulación que, por un lado, pretende reforzar las garantías para una correcta justificación de la urgencia como circunstancia habilitante del procedimiento negociado y, por otro, transforma de hecho un procedimiento extraordinario en el procedimiento ordinario de contratación.

4.6. La encomienda de gestión de los expedientes de contratación

Las labores de cooperación y asistencia han sido definitivas de la caracterización normativa dada por el legislador básico de régimen local a las diputaciones provinciales. La legislación de desarrollo aprobada por las distintas comunidades autónomas ha respetado, como no podía ser de otra forma dado el carácter básico de la regulación estatal, dicha configuración, si bien en algunos casos se han atribuido funciones de cooperación local a otras entidades locales de nueva creación, como la comarca, en régimen de concurrencia con las diputaciones provinciales.

El apartado 5 de la disposición adicional segunda de la LCSP, haciéndose eco de las sugerencias y conclusiones adoptadas por la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, ha apostado por reforzar esta labor de cooperación de las entidades provinciales, en particular con los municipios de pequeña población en el ámbito de la contratación pública. A la posible conversión de las diputaciones en centrales de contratación de los municipios de población inferior a 5.000 habitantes, a lo que ya hemos hecho referencia anteriormente, se une la previsión de que dicha tipología de municipios mediante convenio de colaboración encomiendan la gestión de los procedimientos de contratación en las diputaciones provinciales.

Nos encontramos ante un supuesto claramente subsumible en la encomienda de gestión regulada en el artículo 15 de la LPAP, puesto que se trata de la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios titularidad de los municipios de población inferior a 5.000 habitantes que, dada su carencia de medios técnicos idóneos para su desarrollo, se encomiendan a órganos de una distinta Administración. Si bien se establece un umbral de población, a mi entender no existe impedimento alguno para que municipios con población superior o incluso otra tipología de entidades locales efectúen una encomienda de

dicho tenor, si concurren las circunstancias que habilitan la utilización de esta técnica.

La titularidad de la competencia de contratación seguirá correspondiendo a la entidad local encomendada, no produciéndose alteración de la misma, quien a su vez podrá dictar actos y resoluciones de carácter jurídico que den soporte a la gestión del procedimiento de contratación encomendado.

El contenido de la encomienda de gestión versará tanto sobre la estricta tramitación del expediente administrativo, definido en los artículos 93 y 94 de la LCSP, como sobre el procedimiento de adjudicación que se iniciará mediante la resolución motivada de aprobación del expediente de contratación, como sobre la formalización del contrato, si bien en el convenio que ha de suscribirse entre las entidades locales implicadas deberá especificarse el alcance, contenido y actuaciones objeto de la encomienda.

4.7. Las garantías

El artículo 88.4 de la LBRL establecía que las fianzas debían depositarse en la caja de la corporación contratante. Como ya hemos mencionado, la LCSP procede a la derogación de dicho precepto en su totalidad, por lo que esta expresa previsión ha sido sin duda alguna derogada.

El artículo 84 de la LCSP regula con carácter básico, y por lo tanto de directa aplicación en las entidades locales, las garantías admitidas en los procesos licitatorios, estableciéndose que la realizada en efectivo o en valores de Deuda Pública se depositarán en la caja general de depósitos o establecimientos públicos equivalentes de las entidades locales contratantes ante las que deban surgir efectos. Las efectuadas mediante aval o contrato de seguro de caución, de conformidad con el artículo 58 del RGLCAP, se constituirán ante el mismo órgano de contratación.

4.8. Reglas especiales sobre los proyectos de obras

4.8.1. La supervisión de proyectos

El artículo 109 de la LCSP, precepto que carece de naturaleza básica, establece que la supervisión de los proyectos de obras deberá realizarse con carácter obligatorio en los supuestos en que su presupuesto sea igual o superior a 350.000 euros, o en los que no alcanzando dicho importe las obras afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de las mismas. En los restantes supuestos la emisión del informe tendrá carácter meramente facultativo. En todo caso, en el seno de las entidades locales, corresponderá la emisión del informe a las oficinas o unidades existentes en las entidades locales contratantes o, en caso de carecer de ellas, por las de la correspondiente dipu-

tación provincial, tal y como ya establecía la disposición adicional novena del RGLCAP, previsión que la LCSP eleva de rango normativo.

Dado el carácter básico de la totalidad de la disposición adicional segunda de la LCSP, el artículo 109 adquiere ese carácter respecto de las entidades locales. Por ello, las normas reguladoras del régimen local dictadas por las comunidades autónomas que cuenten con competencia para ello, no van a poder establecer supuestos de supervisión de los proyectos de obra de las entidades locales de características diferentes. En este sentido, el artículo 231 de la LAL de Aragón, que con carácter obligatorio exige el informe de supervisión del proyecto si su cuantía es igual o superior a 50.000.000 de pesetas y lo configura como facultativo en los demás supuestos restantes, debe considerarse desplazado por la legislación básica estatal. No obstante, a mi entender resulta de aplicación la posibilidad de que la emisión del informe la realicen junto con las unidades de las diputaciones provinciales las que puedan crearse en el seno de las comarcas, siendo discutible el mantenimiento de la exención de la obligatoriedad del informe en los casos en que el proyecto haya sido redactado por los servicios de la propia entidad local contratante o por los de la diputación provincial o los de la comunidad autónoma, no obstante la lógica de su previsión.

4.8.2. El fraccionamiento de proyectos de obra

La disposición derogatoria única, letra c), deroga el artículo 125 del TRRL, en el que se posibilitaba a todas las entidades locales, sin excepción, en los contratos plurianuales la redacción de proyectos independientes relativos a cada una de las partes de la obra, siempre que fueran susceptibles de utilización independiente en el sentido del uso general o del servicio, o pudieran ser sustancialmente definidas.

La nueva regulación dada por la disposición adicional II, apartado 11, de la LCSP limita la utilización de esta posibilidad exclusivamente a los municipios de población inferior a 5.000 habitantes, identifica las partes de la obra objeto de posible proyecto independiente como "susceptibles de utilización separada" o sustancialmente definidas y atribuye al Pleno de la entidad local, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta legal de sus miembros, la concesión de la autorización para el fraccionamiento en fases del proyecto inicial, no pudiendo delegarse el ejercicio de esta atribución en ningún otro órgano de la corporación.

La finalidad perseguida es obvia, limitar la práctica extendida de fraccionar proyectos en sucesivas fases al objeto de facilitar su ejecución en función de la financiación obtenida. Los requisitos materiales exigidos

dos por la legislación que se deroga, con independencia de su grado de cumplimiento real, acertadamente se mantienen, resultando más discutible la limitación de esta posible práctica a los pequeños municipios, puesto que la financiación de los proyectos de cierta envergadura en la inmensa mayoría de nuestras entidades locales depende de la financiación condicionada que al respecto pueda obtenerse de las administraciones de mayor ámbito territorial, por definición escasa y en la práctica en gran medida impredecible.

5. Especialidades en los contratos de gestión patrimonial

Una novedad reseñable de la LCSP es la exclusión de su ámbito objetivo de aplicación de los denominados *contratos de gestión patrimonial*. En este sentido el artículo 4.1, letra p), expresamente excluye los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la contratación patrimonial.

Por lo tanto, los contratos de esta naturaleza que realicen las entidades locales, desde el punto de su preparación y adjudicación, se regirán por las normas establecidas en la Ley de patrimonio de las administraciones públicas y por las normas de desarrollo de la misma que dicten las comunidades autónomas, ya sea en su legislación patrimonial o de régimen local, sin perjuicio de las normas de atribución competencial establecidas en la disposición adicional II, apartados 1 y 2, de la LCSP, que hemos tenido ocasión de enumerar al comentar las especificidades orgánicas.

Una consecuencia de la exclusión de los contratos patrimoniales de la regulación de la LCSP es la inaplicación a esta tipología de contratos que puedan realizar las entidades locales de las normas relativas a la capacidad de los contratistas, en especial las prohibiciones para contratar, establecidas en el artículo 49 de la LCSP, excepción hecha de los titulares de las concesiones demaniales a los que por expresa disposición del artículo 94 de la LPAP, que goza de naturaleza básica, les serán de aplicación aquéllas. Por ello, considero conveniente que la legislación de desarrollo de las comunidades autónomas tenga en cuenta esta situación creada y determine específicamente las prohibiciones para contratar con las entidades locales en los supuestos de los contratos de gestión patrimonial.

En el apartado 13 de la disposición adicional II de la LCSP se establece la posibilidad, ya prevista en la LPAP, del fraccionamiento hasta cuatro años del importe de los contratos que tengan por objeto la adquisición de bienes inmuebles por las entidades locales.

6. Especialidades de orden sustantivo en relación con el contrato de gestión de servicios públicos

6.1. A vueltas con el concepto de servicio público

6.1.1. El concepto de servicio público en la LRBRL

El legislador local ha procedido a efectuar una definición de servicio público, que más bien semeja una descripción que un concepto, en el artículo 85.1 de la LRBRL. Inicialmente, en la versión subsistente hasta la reforma producida con motivo de la Ley 57/2003, los ha descrito como aquellos que tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales, pudiéndose producir con ello una disociación entre titularidad y competencia, exigiéndose únicamente ésta como criterio legitimador. La reforma efectuada por la LMMGL, que circunscribe los servicios a aquellos que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias, a nuestro entender ratifica la vinculación de la atribución de competencia con el servicio público, sin introducir modificación sustancial alguna con la anterior regulación.

El artículo 25.1 de la LRBRL, por su parte, establece una cláusula genérica a favor de los ayuntamientos, que para un sector doctrinal es una mera declaración de capacidad general de la entidad local (Santamaría Pastor, Ballesteros Fernández, Del Guayo Castiella) y para otros contiene una atribución de competencia general o universal o una presunción de competencia a favor de ésta (Carro Valmayor, Maralet García, Sosa Wagner), al disponer:

“El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.”

Cláusula que se ve complementada por el listado de materias establecido en el artículo 25.2 de la LRBRL sobre las que, en todo caso, el municipio ejercerá competencias en los términos de la legislación estatal o autonómica, inspirado en la concepción de la autonomía local como derecho a la participación en los asuntos que afecten a su círculo de intereses consagrado en el artículo 2 de la LRBRL, produciéndose con ello una clara materialización de lo que ha sido tradicionalmente el sistema de atribución de competencias a favor de los municipios en nuestro ordenamiento, un sistema de determinación legal de las mismas (Fanlo Loras, Morell Ocaña, Ortega Bernardo, Souviron Morenilla). El legislador básico establece el marco material de competencias correspondiendo al legislador sectorial su especificación mediante la correspondiente atribución.

Paralelamente el artículo 26.1 de la LRBRL establece lo que se ha dado en denominar *servicios mínimos u obligatorios de los municipios*, atribuidos en función del tramo de población de los mismos, operándose de este modo una atribución implícita de competencias en su favor (Del Guayo Castiella, Salanova Alcalde), y el artículo 86.3 de la LRBRL declara la reserva a favor de las entidades locales de una serie de actividades o servicios esenciales, gran parte de ellas incursas en el listado de servicios mínimos u obligatorios mencionado.

Es en este marco normativo delimitador de las competencias locales, estrechamente vinculado con los servicios públicos, en el que se debe contextualizar el análisis sobre el contenido y alcance del servicio público local, como técnica jurídica de actuación de nuestras entidades locales.

Con carácter general podemos afirmar que la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado mayoritariamente por considerar que la legislación de régimen local ha asumido un concepto funcional de servicio público, en el que la asunción en concepto de titular por parte de la entidad local, exclusiva y excluyente de la actividad de los particulares salvo a título de concesionario, respecto de una determinada prestación de interés público no es un elemento definitorio del mismo. Encuadrado en un concepto subjetivo y operativo de servicio público, el Tribunal Supremo, en la STS de 23 de mayo de 1997, ha afirmado:

“Cabe distinguir entre servicios de titularidad municipal y servicios públicos locales caracterizados: por la declaración formal o *publicatio*, la naturaleza prestacional, la necesidad de utilizar un procedimiento o forma de gestión de Derecho público y por el criterio teleológico de servir a fines señalados como de la competencia de la entidad local.”

La jurisprudencia inicialmente abrazó la teoría estricta u orgánica de servicio público en la conocida, y discutida, STS de 24 de octubre de 1989, caso *Iniciatives*, caracterizando el servicio público local como:

“Una actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una ley a la Administración para que sea ésta quien la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se preste un servicio al público de manera regular y continua.”

La evolución jurisprudencial posterior, manifestada a través de la sentencia de 22 de septiembre de 1994, en relación con el suministro de agua potable a los ciudadanos, y de la ya mencionada STS de 23 de mayo de 1993, rectifica dicha línea argumental y caracteriza los servicios públicos locales por la declaración formal, la naturaleza prestacional y el criterio teleológico de servir fines señalados como de la competencia de las entidades locales, incluyendo con ello a las actividades que presten los entes locales sin necesidad de que se hayan reservado o sean susceptibles de serlo.

6.1.2. El contrato de gestión de servicios públicos en la LCSP

El artículo 8 de la LCSP realiza una definición de contrato de gestión de servicio público como:

“aquél en cuya virtud una administración pública encomienda a una persona, natural o jurídica la gestión de un servicio cuya gestión ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante.”

Opiniones doctrinales cualificadas consideran que la definición expuesta supone la consagración en el seno de nuestro ordenamiento jurídico de la vinculación entre servicio público y titularidad de la actividad o recurso. Con ello nuestro ordenamiento jurídico distinguiría entre “actividades configuradas como servicio público”, que serían las reservadas a favor de la Administración local por una norma de rango de ley, y “actividades de servicio público”, cuya titularidad no está reservada a la Administración, pero que a través de la atribución de competencia sobre ellas habilita a aquella a velar por su regularidad y continuidad. En ambos supuestos se produciría una *publicatio* de la actividad, en el primer caso estricta o intensa y en el segundo amplia o de baja intensidad, atribuyendo con ello en el primer supuesto la titularidad del servicio o actividad a favor de la entidad local y en el segundo la responsabilidad de la satisfacción de una necesidad colectiva representada por dicha actividad.

Desde esta perspectiva, sólo los servicios públicos reservados, ex artículo 86.3 de la LRBRL, que serían la concreción de la expresión “asumida como propia de su competencia”, serán gestionados a través de los modos gestores previstos en la legislación de régimen local, siendo por otro lado el título habilitante de las “actividades de servicio público”, que será desarrollado por los particulares bajo la dirección de la corporación local a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, la autorización operativa. Junto a ello, siempre que exista un interés público que legitime su actuación, las entidades locales podrán realizar cuantas iniciativas y actividades económicas consideren oportunas en estricta igualdad y competencia con los particulares.

La definición de contratos de servicios establecida en el artículo 10 de la LCSP en la que a efectos de concretar el ámbito material al que se refiere, prestaciones de hacer cuyo resultado es distinto al de una obra o un suministro, se remite al anexo II de la Ley, donde constan actividades tales como “servicio de transporte”, “servicio de alcantarillado, eliminación de desperdicios, servicios de saneamiento y similares”, “servicios de educación y formación profesional”, “servicios sociales y de salud”, todas ellas dentro del ámbito competencial de las entidades locales,

confirmaría este nuevo redimensionamiento del ámbito objetivo del concepto de servicio público.

A mi entender, con independencia de la heterogeneidad de las actividades que gozan y han gozado de la denominación de servicio público, tanto desde la perspectiva de su contenido como de las técnicas utilizadas, así como del carácter eminentemente histórico contingente de su alcance, considero que, salvo modificación sobrevenida de la legislación básica local, la nueva redacción de la LCSP continúa vinculando la idea de servicio público a la prestación pública dimanante de una competencia legalmente atribuida. Por ello, considero que la categoría de servicio público local se ajusta a la concepción propuesta por Malaret García, que propugna una concepción subjetiva y funcional de servicio público. Subjetiva porque identifica una cierta actividad de la Administración, en cuanto responsable no como titular, que la diferencia de la mera actividad de reglamentación, y funcional porque resalta su finalidad, el suministro de prestaciones.

La difícil delimitación entre contrato de gestión de servicio público y contrato de servicios no sólo debe tener en cuenta que ambos contratos versan sobre actividades distintas de las propias de los contratos de obras y de suministros, y que el anexo II de la LCSP describe y enumera una serie de actividades que integrarían el ámbito material de los segundos, sino que debe ponderar adecuadamente la jurisprudencia del TJCE. En este sentido, según la STJCE de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/2003, partiendo de la definición de contratos de servicios que establecía el artículo 1.a) de la Directiva 92/50, integrarían esta categoría aquellos “contratos a título oneroso celebrados por escrito por un prestador de servicios y una entidad adjudicadora”, y afirma que:

“la adjudicación de la gestión de un aparcamiento público de pago por una autoridad pública a un prestador de servicios, en contrapartida de la cual el prestador percibe como retribución las cantidades abonadas por terceros para el uso de dicho aparcamiento, constituye una concesión de servicios públicos a la que no resulta de aplicación la Directiva 92/50.”

6.2. Las formas de gestión de los servicios públicos

6.2.1. Las formas de gestión directa

La disposición final primera de la LCSP modifica la redacción del artículo 85.2 de la LRBRL, de forma que en la enumeración de las formas de gestión directa de los servicios públicos la sociedad mercantil cuyo capital social en la redacción dada a la letra A.d) por la Ley 57/2003 se exigía que perteneciera íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma, en la nueva versión se limita a disponer que sea de

titularidad pública. Se mantiene la exigencia de que el capital social sea de titularidad íntegramente pública, y se obvia que íntegramente deba pertenecer a la entidad local o a un ente público dependiente de la misma. Con ello se facilita que la entidad local pueda constituir sociedades públicas de capital íntegramente público, aportando mayoritariamente el capital de la misma, y contando con aportaciones de capital de entes públicos dependientes de ella y/o de otras administraciones o entidades públicas de distinta naturaleza. Con la nueva redacción, una sociedad mercantil local, siempre y cuando cuente con una participación mayoritaria de entes locales o de entidades públicas dependientes de ellos y los servicios que se pretendan gestionar tengan la naturaleza de locales, podrá contar con participación de la comunidad autónoma o del Estado y de entidades públicas de ellas dependientes.

El legislador, en su vorágine normativa, ha olvidado modificar el artículo 85.ter.2 de la LRBRL, que al regular las denominadas *sociedades mercantiles locales* continúa exigiendo que el capital social deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o por una entidad pública dependiente de ella. Bernal Blay ha planteado, no obstante, la posible compatibilidad entre ambos preceptos interpretando que en el momento de la constitución el capital sea aportado íntegramente por una entidad local o entidad pública dependiente de ella y posteriormente puedan incorporarse otras entidades públicas.

Con esta nueva redacción, soluciones normativas como las facilitadas por el Decreto 347/2002, de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón, por las que las sociedades mercantiles con capital social íntegramente público pertenecientes a diversas entidades locales son consideradas como una modalidad gestora indirecta a través de sociedad mercantil de capital mixto, serían desplazadas por la nueva legislación básica estatal, que las conceptúa como sociedades de capital de titularidad íntegramente pública.

Desde la perspectiva de la legislación contractual, si bien es cierto que las directivas comunitarias no son de aplicación a la concesión de servicios públicos por estar excluidas, los poderes adjudicadores deben respetar los principios de publicidad y no-discriminación, tal y como expresamente ha manifestado la STJCE de 13 de octubre de 2005 (Parking Brixen). No obstante, tal y como se afirma en dicha resolución judicial:

“en el ámbito de las concesiones de servicios públicos estará excluida la aplicación de lo dispuesto en los artículos 12 de la CE, 43 de la CE y 49 de la CE, así como de los principios generales cuya expresión específica constituyen dichos artículos, en el supues-

to de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad a que pertenece.”

Nos enfrentamos con ello a la cuestión de si las sociedades mercantiles locales, cualesquiera que sea su composición (de una sola entidad local o de varias entidades públicas), pueden ser consideradas como medios propios o servicios técnicos de la entidad local y con ello si la encomienda o mandato de gestión del servicio público a través de ellas se encuentra excluida del ámbito de aplicación de la Ley, por considerar que existe una falta de autonomía contractual por parte del ente instrumental.

En este sentido, debe acudir a la definición de medio propio o servicio técnico dada en el artículo 24.6 de la LCSP, en la que se reiteran los criterios establecidos por la jurisprudencia comunitaria (Teckal, ARGE, Parking Brixen GMBH, Stadt Halle, Comisión c. Austria), consistentes en la existencia entre el poder adjudicador y la entidad instrumental de un control análogo al que aquel pueda ejercer sobre sus propios servicios, en que la parte esencial de su actividad deberá realizarse con el poder adjudicador y que la totalidad del capital deberá ser de titularidad pública.

La nueva regulación determina con cierto detalle el contenido del concepto “control análogo”, que supone la posibilidad de conferir encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan. No obstante, en relación con el criterio de “realización de la parte esencial de su actividad para la entidad encomendante”, si bien se menciona expresamente su exigencia, mantiene la indeterminación de su contenido en línea con la ambigüedad existente en la jurisprudencia comunitaria, debiendo ser tenidas en cuenta las recientes STJCE de 11 de mayo de 2006 (Carbotermo y Consorcio Alisei) y de 19 de abril de 2007 (Asenfo c. TRAGSA y Administración General del Estado).

La condición de medio propio y servicio técnico de las sociedades mercantiles locales que cumplan los criterios mencionados deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esa condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les pueda conferir.

La nueva redacción del artículo 85.2.A.d) de la LBRL en línea con la jurisprudencia comunitaria permite que, si bien la titularidad de las acciones de la sociedad mercantil local ha de ser íntegramente pública, en su capital participen distintas entidades públicas. No obstante, tal y como destaca con acierto Bernal Blay, si

bien la titularidad pública del capital resulta indicativo de la existencia de un control efectivo, no es por sí solo suficiente. Lo verdaderamente relevante es la existencia de “una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes”. La STJCE de 19 de abril de 2007, Asunto C-295-05, TRAGSA, supuesto de sociedad pública integrada por capital titularidad de distintas administraciones, identifica la existencia de dicho control con la existencia de encargos obligatorios para la sociedad y precios tasados, en cuya determinación esté garantizada la influencia de los entes públicos implicados, en el caso concreto que nos ocupa de la entidad local. En este sentido, debiera recordarse las conclusiones del Abogado General en el mencionado proceso, que afirma que es preciso que el estatuto legal aplicable garantice la influencia real que todos los entes públicos que formulen encargo tengan, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes.

En cuanto al requisito de existencia de un vínculo de destino de la parte esencial de la actividad de la sociedad mercantil local con la entidad local encomendante, la mencionada STJCE de 17 de abril de 2007, TRAGSA, siguiendo la estela de la sentencia Cabotermo/Consorcio Alisei, ha determinado que:

“cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en su conjunto [...]. TRAGSA realiza por término medio más del 55% de su actividad con las comunidades autónomas y alrededor de un 35% con el Estado. De lo anterior resulta que esta sociedad realiza lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan.”

6.2.2. Las formas de gestión indirecta

La nueva redacción del artículo 85.2.B) de la LBRL mantiene el abandono de una tipología específica de fórmulas gestoras indirectas propias de las entidades locales manifestado por la Ley 57/2003 y reitera la expresa remisión a las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de contratos del sector público. El artículo 253 de la LCSP establece una enumeración tasada de estas modalidades contractuales, consistentes en la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta. Esta previsión, junto con la expresa derogación del artículo 95.2 del TRRL, en el que se regulaba el arrendamiento como una modalidad de gestión indirecta para “los servicios cuya instalación se haya hecho directamente por la corporación o que sea propiedad de ésta”, elimina cualquier

sombra de duda sobre la desaparición de esta tipología gestora.

Por su parte, el artículo 251 de la LCSP, que regula el tipo de servicios públicos que pueden ser gestionados mediante las fórmulas contractuales previstas, amplía el ámbito de los mismos al establecer el requisito de que sean susceptibles de explotación por los particulares, no limitándolo a los servicios de contenido económico que sean susceptibles de explotación por empresarios particulares. Con ello se da cobertura a la gestión contractual indirecta de los denominados *servicios atinentes a las personas*, entre los que destacan los servicios sociales, en cuya prestación corresponde un destacado protagonismo a las entidades locales, y cuya gestión efectiva suele atribuirse a entidades privadas sin ánimo de lucro.

Los servicios sociales deben ser considerados como servicios públicos, disciplinados por las reglas comunes de éstos, ya que en palabras de Vaquer Caballería “en el marco común del valor superior de la igualdad, la primacía que en los servicios atinentes al territorio ocupa cada día más el principio de la competencia (igualdad en la confrontación), la desempeño en los servicios atinentes a la persona el principio de la solidaridad (igualdad en la cooperación)”. Una de las consecuencias inmediatas de ello es el sometimiento a las reglas de la contratación pública de esta tipología contractual, debiendo abandonarse la extendida e inadecuada técnica de los convenios de colaboración con particulares de utilización habitual por considerar que su objeto no se encontraba comprendido en el de los contratos que regulaba la legislación contractual.

Notas bibliográficas

1. Sobre el proceso de unificación normativa de la legislación de contratación pública, así como para una visión detallada de las peculiaridades de la contratación local en el TRLCAP, *vid.* Juan CLIMENT BARBERÀ, “La contratación de las entidades locales”, en *Nuevas perspectivas del régimen local (Estudios en homenaje al profesor Boquera Oliver)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 593 a 635.

Sobre la aplicación de los principios generales de la contratación pública al conjunto del sector público, *vid.* José María GIMENO FELIU, *Contratos públicos: Ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: La incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003, y “Las fuentes normativas en materia de contratación local. El estado de la cuestión”, *Cuadernos de Derecho Local*, 14, junio de 2007, Fundación Democracia y Gobierno Local.

Sobre la aplicación de los principios generales de la contratación al conjunto del sector público y en

particular a las entidades locales y sobre los riesgos de su huida, *vid.* José Antonio MORENO MOLINA y Francisco PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de contratos del sector público*, La Ley, Madrid, 2007.

2. Sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, *vid.* José Antonio MORENO MOLINA y Francisco PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de contratos del sector público*. Asimismo, David BLANQUER CRIADO, *La nueva Ley de contratos del sector público. Guía práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, y A. MENÉNDEZ REIXACH, “El ámbito subjetivo de la LCSP” (inédito), ponencia impartida en el Seminario de Derecho Local organizado por la Fundación Ramón Sainz de Varanda, FAMPC.

3. Un análisis minucioso de las especialidades orgánicas en el TRLCAP, en Juan CLIMENT BARBERÀ, “La contratación...”, *op. cit.*

Una visión crítica sobre la regulación en la LCSP de la distribución de atribuciones contractuales en los distintos órganos de las entidades locales, en José María GIMENO FELIU, “Observaciones al Anteproyecto de ley de contratos del sector público y consecuencias del vencimiento del plazo de trasposición de la Directiva 18/2004”, *Contratación Administrativa Práctica*, 52, abril de 2006. En idéntico sentido, José Miguel CARBONERO GALLARDO, “Las especialidades de la contratación local en el Anteproyecto de ley de contratos del sector público”, *Contratación Administrativa Práctica*, 60, enero de 2007, La Ley.

La cita de Salvador ROMERO HERNÁNDEZ sobre la aplicabilidad de la técnica de la delegación, puede leerse en “Aplicación de la nueva Ley de contratos del sector público a las entidades locales”, *Noticias Jurídicas*, enero de 2008, edición digital.

Sobre las juntas de contratación, su naturaleza, composición y funciones con carácter general puede consultarse Luis MORELL OCAÑA, “Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas”, en *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, director Rafael Gómez-Ferrer Morant, p. 123-168, Civitas-Thomson, Madrid, 2004.

También resultan de utilidad y provecho Emilio JIMÉNEZ APARICIO (coordinador), *Comentarios a la legislación de contratos de las administraciones públicas*, Aranzadi, Navarra, 2002, y Antonio MORALES PLAZA y Enrique MEDINA MALO, Enrique, *Comentario al Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas*, BOE, Madrid, 2006.

Sobre las centrales de contratación resulta de interés la consulta de donde procede su cita, Luis COSCULLUELA MONTANER, *Requisitos de los contratos, capacidad y solvencia de las empresas, en comentario a la Ley de contratos del Estado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, y María Asunción SANMARTÍN MORA, *La contratación centralizada*, IAAP, Zaragoza, 2003.

4. Un interesante estudio sobre las especialidades procedimentales en el ámbito local es el de Rodrigo J. ORTEGA MONTORO, "La contratación de las entidades locales en la nueva Ley de contratación del sector público, 30/2007, de 30 de octubre: Especialidades", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 1, quincena 15-29 de enero de 2008.

En relación con el expediente de contratación y actuaciones preparatorias, consultar Miguel SÁNCHEZ MORÓN, "Actuaciones preparatorias, tramitación del expediente de contratación y adjudicación de los contratos", en *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, director R. Gómez-Ferrer Morant, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

Sobre la publicidad de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, vid. J. PÉREZ AMORÓS, "La publicidad de las licitaciones en las entidades locales", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 11, quincena 15-29 de junio de 2007.

La cita de José Antonio MORENO MOLINA sobre la huida de los principios de la contratación pública local mediante la utilización de procedimientos extraordinarios, en "Presentación de la nueva Ley de contratos del sector público", *Especial Ley de contratos del sector público*, La Ley, Madrid, 2007.

Destacando la posibilidad de que las entidades locales de pequeñas dimensiones y presupuesto no vuelvan a licitar un solo contrato, vid. José Miguel CARBONERO GALLARDO, *Las especialidades de la contratación local*, op. cit.

Afirmando el carácter subsidiario de la urgencia como supuesto habilitante del procedimiento negociado sin publicidad respecto de la tramitación urgente de los expedientes, vid. José Antonio MORENO MOLINA y Francisco PLEITE GUADAMILLAS, *El nuevo Reglamento de contratación de las administraciones públicas*, La Ley, Madrid, 2002.

5. Considerando que el artículo 25.1 de la LBRL establece una cláusula de capacidad general a favor de las entidades locales, vid. Ángel BALLESTEROS FERNÁNDEZ, "Los servicios públicos locales: Servicios mínimos, servicios reservados, actuaciones económicas, servicios económicos de interés general y servicio universal", *Revista de Estudios de Administración Local*, 291. En idéntico sentido, Ignacio DEL GUAYO CASTIELLA, "La gestión de los servicios públicos locales", *Revista de Administración Pública*, 165.

Favorables a considerar dicho precepto como una atribución de competencia universal o presunción de competencia a favor de las entidades locales, José Luis CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR, "Servicio público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica", en *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid; Elisenda MALARET GARCÍA, "Servicio público, actividad económica

y competencia ¿Presenta especificidades en la esfera local?", *Revista de Estudios de Administración Local*, 291; Francisco SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson-Civitas 2004.

Considerando que el juego combinado del artículo 25.1 y 25.2 supone la materialización de un sistema legal de determinación de competencias de las entidades locales, Antonio FANLO LORAS, "La Administración local", en *Derecho público aragonés* (director A. Embid irujó), *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2005; Luis MORELL OCAÑA, "La organización y las formas de gestión de los servicios públicos en los últimos cincuenta años", *Revista de Administración Pública*, 150; Julia ORTEGA BERNARDO, "Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios", *Revista de Administración Pública*, 57; José María SOUVIRON MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998.

Distinguiendo entre "actividades configuradas como servicio público" y "actividades de servicio público", José María GIMENO FELIU, "La iniciativa económica. La acción de fomento: Los consorcios", en *Estudio sistemático de la Ley de Administración local de Aragón* (director A. Fanlo Loras), Cortes de Aragón, Zaragoza, 2001.

Defendiendo una concepción subjetiva y funcional de servicio público, Elisenda MALARET GARCÍA, "Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los ciudadanos, perennidad de las necesidades. Transformación del contexto", *Revista Administración Pública*, 145.

Sobre la conveniencia de interpretar el nuevo artículo 85.2.A.d) de conformidad con la jurisprudencia comunitaria sobre los contratos domésticos, Miguel Ángel BERNAL BLAY, "La problemática relativa a los contratos excluidos de la aplicación de la ley: Los encargos *in house*, con especial referencia al ámbito local".

Una buena reflexión sobre la relación entre las sociedades mercantiles locales en la nueva redacción del artículo 85.2 de la LBRL y la contratación doméstica, en Rodrigo J. ORTEGA MONTORO, *La contratación de las entidades locales*, op. cit.

Una visión crítica de la STJCE de 19 de abril de 2007, TRAGSA, por considerar que no concurren las condiciones de existencia de control efectivo, puede verse en Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Revista de Administración Pública*, 173.

Sobre la consideración contractual de los denominados *servicios atinentes a las personas*, Marcos VAQUER CABALLERÍA, *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del estado social de derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. ■